

La obligación del prestamista de evaluar la solvencia del consumidor

Autora: Noelia Collado Rodríguez

Tesis doctoral UDC / 2018

Director: Fernando Peña López

Programa de doctorado en Derecho



RESUMEN

La obligación de evaluar la solvencia del consumidor ocupa un lugar muy trascendente en los instrumentos creados para la ejecución de la política de promoción del crédito responsable que ha guiado, durante los últimos años, la actuación de la UE en relación con los mercados crediticios. Las Directivas europeas de la mano de las que esta obligación se ha incorporado a la legislación de los distintos estados miembros no precisan su contenido y dejan una amplia libertad a los estados para determinar sus consecuencias.

Esta tesis analiza los criterios básicos que deben emplearse para cumplir con la obligación de evaluar la solvencia del consumidor de crédito contenida en las normas de consumo europeas y nacionales. Asimismo, este trabajo también plantea la eficacia de las sanciones administrativas establecidas en la normativa nacional y examina si el ordenamiento español ofrece algún remedio de Derecho privado que alivie al consumidor del perjuicio sufrido por el incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia.

ABSTRACT

The duty to assess consumers' creditworthiness of lenders has been assigned a very important role within the legal tools created to perform the EU responsible lending policy. The European Directives that are in the origin of this duty do not define its content with precision. The legal consequences attached to the duty are also to be decided by the member States.

This thesis analyses the basic criteria that must be used to comply with the duty to assess consumer's creditworthiness established by the European and national legislation. Likewise, this dissertation also considers the efficacy of the administrative sanctions settled in the Spanish legislation and review the Private Law remedies to compensate the consumer after the breach of the creditworthiness assessment duty.

RESUMO

A obriga de avaliar a solvencia do consumidor ocupa un lugar moi transcendente dentro dos instrumentos creados en execución da política de promoción do crédito responsable que guiou, durante os últimos anos, a actuación da UE en relación cos mercados crediticios. As Directivas europeas da man das que esta obriga se incorporou á lexislación dos distintos Estados membros non precisan o seu contido e deixan unha ampla liberdade aos estados para determinar as súas consecuencias.

Esta tese analiza os criterios básicos que deben empregarse para cumprir coa obriga de avaliar a solvencia do consumidor de crédito contida nas normas de consumo europeas e nacionais. Do mesmo xeito, abórdase a eficacia das sancións administrativas establecidas na normativa nacional e examina se o ordenamento español ofrece algún remedio de Dereito privado que alivie ao consumidor do prexuízo sufrido polo incumprimento da obriga de avaliar a solvencia.

PREFACIO

La Unión europea, a través de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo (en adelante, DCC) y la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial (en adelante, Directiva de crédito hipotecario o DCH), introduce en el ordenamiento europeo la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del consumidor de crédito.

La realización de una evaluación de la solvencia adquiere carácter obligatorio para el prestamista en los contratos de financiación (dentro del ámbito de aplicación objetivo de ambas Directivas) que tengan lugar en el marco de una relación de consumo¹. Con la inclusión de esta obligación se han operado una serie de cambios en la legislación europea relativa a los contratos de financiación con consumidores que, como veremos, parecen responder a un cambio de paradigma en el régimen de protección de este colectivo.

La obligación de evaluar la solvencia se enmarca dentro del principio de crédito responsable. Un principio consagrado en el Derecho europeo con el objeto de dispensar una protección eficaz a los consumidores en un aspecto hasta ahora obviado por la legislación y que, con motivo de la crisis económica de 2007, ha adquirido gran notoriedad: el fenómeno del sobreendeudamiento de los consumidores.

Este trabajo tiene por objeto el análisis de la obligación de evaluar la solvencia del consumidor de crédito de acuerdo con la regulación de la DCC y la DCH, y en la transposición que se ha practicado en España de esta obligación.

Con la introducción de la obligación de evaluar la solvencia del consumidor en el Derecho de la Unión, el legislador europeo ha optado por regular las relaciones jurídico-privadas de las partes. A lo largo de

¹ Aunque su ámbito de aplicación subjetivo es susceptible de ser ampliado a sujetos que no tengan la condición de consumidores.

este trabajo, se examinará el origen y contenido de esta obligación, los deberes que la componen y cuáles son las consecuencias que se derivan de su incumplimiento desde la perspectiva del Derecho privado.

La importancia del tema de estudio es notoria. La concesión irresponsable de crédito y el riesgo sistémico que lleva aparejado fueron dos de las causas que determinaron el origen de la crisis económica de 2007, que tuvo graves consecuencias para el conjunto de la sociedad. La obligación de evaluar la solvencia se erige como un mecanismo de protección no sólo de los consumidores, sino del mercado de crédito en su conjunto.

En el Capítulo I, se analizarán los orígenes y evolución de los contratos de financiación; así como las normas de la legislación española que directa o indirectamente han protegido al consumidor de crédito.

En el Capítulo II se expondrán las técnicas de protección al consumidor de crédito utilizadas por el legislador español para, a continuación, comprobar su potencial eficacia en la prevención de las situaciones de endeudamiento excesivo del consumidor.

El Capítulo III versará sobre el principio de crédito responsable. Dado el carácter novedoso de este principio, comenzaremos examinando sus orígenes en el Derecho belga y, después, en los trabajos preparatorios de la DCC. A continuación, se expondrá como ha quedado finalmente configurado este principio en la DCC y en la DCH y se someterá a un análisis en profundidad para delimitar su concepto y su contenido, señalando qué deberes que se derivan de su vigencia.

El Capítulo IV estará dedicado a la obligación de evaluar la solvencia del consumidor de crédito. En primer lugar, se pondrán de relieve las similitudes y diferencias respecto de las herramientas de gestión de riesgo de crédito y se expondrán los motivos que han dado lugar a la positivización de esta obligación. En segundo lugar, se estudiará el contenido de la obligación, examinando cada uno de los deberes que la componen. A continuación, se delimitarán los requisitos que deben concurrir para considerar incumplida la obligación.

En último lugar, el Capítulo V abordará las consecuencias del incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia. Primero se

examinarán las sanciones de Derecho Administrativo sancionador establecidas por las normas que transponen las Directivas analizadas en el ordenamiento español. A continuación, acudiremos a los instrumentos de Derecho privado susceptibles de tutelar los intereses del consumidor.

ÍNDICE

| | <u>Página</u> |
|---|---------------|
| Resumen..... | 1 |
| Prefacio..... | 3 |
| Abreviaturas..... | 15 |
| CAPÍTULO I. LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN LOS CONTRATOS DE FINANCIACIÓN | |
| I. ORÍGENES Y EVOLUCIÓN..... | 17 |
| 1. Contratos de financiación para la adquisición de bienes muebles..... | 18 |
| 1.1. <i>Evolución del contexto socio-económico</i> | 18 |
| 1.2. <i>Mecanismos de financiación</i> | 19 |
| 2. Contratos de financiación para la adquisición de bienes inmuebles..... | 23 |
| II. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR DE CRÉDITO..... | 27 |
| 1. Legislación preconstitucional de protección al consumidor de crédito..... | 27 |
| 1.1. <i>Ley de 23 de julio de 1908, de la Usura</i> | 28 |
| 1.2. <i>Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles de 1965</i> | 31 |
| 2. Protección del consumidor de crédito tras la promulgación de la Constitución española de 1978..... | 33 |
| 2.1. <i>La primera norma dirigida a la protección del consumidor: Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios</i> | 35 |
| 2.2. <i>La importancia de la normativa sectorial de la contratación bancaria en materia de protección a los consumidores de crédito</i> | 36 |
| 2.3. <i>Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo</i> | 37 |
| 2.4. <i>Ley 22/2007, de 11 de julio, de comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores</i> | 41 |
| 2.5. <i>Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios, y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito</i> | 42 |

CAPÍTULO II. TÉCNICAS DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR DE CRÉDITO Y SU INCAPACIDAD PARA EVITAR EL PROBLEMA DEL SOBREENDEUDAMIENTO

| | |
|---|----|
| I. CUESTIONES PREVIAS | 45 |
| II. LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN EL MERCADO DE FINANCIACIÓN AL CONSUMIDOR: TÉCNICAS DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR DE CONTRATOS DE FINANCIACIÓN | 48 |
| 1. Derechos irrenunciables..... | 50 |
| 2. Cláusulas abusivas..... | 51 |
| 3. Obligación de información al consumidor..... | 55 |
| 4. Establecimiento de sanciones especialmente disuasorias..... | 59 |
| 5. Recapitulación..... | 62 |
| III. LA INCAPACIDAD DE LA LEGISLACION ESPANOLA PARA EVITAR EL SOBREENDEUDAMIENTO DE LOS CONSUMIDORES..... | 63 |
| 1. Medidas previstas para prevenir el sobreendeudamiento del consumidor en el marco de los contratos de financiación..... | 65 |
| 1.1. <i>Prevención a través de las técnicas analizadas</i> | 65 |
| 1.1.1. <i>Derechos irrenunciables del consumidor</i> | 65 |
| 1.1.2. <i>Régimen de cláusulas abusivas</i> | 67 |
| 1.1.3. <i>Obligación de información al consumidor de contratos de financiación</i> | 69 |
| 1.1.4. <i>Carácter disuasorio del régimen sancionador</i> | 70 |
| 1.2. <i>A través de otras medidas que sirven a la protección contra el sobreendeudamiento del consumidor...</i> | 70 |
| 1.2.1. <i>Desembolso inicial</i> | 71 |
| 1.2.2. <i>Integración judicial del contrato</i> | 71 |
| 1.2.3. <i>Inembargabilidad de ciertos bienes</i> | 72 |
| 1.3. <i>Conclusiones</i> | 73 |
| 2. Estudio del funcionamiento de la obligación de información..... | 74 |
| 2.1. Factores necesarios para el correcto funcionamiento de la obligación de información..... | 76 |
| 2.1.1. <i>El papel del legislador</i> | 76 |
| 2.1.2. <i>El sujeto obligado a suministrar la información</i> | 77 |
| 2.1.3. <i>El receptor de la información: el consumidor</i> | 79 |
| 2.2. <i>Razones determinantes de la incapacidad de la obligación de información para prevenir el sobreendeudamiento</i> | 83 |

| | |
|--|----|
| IV. EL PAPEL DE LA UNIÓN EUROPEA EN LA PREVENCIÓN DEL SOBREENDEUDAMIENTO DEL CONSUMIDOR..... | 84 |
| V. DE LA OBLIGACIÓN DE INFORMACIÓN AL CRÉDITO RESPONSABLE..... | 88 |

CAPÍTULO III. EL PRINCIPIO DE CRÉDITO RESPONSABLE

| | |
|--|-----|
| I. EL ORIGEN DEL PRINCIPIO DE CRÉDITO RESPONSABLE EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN: LOS TRABAJOS PREPARATORIOS DE LA DIRECTIVA 2008/48/CE DE CRÉDITO AL CONSUMO Y DE LA DIRECTIVA 2014/17/UE DE CRÉDITO HIPOTECARIO..... | 92 |
| 1. Antecedentes en materia de crédito responsable: la legislación belga..... | 92 |
| 2. Trabajos preparatorios de la Directiva 2008/48/CE de crédito al consumo..... | 96 |
| 2.1. <i>Propuesta de Directiva de 2002</i> | 97 |
| 2.1.1. Concepto de crédito responsable..... | 97 |
| 2.1.2. Naturaleza jurídica..... | 98 |
| 2.1.3. Contenido..... | 98 |
| 2.1.4. Régimen sancionador..... | 99 |
| 2.1.5. Influencia de la legislación belga..... | 100 |
| 2.1.6. Una primera aproximación al principio de crédito responsable..... | 101 |
| 2.2. <i>Propuesta de Directiva de 2004</i> | 101 |
| 2.3. <i>Propuesta de Directiva de 2005</i> | 103 |
| 2.4. <i>Posición Común del Consejo 14/2007</i> | 103 |
| 3. Trabajos preparatorios de la Directiva 2014/17/UE, de crédito hipotecario..... | 104 |
| 3.1 <i>Libro Verde «El crédito hipotecario en la UE»</i> | 104 |
| 3.2. <i>Libro Blanco «La integración de los mercados hipotecarios en la UE»</i> | 105 |
| 3.3. <i>«Public Consultation on Responsible Lending and Borrowing in the EU»</i> | 106 |
| 3.3.1. Responsabilidad en la concesión de crédito o « <i>responsible lending</i> »..... | 106 |
| 3.3.2. Responsabilidad en la adquisición de crédito o « <i>responsible borrowing</i> »..... | 107 |
| 3.3.3. Intervención de los intermediarios de crédito..... | 108 |
| 3.4. <i>«Working Paper on Responsible Mortgage Lending & Borrowing»</i> | 108 |
| 3.5. <i>«Commission staff working paper. Impact assessment»</i> | 109 |
| 3.6. <i>Propuesta de Directiva sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial</i> | 111 |

| | |
|--|-----|
| II. EL CRÉDITO RESPONSABLE EN LAS DIRECTIVAS 2008/48/CE DE CONTRATOS DE CRÉDITO AL CONSUMO Y 2014/17/UE DE CRÉDITO HIPOTECARIO..... | 112 |
| 1. Directiva 2008/48/CE de Contratos de Crédito al Consumo..... | 113 |
| 1.1. <i>El deber de evaluar la solvencia del consumidor de crédito</i> | 114 |
| 1.2. <i>Deberes relativos a la información</i> | 115 |
| 1.3. <i>Deber de proporcionar explicaciones adecuadas al consumidor</i> | 116 |
| 2. Directiva 2014/17/UE de Crédito Hipotecario..... | 118 |
| III. EL CONCEPTO DE CRÉDITO RESPONSABLE..... | 120 |
| 1. Dos enfoques para definir el principio de crédito responsable..... | 120 |
| 1.1. <i>Enfoque amplio del crédito responsable: actuación responsable en el marco de la operación crediticia</i> | 123 |
| 1.2. <i>Enfoque reducido del principio de crédito responsable: la concesión responsable de créditos</i> | 128 |
| 1.2.1. Concepto..... | 128 |
| 1.2.2. Medidas de crédito responsable..... | 129 |
| 1.2.3. Carácter precontractual..... | 131 |
| 1.2.4. Principio de orden público..... | 131 |
| 2. Crédito responsable como «suministro de explicaciones adecuadas» y «evaluación de la solvencia»..... | 135 |
| 2.1. <i>Obligación de dar explicaciones adecuadas</i> | 136 |
| 2.1.1. Obligación de dar explicaciones adecuadas y obligación de información..... | 137 |
| 2.1.2. Flaquezas de la obligación de dar explicaciones adecuadas como herramienta de prevención del sobreendeudamiento..... | 140 |
| 2.2. <i>Obligación de evaluar la solvencia</i> | 143 |
| CAPÍTULO IV. NATURALEZA JURÍDICA, CONTENIDO E INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DEL PRESTAMISTA DE EVALUAR LA SOLVENCIA DEL CONSUMIDOR DE CRÉDITO | |
| I. CUESTIONES PRELIMINARES: LA ACTIVIDAD BANCARIA Y LA GESTIÓN DE RIESGOS..... | 147 |
| 1. Riesgo de crédito..... | 148 |
| 1.1. <i>El papel de la gestión del riesgo de crédito durante el procedimiento de concesión de crédito</i> | 150 |
| 1.2. <i>Técnicas de gestión del riesgo de crédito</i> | 152 |
| 1.2.1. Orígenes y evolución de las técnicas de gestión de riesgo de crédito..... | 152 |
| 1.2.2. «Credit scoring»..... | 154 |

| | |
|---|-----|
| 2. Gestión del riesgo y evaluación de la solvencia del consumidor | 158 |
| 2.1. Caracteres comunes y diferencias existentes entre la gestión del riesgo de crédito y la obligación de evaluar la solvencia del consumidor..... | 159 |
| 2.2. Factores determinantes de la positivización de la obligación de evaluar la solvencia..... | 161 |
| 2.2.1 La concesión indiscriminada de crédito..... | 163 |
| 2.2.2. La gestión del riesgo como cuestión privada..... | 163 |
| 2.2.3. La inoperatividad de los instrumentos previstos para la protección del consumidor de crédito | 165 |
| 2.3. La relajación o permisividad de las entidades de crédito..... | 165 |
| II. NATURALEZA JURÍDICA..... | 172 |
| 1. Carácter obligatorio de la evaluación de la solvencia..... | 172 |
| 2. El ámbito de aplicación de la obligación de evaluar la solvencia..... | 174 |
| 3. Los sujetos que deben ser evaluados: la figura del avalista..... | 175 |
| III. CONTENIDO DE LA OBLIGACIÓN..... | 178 |
| 1. Deber de investigación..... | 179 |
| 1.1. Sujetos vinculados por la presente obligación. Especial atención a los intermediarios de crédito..... | 183 |
| 1.1.1. Intermediarios vinculados: el agente..... | 185 |
| 1.1.2. Intermediario independiente: el mediador o corredor..... | 187 |
| 1.1.3. El deber de transmisión de la información atribuido a los intermediarios de crédito..... | 188 |
| 1.2. Información que debe ser recopilada..... | 190 |
| 1.2.1. Crédito al consumo | 191 |
| 1.2.2. Crédito hipotecario..... | 194 |
| 1.2.3. Características de la información en el ordenamiento belga..... | 197 |
| 1.2.4. Información que se requiere en la práctica de las entidades de crédito..... | 199 |
| 1.3. Determinación temporal del momento en que debe practicarse la obligación de investigación..... | 202 |
| 1.4. Vías de acceso a la información..... | 204 |
| 1.5. El deber de comprobación de la información..... | 207 |
| 1.6. Solicitud del prestamista al consumidor para el aporte de información y correlativo deber del consumidor de responder a dicho requerimiento..... | 210 |
| 1.6.1. Deber del prestamista de solicitar la información necesaria al consumidor..... | 210 |
| 1.6.2. Contestación del consumidor a la solicitud de información del prestamista..... | 211 |

| | |
|--|-----|
| 2. Deber de procesar la información de acuerdo a técnicas estadísticas: « <i>credit scoring</i> »..... | 213 |
| 2.1. Momento en el que ha de ejecutarse el procesamiento de la información recopilada..... | 214 |
| 2.2. Sujetos obligados a desenvolver la presente conducta..... | 216 |
| 2.3. El procesamiento de la información..... | 216 |
| 2.3.1. Utilización de modelos estadísticos para evaluar la solvencia del consumidor..... | 219 |
| 2.3.2. Parámetros que deben regir la evaluación..... | 222 |
| 2.3.3. El resultado de la obligación de evaluar la solvencia..... | 235 |
| 3. Deber de denegar el crédito si el resultado arrojado fuere negativo: Hacia la concesión de créditos «aptos a los consumidores»..... | 242 |
| IV. COMPATIBILIDAD ENTRE LA GESTIÓN DEL RIESGO DE CRÉDITO Y LA EVALUACIÓN DE LA SOLVENCIA DEL CONSUMIDOR..... | 247 |
| V. CIRCUNSTANCIAS RELATIVAS AL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE EVALUAR LA SOLVENCIA DEL CONSUMIDOR DE CRÉDITO..... | 250 |
| 1. El incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia..... | 250 |
| 2. La evaluación de la solvencia como obligación de medios o de resultado..... | 253 |
| CAPÍTULO V. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE EVALUAR LA SOLVENCIA DEL CONSUMIDOR DE CRÉDITO | |
| I. DIFERENTES APROXIMACIONES A LAS CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE EVALUAR LA SOLVENCIA. POSICIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA E IMPLEMENTACIÓN DE ALGUNOS ESTADOS MIEMBROS..... | 258 |
| 1. Respuesta del Derecho de la Unión..... | 258 |
| 2. Estado de la cuestión en otros Estados de la Unión..... | 260 |
| 2.1. <i>Bélgica</i> | 260 |
| 2.2. <i>Francia</i> | 262 |
| 2.3. <i>Italia</i> | 262 |
| 2.4. <i>Reino Unido</i> | 263 |
| II. POSIBLES CONSECUENCIAS ATENDIENDO A LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA..... | 265 |
| 1. Responsabilidad administrativa..... | 266 |
| 1.1. <i>Crédito al consumo</i> | 266 |
| 1.1.1. Doble régimen sancionador..... | 266 |
| 1.1.2. Sanciones..... | 268 |

| | |
|---|-----|
| 1.2. Crédito inmobiliario..... | 270 |
| 1.3. Efectividad de las sanciones administrativas..... | 271 |
| 2. Sustanciación de las reclamaciones civiles..... | 273 |
| 2.1. Crédito al consumo..... | 273 |
| 2.1. Crédito hipotecario..... | 275 |
| 3. Sanciones de Derecho privado..... | 275 |
| 3.1. Acciones restitutorias..... | 279 |
| 3.1.1. La acción de nulidad..... | 279 |
| 3.1.2. La acción de resolución..... | 283 |
| 3.1.3. La inidoneidad de la recíproca restitución de las contraprestaciones para satisfacer al consumidor de crédito..... | 285 |
| 3.2. Acciones resarcitorias..... | 286 |
| 3.2.1 La acción por culpa « <i>in contrahendo</i> »..... | 286 |
| 3.2.2. La acción de responsabilidad contractual..... | 288 |
| 3.3. Recapitulación | 297 |
| CONCLUSIONES..... | 299 |
| BIBLIOGRAFÍA | |
| I. Obras doctrinales..... | 307 |
| II. Jurisprudencia | 322 |
| 1. Tribunal de Justicia de la Unión Europea..... | 322 |
| 2. Tribunal Constitucional | 323 |
| 3. Tribunal Supremo | 323 |
| 4. Jurisprudencia menor..... | 324 |
| III. Otros documentos..... | 325 |
| 1. Comisión europea | 325 |
| 2. Consejo europeo | 326 |
| 3. Documentación emanada por la Comisión y Consejo conjuntamente | 327 |
| 4. Consejo Económico y Social Europeo | 327 |
| 5. Miscelánea | 328 |

ABREVIATURAS

| | |
|------------|--|
| AAVV | Autores varios |
| CBE 5/2012 | Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos |
| Cc | Código Civil |
| CE | Constitución Española de 1978 |
| CCom | Código de comercio |
| CONC | <i>Consumer Credit Handbook</i> |
| DA | Disposición Adicional |
| DCA | Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores |
| DCC | Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril, relativa a los contratos de crédito al consumo |
| DCH | Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial |
| DDC | Directiva 2014/104/UE, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea |
| DTI | <i>Debt-to-income</i> |
| ECFR | <i>European Company and Financial Law Review</i> |
| FCA | <i>Financial Conduct Authority</i> |
| FJ | Fundamento jurídico |
| FOS | <i>Financial Ombudsman</i> |
| LCA | Ley 12/1992, de 27 mayo, sobre contrato de agencia |
| LCC | Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo |
| LCCC | Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo |
| LCDSFC | Ley 22/2007, de 11 de julio, de comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores |
| LDIEC | Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito |
| LEC | Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. |

| | |
|---------------------|---|
| LGDCU | Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios |
| LMH | Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario |
| LOSSEC | Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito |
| LRJSP | Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público |
| LCCPCHySI | Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios, y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito |
| LTV | <i>Loan-to-value</i> |
| LUs | Ley de 23 de julio de 1908, de la Usura |
| LVPBM/65 | Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles de 1965 |
| LVPBM/98 | Ley 28/1998, de 13 de julio, de venta a Plazos de Bienes Muebles |
| MCOB | <i>Mortgages and Home Finance: Conduct of Business sourcebook</i> |
| Orden EHA/2899/2011 | Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios |
| PLCCI | Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario 121/000012 |
| SJPI | Sentencia del Juzgado de Primera Instancia |
| STJUE | Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea |
| STS | Sentencia del Tribunal Supremo |
| RDBB | Revista de Derecho Bancario y Bursátil |
| TFUE | Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea |
| TJUE | Tribunal Justicia de la Unión Europea |
| TRLGDCU | Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias |
| TS | Tribunal Supremo |

CAPÍTULO I. LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN LOS CONTRATOS DE FINANCIACIÓN

La introducción, en la última década, de la obligación de evaluar la solvencia del consumidor de crédito por la DCC y DCH ha sido uno de los hechos más notorios en materia de protección de los consumidores que ha introducido el Derecho de la Unión. Esta obligación supuso una novedad legislativa en la legislación europea por dos motivos. En primer lugar, la obligación de evaluar la solvencia del consumidor carece de antecedentes en este ordenamiento. En segundo lugar, la obligación de evaluar la solvencia se aparta de los deberes de información que, hasta ese momento, habían sido establecidos por el legislador europeo para proteger al consumidor de crédito.

Con el propósito de dilucidar qué circunstancias y factores han propiciado la aparición de unas nuevas normas protectoras de los consumidores en los contratos de financiación; y, en última instancia, el establecimiento de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del consumidor, vamos a analizar cómo han evolucionado los sistemas de financiación, por un lado, y, por otro, cómo el ordenamiento español ha protegido al sujeto que obtiene financiación.

I. ORÍGENES Y EVOLUCIÓN

Antes de comenzar con el análisis propuesto, es necesario realizar una delimitación conceptual de lo que se entiende por contrato de financiación a efectos del presente trabajo. Un contrato de financiación es aquel en virtud del cual una de las partes realiza una disposición de fondos en favor de otra parte para la adquisición de bienes o servicios, obligándose ésta a la devolución del principal e intereses, en caso de que se hubieran pactado. Dentro de la denominación «contratos de financiación», pueden diferenciarse diferentes instrumentos contractuales como el pago aplazado, préstamo, crédito, etc., que, si bien

tienen como resultado la disposición de fondos de una de las partes a la otra, cada uno de ellos lo hace a través de diferentes mecanismos².

1. Contratos de financiación para la adquisición de bienes muebles

1.1. Evolución del contexto socio-económico

El crédito, como mecanismo de financiación existe desde hace miles de años³, aunque su crecimiento y expansión hasta el momento actual se debió a diversos devenires de naturaleza socio-económica. La Revolución Industrial fue el revulsivo que impulsó el crecimiento del mercado de crédito. Con carácter previo a la Revolución Industrial, el contexto económico estaba basado en un sistema capitalista emergente, de pequeños productores y bajos salarios que no permitía la circulación del crédito. Existían mecanismos de financiación a través de los préstamos de dinero o aplazamientos de pago que los comerciantes concedían a clientes fijos, pero tenían carácter residual. No obstante, la financiación no se destinaba al consumo (o, al menos, no con carácter general), sino al sostenimiento de la incipiente industria⁴.

Con el advenimiento de la Revolución Industrial se inició la producción a gran escala de bienes muebles de carácter duradero destinados a su posterior colocación en el mercado. Estos bienes se encontraban fuera del alcance de la mayor parte de los potenciales compradores debido a su elevado coste. Por tanto, se hizo necesario articular nuevas fórmulas crediticias que, por un lado, posibilitaran el acceso a estos bienes a un segmento de la población más amplio y, por otro, facilitaran a los fabricantes la distribución de los mismos a fin de

² Quedan así incluidos dentro de esta definición tanto los contratos de crédito como los de préstamo, a los que nos vamos a referir indistintamente a lo largo del presente trabajo.

³ Vid. HOMER, S.; SYLLA, R.: «*A History of Interest Rates*». Rutgers University Press. 1996. Página 17.

⁴ Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: «*Las ventas a plazos de bienes muebles*». Tecnos. Madrid. 1988. Página 150. Y, MARÍN LÓPEZ, M.J.: «*Compraventa financiada de bienes de consumo*». Aranzadi. Cizur Menor. 2000. Página 35.

que la acumulación de excedentes no paralizara el sistema productivo⁵. De esta manera, puede observarse la clara interdependencia entre la producción en masa y el crecimiento del mercado de crédito⁶. Ello, a su vez, pone de relieve el papel del crédito en la evolución de la economía y en la sociedad de consumo.

1.2. Mecanismos de financiación

Inicialmente fueron los propios vendedores quienes empezaron a financiar la compra de los productos que comercializaban. La posibilidad de financiar los bienes atraía a potenciales compradores que no podían asumir el pago al contado, a la vez que permitía a los vendedores dar salida a los productos que tenían en *stock*.

La financiación se realizaba a través de un aplazamiento en el pago en el que, tras un desembolso inicial, el comprador debía abonar el resto del precio pendiente en los plazos señalados. El vendedor, como garantía del cumplimiento del comprador, se reservaba la propiedad del bien hasta que el comprador abonaba la totalidad del precio a través de la inserción de una cláusula de reserva de dominio⁷. Este mecanismo satisfacía los intereses de ambas partes: el comprador podía disfrutar del bien sin tener que haber abonado la totalidad del precio, y el vendedor veía aumentar su volumen de ventas al posibilitar la adquisición de estos bienes a personas que no lo hubieran podido adquirir de otra manera. El aplazamiento de pago constituye el primer escalón de una sociedad de consumo, cuya difusión y consolidación dependió del desarrollo económico e industrial de cada país⁸.

⁵ Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: «Las ventas a plazos de bienes muebles», *op. cit.* páginas 149 y ss. MARÍN LÓPEZ, M.J.: «Compraventa financiada de bienes de consumo», *op. cit.* página 35. Y, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Las ventas a plazos de bienes muebles» en *Anuario de Derecho Civil, N^o1*. 1966. Página 118.

⁶ Vid. MARÍN LÓPEZ, M.J.: «Compraventa financiada de bienes de consumo», *op. cit.* página 35.

⁷ En este supuesto de venta a plazos debe advertirse que la función de financiación se encuentra dentro del contrato de compraventa a modo de cláusula contractual, que prevé este extremo, así como la cláusula de reserva de dominio a favor del vendedor. Vid. MARÍN LÓPEZ, M.J.: «Compraventa financiada de bienes de consumo», *op. cit.* página 36.

⁸ *Ibidem*, página 36.

En esta primera fase de la expansión del mercado de crédito, los vendedores pudieron asumir el papel de financiadores debido a que los productos objeto de financiación no tenían un coste muy elevado y a la baja demanda. Sin embargo, con el crecimiento del mercado de crédito, los vendedores no pudieron seguir asumiendo este papel, con lo que debieron buscarse nuevas fórmulas de financiación⁹.

La irrupción del automóvil como bien de consumo (en un primer momento el automóvil se consideró como un bien de lujo, inaccesible a la mayoría) fue el detonante del cambio de escenario respecto de la financiación de bienes de consumo. La gran demanda y el alto precio del automóvil en relación a los bienes que se habían financiado hasta ese momento determinó que el vendedor dejase de tener la capacidad económica necesaria para asumir el papel de financiador¹⁰.

En este estado de cosas, aparece un tercer sujeto que asume el papel de financiador, desplazando al vendedor. Con la inclusión de un tercer sujeto, se pasó de una relación jurídica bilateral –vendedor, comprador–, a otra trilateral –vendedor, comprador y financiador–, en materia de contratos de financiación¹¹. Esta nueva fórmula mantenía la posición del comprador, que accedía a bienes que no podía pagar al contado y usarlos desde el momento de la compra, aunque no hubiese abonado la totalidad del precio. No obstante, los mayores beneficiados fueron tanto el vendedor como el prestamista. El vendedor obtenía la totalidad del precio del bien objeto de venta en un solo pago, como si se tratase de una compraventa al contado, lo que le permitía seguir adquiriendo género para su venta y aumentar el volumen de negocio. El prestamista, por su

Respecto de España, BERCOVITZ señala que la regulación específica de la compra a plazos, promulgada en 1965, se da con un notable retraso (respecto del resto de países de nuestro entorno, parece entenderse, aunque no lo explicita) debido a que la economía española no estaba desarrollada. Vid BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Las ventas a plazos de bienes muebles» *op. cit.* página 127.

⁹ Vid. MARÍN LÓPEZ, M.J.: «*Compraventa financiada de bienes de consumo*», *op. cit.* páginas 38 y 39.

¹⁰ *Ibidem*, *op. cit.* página 39. Y, en el mismo sentido, LORANCA RUILÓPEZ, A.: «Créditos al Consumo. El Problema de la Vinculación» en *Contratos Bancarios*. Ed. CGPJ. Madrid. 2004. Página 205.

¹¹ Vid. LORANCA RUILÓPEZ, A.: «Créditos al Consumo. El Problema de la Vinculación», *op. cit.* página 205. Y, MARÍN LÓPEZ, M.J.: «*Compraventa financiada de bienes de consumo*», *op. cit.* página 40.

parte, realizaba su actividad típica, pero viendo incrementado en gran medida su número de clientes¹².

Los contratos de financiación trilaterales o compraventas financiadas¹³, podían adoptar dos modalidades distintas. La primera es una venta a plazos con aplazamiento del pago instrumentalizado en títulos-valores y su posterior transmisión de los mismos al prestamista. La segunda opción es la suscripción por el comprador de un contrato de financiación con el prestamista, independiente del contrato de compraventa.

En la compraventa a plazos con aplazamiento del pago instrumentalizado en títulos-valores, el vendedor estipula un contrato marco con una entidad de crédito (o varias). En virtud de este contrato, la entidad de crédito se obliga a financiar los contratos de venta a plazos que realice el vendedor hasta un importe prefijado. El comprador, en el momento de la perfección del contrato de compraventa, efectúa un desembolso inicial y se obliga a pagar el importe restante en un número determinado de plazos que se instrumentalizan en títulos-valores¹⁴. Una vez celebrado el contrato, el vendedor cede los derechos adquiridos por medio del contrato y, a cambio, ésta le abona el precio del bien pendiente de liquidar, con lo que el vendedor recibe el precio íntegro del bien¹⁵.

El contrato de financiación en sentido estricto, puede, a su vez, darse de dos maneras distintas. Una de ellas sería la celebración de ambos contratos de manera independiente, sin conexión entre ambos –cuando, por ejemplo, el adquirente obtiene en primer lugar un crédito, y con él paga el precio del bien al vendedor–. La otra modalidad consiste en la

¹² Vid. MARÍN LÓPEZ, M.J.: «*Compraventa financiada de bienes de consumo*», *op. cit.* páginas 39 y 46.

¹³ MARÍN LÓPEZ califica estas dos modalidades como compraventa financiada frente a la venta a plazos. Si bien la venta a plazos es una compraventa financiada, la financiación consiste en permitir su pago aplazado, no en una disposición efectiva del dinero por un tercero, que tampoco interviene en aquella. *Ibidem*, página 40.

¹⁴ El comprador se obliga a devolver un importe mayor que el precio del bien ya que, además del precio del bien restante que le queda por abonar –recuérdese que generalmente, se producía un desembolso inicial en el momento de la compraventa–, se obliga al pago de intereses y gastos de financiación.

¹⁵ MARÍN LÓPEZ, M.J.: «*Compraventa financiada de bienes de consumo*», *op. cit.* páginas 40 y 41.

celebración de ambos contratos como una unidad económica. Es decir, la financiación se obtiene para la compra de un determinado bien, quedando patente la función instrumental del contrato de financiación en relación con el contrato de compraventa. Generalmente, esta forma de financiación tiene lugar cuando el comprador, encontrándose en el establecimiento comercial y habiendo elegido el bien, manifiesta al vendedor que no puede efectuar el pago al contado. El vendedor facilitará al consumidor los impresos de que dispone a tal efecto y con la cumplimentación de los mismos, el consumidor solicita un préstamo. No obstante, en ese mismo momento, el consumidor adquiere el bien y, generalmente, también efectuará un pago inicial. Concedido el préstamo, la entidad financiera transmite el importe del precio del bien al vendedor, para quien se trata de un pago al contado¹⁶.

Visto lo anterior, puede observarse que, en la venta a plazos la función de financiación estaba incluida en el contrato de compraventa, careciendo de cualquier autonomía e interviniendo únicamente comprador y vendedor. En cambio, en el contrato de financiación se produce una disociación entre la financiación y la relación jurídica principal, perfeccionándose cada uno de los contratos con sujetos distintos. A medio camino entre la venta a plazos y el contrato de financiación es donde se sitúa la venta a plazos con aplazamiento del pago instrumentalizado en títulos-valores, que puede considerarse un híbrido de ambas fórmulas. En la venta a plazos con aplazamiento del pago instrumentalizado en títulos valores, el consumidor sólo perfecciona un contrato, el de compraventa (al igual que en la venta a plazos), pero también interviene un tercero financiador (como en los contratos de financiación en sentido estricto).

¹⁶ *Ibidem*, páginas 44 y 45.

En este supuesto, estaríamos ante la vinculación entre el contrato de financiación y el de compraventa de bienes o servicios, sin embargo, puede darse la posibilidad de que el consumidor obtenga la financiación sin ninguna sujeción en cuanto a su destino, por lo que, si adquiere un bien o un servicio, se reputará como una adquisición al contado y no financiada. *Ibidem*, página 58.

2. Contratos de financiación para la adquisición de bienes inmuebles

Ya, en la época romana, existían los instrumentos jurídicos que posibilitaban la adquisición de bienes inmuebles, como el contrato de préstamo y la hipoteca. Cuestión distinta es que, debido a las condiciones socio-económicas imperantes, fuera inviable la generalización del uso del préstamo para la adquisición de bienes inmuebles.

Si, como hemos apuntado, la Revolución Industrial fue el acontecimiento que determinó el crecimiento del mercado de crédito para la financiación de bienes muebles; en el caso de los bienes inmuebles, la desamortización y la creación del mercado hipotecario español, fueron los dos eventos clave que dieron lugar a la expansión del mercado de crédito.

El proceso desamortizador que tuvo lugar durante el siglo XIX, puso en el mercado una vasta extensión de terreno que requirió la articulación de mecanismos apropiados de financiación; bien para su adquisición, bien para su explotación. Para las entidades de crédito, las operaciones de financiación de bienes inmuebles eran poco atractivas desde el punto de vista empresarial. El alto importe prestado mermaba su liquidez, a lo que se debe sumar periodos de amortización más prolongados¹⁷.

En consecuencia, el préstamo como mecanismo para financiar la compra del inmueble solía ser a corto plazo y con elevados intereses, lo que lo hacía inadecuado para el crédito territorial¹⁸, que requería un plazo de tiempo mayor para su amortización¹⁹. En este estado de cosas

¹⁷ Vid. ORTÍ VALLEJO, A.: «Garantías de los Títulos del Mercado Hipotecario». Civitas. Madrid. 1993 (1ª Edición). Página 18.

¹⁸ MADRID PARRA explica que: «Con la expresión crédito territorial, se hace alusión al valor de los inmuebles, especialmente fincas rústicas, y al mecanismo por el que dicho valor se moviliza. Crédito significa confianza. La utilización del crédito territorial se orienta a permitir la disponibilidad del valor de los inmuebles sobre la base de la confianza que ofrece dicho valor inmobiliario». MADRID PARRA, A.: «El Mercado Hipotecario (EEUU-España)». Banco Hipotecario de España. Madrid. 1988. Página 378.

¹⁹ Vid. MADRID PARRA, A.: «El Mercado Hipotecario (EEUU-España)», *op. cit.* página 386.

El problema en que desembocaba esta situación era la imposibilidad del deudor de devolver el préstamo a corto plazo, por lo que procedía a su renovación, que originaba nuevos gastos y donde el acreedor aprovechaba para subir más el interés. Por tanto, la

se consideró fundamental y urgente la organización del crédito territorial en orden a su movilización, de manera que permitiera disponer del valor de la tierra como fuente de financiación. Con este objeto, y en vista de las dificultades que atravesaba la promulgación de un Código Civil que incluyera un conjunto de normas destinadas a regular la institución hipotecaria, se promulgó en 1861 la *Ley Hipotecaria*²⁰, que contemplaba la creación de los bancos de crédito territorial²¹.

Sobre la base jurídica proyectada por la Ley Hipotecaria, se creó el Banco Hipotecario Español mediante la *Ley de 2 de diciembre de 1872*. El Banco Hipotecario Español fue la única entidad que durante un siglo – desde el uno de enero de 1873 hasta el uno de enero de 1971– pudo emitir cédulas hipotecarias susceptibles de ser negociadas en un mercado secundario y, así, refinanciarse. Este privilegio obstaculizó la creación de otras entidades de crédito territorial o la asunción de esta actividad por los bancos, ya que les estaba vedada la posibilidad de refinanciarse²².

La regulación del crédito hipotecario fue consecuencia de la necesidad de articular mecanismos de movilización del crédito territorial con el objetivo fundamental de conseguir financiación para la adquisición de explotaciones agrícolas²³. No obstante, a principios del siglo XX, comenzó a hacerse patente la creciente importancia del préstamo hipotecario como instrumento de acceso a la vivienda. Este cambio de paradigma se debió a la creciente necesidad de proporcionar vivienda a la población. La demanda de recursos habitacionales como consecuencia del crecimiento de los núcleos urbanos en detrimento de los rurales, y la concienciación de los Estados acerca de esta necesidad de vivienda como

deuda aumentaba y si el deudor no podía devolver la cuantía objeto de préstamo, finalmente el deudor o bien entrega la finca en usufructo al vendedor o le cedía el dominio de la finca mediante una compraventa con pacto de retro, que normalmente el deudor no podía ejercitar en el plazo convenido, saldándose la situación con la adquisición del acreedor de la finca por un bajo importe. Cfr. MADRID PARRA, A.: «*El Mercado Hipotecario (EEUU-España)*», *op. cit.* página 387.

²⁰ Modificada posteriormente por el Texto Refundido de la misma de 1946.

²¹ Párrafo 2º de la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria.

²² Vid. MADRID PARRA, A.: «*El Mercado Hipotecario (EEUU-España)*», *op. cit.* página 394.

²³ *Ibidem*, página 403.

un problema de índole económico-social²⁴, comportó que esta cuestión fuese ganando importancia progresivamente.

En este contexto, en España²⁵, la obtención de financiación para la adquisición de vivienda se ha caracterizado por una fuerte intervención estatal hasta finales de los años setenta. Las Cajas de Ahorros realizaban las operaciones de financiación para la adquisición de vivienda²⁶ debido al coeficiente de inversión obligatoria que debían cumplir –coeficiente que en 1974 alcanzó el 74%²⁷–. También el Banco Hipotecario Español y el Banco de Crédito a la Construcción –fusionados desde 1982–²⁸ realizaban operaciones de financiación de vivienda mediante el Crédito Oficial. No obstante, la principal fuente de financiación de la vivienda –especialmente de Protección Oficial–, era el circuito privilegiado del coeficiente de inversión obligatorio de las Cajas de Ahorros, al que se le aplicaban tipos de interés por debajo de los tipos de mercado²⁹.

Esta situación sufrió un cambio drástico en 1977 con el inicio del proceso de liberalización del sistema financiero español a partir de la *Orden de 23 de julio de 1977, sobre liberalización de tipo de interés e inversiones de las Cajas de Ahorros y de la Banca privada*. Una de las medidas adoptadas fue la reducción del coeficiente de préstamos de regulación especial (del 26% al 21%), propiciando un transvase de fondos desde el circuito privilegiado de crédito destinado a la vivienda a préstamos de libre disposición.

El segundo de los acontecimientos clave en la evolución de la financiación de bienes inmuebles tuvo lugar con la promulgación de la *Ley 2/1981, de 23 de marzo, del Mercado Hipotecario* (en adelante, LMH)

²⁴ *Ibidem*, página 404. Y, CASTAÑO MARTÍNEZ, M.S.: «La eficacia de la política de la vivienda en España» en *Revista ICE*. Nº 867. Julio-agosto 2012. Página 8.

²⁵ Para ver la evolución en España de la política de vivienda vid. MAESTRE YENES, P.: «La política de vivienda en España» en *Revista ICE*. Abril 1979. Página 11. Y, en el mismo sentido, vid. MADRID PARRA, A.: «*El Mercado Hipotecario (EEUU-España)*», *op. cit.* página 404.

²⁶ La financiación de la vivienda se hacía fundamentalmente a través de estas entidades. Cfr. FREIXAS, X.: «*El Mercado Hipotecario Español. Situación Actual y Proyecto de Reforma*». FEDEA. Madrid. 1991. Página 30.

²⁷ *Ibidem*, página 75.

²⁸ *Ibidem*, página 75.

²⁹ Vid. MADRID PARRA, A.: «*El Mercado Hipotecario (EEUU-España)*», *op. cit.* página 406.

mediante la que se creó un mercado hipotecario en España. Junto al *Real Decreto 685/1982*³⁰ que la desarrolla, se estableció un régimen jurídico con el objetivo de facilitar la refinanciación hipotecaria en los mercados de capitales. Concretamente, en el mercado secundario, lo que explica por qué la regulación mencionada incide principalmente en la regulación del mercado secundario³¹.

La creación del mercado hipotecario fue trascendental para la expansión del mercado de crédito dedicado a la adquisición de vivienda. La instauración del mercado hipotecario hizo posible que las entidades de crédito pudieran refinanciarse en el mercado secundario, con lo que se eliminaron los inconvenientes que hacían poco atractivas estas operaciones, esto es, el elevado importe de la financiación y el largo periodo de amortización que llevaba aparejado³². La instauración del mercado hipotecario determinó, en última instancia, la expansión del mercado de crédito destinado a la adquisición de vivienda.

Así, hasta 1981, la financiación de bienes inmuebles fue atendida por la banca pública y las Cajas de Ahorros (a través de la obligación de destinar parte de sus recursos a la financiación de vivienda). A partir de ese momento, la Banca privada entró en el mercado de la financiación hipotecaria a la vivienda (hasta entonces su actuación crediticia se circunscribía al sector industrial y comercial)³³ asumiendo, desde entonces y hasta hoy, el papel preponderante en el mercado crediticio³⁴.

³⁰ Real Decreto 685/1982, de 17 de marzo, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981 de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario.

³¹ Vid. MADRID PARRA, A.: «Reforma del Mercado Hipotecario a 2009 y crisis financiera» en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Nº 719. Mayo-junio 2010. Página 1095.

³² Vid. ORTÍ VALLEJO, A.: «Garantías de los Títulos del Mercado Hipotecario», *op. cit.* páginas 17, 18 y 24.

³³ Vid. GARCÍA ALONSO, J.M.: «El Mercado Hipotecario en España» en *Hacienda Pública Española*. Nº 72. 1981. Página 73.

³⁴ PRATS ALBENTOSA, L.: «Préstamo de Consumo, Crédito al Consumo». Tirant lo Blanch. Valencia. 2001. Página 20.

II. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR DE CRÉDITO

Con objeto de entender y comprender cuáles han sido los motivos que han dado lugar a la inclusión de la obligación de evaluar la solvencia, vamos a analizar los diferentes regímenes de protección directa³⁵ o indirecta³⁶ que la legislación española ha brindado al consumidor de crédito.

No obstante, con carácter previo, debe realizarse otra aclaración terminológica. En el transcurso del análisis legislativo propuesto se da la circunstancia de que algunas de las normas comentadas son anteriores a la introducción en nuestra legislación del concepto de consumidor³⁷, en cuyo caso hablaremos de consumidor en sentido anacrónico. También ocurre que algunas de estas regulaciones no se dirigen a consumidores, sino a un espectro más amplio que la relación de consumo, por lo que, en este caso, hablaremos de consumidor en sentido impropio.

1. Legislación preconstitucional de protección al consumidor de crédito

Con anterioridad a la Constitución española de 1978 no existían en nuestro ordenamiento leyes dirigidas a la protección del consumidor. Sin embargo, sí que encontramos algunas leyes con ciertas medidas de protección del prestatario que, siendo su ámbito de aplicación objetivo³⁸

³⁵ Aquellas leyes donde la protección del consumidor, en general, o la protección del consumidor de crédito, en particular, sea la finalidad que justifica su promulgación.

³⁶ Por ser la finalidad de la ley otra distinta de la protección del consumidor, sin embargo, la consecución de la finalidad que prevé pasa por el establecimiento de medidas de protección al consumidor.

³⁷ La introducción en el ordenamiento jurídico español del concepto de consumidor tiene lugar en la Constitución de 1978, a pesar de que previamente a ésta encontramos vagas referencias al vocablo «consumidor» en la Ley de Prácticas Restrictivas de la Competencia de 1963 –en su Exposición de Motivos–, y en el Estatuto de la Publicidad de 1964 (artículo 10).

³⁸ La ley de la Usura es aplicable a préstamos civiles y mercantiles –éstos últimos a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1941 [R] 1941/147–, siendo los primeros los únicos susceptibles de subsumirse en una relación de consumo. Vid. GARCÍA CANTERO, G.: «Préstamo, usura y protección de los consumidores», en *Actualidad Civil*. N.º3. Semana 16. 1989. Página 213.

y subjetivo más amplio que el de una relación de consumo, ésta puede subsumirse en aquellos. Como consecuencia, en relación a estas leyes hablaremos de una relación de consumo en sentido anacrónico e impropio. Las normas a las que nos referimos son: la Ley de la Usura de 1908 y la Ley de Ventas a Plazos de Bienes Muebles de 1965.

1.1. Ley de 23 de julio de 1908, de la Usura

Como consecuencia de la abolición, por parte de Isabel II, de la tasa legal máxima que regía sobre el interés³⁹; y del mantenimiento de este criterio por el Código de Comercio de 1885⁴⁰ y del Código Civil de 1889⁴¹, proliferaron prestamistas sin escrúpulos que, aprovechándose de la situación de desigualdad económica y de una población prácticamente analfabeta⁴², imponían unos intereses desorbitados en los contratos de

La LVPBM/65, por su parte, además de la financiación, regula las garantías constituidas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones asumidas en virtud de los contratos de financiación.

³⁹ La abolición de la tasa sobre el interés se llevó a cabo a través de la Ley de 14 de marzo de 1856, promulgada por Isabel II. Históricamente, el cobro de intereses en el préstamo, o más bien, la admisión o prohibición del pacto de intereses, no ha sido una cuestión pacífica, sino que ambas posturas han sido admitidas en determinados momentos consecuencia de la realidad social y económica de cada momento, si bien su admisión era condicionada a través del sistema de tasa legal máxima. Sin embargo, la Reina Isabel II mediante la Ley de 14 de marzo de 1856 abole toda tasa de interés sobre el capital en numerario dado en préstamo –artículo 1º–, postura que rompe con aquellas que se habían venido manteniendo en el ámbito referente al pacto de intereses en España, consecuencia de la recepción de ideas de corte liberal.

⁴⁰ Cambia el criterio seguido por el Código de Comercio de 1829, cuyo artículo 398 establecía una tasa de interés del 6%. Vid. SABATER BAYLE, I.: «*Préstamo con interés, usura y cláusulas de estabilización*». Aranzadi. Cizur Menor. 1986. Página 135.

⁴¹ También cambia el criterio del Código Civil respecto del Proyecto de Código de 1851, cuyo artículo 1650 establecía una tasa que no podía exceder del doble de interés legal; manteniendo, en cambio, el criterio de la obra de NAVARRO AMANDI, «*Código Civil de España*» de 1880, cuyo artículo 1678 reproduce el artículo 1 de la Ley de 14 de marzo de 1856; y, del Anteproyecto de 1882-1888, que alude indirectamente al pacto de interés, entendiéndose como una admisión implícita, sobre todo al tener en cuenta que ya estaba vigente la Ley de 14 de marzo de 1856. Vid. SABATER BAYLE, I. *op. cit.* páginas 124 a 126.

⁴² Vid. ÁLVAREZ OLALLA, P.: «Contratos de financiación. Préstamo civil y mercantil» en *Tratado de Contratos Tomo IV*. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Director). MORALEJO IMBERNÓN, N.; QUICIOS MOLINA, S. (Coord.). Tirant lo Blanch. Valencia. 2013. Página 4506. Y, cfr. GARCÍA CANTERO, G.: «Préstamo, usura y protección de los consumidores», *op. cit.* páginas 207 y 213. En este sentido, podemos observar cómo las legislaciones de la época eran conscientes del problema de la usura, como vemos en la Exposición de

préstamo⁴³. La promulgación de la Ley de la Usura (en adelante, LUs) fue la respuesta legal que intentó frenar las prácticas abusivas en materia de pacto de interés que solían darse en torno a los contratos de préstamo.

La LUs declara nulos⁴⁴ los contratos de crédito en los que se den uno de los requisitos de su artículo 1: (1) que se haya fijado un interés notablemente superior al normal del dinero; (2) que se trate de un contrato leonino, esto es, en el que se pacta que toda la utilidad sea para una de las partes, habiendo, además, motivos para considerar que esas condiciones abusivas han sido aceptadas por la situación angustiosa del prestatario, su inexperiencia, o lo limitado de sus facultades mentales; y (3) que suponga recibida en préstamo una cantidad mayor que la efectivamente entregada –el denominado «contrato falsificado»–⁴⁵.

Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861, que establece la creación de bancos de crédito territorial para liberar al propietario del yugo del usurero despiadado. MADRID PARRA, A.: «*El Mercado Hipotecario...*», *op. cit.* página 388.

⁴³ Como expone SABATER BAYLE, en esta época, y actuando de forma paralela a los usureros, existían otras formas de obtener crédito, como los Bancos, que aun ofreciendo unos intereses más bajos y justos que los ofrecidos por los usureros, no solía ser la vía principal de acceso al crédito debido a la exigencia de garantías –tales como la hipoteca o el aval personal– de las que, con carácter general, no disponía el prestatario. Vid. SABATER BAYLE, I., *op. cit.* página 69.

⁴⁴ Como ha afirmado el TS, la nulidad aparejada a la declaración de un crédito como usurario es «*radical, absoluta y originaria, que no admite convalidación confirmatoria, porque es fatalmente insubsanable, si susceptible de prescripción extintiva*». Vid. SSTS de 14 de julio de 2009 [RJ 2009,4467], FJ 4º; y, de 25 de noviembre de 2015 [RJ 2015,5001], FJ 4º.

En este sentido se pronunció también ALBADALEJO, quien afirmó que «*el préstamo usurario es nulo radicalmente, así que ni tiene efecto alguno, ni puede convalidarse*». Vid. ALBADALEJO, M.: «La nulidad de los préstamos usurarios» en *Anuario de Derecho Civil*. Nº1. 1995. Página 49.

⁴⁵ Vid. MONTSERRAT VALERO, A.: «Los supuestos de hecho de préstamos usurarios en la jurisprudencia del Tribunal Supremo» en *Revista Aranzadi Doctrinal*. Número 6/2011 [BIB 2011/1358]. Aranzadi. Pamplona. 2011. Página 160.

Sobre el contrato falsificado, vid. GARCÍA CANTERO, G.: «Préstamo, usura y protección de los consumidores», *op. cit.* página 212; y, MUÑOZ CERVERA, M.: «El Interés y la Usura» en *Crédito al Consumo y Transparencia bancaria*. NIETO CAROL, U. (Director). Civitas. 1998 (1ª Edición). Página 846.

Para considerar a un préstamo como usurario y, por tanto, que se declare la nulidad del mismo, basta con que concurra uno de los tres requisitos establecidos en el artículo 1º, como ha venido sosteniendo la jurisprudencia –SSTS de 23 de septiembre de 1958; 15 de diciembre de 1965; 30 diciembre de 1987; y, 8 de octubre de 1994, entre otras–. Vid. MUÑOZ CERVERA, M. *op. cit.* página 847. Y, MONTSERRAT VALERO, A.: «Los supuestos de

En el supuesto de que el órgano jurisdiccional determine que los intereses son usurarios y el contrato de crédito se declare nulo. De declararse la nulidad del contrato el prestatario sólo estará obligado a devolver el principal del préstamo («sólo la suma recibida», como dispone el artículo 3 LUs). En el caso de que el prestatario hubiera satisfecho ya una parte del capital e intereses vencidos y el total de la suma pagada excediera del importe prestado, el prestamista quedará obligado a devolver el exceso⁴⁶.

Con la restitución de las prestaciones el prestamista deja de percibir no sólo el interés remuneratorio pactado (y declarado usurario), sino también los intereses moratorios o de cualquier otro tipo que se hayan convenido⁴⁷. De esta manera, la LUs incentiva la estipulación de unos intereses más bajos y justos que no sean susceptibles de ser declarados usurarios.

Aunque en el marco del presente trabajo se haya catalogado a esta norma como una suerte de antecedente en el marco de la protección del consumidor de crédito, hay que tener en cuenta el contexto en el que tuvo su origen. En el momento de la promulgación de la Ley Azcárate el crédito era únicamente accesible para aquellas personas más acomodadas y poderosas, estando restringido al resto de la población. Por tanto, se ha afirmado que la LUs fue un mecanismo legal de protección de las clases altas contra los abusos cometidos en el marco crediticio.

hecho de préstamos usurarios en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *op. cit.* página 160.

⁴⁶ Vid. artículo 3 LUs.

En definitiva, la LUs señala los efectos que procederían de la aplicación del artículo 1303 Cc: una restitución de las contraprestaciones. Cfr. ALBADALEJO, M.: «La nulidad de los préstamos usurarios», *op. cit.* página 43. Y, UREÑA MARTÍNEZ, M.: «Los intereses excesivos en los contratos de financiación con consumidores» en <https://previa.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/6/2003/6-2003-1.pdf>. Página 5.

⁴⁷ Vid. UREÑA MARTÍNEZ, M.: «Los intereses excesivos en los contratos de financiación con consumidores», *op. cit.* página 5.

1.2. Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles de 1965

La Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles de 1965 (en adelante, LVPBM/65⁴⁸) fue la primera norma que tuvo por objeto regular los contratos de financiación (tanto de venta a plazos como de financiación por tercero) en nuestro ordenamiento⁴⁹. Sin embargo, la LVPBM/65 presentó dos inconvenientes que determinaron, en última instancia, su poca incidencia en la práctica⁵⁰. El primer inconveniente es que la LVPBM/65 regulaba un ámbito objetivo muy concreto: la adquisición de bienes muebles corporales no consumibles (artículo 1). La segunda objeción está relacionada con las dudas que se suscitaron entre la doctrina en torno a la imperatividad de la LVPBM/65⁵¹.

⁴⁸ Tras 30 años de vigencia, la Ley 7/1995 de Crédito al Consumo (en adelante, LCC), en su Disposición Final 3ª.1, incluyó un mandato al legislador para la modificación de la LVPBM/65. Sin embargo, en lugar de modificar la LVPBM/65, se promulgó una nueva norma: la Ley 28/1998, de Venta a Plazos de Bienes Muebles (en adelante, LVPBM/98). A pesar de ser una norma nueva, mantuvo la estructura de la anterior; el legislador se limitó a introducir algunas enmiendas y modificaciones puntuales⁴⁸. Las novedades más significativas introducidas en la LVPBM/98, son, por un lado, la atribución de carácter obligatorio al derecho de desistimiento del consumidor, admitiéndose el pacto en contrario en caso de adquisición de automóviles (artículo 9); y, por otro, en materia de publicidad, el deber de incluir el TIN y la TAE (artículo 13).

⁴⁹ Los devenires históricos que tuvieron lugar en España durante algo más de la primera mitad del siglo XX desembocaron en una política económica de autarquía que no fue superada hasta la década de los sesenta, cuando por confluencia de diversos factores, la economía española experimentó un gran crecimiento. Los factores que contribuyeron a este desarrollo económico son la puesta en marcha el Plan de Estabilización, que, junto al apoyo exterior y los sucesivos Planes de Desarrollo, posibilitaron la composición de una nueva estructura económica española, además del auge económico internacional y la entrada en escena del turismo. Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: «Las ventas a plazos de bienes muebles», *op. cit.* páginas 149, 151 y 152. Vid. También en este sentido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Las ventas a plazos de bienes muebles», *op. cit.* página 132.

⁵⁰ A esta poca virtualidad práctica de la LVPBM/65 se refiere MARTÍNEZ DE AGUIRRE, que llega a afirmar que ha sido una ley ignorada en la práctica en lo concerniente a bienes de consumo duradero. Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: «Las ventas a plazos de bienes muebles», *op. cit.* página 160.

⁵¹ Uno de los defensores del carácter dispositivo de la LVPBM/65 fue BERCOVITZ. Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Las ventas a plazos de bienes muebles», *op. cit.* página 143. Y, vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Comentarios a la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles». Montecorvo. Madrid. 1977. Páginas 95 a 112. En contra y, por tanto, a favor de su carácter imperativo está MARTÍNEZ DE AGUIRRE. Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: «Las ventas a plazos de bienes muebles», *op. cit.* páginas 32 a 37.

El objetivo de la LVPBM/65 era, como afirma MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «favorecer el desarrollo de un mercado de consumo interno», mientras que la protección del consumidor era un objetivo secundario. Sin embargo, a juicio de este autor, la LVPBM/65, en el momento de su promulgación, «supuso un avance [...] con respecto a la situación anterior» en materia de protección de los consumidores⁵².

A la vista de las medidas contenidas en la LVPBM/65⁵³, la protección al consumidor⁵⁴ se basaba predominantemente en garantizar el equilibrio obligacional entre las partes⁵⁵. Para ello se establecieron normas que favorecían al comprador/prestatario y se incluyeron, aunque

⁵² MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: «Las ventas a plazos de bienes muebles», op. cit. página 32.

⁵³ Las medidas de protección al comprador o prestatario (no consumidor de crédito) incluidas en esta Ley son, con carácter general, las siguientes: formalización escrita (artículo 5); contenido mínimo del contrato (artículos 6, 7 y 15); posibilidad de pago anticipado (artículo 10); medidas aseguradoras de la restitución equitativa de prestaciones en caso de resolución contractual (artículo 11); facultad de revocación (artículo 8); plazo de gracia al comprador que, por causas ajenas a su voluntad, no podía hacer frente a los pagos (artículo 13); nulidad de sumisión, expresa o tácita (artículo 14). Además, en los contratos regulados por esta ley, se tendrán por no puestos los pactos, cláusulas y condiciones contrarias a lo en ella dispuesto, o que traten de eludirla (artículo 18).

⁵⁴ En sentido anacrónico, debido a que el término aún no ha adquirido rango legal y en sentido impropio, ya que la LVPBM/65 no es una Ley destinada a la protección del consumidor, sino que la protección que le dispensa es consecuencia de que una relación de consumo pueda subsumirse en el ámbito de aplicación planteado en la Ley.

Tanto los sujetos como el destino a que dediquen los bienes y servicios adquiridos mediante la financiación son indiferentes con una excepción, la exclusión del artículo 4.1 de la LVPBM/65 respecto de los bienes que se destinen a la venta al público, transformados o no. Hecha esta precisión, observamos que esta Ley es aplicable tanto a las operaciones de consumo como a operaciones de adquisición de bienes de equipo, ya que la exclusión del artículo 4.1 no le afecta, como lo también lo confirma el Decreto de 12 de mayo de 1966 en su artículo 1 en su apartado tercero. Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. op. cit. página 74.

⁵⁵ Debe incidirse en que el equilibrio es obligacional y no referido a las contraprestaciones, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Vid. RECALDE CASTELL, A.; PETIT LAVALL, M.V.; JUAN Y MATEU, F.: «Cláusulas abusivas en los contratos bancarios» en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*. MENÉNDEZ, A.; DíEZ-PICAZO, L. (Directores). Civitas. Madrid. 2002 (1ª Edición). Páginas 1334 y 1335. Y, en el mismo sentido, vid. BUSTO LAGO, J.M.; ÁLVAREZ LATA, N.; PEÑA LÓPEZ, F.: «Reclamaciones de Consumo». Aranzadi. Cizur Menor. 2008 (2ª Edición). Página 147.

de manera testimonial, algunos deberes relativos a la información que el vendedor o prestamista debía suministrar al comprador⁵⁶.

2. Protección del consumidor de crédito tras la promulgación de la Constitución española de 1978

La referencia al término «consumidor» apareció por primera vez en nuestro ordenamiento en Ley de Prácticas Restrictivas de la Competencia de 1963⁵⁷ y en el Estatuto de la Publicidad de 1964⁵⁸. No obstante, no es hasta la promulgación de la Constitución⁵⁹ (en adelante, CE) cuando se introduce por vez primera en nuestra legislación la noción de la defensa de los consumidores⁶⁰. A excepción de la Constitución portuguesa de 1976 (artículo 81 *i*), el artículo 51 CE carece de precedentes a nivel nacional o de derecho comparado. Su origen hay que buscarlo en informes emanados de organismos supranacionales como el «Informe sobre la política de protección a los consumidores en los Estados miembros», publicado por la OCDE en 1972; la «Carta de Protección de los Consumidores», de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa en 1973; y, la Resolución del Consejo de Ministros de la CEE de abril de

⁵⁶ A través de la exigencia de forma escrita (artículo 5), y de la inclusión obligatoria en el contrato de algunos extremos (artículo 6). El legislador decidió vincular el incumplimiento de las obligaciones de los artículos 5 y 6, relativos a la obligación de información a una sanción similar promoviendo su cumplimiento a través de la asignación de consecuencias gravosas para el vendedor o financiador que incumpla con la obligación anterior (artículo 7) en la línea establecida por la LUs: conforme al artículo 7 LVPBM/65, el comprador o prestatario sólo deberá pagar el precio al contado, exento de cualquier recargo. Aunque según el apartado a que se refiera el incumplimiento, difiere la magnitud de la sanción: si se incumplen –por omisión o inexactitud– los apartados tres a diez, el comprador estará obligado únicamente al pago del precio al contado, exento de cualquier recargo; en cambio, si se omiten o expresan incorrectamente cualquiera de los demás apartados, podrá practicarse la misma reducción, pero deberá de acordarlo el juez si el comprador justifica que ha sido perjudicado.

⁵⁷ En su Exposición de Motivos.

⁵⁸ Artículo 10.

⁵⁹ Vid. Capítulo III titulado «De los principios rectores de la política social y económica», artículo 51.

⁶⁰ Cfr. LASARTE, C.: «Manual sobre la protección de consumidores y usuarios». Dykinson. Madrid (3ª Edición). 2007. Página 30.

1976⁶¹.

La introducción de este concepto en el texto constitucional⁶² es de gran importancia. La norma fundamental consagra en el artículo 51 el principio de protección del consumidor, dotando dicha protección del más alto rango legal.

El principio de protección al consumidor se erige como un principio rector del ordenamiento jurídico⁶³ que despliega sus efectos en dos vertientes distintas. Por un lado, se trata de un mandato al legislador para que dicte normas a tal efecto; y, por otro, funciona como un principio informador del ordenamiento jurídico en aplicación conjunta con el artículo 53.3 de la Constitución⁶⁴. Su condición de principio informador del ordenamiento implica que debe inspirar la legislación y ser tenido en cuenta por los tribunales y autoridades administrativas⁶⁵, pues toda cuestión que afecte a un consumidor deberá resolverse mediante una interpretación favorable de las disposiciones legales que le sean de aplicación⁶⁶.

⁶¹ Vid. GARCÍA MARTÍNEZ, A.: «Sinopsis del artículo 51 de la Constitución española» [actualizado por SIEIRA, S. (2011); y, RASTROLLO, A. (2017)] en <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=51&ti po=2> (accedido el 15/08/18).

⁶² En palabras de CASTRO, al referirse al movimiento de protección al consumidor: «logrará su máxima dignidad formal, al ser acogido en los textos constitucionales [...]». DE CASTRO, F.: «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad» en *Anuario de Derecho Civil*. Tomo XXXV. 1982. Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Página 1070.

⁶³ Vid. SSTC de 1 de julio de 1988 [RTC 1986, 88], FJ 4º; y, de 10 de febrero de 1992 [RTC 1992, 14], FJ 1º, párrafo 11º. En el mismo sentido, vid. también SALELLES CLIMENT, J. R.: «La disciplina de los agentes económicos que operan en el mercado» en *Tratado de Contratos. Tomo I*. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.). MORALEJO IMBERNÓN, N.; QUICIOS MOLINA, S. (Coords.). Tirant lo Blanch. Valencia. 2013 (2ª Edición). Página 265.

⁶⁴ En este sentido, la STC de 10 de febrero de 1992 (Fundamento Jurídico 1º, párrafo 11º), tras afirmar el carácter de principio rector del principio de protección al consumidor del artículo 51.1 afirma que el contenido de este artículo determina «unos fines y unas actuaciones de gran latitud, que pueden ser realizados con fórmulas de distinto contenido y alcance. Pero en cualquier caso con normas que deben informar la legislación positiva y la práctica judicial». Cfr. SALELLES CLIMENT, J. R.: «La disciplina de los agentes económicos que operan en el mercado», *op. cit.* página 265.

⁶⁵ Vid. STC de 26 de enero de 1989 [RTC 1989, 15], FJ 2º. Vid. SALELLES CLIMENT, J. R.: «La disciplina de los agentes económicos que operan en el mercado», *op. cit.* página 265.

⁶⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: «Comentario del artículo 1» en *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.;

2.1. La primera norma dirigida a la protección del consumidor: Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios

El mandato constitucional del artículo 51 CE se acometió a través de la Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, LGDCU). Aunque la razón inmediata de su promulgación no estuvo tanto en dar cumplimiento a la previsión del artículo 51 CE como en proporcionar una respuesta a la crisis originada por la comercialización de aceite de colza adulterado, debido a los graves efectos que tuvo su ingestión sobre la salud de las personas⁶⁷.

La LGDCU fue la primera norma en nuestra legislación que tuvo por objeto la protección del consumidor con carácter exclusivo, dotando a los consumidores de mecanismos que les permitieran protegerse y defenderse⁶⁸. Sin embargo, para la doctrina se trató de una norma insuficiente por su carácter de Ley marco o Ley de principios, cuyo contenido se reducía a disposiciones muy imprecisas que requerían de un desarrollo posterior⁶⁹.

No obstante, la LGDCU contiene algunos artículos que regulan supuestos concernientes al consumidor de crédito, como el artículo 10.1 c) y el artículo 13.1⁷⁰. El artículo 10.1 c) LGDCU declara contrario a la buena y el justo equilibrio de las contraprestaciones la omisión de los datos relativos al precio en los contratos de financiación; las *condiciones abusivas* del crédito; y, el incremento de precio por financiación que no

SALAS HERNÁNDEZ, J. (Directores). Civitas. Madrid. 1992 (1ª Edición). Páginas 20 y 21. Y, SALELLES CLIMENT, J. R.: «La disciplina de los agentes económicos que operan en el mercado», *op. cit.* página 265.

⁶⁷ Vid. GARCÍA MARTÍNEZ, A.: «Sinopsis del artículo 51 de la Constitución española», *op. cit.*

⁶⁸ Como así lo indican la Exposición de Motivos y el artículo 1º de la LGDCU.

⁶⁹ Cfr. RIVERO ALEMÁN, S.: «Disciplina del Crédito Bancario y Protección del Consumidor». Aranzadi. Pamplona. 1995. Páginas 64 y 65.

⁷⁰ Tales como los apartados 1º, 4º y 5º de la letra c) del artículo 10.1 y la letra d) del artículo 13 apartado 1º. En cambio, los artículos 1.2, 10.1, 26 y 27 LGDCU contienen una serie de medidas que, aunque no se refieren expresamente al consumidor de crédito, este puede beneficiarse de su aplicación en dicho ámbito. Vid. RIVERO ALEMÁN, S.: «Disciplina del Crédito Bancario...», *op. cit.* página 130. Y en el mismo sentido, VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.: «Consideraciones sobre la incidencia de la Ley del Consumidor en los contratos bancarios». En *RDBB*. Nº17. 1985. Página 132.

corresponda a prestaciones adicionales que sean susceptibles de ser aceptadas en cada caso y expresadas con claridad y separación. El artículo 13.1 LGDCU obliga al prestamista o vendedor a desglosar el coste de la financiación⁷¹.

De estos artículos se desprende que la protección del consumidor de crédito se lleva a cabo a través de dos cauces distintos. Por un lado, la LGDCU fija una serie de medidas que garanticen la igualdad en los derechos y deberes contenidos en el contrato –apartados 4 y 5 del artículo 10.1 c)–. Por otro lado, también obliga al empresario o profesional a suministrar información al consumidor –artículo 10.1 c) apartado 1 y artículo 13.1 letra d)–.

2.2. La importancia de la normativa sectorial de la contratación bancaria en materia de protección a los consumidores de crédito

Dentro del sector del ordenamiento relativo a la regulación de la actividad bancaria existen un conjunto de normas que contemplan diferentes aspectos de la contratación en el sector bancario. Este conjunto normativo, comúnmente denominado «normas de transparencia», regula los contratos celebrados entre entidades de crédito⁷² y sus clientes, sean estos consumidores o no. Cabe recordar, por tanto, que cuando nos referimos a los consumidores en el ámbito de la normativa sectorial bancaria, lo hacemos en un sentido impropio.

La protección al consumidor a través de las *normas de transparencia*⁷³ se sustenta, principalmente, en el establecimiento de deberes de

⁷¹ Los bienes y servicios destinados a los consumidores deberán incorporar y permitir de forma cierta y objetiva una información veraz y suficiente sobre sus características esenciales (artículo 13.1). Y, al menos, sobre el precio completo o presupuesto, así como las condiciones jurídicas y económicas de la adquisición, debiendo indicarse de manera diferenciada el precio del bien del importe de los incrementos y descuentos, y de los costes adicionales por financiación y aplazamiento, entre otros (*ex* artículo 13.1 apartado d) LGDCU).

⁷² Debe entenderse como entidades de crédito en el ordenamiento jurídico español: «los bancos, las cajas de ahorros, las cooperativas de crédito y el Instituto de Crédito Oficial». Vid. artículo 1.2 de la *Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito*, en adelante LOSSEC.

⁷³ Esta categoría normativa, si bien tuvo su origen con carácter previo a la LGDCU y alguna manifestación posterior, adquirió una mayor relevancia con la promulgación de

información al consumidor en la fase precontractual, contractual y, en menor medida, durante la ejecución del contrato. Con carácter general, la legislación bancaria no contiene medidas tendentes a asegurar el equilibrio de los derechos y obligaciones que asumen las partes⁷⁴.

Con la imposición de deberes de información se trata de asegurar que el cliente cuente con la información necesaria para tener un conocimiento adecuado de las condiciones económicas del contrato. Si el cliente cuenta con una información pormenorizada de las condiciones del contrato estará habilitado para hacer una comparación entre las diferentes opciones que le ofrece el mercado y elegir aquella que mejor le convenga, estimulando así la efectiva competencia de las entidades de crédito, lo que revierte en la ordenación y limpieza de los mercados⁷⁵.

2.3. Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo

La Directiva 87/102/CEE relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo, se incorporó a la legislación interna a

la Ley 26/1988, de 26 de julio, de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito (en adelante, LDIEC), que habilitó legalmente al Ministerio de Economía y Hacienda a legislar sobre unos determinados extremos; y, al Banco de España a establecer las normativas de desarrollo (DA 8º). En el ejercicio de estas facultades se dictaron la Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito; y, en desarrollo de esta, la Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela. Más adelante, y también fruto de la habilitación del artículo 48.2 de la LDIEC, se publicó la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.

⁷⁴ Vid. MARÍN LÓPEZ, M.J.: «Compraventa financiada de bienes de consumo», *op. cit.* página 117.

⁷⁵ ANDREU MARTÍ, M.M. *op. cit.* página 108.

través de la *Ley 7/1995, de crédito al consumo* o LCC⁷⁶. La LCC⁷⁷ dotó de protección específica al consumidor de crédito.

Como puede observarse, la LCC se refiere al consumidor de crédito, mientras que, en éste epígrafe, estamos analizando la protección del consumidor de contratos de financiación. Aunque pueda parecer que existe una coincidencia terminológica en el ámbito de protección objeto de examen y el de la LCC⁷⁸, la coincidencia no es exacta. La LCC hace en

⁷⁶ Con la incorporación de España a la Comunidad Europea en enero de 1986, el Estado asumió, entre otras muchas, la obligación adecuación de resultado o de incorporación al derecho interno de las Directivas europeas en virtud del artículo 189 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. A finales de ese mismo año, fue promulgada Directiva 87/102/CEE, que constituye una ley de mínimos con el objetivo lograr una armonización en materia de protección de los consumidores –de crédito en este caso–, por lo que los Estados miembros pueden establecer otras disposiciones, siempre que sean más beneficiosas para el consumidor que las dispuestas en la Directiva (artículo 15 y Cdo. 25 de la Directiva 87/102/CEE). El artículo 16 de la misma, preveía el 01 de enero de 1990 como fecha límite de incorporación al derecho interno de su articulado, sin embargo, no es hasta 1995 cuando se produce la incorporación de la presente Directiva al derecho interno español.

⁷⁷ Modificada posteriormente, y de manera muy leve, por la *Ley 39/2002, de 28 de octubre de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas Directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios*; y por la *Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social*.

⁷⁸ Siguiendo la definición de contratos de financiación que indicamos anteriormente, éstos son «*aquellos en virtud de los cuales una de las partes, realiza una disposición de fondos a favor de otra parte para la adquisición de bienes o servicios, obligándose ésta a la devolución del principal e intereses, en caso de que se hubieran pactado*».

su artículo 2 una serie de exclusiones⁷⁹ –totales y parciales⁸⁰– de supuestos que serían subsumibles en la definición positiva de crédito al consumo, pero que, por razones de otra índole, se decidió que no quedaran bajo el paraguas de esta Ley⁸¹. Por tanto, se debe hablar de «créditos al consumo» en referencia a operaciones subsumibles en la LCC, y de «contratos de financiación con consumidores» en el resto de operaciones de esta índole que se insertan en una relación de consumo. De esta manera, el crédito al consumo es una categoría integrada en otra más amplia denominada «contratos de financiación con consumidores», que alberga a todos los contratos de financiación celebrados entre profesional y consumidor⁸².

Muchas de la medidas de protección al consumidor incluidas en la LCC ya tenían cabida en nuestro ordenamiento a través de las mencionadas

⁷⁹ El artículo 2 excluye, en su apartado primero, contratos de crédito cuyo importe sea inferior a 25.000 ptas. –150 €–, siendo de aplicación parcial –sólo Capítulo III– a los superiores a 3 millones de ptas. –18.000 €–; aquellos cuyo plazo de reembolso sea en un solo plazo que no sobrepase los tres meses, o en un cuatro que no sobrepasen los doce meses; créditos en cuenta corriente concedidos por entidades de crédito –excepto tarjetas de crédito– a lo que será aplicable únicamente el artículo 19 de la presente ley; y, los contratos gratuitos, o en aquellos que, sin pactarse retribución, entregue el consumidor de una sola vez un importe determinado que rebase la cuantía del crédito. En el apartado segundo establece la aplicación parcial de la Ley a los contratos garantizados con hipoteca inmobiliaria, a los que no serán aplicables los artículos 6 a 14 y 19.

El artículo 1.3 LCC, por su parte, no constituye una exclusión, sino que es un supuesto de no sujeción ya que como dispone su tenor literal, no tiene la consideración legal de crédito al consumo. Vid. MARÍN LÓPEZ, J.J.: «El ámbito de aplicación de la Ley de Crédito al Consumo» en *Crédito al Consumo y Transparencia Bancaria*. Civitas. Madrid. 1998 (1ª Edición). Página 101.

⁸⁰ Es el caso del apartado 1º, letra a), para el caso de créditos superiores a 3 millones de pesetas –18.000 €–, al que le será de aplicación lo dispuesto en el Capítulo III; y del apartado 2º relativo a créditos garantizados con hipoteca inmobiliaria, a los que no les será de aplicación los artículos 6 a 14 y 19. Respecto a la inclusión de los créditos hipotecarios en la Ley de Crédito al Consumo, aunque sea parcial, vemos que no ha sido la tónica general seguida por los diferentes Estados miembros, ya que la Directiva no exigía su incorporación. Ello se debía a la consideración de que para estos tipos de créditos ya existía una normativa específica que otorgaba protección adecuada al prestatario y al hipotecante, en el caso de no ser la misma persona. *Ibidem*, páginas 150 y 151.

⁸¹ En este sentido, *ibidem*, página 101.

⁸² Utilizando estos términos de acuerdo con las definiciones previstas en la LCC, si estamos ante un contrato de «crédito al consumo»; o de la LGDCU en el resto de casos, ya que, al no ser aplicable la LCC pueden acudir los consumidores a la normativa general de protección de los consumidores.

«normas de transparencia bancaria». Sin embargo, estas normas de Derecho bancario sólo son aplicables cuando el prestador es una entidad bancaria, cuestión que se trata de solventar con esta Ley, como dispone su Exposición de Motivos⁸³.

En la LCC, el régimen de protección del consumidor de crédito se articula, principalmente, a través de la imposición de normas relativas a la información que debe suministrarse al consumidor de forma preceptiva. La información debe suministrarse antes de la perfección del contrato⁸⁴, durante la perfección⁸⁵ y a lo largo de la vigencia del mismo⁸⁶.

En orden a garantizar el cumplimiento del deber relativo a la información que debe suministrarse en el momento de la conclusión del contrato, la LCC sanciona su incumplimiento con la eliminación total o parcial del derecho del prestamista a cobrar intereses⁸⁷.

Asimismo, la LCC, también incorpora normas que tratan de equiparar la posición obligacional de empresario y consumidor, de las que cabe destacar la regulación del reembolso anticipado del crédito (artículo 10 LCC/95) y de los contratos vinculados (artículos 12, 14 y 15)⁸⁸.

⁸³ Señala la Exposición de Motivos de la LCC que: «*Ciertamente que en desarrollo de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de entidades de crédito, se han dictado ya normas importantes sobre crédito al consumo que, sin embargo, son solamente aplicables a las entidades de crédito, siendo así que en la normativa comunitaria ha de ser impuesta también a empresas que no están sometidas a la legislación sobre aquellas entidades*».

⁸⁴ Artículos 16, 17 y 19 LCC/95, referentes a publicidad sobre ofertas de crédito, oferta vinculante e información al consumidor sobre anticipos en descubiertos.

⁸⁵ Artículo 6 LCC/95, relativo a la forma y contenido obligatorio de los contratos.

⁸⁶ Artículo 8, apartados 3 y 4 LCC/95, referentes al contenido obligatorio del acuerdo que establezca la modificación del coste total del crédito; y, a la obligación del prestamista de notificar al consumidor dicha modificación al consumidor cuando el tipo de referencia acordado no sea publicado oficialmente por resolución del Ministerio de Economía y Hacienda, o por el Banco de España.

⁸⁷ De la misma manera que se recoge en la LVPBM/65, y en la posterior LVPBM/98.

⁸⁸ Además, se contemplan normas relativas a la modificación del coste total del crédito (artículo 8, apartados 1 y 2); la liquidación del contrato por ineficacia del negocio jurídico (artículo 9); cesión del crédito (artículo 11); y, cobro de lo indebido (artículo 13).

2.4. Ley 22/2007, de 11 de julio, de comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores

La incorporación a nuestra legislación de la Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, se materializó a través de la Ley 22/2007 (en adelante, LCDSFC)⁸⁹. El objetivo fundamental de la LCDSFC es establecer un régimen de protección del consumidor de servicios financieros dentro de la contratación a distancia. Para ello, la norma se centra en garantizar que el consumidor disponga de información exhaustiva⁹⁰. En este sentido cabe observar cómo el artículo 7 LCDSFC enumera los extremos sobre los que debe versar la información, para después detallar cada uno de los aspectos acerca de cuáles debe informar de manera concreta y precisa.

La protección al consumidor a distancia de servicios financieros descansa, fundamentalmente, en los deberes de información. No obstante, también se incluyen normas que tratan de equiparan la posición obligacional de las partes, como el derecho de desistimiento del

⁸⁹ A este respecto, debemos señalar que, con carácter previo a estas normas, ya se había regulado desde la Unión Europea –Directiva 2000/31/CE–, e incorporado al Derecho nacional –Ley 34/2002 de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico–, la normativa de comercio electrónico con carácter general. Sin embargo, el legislador comunitario entendió que los servicios financieros demandaban una regulación específica que dio lugar a la Directiva 2002/65/CE.

⁹⁰ El primero de ellos, el artículo 6 dispone que, tanto la oferta como el contrato, habrán de constar en soportes duraderos. El artículo 7 desgrana la información que el proveedor del servicio financiero deberá suministrar al consumidor con antelación a que éste asuma cualquier obligación. La información será relativa al propio proveedor, al servicio financiero, en cuanto al contrato a distancia, y en cuanto a los medios de reclamación e indemnización. Además, el apartado 3 de este artículo incluye una serie de normas a observar en caso de que la oferta o el contrato se hagan a través de telefonía vocal, y el apartado 4 establece que la información acerca de las obligaciones contractuales suministrada en la fase precontractual, deberá ser conforme a las obligaciones contractuales establecidas en la legislación a la que esté sujeta el contrato en cuestión. El artículo 8 viene a añadir entre las obligaciones de información, que se suministre aquella información que resulte obligatoria según la normativa especial de cada servicio financiero, sin perjuicio de que se suministre igualmente la información que el artículo 7. El último de los artículos dedicados a regular el suministro de información es el artículo 9, que establece el régimen de la comunicación de las condiciones contractuales y la información previa, concretando en su apartado 4º que la infracción de los artículos 7, 8 y 9 «podrá dar lugar a la nulidad de los contratos».

consumidor (artículos 10 y 11); y, el régimen de los servicios no solicitados (artículo 13).

2.5. Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios, y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito

La promulgación de la Ley 2/2009 (en adelante, LCCPCHySI) vino a establecer una regulación específica para aquellas entidades que, no siendo entidades bancarias sujetas a la normativa sectorial bancaria y a la supervisión del Banco de España, concedieran préstamos o créditos hipotecarios como parte de su actividad profesional.

Asimismo, la LCCPCHySI también establece una regulación para las entidades dedicadas a la intermediación en la concesión de préstamos o créditos hipotecarios, entre las que se hace especial mención a aquellas dedicadas a la agrupación de deudas –debido principalmente al auge de esta actividad al comienzo de la crisis económica en España–.

A diferencia de la normativa sectorial bancaria, que regula las relaciones de éstas con sus clientes, sean consumidores o no, esta sí es una normativa dirigida específicamente a la protección del consumidor de crédito⁹¹ (artículo 1).

⁹¹ En cuanto al ámbito de aplicación de esta Ley, vemos que respecto de la definición de consumidor del artículo 1.1 párrafo 3º, incluye tanto a las personas físicas como jurídicas, en contra de lo dispuesto en la LCC, donde consumidor únicamente puede ser una persona física. Otra cuestión relativa a su ámbito de aplicación es que, al tiempo de la promulgación de esta norma, seguía vigente la Orden de 5 de mayo de 1994. Esta Orden, al regular la normativa de transparencia aplicable a los contratos de préstamo hipotecario, establecía una serie de requisitos que limitaban su ámbito de aplicación a los contratos celebrados con persona física; en los que el destino del crédito fuera la adquisición de una vivienda; y, el importe fuera inferior a 25 millones de pesetas – 150.000 €–. Estas limitaciones no se incluyeron en la Ley 2/2009, con lo que podía darse el supuesto de que una misma situación pudiera ser objeto de una mayor protección si el consumidor contrataba con un organismo que no fuera una entidad de crédito, que si contratara con esta. Sobre todo, teniendo en cuenta cómo la Ley 2/2009 se remite en varias ocasiones a la Orden de 5 mayo de 1994. No obstante, la Orden de 5 de mayo de 1994 fue derogada por la Orden EHA/2899/2011 de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que eliminó las exclusiones mencionadas y acabó, por tanto, con la posibilidad de que pudiera darse la situación mencionada.

Que la LCCPCHySI sea una norma de Derecho de consumo no ha supuesto un cambio radical respecto del régimen de protección contenido en las normas de transparencia bancaria. En sintonía con el régimen de protección contemplado en la normativa sectorial bancaria⁹², la LCCPCHySI trata de garantizar el suministro al consumidor de unos estándares mínimos de información en el marco de contratos de financiación.

La apuesta por los deberes de información parece coherente con el objetivo de establecer un sistema uniforme de protección de los consumidores, ya contraten con una entidad de crédito o no. Así pues, se regula la información que debe publicitarse⁹³; el suministro de información a través de un tablón de anuncios⁹⁴; la elaboración de un folleto informativo⁹⁵; la información previa al contrato⁹⁶; la oferta vinculante⁹⁷; y la información que debe constar en el contrato en el momento de su perfección⁹⁸.

El carácter consumerista de la LCCPCHySI se desprende de la atribución al consumidor de derechos que favorecen su posición respecto del prestamista, como el derecho de desistimiento (artículo 21.2)⁹⁹.

⁹² La similitud entre la normativa sectorial bancaria y la Ley 22/2009 la podemos observar en la imposición de obligaciones relativas al tablón de anuncios y el folleto informativo, contenidas en la Circular 8/1990 artículos 3 y 5. Otra muestra de conexión entre ambas la vemos en los enunciados de los artículos 4 y 5, referentes a obligaciones de transparencia, cuando la normativa sectorial bancaria dedicada a proporcionar una correcta y adecuada información al consumidor se denomina *normas de transparencia en la contratación bancaria*; y, por último, es igualmente ilustrativo que se remita varias veces a lo largo de su articulado a la Orden de 5 de mayo de 1994.

⁹³ Vid. artículos 12 y 19 LCCPCHySI.

⁹⁴ Vid. artículo 6 LCCPCHySI.

⁹⁵ Vid. artículo 13 LCCPCHySI.

⁹⁶ Vid. artículos 14 y 20 LCCPCHySI.

⁹⁷ Vid. artículo 16 LCCPCHySI.

⁹⁸ Vid. artículo 17 y 21 LCCPCHySI.

⁹⁹ Vid. artículo 21.2 LCCPCHySI.

El artículo 17 LCCPCHySI incluye en su apartado 4º una mención al supuesto de amortización anticipada del préstamo o crédito, sin embargo, al remitirse a la legislación especial en materia de mercado hipotecario, no establece ninguna medida que favorezca directamente al consumidor.

Este fue panorama legislativo en materia de protección al consumidor de contratos de financiación hasta la crisis económica de 2007. Como se habrá podido comprobar, el régimen de protección preponderante es el deber de información al consumidor. Aunque también existen otras medidas que pueden agruparse en una serie de técnicas de protección que estudiaremos en el Capítulo siguiente.

CAPÍTULO II. TÉCNICAS DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR DE CRÉDITO Y SU INCAPACIDAD PARA EVITAR EL PROBLEMA DEL SOBREENDEUDAMIENTO

I. CUESTIONES PREVIAS

Del análisis de la legislación española que, de una manera u otra, ha servido para proteger al consumidor de financiación se desprende que el legislador español ha acudido a diversas técnicas para articular el régimen de protección. No obstante, debe advertirse que se trata de técnicas de protección que no son exclusivas de la protección del consumidor de financiación; ni tampoco del Derecho de consumo, como se verá.

A lo largo de este Capítulo analizaremos cada una de estas técnicas para, a continuación, examinar su utilidad como mecanismos de prevención del sobreendeudamiento de los consumidores de contratos de financiación.

Cuando hablamos de técnicas de protección al consumidor, se está haciendo referencia al conjunto de mecanismos jurídicos abstractamente definidos que emplea el ordenamiento con el objetivo de fortalecer la posición del consumidor en el mercado. La necesidad de protección encuentra su justificación en la posición de inferioridad en la que se encuentra cualquier consumidor, por el hecho de serlo, respecto del empresario o profesional con el que contrata, en el marco de una relación de consumo¹⁰⁰. La asimetría estructural que afecta a las relaciones de

¹⁰⁰ Hablamos de una situación de inferioridad típica o estructural, determinada por la estructura de un mercado dominado por la oferta, y por el carácter «amateur» de la participación del consumidor en el mercado. La configuración actual del mercado sitúa al consumidor en una posición de inferioridad al reducir su ámbito de decisión y la capacidad de reacción frente a los perjuicios sufridos. Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: «Trascendencia del Principio de Protección a los Consumidores en el Derecho de Obligaciones» en *Anuario de Derecho Civil*. Tomo XLVII. 1994. Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Páginas 40 y 44.

En este sentido, también PEÑA LÓPEZ se refiere a la «*asimetría estructural que existe en las relaciones jurídicas de intercambio de bienes y servicios*» y a «*la posición estructuralmente débil del consumidor*». PEÑA LÓPEZ, F.: «Comentario del Artículo 8» en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y*

consumo se manifiesta en dos vertientes: una de ellas se refiere al desequilibrio de derechos y deberes entre consumidor y empresario que se deriva de la falta de poder de negociación del consumidor, y que intenta corregirse con la imposición de normas imperativas que equilibren dichas posiciones. La segunda vertiente es la concerniente a la asimetría de la información entre empresario y consumidor, dada la condición de profesional en el mercado del empresario. El consumidor carece de tal condición, lo que le supone un alto coste en la adquisición de los conocimientos necesarios para realizar una elección razonable.

La consideración del consumidor como parte estructuralmente débil es la consecuencia de la evolución del Derecho civil desde la etapa liberal decimonónica. Originalmente las relaciones jurídico privadas estaban presididas por el principio de autonomía de la voluntad recogido en el Código Civil¹⁰¹. La instauración de un régimen en el que primaba la libertad negocial determinó que la institución contractual se regulase, principalmente, a través de normas de carácter dispositivo. En consecuencia, la voluntad de las partes contratantes configura la forma y el contenido del contrato¹⁰², sin más limitaciones que las impuestas por la ley, la moral y el orden público (artículo 1255 Cc)¹⁰³.

En el momento de la promulgación del Código civil –finales del s. XIX– la contravención de la ley era la única limitación que se imponía a la

Usuarios y Otras Leyes Complementarias». Aranzadi. Cizur Menor. 2015 (2ª Edición). Página 92.

¹⁰¹ Se consideraba que las partes contratantes, al actuar en condiciones de igualdad y libertad, eran quienes mejor podían autorregular sus intereses Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: «Trascendencia del Principio de Protección a los Consumidores en el Derecho de Obligaciones», *op. cit.* páginas 34 y 60.

¹⁰² POLO, E.: «La Protección del Consumidor en Derecho Privado» en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Antonio Polo*. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid. 1981. Páginas 864 y 865. Y, en el mismo sentido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Comentario a los artículos 1254 y 1255» en *Comentarios al Código Civil*. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coordinador). Aranzadi. Cizur Menor. 2006 (2ª Edición). Página 1498.

¹⁰³ Esta delimitación del campo de actuación de la autonomía de la voluntad es lo que DE CASTRO denominó «limitaciones intrínsecas a la autonomía de la voluntad». DE CASTRO, F.: «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», *op. cit.* página 1048.

voluntad de las partes contratantes¹⁰⁴. Bajo las premisas de libertad e igualdad de las partes, la Ley no concebía que una de las partes pudiese estar en una posición de inferioridad respecto de la otra.

Los cambios acaecidos desde la promulgación del Código civil hasta pasada la primera mitad del siglo XX en materia socio-económica, pusieron de relieve que la pretendida libertad igualdad de las partes en la contratación estaba terriblemente alejada de la realidad. La voluntad de una parte de la ciudadanía se limitaba a adherirse a la voluntad de la otra parte de los ciudadanos, debido a que éstos últimos gozaban de una posición de supremacía respecto de aquellos con quienes contrataba¹⁰⁵. Esta desigualdad entre las partes resultó especialmente acentuada respecto de los consumidores¹⁰⁶.

En el ámbito del Derecho de consumo fue probablemente la aparición y generalización de contratos de adhesión y/o la inclusión de condiciones generales en los contratos lo que manifestó la existencia de una diferencia de poder presente en las relaciones de consumo. Esta modalidad de contratación despoja al consumidor de prácticamente toda capacidad de decisión, quedando de su mano únicamente la decisión de contratar o no. Si bien es cierto que, en la mayoría de los casos, tampoco puede afirmarse que el consumidor tuviera la opción de no contratar, ya que se veía compelido a hacerlo por la necesidad de adquirir ciertos bienes o servicios en un mercado en el que no existían opciones más satisfactorias¹⁰⁷.

La rama del Derecho que nace como reacción a esta realidad denominará esa diferencia de poder «asimetría estructural», que se

¹⁰⁴ La moral y el orden público como limitaciones a la autonomía de la voluntad se aplicaron de forma restrictiva, en aquellos ámbitos ajenos a los intereses económicos. *Ibidem*, páginas 1039 y 1052.

¹⁰⁵ Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: «Trascendencia del Principio de Protección a los Consumidores en el Derecho de Obligaciones», *op. cit.* página 43.

¹⁰⁶ En sentido anacrónico hasta la inserción de este concepto en la legislación española.

Cabe señalar que la superioridad del empresario también era especialmente acentuada respecto de los trabajadores, lo que determinó la adopción de un sistema de condiciones contractuales fijadas por la Ley y con carácter imperativo, que terminó por constituir el nacimiento del denominado «Derecho del Trabajo». Vid. Díez Pícazo, L.: «Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial I. Introducción al Teoría del Contrato». Civitas. Cizur Menor. 2007 (6ª Edición). Página 151.

¹⁰⁷ *Ibidem*, página 1077.

convertirá desde entonces en una premisa fundamental del Derecho de consumo.

Desde la perspectiva del mercado de crédito que, como se ha visto, experimentó un gran crecimiento a partir de los años sesenta, la situación de inferioridad del consumidor y su correlativa necesidad de protección produjo además otro hecho social de especial interés para este trabajo: la posibilidad de incurrir en una situación de sobreendeudamiento. Esta problemática relativa al endeudamiento excesivo de los consumidores alcanzó su cénit (o, al menos, al primero de ellos), con la crisis económica y financiera de 2007.

II. LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN EL MERCADO DE FINANCIACIÓN AL CONSUMIDOR: TÉCNICAS DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR DE CONTRATOS DE FINANCIACIÓN

La constatación de la existencia de asimetrías estructurales en las relaciones entre determinados grupos sociales a lo largo del siglo XX (patrono/trabajador; empresario/consumidor), provocó la intervención del Estado en los mercados en los que se desarrollaban esas relaciones para tratar de paliar las consecuencias negativas que producían. Esta intervención consistía básicamente en la imposición de reglas de naturaleza imperativa¹⁰⁸, tendentes a equilibrar la posición obligacional de las partes, protegiendo al contratante débil (trabajador/consumidor)¹⁰⁹.

El mercado de financiación, naturalmente, no ha sido ajeno a esa intervención estatal que ha regulado las relaciones privadas entre los participantes en el mercado mediante normas imperativas. Como se ha visto en el Capítulo I, el legislador ha acudido al derecho imperativo a la hora de establecer normas dirigidas a aliviar la situación de inferioridad del consumidor de contratos de financiación. Por ejemplo, al establecer el régimen de cláusulas abusivas en la LGDCU, LCGC o TRLGDCU; o, la

¹⁰⁸ Como así proponía POLO, quien, para impedir el carácter ilícito o abusivo de muchos de los pactos contractuales que se imponen a los consumidores, abogaba por el incremento de las normas de derecho imperativo. Vid. POLO, E.: «La Protección del Consumidor en Derecho Privado», *op. cit.* páginas 864 y 865.

¹⁰⁹ DE CASTRO, F.: «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», *op. cit.* página 1053.

implementación del derecho del consumidor a desistir del contrato en el TRLGDCU, la LCDSFC, o la LCCPCHySI. También ha utilizado normas de esta índole para establecer deberes de información, como se observa en la LCDSFC y la LCCPCHySI. Asimismo, también se han incluido sanciones especialmente disuasorias a través de normas imperativas, como la privación del derecho del prestamista a percibir intereses en la LCC.

La utilización de normas imperativas para equilibrar la posición de las partes en una relación de consumo es totalmente lógica. De querer actuar a través de normas dispositivas, no se podría impedir que el empresario, utilizando su poder de negociación, dejase sin efecto todos aquellos preceptos que fueran en contra de sus intereses¹¹⁰. Un efecto inmediato del carácter imperativo de las normas de protección de los consumidores es que la renuncia previa de los derechos atribuidos al consumidor se reputará contraria al orden público y, por consiguiente, será nula de pleno derecho¹¹¹. No obstante, el carácter imperativo atribuido a las normas de Derecho de consumo no es la imperatividad en sentido clásico. Como se ha expuesto, el carácter imperativo de las normas de consumo trata de proteger la desigualdad sufrida por la parte débil del contrato. Teniendo esto en mente, se ha afirmado que la exclusión de la norma imperativa aplicable por otra disposición negocial que mejore la posición de la parte débil del contrato estaría permitida por el artículo 10 TRLGDCU¹¹².

De cualquier modo, afirmar que la intervención del Estado se produce a través de normas imperativas en el sentido apuntado no es decir mucho. Habrá que comprobar si dentro de estas normas imperativas se pueden distinguir o no distintas técnicas de protección.

Del análisis de la legislación que, mediata o inmediateamente, ha servido de protección al consumidor de contratos de financiación,

¹¹⁰ En este sentido PEÑA LÓPEZ expone que la naturaleza imperativa de las normas de derecho de consumo «constituye un presupuesto imprescindible para que este sector del Ordenamiento Jurídico sea un instrumento plenamente eficaz de protección al consumidor». Vid. PEÑA LÓPEZ, F.: «Comentario del artículo 10», *op. cit.* página 105.

¹¹¹ Por el juego de los artículos 6.2 y 1255 Cc. *Ibidem*, página 105.

¹¹² Tanto con carácter general, como respecto del artículo 10 TRLGDCU. *Ibidem*. páginas 109 y 110.

Sobre la posibilidad de excluir la norma aplicable por una ventaja en las condiciones del contrato, y los problemas que plantea, *ibidem* páginas 110 a 112.

entiendo que podrían distinguirse cuatro técnicas distintas para ofrecer dicha tutela. En primer lugar, dichas normas imperativas se han utilizado para atribuir al consumidor un catálogo de derechos con carácter irrenunciable. En segundo lugar, estas mismas normas han servido para introducir el mecanismo de las cláusulas abusivas. Además, fruto de la intervención estatal se han recogido deberes de información al consumidor. Por último, también son fruto de esta intervención, la inclusión de algunas sanciones especialmente disuasorias.

1. Derechos irrenunciables

A través de la técnica de los derechos irrenunciables, el Estado, en previsión de una situación de desequilibrio obligacional, atribuye al consumidor una serie de derechos, con carácter de mínimos, de los que no se va a ver privado en ningún caso.

Varias normas de protección del consumidor¹¹³ y, concretamente, del consumidor de contratos de financiación¹¹⁴, recogen expresamente la nulidad de la renuncia a los derechos que ellas mismas establecen. No obstante, en caso de que la norma de consumo aplicable no dispusiera nada al respecto, la renuncia a esta categoría de derechos del consumidor sería igualmente nula por la aplicación de los artículos 6.2 y 1255 Cc¹¹⁵.

El carácter imperativo de la norma impide que se excluya, de ninguna manera, su aplicación, ni siquiera a través de una renuncia previa de la parte que estaría interesada en su vigencia. La irrenunciabilidad de los derechos atribuidos al consumidor está indisolublemente ligada a la imperatividad de las normas de consumo¹¹⁶. A no ser, claro, que la exclusión del precepto aplicable se haga para establecer un régimen de protección más garantista de los intereses del consumidor¹¹⁷.

¹¹³ Vid. artículo 2.3 LGDCU; y, artículo 10 TRLGDCU.

¹¹⁴ Vid. artículo 3 párrafo 2º LCDSFC y artículo 2 LCCPCHySI.

¹¹⁵ Cfr. PEÑA LÓPEZ, F.: «Comentario del artículo 10», *op. cit.* página 105.

¹¹⁶ Que, según PEÑA LÓPEZ, tendrán carácter imperativo a no ser que la propia norma indique lo contrario. *Ibidem*, página 105.

¹¹⁷ Sobre el alcance de la imperatividad de las normas de consumo, *ibidem*, páginas 109 a 112.

La renuncia a los derechos atribuidos al consumidor con carácter imperativo debe ser previa a la adquisición de los derechos recogidos en el mismo¹¹⁸. La posición predominante del empresario respecto del consumidor tiene lugar antes de la perfección del contrato, ya que el desequilibrio desaparece una vez esto ocurre. El consumidor, por lo tanto, es libre de disponer de los derechos adquiridos, incluso renunciando a ellos, al tratarse de derechos disponibles¹¹⁹.

Existen muchas y muy variadas medidas tendentes a equilibrar la posición obligacional de las partes mediante recurso a la técnica de los derechos irrenunciables. Las medidas varían en función del negocio jurídico que se lleve a cabo, así como de otras circunstancias. Sin embargo, quizá deba destacarse como mecanismo especialmente trascendente el derecho de desistimiento del consumidor.

No obstante, su ejercicio queda condicionado a su establecimiento legal o contractual. En este sentido, cabe observar que, respecto del consumidor de crédito, el derecho de desistimiento se recoge en la LVPBM/98¹²⁰ (artículo 9); LCCC (artículo 28); en la LCDSFC (artículos 10 y 11); y, en la LCCPCHySI (artículo 21.2). Aunque, respecto de ésta última, el derecho de desistimiento que se le confiere al consumidor se refiere al contrato de intermediación suscrito, no al contrato de crédito que se hubiere formalizado.

2. Cláusulas abusivas

La segunda de las técnicas empleadas en el ordenamiento jurídico español para la protección del consumidor de contratos de financiación es el instrumento de las cláusulas abusivas. En virtud del régimen de las cláusulas abusivas, una cláusula tendrá carácter abusivo cuando no haya

¹¹⁸ En mi opinión, también en el caso de la LCDSFC, que no dispone nada al respecto.

¹¹⁹ PEÑA LÓPEZ, F.: «Comentario del Artículo 10», *op. cit.* página 141.

¹²⁰ La LVPBM/65 también recogía el derecho de desistimiento del consumidor en su artículo 8º, pero lo condicionaba a que este se estableciera contractualmente para que tuviera efecto, por lo que, siendo un derecho del consumidor que no interesa al empresario, y que generalmente las cláusulas del contrato estaban predispuestas por el empresario, sería lógico pensar que la incidencia de este derecho fue mínima. Además de la escasa virtualidad de esta Ley, marcada por la discusión entre si se trataba de una ley imperativa o dispositiva.

sido negociada individualmente y «*causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato*»¹²¹. El TJUE ha aclarado que, para que el Tribunal nacional pueda apreciar cuándo procede apreciar que existe un *desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes* «*el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de este tipo en el marco de una negociación individual*»¹²².

En definitiva, la legislación sobre cláusulas abusivas intenta proteger el equilibrio contractual, de manera que exista una correlación equilibrada entre los derechos de las partes. Este mecanismo permite enjuiciar cualquier cláusula contractual desde el punto de vista de su carácter desequilibrado o contrario a la buena fe y eliminarla del contrato en caso de que se determine que, efectivamente, causa un *desequilibrio importante en detrimento del consumidor*.

Las posibilidades de que tenga lugar un desequilibrio de los derechos y deberes del consumidor respecto del empresario o profesional son tan amplias y pueden darse de formas tan diversas que recogerlas todas con carácter concreto y específico es una tarea de difícil cumplimiento. La legislación sobre cláusulas abusivas ofrece criterios que permiten al juez juzgar caso a caso cuándo puede reputarse que existe un desequilibrio obligacional.

Respecto del consumidor de crédito, podemos afirmar la especial trascendencia de este instrumento para su efectiva protección respecto del prestamista. La asimetría estructural presente en las relaciones de consumo se ve acentuada en los contratos de financiación con consumidores debido a la concurrencia de varios factores: (1) los contratos de financiación se caracterizan por ser extensos largos y con

¹²¹ Vid. artículo 3 de la *Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores* (en adelante, DCA).

¹²² Vid. STJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11, apartado 69.

Un análisis de esta Sentencia y de los parámetros para determinar la abusividad de las cláusulas, vid. también MARÍN LÓPEZ, M.J.: «La “voluntad virtual” del consumidor, ¿un nuevo test para determinar la abusividad de una cláusula no negociada en contratos con consumidores? (STJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11)» en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 5, 2013. Páginas 37 a 39.

un lenguaje árido y técnico; (2) los consumidores, con carácter general, tienen problemas para comprender los términos contractuales y financieros; y, (3) el acceso al crédito deviene imprescindible para una gran parte de la sociedad, en tanto es la única manera de acceso a bienes de primera necesidad, entre los que cabe destacar la vivienda.

Esta posición de inferioridad especialmente acentuada que sufre el consumidor de contratos de financiación lo hace más vulnerable a las situaciones de desequilibrio jurídico que tratan de paliar el régimen de cláusulas abusivas.

En estos últimos tiempos, en relación con régimen de las cláusulas abusivas, ha existido cierta polémica respecto de su aplicación a las cláusulas referentes a los intereses pactados en los contratos de financiación con consumidores¹²³. La *Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores* (en adelante, DCA) dispone en su artículo 4.2 que la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se podrán referir a los elementos esenciales del contrato –«a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución»–, opinión que, tras el silencio al respecto del TRLGDCU y una primera posición en contra del TS, ha sido finalmente admitida por la jurisprudencia del alto Tribunal –STSS de 18 de junio de 2012 [RJ 2012, 8857]; y de 9 de mayo de 2013 [RJ 2013, 3088]–¹²⁴. En virtud de lo anterior, quedan fuera del alcance del control de contenido –que no del de incorporación– las cláusulas referentes a los elementos esenciales del contrato, aunque sí que pueden ser objeto de un control de transparencia en los términos

¹²³ La imposición de intereses abusivos podría ser objeto de concurrencia normativa de la LUs y el TRLGDCU, sin embargo, UREÑA MARTÍNEZ concluye que no se produce ningún supuesto de concurrencia normativa entre estas dos normativas, ya que la LUs sólo se aplicaría a los intereses remuneratorios –elemento esencial del contrato–, y al resto, al ser elementos accesorios, el régimen de cláusulas abusivas. Vid. UREÑA MARTÍNEZ, M.: «*Los intereses excesivos en los contratos en los contratos de financiación con consumidores: un problema de concurrencia normativa*». www.uclm.org/centro/cesco/pdf/trabajos/6/2003/6-2003-1.pdf. Septiembre de 2003. Especialmente páginas 13, 16, 21 y 22.

¹²⁴ Vid. MARÍN LÓPEZ, M.J.: «La formación del contrato con consumidores» en *Negociación y perfección de los contratos*. PARRA LUCÁN, M.A. (Dir.). Thomson-Aranzadi. 2014. Página 837.

expresados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo –STS de 9 de mayo de 2013–¹²⁵.

La figura del juez juega un importante papel en el contexto de la legislación sobre cláusulas abusivas por dos razones. En primer lugar, el juez está obligado a examinar de oficio la abusividad de las cláusulas del contrato¹²⁶, como así lo había entendido la mayoría de la doctrina y jurisprudencia antes de la modificación del artículo 83 TRLGDCU¹²⁷. El juez se halla legitimado para examinar de oficio las cláusulas abusivas dado que, como expone el Tribunal Supremo en su Sentencia de 9 de mayo de 2013¹²⁸, la apreciación judicial de oficio de las cláusulas abusivas es «*una herramienta imprescindible para conseguir el efecto útil de la Directiva 1993/13*» ya que, el consumidor no tiene que asumir la carga de alegar dicha abusividad frente al órgano jurisdiccional.

En segundo lugar, el juez está provisto de una facultad integradora, si bien limitada, del contenido del contrato una vez se hayan eliminado las cláusulas consideradas abusivas. No obstante, esta afirmación debe ser objeto de algunas matizaciones. La facultad integradora del juez una vez declarada la nulidad de una o varias cláusulas por su carácter abusivo se encontraba reconocida en el artículo 10.2 LGDCU y, con la aprobación del TRLGDCU, pasó a recogerse en el artículo 83.2, párrafos primero y

¹²⁵ Expone esta Sentencia en el párrafo 210, que «[...] *el control de transparencia como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del “error propio” o “error vicio”, cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato que tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto “la carga económica” que realmente suponga para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo [...]*».

¹²⁶ Ex artículo 83 TRLGDCU. Vid. también STJUE de 14 de junio de 2012, asunto C-618/10 [ECLI:EU:C:2012:349]; y de 21 de febrero de 2013, asunto C-472/11 [ECLI:EU:C:2013:88]. Y, STS de 9 de mayo de 2013 [RJ 3088,2013]

¹²⁷ Modificación operada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

Esta Ley, a su vez, da cumplimiento a la STJUE de 14 de junio de 2012, asunto C-618/10). Cfr. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: «Comentario al artículo 83» en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.). Aranzadi. Cizur Menor. Página 1152.

¹²⁸ [RJ 3088,2013]. Vid. apartados 110 a 115.

segundo¹²⁹. Sin embargo, la STJUE de 14 de junio de 2012, asunto C-618/10¹³⁰, eliminó la facultad del juez de integrar el contrato tras declarar la nulidad de las cláusulas consideradas abusivas¹³¹, ya que estimó que los profesionales no se verían disuadidos de incorporar cláusulas abusivas en los contratos con consumidores porque, en todo caso, el juez garantizaría, de algún modo, sus intereses con la integración¹³².

En este estado de cosas, el TJUE matizó años más tarde el criterio establecido por la Sentencia de 14 de junio de 2012. En la STJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13¹³³, el Tribunal admite que el juez puede sustituir la cláusula anulada por una disposición de derecho nacional. Un año más tarde, en la Sentencia de 21 de enero de 2015¹³⁴, el TJUE limitó la sustitución de la cláusula nula por una disposición de Derecho nacional a los casos en que la declaración de nulidad de la cláusula o cláusulas llevara aparejada la nulidad total del contrato, que, lejos de beneficiar al consumidor, le acarrearía un perjuicio.

3. Obligación de información al consumidor

La tercera de las técnicas utilizadas por el legislador español es la obligación de informar al consumidor. Esta técnica tiene como propósito intentar corregir la otra vertiente en la que se manifiesta la asimetría estructural presente en las relaciones de consumo: la asimetría de la información. Mediante esta técnica se procura que el consumidor

¹²⁹ Estos artículos disponían: «A estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario.

Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el Juez declarar la ineficacia del contrato».

¹³⁰ ECLI:EU:C:2012:349

¹³¹ Vid. apartado 65 de la citada Sentencia.

¹³² Cfr. apartado 69 de la citada Sentencia.

¹³³ Apartado 80. ECLI:EU:C:2014:282.

¹³⁴ *Ex* apartado 33. Asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13 [ECLI:EU:C:2015:21].

disponga de la información necesaria para tomar una decisión razonada¹³⁵.

Como hemos observado, la técnica de los derechos irrenunciables persigue equiparar la posición obligacional de las partes. El régimen de las cláusulas abusivas, por su parte, busca reestablecer una posición de abuso o de asimetría obligacional. Estas dos técnicas –derechos irrenunciables y cláusulas abusivas– funcionan con independencia de la voluntad de las partes. Sin embargo, los deberes de información buscan equiparar la posición del consumidor en un plano cognitivo, relativo al conocimiento tanto del producto o servicio, como del contenido obligacional. La adquisición de información por parte del consumidor va a repercutir en la decisión que finalmente tome sobre la adquisición, o no, del producto o servicio concreto en las condiciones propuestas.

Se ha apuntado también que, en los contratos de financiación, la asimetría estructural entre prestamista y consumidor es más intensa. Respecto de la información, esta posición de desigualdad más marcada puede deberse a distintos motivos: (1) contratos largos y farragosos; (2) la dificultad de comprensión de los términos contractuales y financieros para la mayor parte de los prestatarios; (3) la gran cantidad de productos ofrecidos; (4) la atipicidad de los productos crediticios¹³⁶; y, (5) la complejidad que revisten. En este contexto, parece coherente que muchas de las normas dirigidas a la protección específica del consumidor de crédito apuesten por los deberes de información como técnica de protección. Las características señaladas respecto de los contratos de financiación revisten tal entidad que incluso normas ajenas al Derecho

¹³⁵ En este sentido, es reiterada en la jurisprudencia del TJUE la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto del profesional en tanto en la capacidad de negociación como en el nivel de información –SSTJUE de 14 de junio de 2012, C-618/10, apartado 39; 14 de marzo de 2013, C-415/11, apartado 44; y, de 21 de marzo de 2013, C-92/11, apartado 41, entre otras–. Idea que también ha recogido la jurisprudencia del TS en la STS de 9 de mayo de 2013 [RJ 2013, 3088], apartado 108.

¹³⁶ En materia de contratos bancarios, el hecho de que no dispongan de regulación legal convierte a las condiciones generales en una suerte de legislación *ad hoc*. Vid. RECALDE CASTELL, A.; PETIT LAVALL, M.V.; JUAN Y MATEU, F.: «Cláusulas abusivas en los contratos bancarios», *op. cit.* página 1333.

de consumo utilizan esta técnica para proteger al prestatario no consumidor¹³⁷.

La obligación de información se desdobra en dos vertientes que se complementan entre sí: contenido y forma de la información. Los deberes relativos al contenido determinan sobre qué aspectos debe versar la información. Los deberes concernientes a la forma tratan de asegurar que la transmisión de dicha información se haga de manera que sea legible, comprensible y asimilable para el consumidor.

El formalismo se alza como el complemento perfecto de la obligación de información ya que permite al consumidor el acceso a aquellos contenidos preceptivos¹³⁸. De ahí que muchas de las leyes que protegen al consumidor de contratos de financiación (es el caso de la LVPBM/65; LVPBM/98; LCC; normas de transparencia bancaria; LCDSFC; y, LCCPCHySI) dedican parte de su articulado tanto a garantizar el contenido como la forma de la obligación de información. Es más, la doctrina, con carácter general, considera que, en el ámbito de los

¹³⁷ La normativa sectorial bancaria regula las relaciones entre entidades bancarias y clientes, tanto con carácter general –OM 12 de diciembre de 1989 y CBE 8/1990–, como en contratos específicos –Orden de 5 de mayo de 1994, relativa a la transparencia en los préstamos hipotecarios–.

En el mismo sentido vid. MARTÍN BRICEÑO, M. R.: «La protección de los intereses del consumidor a través de la forma del contrato» en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, Nº 6/2001 [BIB 2001/500]. Acceso electrónico, sin paginar.

¹³⁸ Vid. ÁLVAREZ LATA, N.: «Invalidez e ineficacia en Derecho Contractual de Consumo español. Análisis de los supuestos típicos de ineficacia en los contratos con consumidores». Aranzadi. Cizur Menor. 2004. Página 66. MARTÍN BRICEÑO, M. R.: «La protección de los intereses del consumidor a través de la forma del contrato», *op. cit.* páginas 1 a 4.

En este sentido, ÁLVAREZ LATA habla de un «cierto renacimiento del principio formalista» en Derecho de consumo; de que «la forma resurge como óptimo instrumento tuitivo del contratante débil»; y, de que «reaparece un formalismo unilateral protector». *Ibidem*, páginas 65, 66 y 67.

El resurgimiento de la forma como requisito de validez en los contratos de consumo en contra del principio general de libertad de forma consagrado en el Derecho común de contratos es una expresión más de la influencia de las ideas liberales en la redacción del Código y de cómo el Derecho contractual de consumo «se desvía de los principios del Código Civil para instaurar una regla alternativa muy beneficiosa para el consumidor». *Ibidem*, página 114.

contratos de consumo, la forma es *ad solemnitatem* y, por tanto, requisito esencial para su validez y eficacia¹³⁹.

El incumplimiento del deber de información al consumidor de crédito determina la formación de la voluntad del consumidor sobre unos parámetros insuficientes o inexactos¹⁴⁰. Además de la sanción administrativa correspondiente, la infracción del deber de información también repercute en el ámbito jurídico-privado. Si el contrato no llega a celebrarse, teóricamente, el consumidor podría exigir una indemnización por responsabilidad precontractual o por «*culpa in contrahendo*», aunque parece difícil que llegue a darse. Si, por el contrario, el contrato llega a celebrarse, el consumidor puede exigir responsabilidad contractual –arts. 1101 y ss. del Código Civil– o recurrir al régimen de vicios en el consentimiento¹⁴¹ –error por omisión o dolo por engaño–. Cabe preguntarse acerca de la posibilidad de acudir a la acción de resolución del artículo 1124 del Código civil por el incumplimiento de los deberes de información, sin embargo, esta solución no es viable por dos motivos: este incumplimiento no reúne con los requisitos establecidos jurisprudencialmente para estimar procedente la acción resolutoria del precepto mencionado –STS de 11 de abril de 2003¹⁴²–. En segundo lugar,

¹³⁹ ÁLVAREZ LATA, N.: «*Invalidez e ineficacia en Derecho Contractual de Consumo español*», *op. cit.* página 68. Vid. también MARTÍN BRICEÑO, M. R.: «*La protección de los intereses del consumidor a través de la forma del contrato*», *op. cit.* páginas 10 a 12.

¹⁴⁰ Vid. ÁLVAREZ LATA, N.: «*Invalidez e ineficacia en Derecho Contractual de Consumo español*», *op. cit.* página 114. Y, en los mismos términos, MARÍN LÓPEZ, M.J.: «*La formación del contrato con consumidores*», *op. cit.* página 802.

¹⁴¹ Sin embargo, la reglamentación contenida en el Código Civil referente a los vicios del consentimiento (artículos 1266, 1267 y 1270 del Código Civil) no constituye una solución adecuada, por su insuficiencia para proteger al consumidor. Esto se debe a que, para su apreciación, deben concurrir ciertos extremos (el error ha de ser en sustancia; el dolo, grave; la violencia, irresistible; y, la intimidación inspire un temor a sufrir un mal grave) además del rigor con que se suelen interpretar, con lo que generalmente, es complicada su apreciación en sede judicial y la consecuente anulación del contrato. Vid. POLO, E.: «*La Protección del Consumidor en Derecho Privado*», *op. cit.* páginas 853 y 854.

MARÍN LÓPEZ, por su parte, también considera inadecuado acudir al régimen de los vicios del consentimiento en caso de incumplimiento de los deberes de información precontractual, ya que además de un proceso judicial que la declare, da lugar a la desvinculación del contrato, y puede que no sea el efecto que el consumidor anda buscando. MARÍN LÓPEZ, M.J.: «*La formación del contrato con consumidores*», *op. cit.* página 802.

¹⁴² [RJ 2003, 3017]. Dispone la citada sentencia en su FD 2º que: «*para que proceda la resolución de un contrato ha de haber propio y verdadero incumplimiento, referente a la esencia de lo pactado, sin que baste aducir el incumplimiento de prestaciones accesorias*

no procede acudir a la acción resolutoria del Código civil cuando las normas de consumo contemplen regímenes específicos¹⁴³. Además de la solución que brinda el derecho común de contratos, el propio Derecho de consumo es el que, a través de sus normas, prevé remedios específicos para el supuesto de incumplimiento de la obligación que nos ocupa¹⁴⁴.

4. Establecimiento de sanciones especialmente disuasorias

Si se analizan las reglas de Derecho de consumo aplicables a los contratos financiación es posible apreciar que, en determinadas ocasiones se han establecido sanciones especialmente disuasorias¹⁴⁵.

o complementarias, que no impidan, por su escasa entidad, alcanzar el fin económico del contrato».

¹⁴³ Vid. ÁLVAREZ LATA, N.: «Invalidez e ineficacia en Derecho Contractual de Consumo español», *op. cit.* página 114. Y, en el mismo sentido, BUSTO LAGO, J.M.: «Comentario del artículo 7» en *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo*. MARÍN LÓPEZ, M.J. (Director). Aranzadi. Cizur Menor. 2014 (1ª Edición). Páginas 376 a 382; y, MARÍN LÓPEZ, M.J.: «La formación del contrato con consumidores», *op. cit.* página 803.

¹⁴⁴ Además del contenido con carácter general en la LGDCU y después en el TRLGDCU –artículos 61, 65, 80.2 y 116.1 d)–, la LCC recoge en su artículo 7 la penalización por falta de forma y por omisión de cláusulas obligatorias; la LCDSFC establece en el artículo 9.4 la nulidad de los contratos que incumplan los requisitos de información previa; la LCCPCHySI, por su parte, recoge en el artículo 14.3 –relativo a empresas que no sean una entidad de crédito–, y 20.3 –relativo a los intermediarios de crédito– que el incumplimiento relativo a la obligación de información dispuesto en cada uno de los artículos dará lugar a la invalidez de los contratos de acuerdo con la legislación civil, sin perjuicio de la integración contractual de acuerdo con los artículos 61 y 65 del TRLGDCU.

A este respecto, MARÍN LÓPEZ considera que «uno de los grandes déficits regulatorios es la inexistencia de un conjunto de remedios articulados para el caso de infracción del deber precontractual de informar. El TRLGDCU no se ocupa de esta cuestión (salvo en su artículo 65), ni tampoco lo hace (salvo alguna excepción) la DDC –se refiere a la Directiva 2011/83/UE–, que deja esta tarea a los Estados Miembros. [...] La legislación de sectorial de consumo sí se ocupa en ocasiones de las consecuencias del incumplimiento del deber de informar. Pero sus soluciones son muy heterogéneas, y no hay ninguna coordinación entre ellas». MARÍN LÓPEZ, M.J.: «La formación del contrato con consumidores», *op. cit.* página 801.

¹⁴⁵ Estas manifestaciones las encontramos fundamentalmente en la legislación sobre bienes inmateriales, donde al perjudicado por la lesión de algún bien de este tipo se le permite calcular el *quantum* de la indemnización sobre el beneficio que ha obtenido el causante de la lesión, como consecuencia de la misma, por lo que el perjudicado puede obtener un resarcimiento superior a la cuantía del daño. Vid. PEÑA LÓPEZ, F.: «La culpabilidad en responsabilidad civil extracontractual». Comares. Granada. 2002. Páginas 228 a 230.

Pueden observarse medidas de esta índole en la LCC¹⁴⁶ y la LCCC¹⁴⁷. Estas normas establecen una suerte de sanción, en el sentido de pena privada, para el caso del incumplimiento del vendedor o prestamista relacionado con la obligación de información al consumidor. El legislador considera de tal importancia dar a conocer al consumidor ciertos extremos del contrato, que la imposición de medidas tendentes a la reparación o el restablecimiento de la situación se estiman insuficientes, por lo que da un paso más negando al prestamista incumplidor el derecho a percibir cualquier remuneración. De esta manera, se incentiva la aplicación de la Ley y se previenen los incumplimientos relativos a los deberes de información¹⁴⁸.

Es el caso de la sanción prevista para el supuesto de suministro de bienes y servicios no solicitados a consumidores, en virtud de la cual el consumidor no estará obligado a la devolución del bien, ni podrá reclamarle el empresario el pago de cualquier precio. Sanción que en un primer momento se establece para los contratos celebrados a distancia (art. 100 TRLGDCU), y para los contratos a distancia de servicios financieros (art. 13 LCDSFC); pero que, con la modificación del TRLGDCU operada por la Ley 3/2014 –introduce el art. 66 *quáter*–, se generaliza siendo aplicable para cualquier contrato de consumo. Es fácilmente perceptible el carácter disuasorio inherente a esta sanción, que perjudica claramente al empresario que promueve y realiza este tipo de prácticas, no sólo no obligando al consumidor a pagar el precio –aceptando el bien o servicio–, sino que tampoco le obliga a la devolución del bien. Por tanto, la realización de esta práctica no revierte ningún efecto positivo sobre el empresario, al contrario, podría traducirse en pérdidas, de manera que no se verá tentado de utilizarla.

¹⁴⁶ La LCC, por su parte, establece en su artículo 7 párrafo 2º letra b), que el incumplimiento de lo dispuesto en la letra b) del artículo 6, la obligación se reducirá al pago del precio al contado o el nominal del crédito en los plazos convenidos. En caso de omisión o inexactitud de los plazos, el pago sólo podrá ser exigido cuando finalice el contrato.

La LVPBM/65 también recogía en su artículo 7 una sanción en este sentido. El citado artículo disponía que en caso de omisión o expresión inexacta de los apartados 3 a 10 del artículo 6 la obligación del comprador quedará reducida al pago del importe al contado.

¹⁴⁷ El artículo 21 LCCC recoge las penalizaciones por falta de forma y omisión de cláusulas obligatorias. Su apartado 2º establece que «en el supuesto de que el documento del contrato no contenga la mención a la tasa anual equivalente a la que se refiere la letra g) del apartado 2 del artículo 16, la obligación del consumidor se reducirá a abonar el interés legal en los plazos convenidos». Mientras que, el apartado 3º dispone que «en el supuesto de que el documento del contrato no contenga la mención a que se refiere la letra h) del apartado 2 del artículo 16, y siempre que no exista omisión o inexactitud en el plazo, la obligación del consumidor se reducirá a pagar el precio al contado o el nominal del crédito en los plazos convenidos».

¹⁴⁸ Esta medida se contempla en otros ordenamientos, como Portugal, Francia o Bélgica para sancionar las infracciones referentes a la información contractual. ARROYO AMAYUELAS, E.: «Comentario al artículo 21» en *Comentarios a la Ley de Contratos de*

Otra prueba de la vigencia de la técnica de la imposición de sanciones especialmente disuasorias la ofrece la doctrina del TJUE sobre la legislación de las cláusulas abusivas iniciada con la STJUE de 14 de junio de 2012¹⁴⁹. En esta Sentencia el TJUE incidió el carácter disuasorio que ha de subyacer, en este caso, a la reacción jurídica frente a las cláusulas declaradas abusivas. Como explica la Sentencia citada, para garantizar el carácter disuasorio del régimen de las cláusulas abusivas *«no deben verse garantizados los intereses de los profesionales incumplidores»*. La integración contractual por el juez no perjudicará en ningún modo al empresario prestamista, que en el peor de los casos vería anulado el contrato. Por el contrario, si el empresario viera sus intereses mermados por la actuación ilícita, en forma, por ejemplo, de pérdida del derecho a la remuneración que le corresponde, se vería incentivado al cumplimiento de la Ley, lo que redundaría en la protección del consumidor. Como indica la Sentencia objeto de mención, la integración no garantiza una protección tan eficaz como la que resultaría de la no aplicación de las cláusulas abusivas¹⁵⁰.

Crédito al Consumo. MARÍN LÓPEZ, M.J. (Director). Aranzadi. Cizur Menor. 2014 (1ª Edición). Página 810.

¹⁴⁹ En este sentido se pronuncia la citada STJUE de 14 de junio de 2012, asunto C-618/10, apartados 69 y 70, que dice: *«Pues bien, en este contexto es preciso señalar que, tal como ha indicado la Abogado General en los puntos 86 a 88 de conclusiones, si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13. En efecto, la mencionada facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores [...], en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales. Por esta razón, aunque se reconociera al juez nacional la facultad de que se trata, ésta no podría por sí misma garantizar al consumidor una protección tan eficaz como la resultante de la no aplicación de las cláusulas abusivas. Por lo demás, tal facultad tampoco podría fundamentarse en el artículo 8 de la Directiva 93/13, que atribuye a los Estados miembros la posibilidad de adoptar o mantener, en el ámbito regulado por la Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Derecho de la Unión, siempre que se garantice al consumidor un mayor nivel de protección (véanse las sentencias de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C 484/08, Rec. p. I 4785, apartados 28 y 29, y Pereničová et Perenič, antes citada, apartado 34)»*.

¹⁵⁰ Vid. STJUE de 14 de junio de 2012, apartado 70.

A la doctrina del TJUE emanada en materia de cláusulas abusivas hay que sumar la STJUE de 27 de marzo de 2014¹⁵¹, en la que el Tribunal europeo avala la sanción francesa que castiga al prestamista con la pérdida de su derecho a cobrar intereses por el incumplimiento de los deberes relativos a la evaluación de la solvencia. Ello en contra de la jurisprudencia del alto Tribunal francés, que como expone también la Sentencia¹⁵², ha interpretado esta sanción como la pérdida del derecho a percibir los intereses convencionales, pero no los intereses legales del artículo 1153 Cc francés.

De esta manera, no parece que exista problema en afirmar que la jurisprudencia del TJUE avala la imposición de sanciones especialmente disuasorias en materia de protección del consumidor.

5. Recapitulación

Habiendo visto la evolución legal de la protección al consumidor de crédito y las técnicas utilizadas para ello, podemos señalar que la figura de los derechos irrenunciables, el régimen de cláusulas abusivas, y los deberes de información han sido las técnicas clave para salvaguardar los intereses del consumidor hasta el momento.

La imposición de sanciones con potencial disuasorio, aunque presente, ha tenido una incidencia menor que las anteriores. Fundamentalmente, se ha utilizado para asegurar el cumplimiento de la obligación de información al consumidor. Su uso por parte del legislador se ha limitado a garantizar el cumplimiento de la obligación de información.

Volviendo a las técnicas clave, la obligación de información al consumidor de crédito ha ido adquiriendo importancia de manera progresiva. Esta progresión puede apreciarse fácilmente observando los extremos sobre los que informaban la LCC o la normativa de transparencia bancaria en sus orígenes para después compararlo con los detallados deberes de información que contienen la LCDSFC y la

¹⁵¹ STJUE de 27 de marzo de 2014, asunto C-565/12. [ECLI:EU:C:2014:190]. Apartados 53 y 55.

¹⁵² Vid. apartado 18 de la STJUE de 27 de marzo de 2014.

LCCPCHySI. La LCDSFC y la LCCPCHySI dedican fundamentalmente su articulado a detallar la información que debe recibir el consumidor (o cliente bancario en el caso de las normas de transparencia), así como los cauces a través de los que debe proporcionarse dicha información.

El auge de la obligación de información pudo venir dado porque las técnicas de los derechos irrenunciables y el régimen de las cláusulas abusivas garantizan el equilibrio obligacional del contrato. Sin embargo, y a pesar de que asegurar dicho equilibrio es fundamental para que esta protección sea efectiva, es sólo el punto de partida. Una vez se reequilibran los derechos y deberes en las relaciones de consumo, el consumidor debe tomar la decisión más adecuada a sus necesidades y preferencias. En este contexto de restablecimiento del equilibrio obligacional entra en escena la obligación de información que permitiría al consumidor escoger el crédito que le resulte más conveniente

La información al consumidor, en todas las fases de la contratación: publicidad, información precontractual y contractual, se presenta como un instrumento que podría ser fundamental en la protección del consumidor de crédito¹⁵³. No obstante, como se verá más adelante, existen una serie de factores, intrínsecos y extrínsecos, que afectan a la obligación de información e impiden que despliegue su eficacia como mecanismo de prevención del sobreendeudamiento.

III. LA INCAPACIDAD DE LA LEGISLACION ESPAÑOLA PARA EVITAR EL SOBREENDEUDAMIENTO DE LOS CONSUMIDORES

Para averiguar qué circunstancias han motivado la inclusión de la obligación de evaluar la solvencia del consumidor como medida de prevención del sobreendeudamiento, debe examinarse si las técnicas analizadas han servido para dispensar una protección al consumidor de contratos de financiación frente al fenómeno del endeudamiento excesivo.

¹⁵³ En este sentido, ÁLVAREZ LATA afirma que «*el derecho-deber de información se ha convertido en pilar de las normas reguladoras de los contratos con consumidores*». ÁLVAREZ LATA, N.: «*Invalidez e ineficacia en Derecho Contractual de Consumo español*», *op. cit.* página 113.

En la legislación de protección al consumidor de crédito existen algunos preceptos que son de utilidad a la hora de prevenir un posible sobreendeudamiento del consumidor; sin embargo, veremos que éstos no han sido suficientes para dar respuesta a este problema. En este epígrafe, vamos a abordar la virtualidad de las técnicas comentadas como medidas de prevención de sobreendeudamiento. A continuación, se valorarán otras medidas contenidas en nuestro ordenamiento que, sin estar incluidas en las técnicas señaladas pueden resultar de utilidad para prevenir las situaciones de endeudamiento excesivo del consumidor.

Dado que no existe un concepto unívoco de sobreendeudamiento, se definirá atendiendo a la característica común presente en todas las situaciones de sobreendeudamiento: *«la imposibilidad actual de hacer frente al incumplimiento del conjunto de deudas exigibles, o, cuando menos, la amenaza o riesgo de no poder acometer el pago en el momento en que lo sean, debido a una situación de desequilibrio manifiesto entre las obligaciones asumidas y el patrimonio disponible»*¹⁵⁴.

El origen de una situación de endeudamiento excesivo puede deberse a múltiples causas. Aunque pueden distinguirse aquellas donde el consumidor participa activamente, como el recurso excesivo al crédito, la mala gestión de la economía doméstica, etc.; y, aquellas que tienen lugar al margen de la voluntad del consumidor, como el desempleo, enfermedad, muerte o separación del cónyuge, etc. Asimismo, las causas intrínsecas y extrínsecas del sobreendeudamiento pueden verse agravadas, con carácter general, por las condiciones del mercado crediticio y financiero; además de las políticas de los Estados, que basan su economía en el consumo¹⁵⁵.

¹⁵⁴ ÁLVAREZ LATA, N.: «Sobreendeudamiento del consumidor: Análisis del marco actual del problema y apuntes sobre su previsible reforma» en *Homenaje a Víctor Manuel Garrido de Palma*. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J.C.; GARDEAZÁBAL DEL RÍO, F.J.; GARRIDO CHAMORRO, P.J. (Coords.). Civitas. Cizur Menor. 2010 (1ª Edición). Página 160.

¹⁵⁵ *Ibidem*, página 161.

1. Medidas previstas para prevenir el sobreendeudamiento del consumidor en el marco de los contratos de financiación

A la hora de examinar las medidas de prevención del sobreendeudamiento en nuestro ordenamiento vamos comenzar comprobando si las técnicas analizadas sirven para proteger al consumidor respecto de este tipo de situaciones. A continuación, veremos otras medidas no incluidas en las técnicas citadas, pero que pueden tener entre sus efectos la prevención del endeudamiento excesivo del consumidor.

1.1. Prevención a través de las técnicas analizadas

1.1.1. Derechos irrenunciables del consumidor

Los derechos irrenunciables atribuidos al consumidor no intervienen en la formación de su voluntad, sino que equilibran las posiciones de empresario y consumidor. En consecuencia, el papel de los derechos irrenunciables en orden a evitar un posible sobreendeudamiento del consumidor es más bien limitado, aunque no inexistente. Algunos derechos atribuidos al consumidor pueden servir de instrumento preventivo del sobreendeudamiento, como el derecho de desistimiento o la limitación de intereses.

El derecho de desistimiento permite al consumidor, una vez adquirido el bien o servicio, reconsiderar la oportunidad de la adquisición sin presiones de ningún tipo, y valorar detenidamente si su situación económica le permite afrontar el pago del precio a través del contrato de financiación. El problema que presenta el derecho de desistimiento respecto a la prevención del sobreendeudamiento es que su eficacia es limitada. En primer lugar, no está establecido con carácter general, sino que debe establecerse legal o contractualmente (art. 68.2 TRLGDCU), siendo la LCDSFC y la LCCPCHySI las leyes de protección al consumidor de crédito que incorporan el derecho al desistimiento del consumidor de contratos de financiación¹⁵⁶. En segundo lugar, en los casos es los que el

¹⁵⁶ El TRLGDCU, en su artículo 77 –modificado levemente por la Ley 3/2014–, sí que hace mención al desistimiento del consumidor en el marco de los contratos vinculados

sobreendeudamiento tiene lugar por un suceso imprevisto, difícilmente tal acontecimiento se producirá en el lapso de tiempo en que esté vigente el derecho de desistimiento –14 días–. Por tanto, la utilidad frente a una situación de sobreendeudamiento excesivo se circunscribe a los supuestos de compra compulsiva; aquellos donde el consumidor compre engañado por el vendedor, por la publicidad o consecuencia de las técnicas agresivas de venta¹⁵⁷; y, por último, cuando en el periodo dado para desistir del contrato, acontezca el suceso que dé lugar al sobreendeudamiento. Si bien el derecho a desistir del contrato puede resultar de gran utilidad en estos casos, lo cierto es que son supuestos de carácter residual, además de no ser este el propósito perseguido por el legislador a la hora de regular el derecho de desistimiento¹⁵⁸.

Además del derecho de desistimiento, cabe mencionar la existencia de normas específicas que limitan la cuantía de los pactos de interés en contra de la posición comúnmente aceptada de libertad en su establecimiento¹⁵⁹. Estas limitaciones las encontramos en la LUs para el caso de intereses abusivos; y en los artículos 19.4 LCC y 20 LCCC respecto del pacto de interés en los créditos en forma de descubierto¹⁶⁰, que prohíbe un tipo de interés al que dé lugar una tasa anual equivalente superior a 2,5 veces el interés legal del dinero. Sin embargo, la virtualidad de estos preceptos ha sido muy escasa. La LUs ha tenido una aplicación mínima¹⁶¹, a pesar de que durante los últimos años los

a financiación, disponiendo que el desistimiento del contrato principal implica el desistimiento del contrato de financiación al que se haya vinculado. Sin embargo, no debemos olvidar que, para desistir del contrato principal, el derecho debe estar establecido legal o contractualmente –art. 68.2 TRLGDCU–.

¹⁵⁷ Cfr. MARÍN LÓPEZ, M.J.: «La formación del contrato con consumidores», *op. cit.* página 840.

¹⁵⁸ Como señalan GARCÍA VICENTE y MINERO ALEJANDRE, el derecho de desistimiento tiene «*por finalidad ofrecerle (al consumidor) la posibilidad de reconsiderar y evaluar mejor las obligaciones derivadas del contrato celebrado*». Vid. GARCÍA VICENTE, J.M.; MINERO ALEJANDRE, G.: «Comentario al artículo 68», *op. cit.* página 976.

¹⁵⁹ Vid. artículo 1255 y 1740 y ss. del Cc; artículo 311 y ss. CCom.; y artículo 1º de la OM de 12 de diciembre de 1989.

¹⁶⁰ Extremo que se verá recogido en la normativa sectorial bancaria por la circular de 1996. Vid. MARÍN LÓPEZ, M. J.: «Análisis de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo», en https://previa.uclm.es/profesorado/mjmarin/invest_art_10.pdf (Accedido el 03/10/2018). Página 39.

¹⁶¹ En este sentido, TRUJILLO DÍEZ expone que la aplicación de esta Ley se ha circunscrito a situaciones «*marginales rayanas en la criminalidad*». Vid. TRUJILLO DÍEZ, I.J.: «*El sobreendeudamiento de los consumidores*». Comares. Granada. 2003. Página 18.

tribunales han acudido a ella para solventar los abusos dados en materia de intereses durante la burbuja inmobiliaria¹⁶². La LCC, por su parte, se haya circunscrita a un supuesto muy concreto: créditos en forma de descubierto, que no constituye la forma de crédito más habitual en el mercado.

1.1.2. Régimen de cláusulas abusivas

Las cláusulas abusivas, como se ha apuntado, tratan de restablecer una situación de desequilibrio en el plano obligacional del contrato, mediante la eliminación de las cláusulas que lo producen. En consecuencia, para que el régimen de las cláusulas abusivas fuese un mecanismo efectivo de lucha contra el sobreendeudamiento, debería ser capaz de reaccionar frente a un desequilibrio que afecte directamente al precio del crédito.

El precio del contrato de financiación, al ser un «*elemento principal del contrato*»¹⁶³, queda excluido del examen de abusividad conforme al artículo 4.2 DCA que indica de manera expresa que «*la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato, ni a la adecuación entre precio y retribución [...]*». La exclusión del precio respecto del control de contenido es coherente con el principio de libertad en el establecimiento de precios en el marco de una economía de mercado¹⁶⁴.

En España, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, tras admitir en un primer momento que el control de contenido de una cláusula podía examinar *el equilibrio de las prestaciones*¹⁶⁵, cambió su criterio inadmitiendo el control de contenido de las cláusulas referidas al precio

¹⁶² En este sentido, SAP Barcelona de 9 de mayo de 2013 [AC 2013, 1486], F.D. 3º; STS de 22 de febrero de 2013 [RJ 2013, 1609], F.D. 2º; STS de 1 de marzo de 2013 [RJ 2013, 2280], F. D. 3º.

¹⁶³ Como reconoce la STS de 9 de mayo de 2013 [RJ 2013,3088] en su apartado 193. Ex artículo 4.2 DCA.

¹⁶⁴ Artículos 38 y 128 CE. Vid. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: «Comentario al artículo 82» en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.). Aranzadi. Cizur Menor. 2015. Páginas 1135 y 1136.

¹⁶⁵ Vid. STS de 1 de julio de 2010 [RJ 2010, 6554], FJ 4º. Vid. también GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: «Comentario al artículo 82», *op. cit.* páginas

o al equilibrio prestacional del contrato¹⁶⁶ en la STS de 18 de junio de 2012¹⁶⁷.

No obstante, el alto Tribunal aun manteniendo de entrada la imposibilidad de someter al control de contenido a una cláusula referida a un elemento principal del contrato, permite que estas cláusulas sean sometidas a un doble filtro de transparencia. Este doble filtro consiste en que, junto al control de incorporación, se realice otro control de transparencia reforzado o específico de los elementos principales del contrato cuando éste sea un contrato con consumidores. En virtud de este control de transparencia reforzado o específico se comprueba que la cláusula examinada permite al consumidor conocer claramente y con sencillez la carga económica que para él se deriva del contrato¹⁶⁸.

En conclusión, el régimen de las cláusulas abusivas puede resultar de utilidad para prevenir el endeudamiento excesivo cuando las cláusulas del contrato descriptivas o configuradoras del precio a satisfacer por el consumidor no le permitan conocer de forma clara y sencilla la carga económica del contrato. Fuera de esta posibilidad, no parece que las cláusulas abusivas ofrezcan una protección reseñable del consumidor de contratos de financiación contra el sobreendeudamiento.

¹⁶⁶ A pesar de que la STJUE de 3 de junio de 2010, asunto C-484/08 [ECLI:EU:C:2010:309] afirma que «en el ordenamiento jurídico español, como señala el Tribunal Supremo, un órgano jurisdiccional nacional puede apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible» (apartado 42). Añadiendo que «los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva –la DCA– deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible» (apartado 44).

¹⁶⁷ RJ 2012, 8857. FJ 3º. Vid. también GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: «Comentario al artículo 82», *op. cit.* páginas 1139 a 1141.

¹⁶⁸ Cfr. STS de 9 de mayo de 2013 [RJ 2013, 3088]. Apartados 209 a 214. Vid. también GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: «Comentario al artículo 82», *op. cit.* páginas 1141 a 1142.

1.1.3. Obligación de información al consumidor de contratos de financiación

La obligación de información persigue que el consumidor conozca la carga económica del contrato de financiación que suscribe. De esta manera, tendrá una idea acertada y realista acerca del mismo y podrá valorar si puede hacer frente a la devolución del capital prestado. La asunción de deudas por parte del consumidor es voluntaria en todo caso, es decir, tiene su origen en su propio consentimiento. El paso al sobreendeudamiento, puede tener su origen en la voluntad del consumidor debido a una asunción excesiva de deudas o puede ser consecuencia de un acontecimiento imprevisto que le impida hacer frente a sus compromisos financieros. Salvo casos puntuales, lo que parece más probable es que el sobreendeudamiento del consumidor sea consecuencia de ambas circunstancias: una asunción de deuda que, si bien no es excesiva, no deja capacidad de reacción económica en el caso de que sobrevenga un imprevisto que merme la capacidad financiera del consumidor y, que efectivamente tenga lugar algún acontecimiento que repercuta negativamente en la capacidad del consumidor de hacer frente a sus compromisos financieros.

Sea como fuere, lo cierto es que la obligación de información puede tener una incidencia directa en la protección del consumidor frente al sobreendeudamiento. Esta parece ser la idea del legislador, como lo demuestra que se hayan ido reforzando progresivamente los deberes de información con nuevas exigencias tanto de forma como de contenido en las últimas normas de protección al consumidor, concretamente la LCDSFC y la LCCPCHySI. Este repunte de las obligaciones de información tienen como objetivo fortalecer algunos aspectos y contemplar las nuevas realidades en el mundo de la contratación de servicios financieros, como la contratación a distancia, o con entidades que no son entidades bancarias, o el papel de los intermediarios de crédito¹⁶⁹. No obstante, aunque la obligación de información se haya erigido por los poderes públicos como la herramienta principal de protección al

¹⁶⁹ Cfr. MARÍN LÓPEZ, M.J.: «La formación del contrato con consumidores», *op cit.* página 796.

consumidor, las bondades que parecen desprenderse de la obligación de información no son tales y, como se verá, es una herramienta ineficaz.

1.1.4. Carácter disuasorio del régimen sancionador

En cuanto a la imposición de sanciones con potencial disuasorio, éstas deben ir naturalmente aparejadas al incumplimiento de alguna norma que el legislador considere especialmente reprobable (por exceder el carácter reparador que caracteriza la responsabilidad contractual en la legislación española).

En nuestro ordenamiento jurídico esto ocurre en la LCC¹⁷⁰ y la LCCC¹⁷¹ que sancionan al prestamista por el incumplimiento de algunos deberes de información al consumidor, atribuyendo consecuencias indeseables (la negación del derecho al cobro de intereses) aparejadas a la infracción de determinadas normas referentes a la forma y el contenido de la información que se estiman especialmente relevantes, entre las que se incluye la información referente al precio. El legislador incide así en la importancia que se le viene dando en los últimos tiempos al deber de información al consumidor.

Sin embargo, no considero que estas sanciones sean determinantes para la prevención del sobreendeudamiento ya que se circunscriben a incumplimientos relativos a la forma muy concretos y muy graves en los que difícilmente va a incurrir el prestamista, como ocurre en la LCCC donde se priva al prestamista de su derecho a los intereses pactados en el supuesto de omisión en el contrato del importe, número y periodicidad de los pagos que deba realizar el consumidor.

1.2. A través de otras medidas que sirven a la protección contra el sobreendeudamiento del consumidor

Existen, además, otras medidas que, sin estar subsumidas en ninguna de las técnicas mencionadas (ya que no tienen como objetivo eliminar la asimetría estructural), podrían servir a atribuir la finalidad de evitar el sobreendeudamiento del consumidor.

¹⁷⁰ Artículo 7 párrafo 2º LCCC.

¹⁷¹ Artículo 21 LCCC.

1.2.1. Desembolso inicial

Una de ellas es la obligación del consumidor de hacer un desembolso inicial en el momento de la compra recogida en la derogada LVPBM/65 (arts. 2.1, 6.9, 9 y 16), ya que este desembolso obligaba al comprador¹⁷² a hacer una demostración de solvencia y a tomar conciencia de la carga económica del contrato. De esta manera, el consumidor valoraba si podía hacer frente al pago del precio o la devolución de la financiación, evitando el abuso del crédito¹⁷³.

No obstante, no puede afirmarse que esta medida (suprimida en la LVPBM/98) fuese una herramienta determinante en la prevención del sobreendeudamiento. El carácter específico de su ámbito de aplicación y la dudas acerca de su imperatividad son los motivos fundamentales que llevan a pensar que el desembolso inicial no tuvo demasiada incidencia en la práctica.

1.2.2. Integración judicial del contrato

Otra herramienta, también recogida por la LVPBM/65 (artículo 13) y mantenida en la LVPBM/98 (artículo 11), es la referente a la posibilidad de que los jueces y tribunales, puedan, discrecionalmente y por justa causa, señalar nuevos plazos de pago o alterar los convenidos –así como los recargos correspondientes–, en el caso de que el consumidor sufra algún percance que le dificulte hacer frente a los plazos estipulados. Sin embargo, esta medida fue calificada por BERCOVITZ como demagógica por su «*absoluta ineficacia*» respecto de la LVPBM/65¹⁷⁴. Mientras que, bajo

¹⁷² Recordemos que respecto de la LVPBM/65 utilizamos el término consumidor en sentido anacrónico e impropio.

¹⁷³ Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: «*Las ventas a plazos de bienes muebles*». Tecnos. Madrid. 1998. Páginas 62, 154 y 155. Y, RIBÓN SEISDEDOS, E.; HIDALGO MOYA, J.R.: «*El sobreendeudamiento en España: tutela judicial y protección legislativa*». CEACCU. Diciembre de 2005. Página 40.

Respecto de la demostración de solvencia, BERCOVITZ indica que «*con esta medida [el desembolso inicial] se pretende dar acceso a los contratos regulados por la Ley únicamente a aquellos consumidores cuya capacidad económica les permita entregar de inmediato una parte del precio*». Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «*Comentario a la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles*». Montecorvo. Madrid. 1977. Página 124.

¹⁷⁴ Vid. *Ibidem*, página 241.

la vigencia de la LVPBM/98, ha sido la jurisprudencia menor quien la ha aplicado en pocas ocasiones¹⁷⁵.

1.2.3. Inembargabilidad de ciertos bienes

La medida restante que colabora en este propósito es una excepción a la norma general contenida en el artículo 1911 del Código civil respecto de la obligación del deudor de responder con todos sus bienes presentes y futuros al pago de sus deudas. Hablamos del carácter inembargable de algunos bienes y salarios que recoge la LEC/2000 en sus artículos 605 a 607¹⁷⁶ que, más que una medida de prevención del sobreendeudamiento,

¹⁷⁵ Vid. ÁLVAREZ VEGA, M.I.: «La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente». Civitas. Cizur Menor. 2010 (1ª Edición). Página 164.

¹⁷⁶ El artículo 605 LEC, declara «en absoluto embargables: 1. Los bienes que hayan sido declarados inalienables; 2. Los derechos accesorios, que no sean alienables con independencia del principal; 3. Los bienes que carezcan, por sí solos, de contenido patrimonial; 4. Los bienes expresamente declarados inembargables por alguna disposición legal».

El artículo 606 LEC, por su parte, dispone que «son también inembargables: 1. El mobiliario y el menaje de la casa, así como las ropas del ejecutado y de su familia, en lo que no pueda considerarse superfluo. En general, aquellos bienes como alimentos, combustible y otros que, a juicio del tribunal, resulten imprescindibles para que el ejecutado y las personas de él dependientes puedan atender con razonable dignidad a su subsistencia; 2. Los libros e instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que se dedique el ejecutado, cuando su valor no guarde proporción con la cuantía de la deuda reclamada; 3. Los bienes sacros y los dedicados al culto de las religiones legalmente registradas; 4. Las cantidades expresamente declaradas inembargables por Ley; 5. Los bienes y cantidades declarados inembargables por Tratados ratificados por España».

El artículo 607 LEC recoge las reglas para el embargo de sueldos y pensiones: «1. Es inembargable el salario, sueldo, pensión, retribución o su equivalente, que no exceda de la cuantía señalada para el salario mínimo interprofesional; 2. Los salarios, sueldos, jornales, retribuciones o pensiones que sean superiores al salario mínimo interprofesional se embargarán conforme a esta escala: 1º Para la primera cuantía adicional hasta la que suponga el importe del doble del salario mínimo interprofesional, el 30 por 100. 2º Para la cuantía adicional hasta el importe equivalente a un tercer salario mínimo interprofesional, el 50 por 100. 3º Para la cuantía adicional hasta el importe equivalente a un cuarto salario mínimo interprofesional, el 60 por 100. 4º Para la cuantía adicional hasta el importe equivalente a un quinto salario mínimo interprofesional, el 75 por 100. 5º Para cualquier cantidad que exceda de la anterior cuantía, el 90 por 100. 3. Si el ejecutado es beneficiario de más de una percepción, se acumularán todas ellas para deducir una sola vez la parte inembargable. Igualmente serán acumulables los salarios, sueldos y pensiones, retribuciones o equivalentes de los cónyuges cuando el régimen económico que les rija no sea el de separación de bienes y rentas de toda clase, circunstancia que habrán de acreditar al Secretario judicial; 4. En atención a las cargas familiares del ejecutado, el Secretario judicial podrá aplicar una rebaja de entre un 10 a

es una medida dirigida a garantizar unos mínimos indispensables para satisfacer las necesidades básicas del deudor y de las personas a su cargo.

1.3. Conclusiones

Tras analizar los posibles efectos preventivos del sobreendeudamiento de las técnicas de protección al consumidor de contratos de financiación; así como de otras medidas del ordenamiento que, al margen de ellas podrían contribuir a este propósito, se infiere la única medida que puede tener una cierta eficacia general para evitar el endeudamiento excesivo de los consumidores es la obligación de información al consumidor.

Esta apreciación parece desprenderse también del hecho de que sea la herramienta de protección al consumidor de crédito más generalizada, tanto a nivel estatal como internacional¹⁷⁷. Además, la obligación de información es utilizada fuera de los márgenes del Derecho de consumo, como ocurre en la normativa sectorial bancaria; e incluso, dentro de la legislación consumerista, también se usa en otros ámbitos ajenos a los contratos de financiación¹⁷⁸.

un 15 por ciento en los porcentajes establecidos en los números 1º, 2º, 3º y 4º del apartado 2 del presente artículo; 5. [...]; 6. [...]; 7. [...].

En este ámbito parece necesario mencionar a la Ley 14/3013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, donde para fomentar el emprendimiento empresarial establece la posibilidad de que el empresario persona física pueda excluir del pago de las deudas asumidas en el ejercicio de su profesión su vivienda habitual. Esta Ley, aunque no guarda una relación directa con el consumidor de crédito, sí que la guarda indirectamente en cuanto el empresario persona física es susceptible de desarrollar su rol como consumidor de crédito y esta medida puede evitar una posible situación de sobreendeudamiento.

¹⁷⁷ A escala comunitaria, cfr. REIFNER, U.; KIESILAINEN, J.; HULS, N.; SPRINGENEER, H.: «Consumer Overindebtedness and Consumer Law in the European Union». Final Report. Septiembre 2003. Página 51. Y, vid. GRUDMANN, S.; ATAMER, Y.: «European Contract Law and Banking Contracts after the Financial Crisis: Challenges for Contracting and Market Transactions» en *Financial Services, Financial Crisis and General European Contract Law: Failure and Challenges of Contracting*. GRUDMANN, S.; ATAMER, Y. (Eds.). Kluwer Law International. Alphen aan den Rijn. 2011. Página 20.

A nivel internacional, vid. BEN-SHAHAR, O.; SCHNEIDER, C.E.: «The Failure of Mandated Disclosure» en *159 University of Pennsylvania Law Review 647 2011*. Página 652.

¹⁷⁸ BEN-SHAHAR, O.; SCHNEIDER, C.E.: «The Failure of Mandated Disclosure», *op. cit.* página 659.

Sin embargo, con el advenimiento de la crisis económica, el nivel de sobreendeudamiento de los consumidores no hizo sino agravarse poniendo de relieve la existencia de un problema que la legislación e protección al consumidor en general y la obligación de información en particular no habían podido atajar. Pero, ¿por qué no ha funcionado el deber de información para prevenir el sobreendeudamiento?

Si partimos de la premisa de que las partes se hallan en una situación de equilibrio obligacional; de que se ha suministrado al consumidor la información necesaria para la correcta formación de su consentimiento, por lo que, en virtud de la misma puede hacerse una representación veraz de la carga económica del contrato; y, de que puede desistir del contrato incluso, durante un (corto) periodo de tiempo posterior a la conclusión del mismo –si así se dispone legal o contractualmente–, ¿qué ha podido conducir a una situación de sobreendeudamiento generalizado de las familias españolas, agravado especialmente desde la crisis económica actual?

2. Estudio del funcionamiento de la obligación de información

La obligación de información es un mecanismo regulatorio atractivo debido a tres razones fundamentales: es poco invasivo¹⁷⁹; genera costes poco elevados¹⁸⁰; y, además, parece un mecanismo efectivo en el plano teórico¹⁸¹. Asimismo, la obligación de información se adecúa a las premisas establecidas por el régimen neoliberal ya que se adapta al principio de libre mercado al equilibrar la posición entre empresario y cliente respecto de la información, pero a través de una intervención mínima en la que se dejan fuera los aspectos sustantivos¹⁸². Igualmente,

¹⁷⁹ Los deberes de información no suponen una intervención radical en la relación contractual; sino que requiere la comunicación entre dos partes que ya se están comunicando. *Ibidem*, páginas 681 y 682.

¹⁸⁰ Además, estos costes repercuten únicamente en la entidad de crédito; sin que tenga que soportarlos el erario público. *Ibidem*, página 682.

¹⁸¹ *Ibidem*, página 682.

¹⁸² Aunque BEN-SHAHAR y SCHNEIDER no indican expresamente que los deberes de información se adapten a la ideología neoliberal, sino que, a juicio de los autores, la obligación de información se adapta a dos de los valores fundamentales del pensamiento americano. Sin embargo, no parece del todo inadecuado identificar el pensamiento americano con la ideología de corte neoliberal.

los deberes de información también encajan con el principio de autonomía de la voluntad, puesto que presupone que nadie mejor que el adquirente puede tomar una decisión adecuada a sus intereses¹⁸³.

La obligación de información aborda un problema real y es que las sociedades actuales nos imponen la toma de decisiones complejas constantemente. En consecuencia, la obligación de información descansa en una premisa plausible: cuando se trata de tomar una decisión, más información es mejor que menos. Con más razón si tenemos en cuenta que, con carácter general, las cláusulas contractuales están prerredactadas por el empresario¹⁸⁴.

En esta línea, desde la perspectiva del Derecho de consumo, se propone un modelo de consumidor libre y responsable (el «*rational consumer model*»), capaz de asimilar la información y, por tanto, de tomar decisiones razonables¹⁸⁵. El consumidor puede no tener los conocimientos necesarios para la comprensión de las estipulaciones de los contratos de crédito y el funcionamiento de los mismos, de la misma manera que puede no manejar la información necesaria para elegir la mejor opción, ya que no es un profesional en el mercado. En este contexto entra en escena la obligación de información. Con el suministro de la información preceptiva, el consumidor podrá leer y entender la información suministrada y con ella será capaz de tomar una decisión razonada y adecuada a sus intereses¹⁸⁶.

Sin embargo, de acuerdo con BEN-SHAHAR y SCHNEIDER, la obligación de información no es efectiva y, a medida que se amplían los deberes y contenidos sobre los que se ha de informar, más se evidencia su

¹⁸³ *Ibidem*, página 681.

¹⁸⁴ *Ibidem*, página 650.

¹⁸⁵ Vid. REIFNER, U.; KIESILAINEN, J.; HULS, N.; SPRINGENEER, H.: «*Consumer Overindebtedness and Consumer Law in the European Union*». Final Report. Septiembre 2003. Página 50 y ss.

¹⁸⁶ Según la opinión de PRIDGEN, el *modelo del consumidor racional* consiste, básicamente en: «*Give the consumers the information they need to make rational choices in the credit marketplace, and then sit back and let the free market do its magic*». Vid. PRIDGEN, D.: «2012 SYMPOSIUM: THE CONTINUING EFFECTS OF THE MORTGAGE CRISIS ON CONSUMERS: FEATURE ARTICLE: Putting some teeth in TILA: From Disclosure to Substantive Regulation in the Mortgage Reform and Anti-Predatory Lending Act of 2010» en *Loyola Consumer Law Review* 615. Página 615.

fracaso¹⁸⁷. No es que la obligación de información esté destinada a fallar de manera sistemática, sino que, para la consecución de su objetivo (es decir, que el que recibe la información, tome una decisión razonada), necesita de la adecuada actuación de tres actores: el legislador, la parte que suministra la información y, la parte que recibe la información. Sin embargo, en raras ocasiones cada una de las partes puede acometer dicha tarea de forma satisfactoria, por lo que rara vez la obligación de información logra el objetivo preestablecido¹⁸⁸.

Como se expondrá a lo largo de este epígrafe, ante el fracaso del modelo neoliberal del consumidor perfectamente racional, se propone un nuevo tipo de consumidor imperfectamente racional, dentro de un «*modelo social*»¹⁸⁹, encuadrado en la teoría de la «*economía conductista*»¹⁹⁰, y susceptible de sufrir una serie de fenómenos psicológicos u obstáculos cognitivos, que le impiden tomar la elección más conveniente a sus necesidades y preferencias.

2.1. Factores necesarios para el correcto funcionamiento de la obligación de información

2.1.1. El papel del legislador

Para que la obligación de información funcione, el legislador debe acometer con éxito cuatro tareas fundamentales: (1) identificar el problema que necesita solucionar a través de su regulación normativa; (2) concluir que la obligación de información es el método adecuado de abordar el problema en el plano normativo; (3) decidir qué información será preceptiva; y, (4) articular las propiedades definitorias de la

¹⁸⁷ «*The great paradox of the Disclosure Empire is that even as it grows, so also grows the evidence that mandated disclosure repeatedly fails to accomplish its ends*». BEN-SHAHAR, O.; SCHNEIDER, C.E. *op. cit.* página 665.

¹⁸⁸ *Ibidem*, página 679.

¹⁸⁹ Vid. REIFNER, U.; KIESILAINEN, J.; HULS, N.; SPRINGENEER, H. *op. cit.* páginas 50 y 51.

¹⁹⁰ Respecto al «*Behavioral Economics*», CHATER, HUCK e INDERST disponen que: «*The main tenet of Behavioral Economics (BE) is that the homo economicus of classical economic theory is an over-simplified description of human behavior. Consumers are not always selfish, rational and independent agents but instead they exhibit a strong interdependency and limited or "bounded" rationality*». Vid. CHATER, N.; HUCK, S.; INDERST, S. *op. cit.* página 13.

obligación de información correcta y comprensiblemente. En opinión de BEN-SHAHAR y SCHNEIDER, cada tarea es de difícil cumplimiento y realizarlas todas de manera adecuada no es muy común¹⁹¹.

2.1.2. El sujeto obligado a suministrar la información

El segundo actor necesario para que la obligación de información funcione es el obligado a proporcionar la información preceptiva, en este caso, el prestamista. El prestamista debe, en primer lugar, interpretar el mandato; es decir, debe determinar qué información debe suministrar. En muchas ocasiones, la decisión relativa a qué información se debe suministrar de manera preceptiva pone de relieve la vaguedad e imprecisión de las normas que contienen este tipo de obligaciones¹⁹². Debido a la imprecisión normativa y en orden a evitar el incumplimiento de la obligación de información, los sujetos obligados pueden llegar a la conclusión de que la norma les compele a suministrar toda la información disponible¹⁹³.

El siguiente paso es recopilar la información necesaria que debe suministrarse para dar cumplimiento al deber de informar. Esta labor de localización y ensamblaje de la información puede resultar laboriosa. Además, el obligado también debe llevar a cabo las gestiones de supervisión que sean necesarias para garantizar que la información está actualizada¹⁹⁴. Estos pasos, se han simplificado a escala comunitaria

¹⁹¹ «For mandated disclosure to work, lawmakers must succeed at several tasks. First, they must correctly identify a problem that needs a regulatory solution. Second, they must correctly decide that mandated disclosure is the appropriate regulatory method. Third, they must correctly decide what disclosure to mandate. Fourth, they must correctly and comprehensibly articulate the standard of disclosure. Each step is problematic; taking all four successfully is uncommon». *Ibidem*, página 679.

¹⁹² En este sentido y respecto a los contratos de financiación con consumidores, ha de señalarse que, en los últimos años, la precisión es una de las cualidades que puede predicarse respecto de la obligación de información –vid. por ejemplo la Ley 22/2007 y la Ley 2/2009–. Sin embargo, tal precisión deriva en consecuencias indeseables para el consumidor, ya que se traduce en normas más extensas y de lenguaje técnico.

¹⁹³ Cfr. BEN-SHAHAR, O.; SCHNEIDER, C.E. *op. cit.* páginas 692 y 693. «First, the discloser must determine what to disclose. But, as we have just explained, mandates can be frustratingly vague. [...] When a mandate is stated broadly, disclosers might think that duty requires –or prudence demands– disclosing everything».

¹⁹⁴ «If the discloser can ascertain what data to reveal, it must next locate and assemble them. But such information is often inaccessible or laborious to collect. [...] Some information is too complex to assemble. [...] Not only must disclosers collect information,

respecto de determinados contratos a través de la imposición de hojas de información estandarizada de información al consumidor. Por ejemplo, la Hoja de Información Normalizada europea sobre el crédito al consumo establecida por la LCCC de 2011¹⁹⁵.

A continuación, el prestamista debe examinar el funcionamiento del suministro de información. En esta fase también pueden surgir complicaciones. Por ejemplo, puede ocurrir que los obligados a informar tengan problemas a la hora de comunicar o transmitir la información¹⁹⁶. También, puede darse el caso de que los obligados a informar tengan incentivos para incumplir dicho deber¹⁹⁷. Tal incumplimiento puede llevarse a cabo de diferentes maneras, tales como el suministro de la información preceptiva al consumidor, pero embelleciendo el lenguaje; o, aportando más información de la necesaria para potenciar la *sobrecarga de información* y distraer a los consumidores, entre otros¹⁹⁸.

Por tanto, puede ocurrir que, por un lado, el obligado encuentre dificultades para poder comunicar efectivamente la información, aun estando dispuesto a suministrarla correctamente. Por otro lado, puede darse el caso de que los sujetos obligados sean reacios a cumplir con los deberes de información, sirviéndose de diversas tácticas dirigidas a evitar que el suministro de información pueda ser efectivo¹⁹⁹.

they must also monitor and update the disclosures». Vid. BEN-SHAHAR, O.; SCHNEIDER, C.E. *op. cit.* página 695.

¹⁹⁵ Vid. Anexo II LCCC.

¹⁹⁶ Se refiere a los problemas que pueden derivar de la falta de competencias en lectura y cálculo de los obligados a informar, así como en los posibles fallos que pueden cometer al interpretar los términos respecto de los que tienen que informar. Cfr. BEN-SHAHAR, O.; SCHNEIDER, C.E. *op. cit.* página 696 y 697.

¹⁹⁷ Por ejemplo, evitar informar acerca de la existencia de conflicto de interés, o por que considere que la obligación de informar sea inefectiva o incluso dañina. *Ibidem*, páginas 698 y 699.

¹⁹⁸ «*But disclosers have many reasons to disobey*»; «*Disclosers have many ways to resist mandates. Mandates can be ignored, even in conspicuous circumstances. [...] Disclosers can often beautify disclosure language. [...] Disclosers can also overdisclose in order to exacerbate the overload of discloses. These padded disclosures are intended to overwhelm and distract consumers*»; «*Disclosers can also obey the letter of a mandate but flout its spirit*». *Ibidem*, páginas 698, 700 y 701.

¹⁹⁹ «*In sum, even a willing discloser encounters many impediments to making useful disclosures. For good reasons and bad, not all disclosers are willing, and reluctant disclosers have many ways to resist the ideal disclosure the lawmaker envisioned*». *Ibidem*, página 702.

2.1.3. El receptor de la información: el consumidor

Considerando que tanto el legislador como el obligado a suministrar la información han desarrollado satisfactoriamente el papel que previamente se les ha asignado, queda en manos del receptor de la información que la obligación de información sea efectiva. El éxito de la obligación de información reside, en última instancia en que el receptor de la información –consumidor–, tome una decisión adecuada a sus intereses²⁰⁰.

BEN-SHAHAR y SCHNEIDER afirman que la obligación de información se fundamenta en premisas falaces: por un lado, que la gente quiere tomar todas las decisiones significativas que afecten a su vida; y, por otro lado, que quieren hacerlo reuniendo toda la información relevante, comprobando todos los posibles resultados, así como todos los valores significativos; y decidiendo cuál de las opciones maximiza sus preferencias²⁰¹. Estos autores concluyen que estas premisas no tienen en cuenta la complejidad del comportamiento del ser humano. Como ha puesto de relieve la doctrina de la economía conductista, los consumidores hacen frente a numerosos obstáculos, internos y externos, a la hora de lidiar con la información necesaria para tomar una decisión razonada.

En consecuencia, la obligación de información no puede mejorar de manera fiable las decisiones de las personas y, por tanto, no puede ser un mecanismo regulatorio del que se pueda depender²⁰².

A. Adquisición de información

Por obvio que parezca, la premisa fundamental de la obligación de información es que los consumidores deben adquirir efectivamente la información preceptiva. Los consumidores pueden no ser conscientes de

²⁰⁰ *Ibidem*, página 704.

²⁰¹ «More fundamentally, mandated disclosure rest on false assumptions: that people want to make all the consequential decisions about their lives, and that they want to do so by assembling all the relevant information, reviewing all the possible outcomes, reviewing all their relevant values, and deciding which choice best promotes their preferences». *Ibidem*, página 705.

²⁰² «These assumptions so poorly describe how human beings live that mandated disclosure cannot reliably improve people's decisions and thus cannot be a dependable regulatory mechanism». *Ibidem*, página 705.

la existencia de la información que deben adquirir, así como del hecho de que deben adquirirla; de ahí que la información deba suministrarse preceptivamente.

Una vez disponen de la información, el consumidor puede tener dificultades a la hora de buscar en el contrato una cláusula en particular, por ejemplo, todas aquellas cláusulas definatorias del precio del crédito.

Por último, incluso aunque los consumidores sepan que necesitan información para tomar una decisión, pueden no estar dispuestos a asumir el alto coste de adquirirla: los documentos son largos y con un lenguaje especializado, frases largas y letra minúscula²⁰³.

B. Lectura y asimilación de la información

Los consumidores están expuestos constantemente a la toma de decisiones que requieren la lectura de información generalmente extensa y en un lenguaje técnico. El consumidor debe dedicar, por norma general, un tiempo considerable a la lectura y asimilación de toda la información relativa a todas decisiones que hace a lo largo del día, para poder decidir razonadamente. Este es el denominado «problema de la acumulación» o «*accumulation problem*» y es uno de los factores que impide el funcionamiento de la obligación de información²⁰⁴.

C. Comprensión de la información

El siguiente paso es que los consumidores entiendan la información. En este sentido, un aspecto que se ha puesto de relieve durante las últimas décadas, debido a la influencia de la doctrina de la economía conductista o «*behavioural economics*», es que los consumidores adolecen de una serie de obstáculos cognitivos²⁰⁵ que les impiden

²⁰³ *Ibidem*, página 710.

²⁰⁴ *Ibidem*, páginas 705 a 709.

²⁰⁵ En este sentido CHATER, HUCK e INDERST declaran que: «*There is increasing evidence that consumers not only fail to make choices according to their long-term preferences because of asymmetric information but also that well-informed and numerate consumers exhibit systematic departures from welfare-maximising behavior*». Vid. CHATER, N.; HUCK, S.; INDERST, S.: «*Consumer Decision-Making in Retail Investment Services: a Behavioural Economics Perspective*». Final Report. Noviembre 2010. https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/retail_investment_services_2010_en.pdf (accedido el 03/10/2018). Página 13.

asimilar y conocer la información necesaria para la elección de la opción contractual más favorable.

Estos obstáculos pueden agruparse bajo un fenómeno psicológico denominado «*sobrecarga de información*», que puede manifestarse a través de seis barreras psicológicas concretas²⁰⁶:

1. Normalmente, al consumidor le resulta muy difícil detectar aquellas condiciones contractuales que le son perjudiciales. Esto puede deberse a distintos factores como la gran cantidad de información suministrada y la complejidad del lenguaje utilizado.
2. El consumidor carece, en general, de conocimientos previos en la materia y que son precisos para comprender el funcionamiento del crédito.
3. El consumidor es susceptible de asumir falsos presupuestos acerca del funcionamiento del crédito, especialmente si ha obtenido un crédito en el pasado y presume que son similares.
4. Generalmente, los consumidores infravaloran la posibilidad de que en el futuro tenga lugar algún acontecimiento que afecte negativamente a sus posibilidades de hacer frente al cumplimiento del crédito –optimismo del consumidor–.
5. Los consumidores, tienden a simplificar su decisión atendiendo a los costes a corto plazo –miopía del consumidor– a expensas de otras características del préstamo. Ello se debe a que la cantidad de información excede de su capacidad memorística.
6. Se ha señalado que los consumidores hacen estimaciones y valoraciones sesgadas de las características del crédito²⁰⁷.

²⁰⁶ Vid. POGRUND STARK, D.; CHOPLIN, J. M.: «Consumer Protection Initiatives in the EU Mortgage Market: A Behavioral Economics Based Critique and Proposal», *25 Temple International & Comparative Law Journal* 1 (2011). Páginas 7 y 12 a 14.

²⁰⁷ En este obstáculo cognitivo pueden señalarse varios factores. El primero es el denominado «*default value*» que consiste en que los consumidores aceptan condiciones desfavorables a las que se han acostumbrado. Los «*framing effects*» determinan que la descripción de una condición afecte a la evaluación individual. Los «*range effects*» hacen que un término *a priori* disparatado parezca razonable si se ha ofrecido previamente otro más disparatado aún. Las «*verbal comparisons*» son comparaciones basadas en el lenguaje que afectan al juicio del consumidor acerca de la razonabilidad de la condición que debe ser evaluada. Los «*anchoring effects*» por su parte, afectan a la valoración de extremos desconocidos –cuando una persona toma en consideración un valor arbitrario su estimación será sesgada/inclinada hacia el número arbitrario–. *Ibidem*, página 14.

D. Otros obstáculos cognitivos presentes en el proceso de decisión

Además de lo anterior, se han observado otras barreras cognitivas que afectan al consumidor²⁰⁸, impidiéndole valorar adecuadamente la idoneidad de la transacción. Estos obstáculos se diferencian de los mencionados anteriormente en que afectan a razonamientos donde la información suministrada no interviene.

1. A la hora de tomar una decisión, los consumidores tienden a verificar la información del prestamista buscando información que confirme la misma, en lugar de información que la contradiga²⁰⁹.
2. Los consumidores, a menudo, aceptan explicaciones irracionales si están bien construidas.
3. También se ha observado que, los prestamistas, en vista de una condición que pudiera resultar problemática, transmiten a los consumidores la sensación que algo puede ser mal interpretado, demostrando inmediatamente que la interpretación adecuada en la condición problemática sería inexacta.
4. Igualmente, se ha observado que, los consumidores, una vez que han empleado medios (tiempo o dinero) para la consecución de un objetivo, (en este caso, un crédito), están dispuestos a emplear más recursos para la obtención de aquel.
5. Los consumidores tienden a sobrevalorar aquellos bienes que han empezado a ver como suyos, por lo que, correlativamente, infravaloran los riesgos y los costes asociados a su obtención.
6. De manera parecida, los consumidores tienden a ignorar o infravalorar los costes a largo plazo o diferidos. Estas condiciones a largo plazo no determinan que el consumidor se deseché la posibilidad de perfeccionar el contrato debido al fenómeno de la *miopía del consumidor*.

²⁰⁸ *Ibidem*, páginas 15 a 18.

²⁰⁹ Este obstáculo se denomina «*confirmation bias*», y un estudio en profundidad en este sentido puede verse en POGRUND STARK, D.; CHOPLIN, J.M.; LEBOEUF, M.A. «Ineffective in Any Form: How Confirmation Bias and Distractions Undermine Improved Home-Loan Disclosures», *122 Yale Law Journal Online* 377 (2013).

7. Los consumidores ven la concesión del préstamo como un gesto de confianza del prestamista, por lo que se ven compelidos a confiar en él.
8. Los consumidores suelen firmar inmediatamente el contrato cuando se les pide, ya que las normas y signos sociales así lo presuponen, sin dedicar el tiempo necesario para leerlo y tomar una decisión razonada.

De manera que, aunque pudiera afirmarse que la obligación de información es efectiva, sigue habiendo obstáculos que impiden que los consumidores tomen decisiones razonadas.

2.2. Razones determinantes de la incapacidad de la obligación de información para prevenir el sobreendeudamiento

Podemos concluir que las razones determinantes de la incapacidad de las normas de protección del consumidor de crédito para evitar el sobreendeudamiento, son fundamentalmente tres: primera, la obligación de información parte de premisas equivocadas acerca de cómo la gente vive, piensa y toma decisiones²¹⁰. Segunda, también concibe erróneamente cómo funciona el proceso de toma de decisiones que pretende mejorar. Y, tercera y última, su éxito depende de una larga serie de logros que deben acometer tanto los legisladores, como los obligados a suministrar información, así como los receptores de dicha información²¹¹, que difícilmente se dará de manera conjunta.

Ante esta situación se hace fundamental poner sobre la mesa otras medidas de prevención del endeudamiento excesivo coadyuvantes de la

²¹⁰ En opinión de PRIDGEN: «...the sheer volume and complexity of the information needed to understand and wisely choose among today's consumers credit options is well above the average consumer's abilities [...]. It is as unrealistic to think that average consumers can educate themselves to the extent necessary to make sound credit decisions using mandated disclosures alone, especially in the mortgage market, as it is to assume that consumers can all be their own lawyers, doctors or automobile mechanics». Vid. PRIDGEN, *op. cit.* página 626.

²¹¹ «Not only does the empirical evidence show that mandated disclosure regularly fails in practice, but its failure is inevitable. First, mandated disclosure rest on false assumptions about how people live, think, and make decisions. Second, its rest on false assumptions about the decisions it intends to improve. Third, its success requires an impossibly long series of unlikely achievements by lawmakers, disclosers, and discloses». Vid. BEN-SHAHAR, O.; SCHNEIDER, C.E. *op. cit.* página 651.

técnica de información al consumidor. Medidas sustantivas²¹² que, para asegurar su eficacia, y de acuerdo con las bases del Derecho de consumo, deberán tener carácter imperativo²¹³.

IV. EL PAPEL DE LA UNIÓN EUROPEA EN LA PREVENCIÓN DEL SOBREENDEUDAMIENTO DEL CONSUMIDOR

En la primera norma emanada por la Unión Europea (en ese momento, la Comunidad Económica Europea) relativa a la protección de los consumidores en el crédito al consumo (la Directiva 87/102/CEE, de 12 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de crédito al consumo) no se abordaba el problema del sobreendeudamiento de los consumidores. A pesar de que alguna medida, como la posibilidad de reembolso anticipado del crédito del artículo 8, era útil a este propósito, la realidad es que esta escueta Directiva se limitaba a garantizar una adecuada información al consumidor de crédito, así como establecer ciertos derechos a favor del mismo²¹⁴.

No obstante, pocos años más tarde, las instituciones de la Unión Europea comenzaron a alertar acerca de este problema. Entre ellos, el

²¹² En esta línea, PRIDGEN declara: «*Sometimes disclosure is simply not enough to protect consumers from exploitation. Sometimes substantive regulation of products and contract terms offered in the marketplace is the only effective solution*». Vid. PRIDGEN, *op. cit.* página 627.

²¹³ REIFNER, KIESILAINEN, HULS y SPRINGENEER mantienen que: «*Strict rules in contract law, which would limit the freedom of contract suppliers, force them to limit contractual interest rates, reduce cost in default, refrain from credit cancellation in difficult social situations and regulate certain types of combined credit which is especially dangerous for people with high risk. In short social consumer protection rules could be the only effective solution for preventive regulation of overindebtedness*». Vid. REIFNER, U.; KIESILAINEN, J.; HULS, N.; SPRINGENEER, H. *op. cit.* páginas 52 y 53.

²¹⁴ En este sentido vid. GRUNDMANN, S.; ATAMER, Y.M., *op.cit.* página 20. Y, PÉREZ CARRILLO, E.F.; GALLARDO OLMEDO, F.: «The EU Consumer Directive 2008 in the light of the EuSoCo Principles» en *Life Time Contracts: Social Long-term Contracts in Labour, Tenancy and Consumer Credit Law*. NOGLER, L.; REIFNER, U. (Eds.). Eleven International Publishing, The Hague. 2014. Página 470.

Consejo²¹⁵ y la Comisión, que trató este tema en algunos de sus informes²¹⁶.

²¹⁵ Ello se desprende de la lectura de diversos informes emanados por distintos organismos de la Unión. Es el caso, de las diferentes Resoluciones emitidas por el Consejo, como la del 13 julio 1992, que versa sobre «sobre futuras prioridades del desarrollo de la política de protección a los consumidores», contiene un Anexo sobre «Prioridades de la política de protección y de fomento de los intereses de los consumidores» en cuyo apartado 6, dedicado a los intereses económicos, establece como prioritarios el estudio de la cuestión del endeudamiento excesivo de los consumidores.

La Resolución 26 de noviembre de 2001, que se limita a mencionar el problema y a proponer su estudio, esta Resolución es «relativa al crédito y al sobreendeudamiento de los consumidores». En ella observa un excesivo sobreendeudamiento de los consumidores; la falta de un estudio sistemático de tal exceso; la diferencia de trato en los Estados miembros de dicha situación; y, propone que se aporten nuevas medidas para la prevención del endeudamiento excesivo.

La Resolución del Consejo de Ministros de los Consumidores 13 abril 2000, que trató el endeudamiento excesivo, y a raíz de cual la Comisión encargó dos estudios: uno que reuniera datos estadísticos sobre el sobreendeudamiento transfronterizo; y otro que analizara las legislaciones de los Estados Miembros en materia de sobreendeudamiento. Vid. ÁLVAREZ VEGA, M.I.: «La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente». Civitas. Cizur Menor. 2010 (1ª Edición). Páginas 57, 58. Y TRUJILLO DÍEZ, I. J.: «El Sobreendeudamiento de los consumidores». Comares. Granada. 2003. Páginas 25 y ss.

La Resolución del Consejo de Ministros de Justicia de 8 de abril de 2005. En esta Resolución los ministros subrayan la necesidad de alcanzar un balance entre prestamistas y prestatario en una relación de crédito, y la importancia de prevenir los problemas surgidos del sobreendeudamiento. Expresan, además, la preocupación acerca de que el fácil acceso al crédito puede resultar en un endeudamiento excesivo y recuerdan la especial atención que la UE presta al principio de crédito responsable. Finalmente, acuerdan la importancia de tomar medidas para buscar soluciones legales y prácticas al sobreendeudamiento.

Y, la Recomendación a los Estados miembros del Consejo de 20 de junio de 2007 que aboga por que los Estados Miembros observen una batería de medidas a la hora de legislar, agrupándolas todas en cinco medidas principales. La primera, que los Estados Miembros observen la situación en la que las cargas financieras de un consumidor o una familia, manifiestamente y a largo plazo exceda su capacidad de reembolso. La segunda, que traten de evitar el sobreendeudamiento de los particulares y las familias –para ello incluye en este punto una nueva batería de medidas, entre ellas: «providing the necessary measures and regulations to ensure responsible practices during all phases of the credit relationship [...]»-. En tercer lugar, que tomen las medidas necesarias para aliviar los efectos del recobro de deudas –para ello, vuelve a incluir nuevas medidas en este punto-. En cuarto lugar, aconseja la introducción de mecanismos que faciliten la rehabilitación e integración de los individuos o las familias –vuelven a incluir medidas específicas a este propósito-. Y, por último, encomienda a los Estados Miembros la implementación de la Recomendación a través, de medidas concretas.

²¹⁶ Como en el Informe de la Comisión de 11 de mayo de 1995 sobre la aplicación de la Directiva 87/102/CEE [COM (1995) 117 final], que aborda, en sus apartados 35 y 364 a 383, el tema del sobreendeudamiento, proponiendo el estudio por la Comisión de la aplicación de normas relativas al sobreendeudamiento de los Estados miembros, de los

También, el Consejo Económico y Social Europeo ha abordado la cuestión del endeudamiento excesivo en varios de sus Dictámenes²¹⁷.

mecanismos no reguladores susceptibles de ser propuestos, y la necesidad de la intervención europea, teniendo en cuenta el principio de subsidiariedad.

El Informe resumido de reacciones y comentarios de la Comisión de 24 de septiembre de 1997, sobre la aplicación de la Directiva 87/102/CEE [COM(1997)465 final]. Vid. apartados 83 a 86 del Informe.

La Comunicación de la Comisión sobre el «*Plan de acción sobre política de los consumidores para el trienio 1999 – 2001*» de 1 de diciembre de 1998 [COM (1998) 696 final]. Vid. página 15 de la Comunicación.

Y, la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Consejo Económico Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre el Proyecto de Informe conjunto sobre la Integración Social de 10 de octubre de 2001, [COM (2001) 565 final]. En esta comunicación, se identifica el problema del sobreendeudamiento como un riesgo de exclusión social, por lo que se considera necesario el recurso a medidas preventivas y correctoras. Vid. Página 52.

²¹⁷ Es el caso de «*El consumidor y el mercado interior*» de 26 de noviembre de 1992, que hace mención en su apartado 4.11.4.1 (página 6) al sobreendeudamiento del consumidor y a que no se han emprendido iniciativas legislativas comunitarias en este sentido.

El Documento Informativo relativo a «*el sobreendeudamiento de los hogares*» de 12 de julio de 2000; El Dictamen sobre «*el sobreendeudamiento de los hogares*» de 24 de abril de 2002, [CESE 511/2002]. En este Informe, el CESE llega a cuatro conclusiones: la primera que el problema del sobreendeudamiento es generalizado en todos los países de la Unión; la segunda es que la mayoría de los Estados Miembros han adoptado medidas de prevención y rectificación del sobreendeudamiento, muy diferentes entre sí, incluso contradictorias; tercera, que esta divergencia de las regulaciones nacionales supone un obstáculo a la consecución del mercado único; y, cuarta, la necesidad de armonización de los aspectos jurídicos vinculados al sobreendeudamiento. Páginas 6 y 7.

El Dictamen de 17 de julio de 2003, en relación con la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de crédito a los consumidores de 11 de septiembre de 2002, En este Dictamen, el CESE muestra su desacuerdo con la Propuesta de Directiva modificada [COM (2002) 443 final] en relación con el ámbito del sobreendeudamiento, ya que, en su opinión, no se hace referencia suficiente a este fenómeno. Página 5, apartado 2.4.5.

El Dictamen de 14 y 15 de febrero de 2006, en relación con la «*Propuesta de Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece un Programa de acción comunitaria en el ámbito de la salud y la protección de los consumidores (2007-2013)*» de 6 de abril de 2005.

El Dictamen sobre «*El crédito y la exclusión social en la sociedad de la abundancia*» de 25 de octubre de 2007 [CESE 1459/2007]. En este Dictamen, el CESE intenta determinar «*las principales causas que dan origen a esta situación [sobreendeudamiento], la dimensión del problema, los remedios más utilizados y la razón por la que debe buscarse una solución a escala comunitaria*» –apartado 2.5–. Incide, también, en el mecanismo del «*crédito responsable*» como medida de prevención del sobreendeudamiento –apartados 5.1 i), y 6.3.2.1. b)–.

En vista de lo anterior, puede observarse que la Unión Europea no ha sido ajena al problema del sobreendeudamiento de los consumidores, sin embargo, no ha abordado legalmente este tema de manera directa. En su lugar, el legislador europeo ha optado por tratarlo indirectamente, por medio de la inserción de medidas legales de prevención del sobreendeudamiento en la DCC y en la DCH²¹⁸.

Las medidas a que nos referimos son, a mi juicio²¹⁹: los deberes de información publicitaria y precontractual²²⁰ y el principio de crédito responsable²²¹.

Los mecanismos introducidos por la Unión Europea en las Directivas reguladoras de los contratos de financiación con consumidores no dejan de ser concreciones y mejoras de medidas ya existentes en el ordenamiento de la Unión. A excepción de una de ellas: el principio de crédito responsable, que será objeto de análisis en el epígrafe siguiente.

El principio de crédito responsable, como veremos, se concreta en la atribución al prestamista de un catálogo de deberes con incidencia en la relación contractual con el consumidor. La introducción de los deberes de crédito responsable ha supuesto un cambio de paradigma respecto del

Y, el Dictamen sobre «Protección de los consumidores y tratamiento adecuado de sobreendeudamiento para evitar la exclusión social» de 29 de abril de 2014 [CESE 791/2014]. El CESE, hace diversas observaciones acerca del sobreendeudamiento, como la falta de una definición armonizada a escala europea de sobreendeudamiento, de su prevención, de su gestión, así como de necesidad de garantizar un nivel de protección elevado para el consumidor. De todas ellas, destacamos los comentarios relativos a la prevención, en concreto, a la prevención a través del préstamo responsable y la imposición de sanciones disuasorias en caso de incumplimiento de las obligaciones de información –apartado 4.2 y ss.–. Siendo también remarcable el apartado 4.2.2. donde el CESE defiende el concepto de crédito responsable, ya que permite una corresponsabilización de las partes contratantes.

²¹⁸ Esta circunstancia determina que la protección del consumidor frente al sobreendeudamiento sólo tendrá lugar cuando el contrato de financiación se subsuma en el ámbito de aplicación objetivo de la DCC y la DCH.

²¹⁹ ÁLVAREZ VEGA añade como medidas de prevención del sobreendeudamiento el derecho de desistimiento (artículo 14 DCC y 14.6 DCH); el derecho al reembolso anticipado del crédito (artículo 16 DCC y 25 DCH) y, en el caso del crédito al consumo, las operaciones vinculadas (artículo 15 DCC). Vid. ÁLVAREZ VEGA, M.I.: «La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente». Civitas. Cizur Menor. 2010 (1ª Edición). Páginas 65 a 77.

²²⁰ Artículos 4, 5 y 6 DCC; y, artículos 10, 11, 13, 14, 15, 16 y 22 DCH.

²²¹ Artículos 8 y 9 DCC; y, artículos 18, 20 y 21 de la DCH.

sistema de prevención del sobreendeudamiento basado o, más bien, sustentado sobre el deber de información al consumidor.

V. DE LA OBLIGACIÓN DE INFORMACIÓN AL CRÉDITO RESPONSABLE

La introducción del principio de crédito responsable en el ordenamiento europeo supone un cambio sustancial en el paradigma de la protección del consumidor de crédito. La vigencia de los postulados del crédito responsable implica dejar atrás un sistema de protección al consumidor de crédito basado en la información o «*informational consumer protection*», dando un paso hacia adelante hacia un nuevo sistema de protección caracterizado por la intervención estatal²²² – europea, en este caso – en el mercado de crédito que sigue los postulados de las nuevas corrientes de la denominada economía conductista o «*behavioural economics*»²²³. Esta intervención estatal en el plano

²²² La implantación de las nuevas conductas emanadas del crédito responsable supone un paso adelante en la consecución de lo que REIFNER, KIESILAINEN, HULS y SPRINGENEER denominan «*social consumer approach*», debido a que las medidas a que se refiere son medidas imperativas de derecho contractual, limitativas de la libertad contractual, como: la limitación de las tasas de interés, la reducción del coste en caso de incumplimiento, entre otros. Vid. REIFNER, U.; KIESILAINEN, J.; HULS, N.; SPRINGENEER, H. «*Consumer Overindebtedness and Consumer Law in the European Union*». Septiembre 2003. Página 52.

Estas medidas son mucho más estrictas que la obligación de evaluar la solvencia del consumidor o la obligación de suministrar al consumidor las explicaciones adecuadas, que son las que tienen el carácter de obligación. No obstante, sí que estaría en esta línea la prohibición de que los prestamistas concedan el crédito en caso de que la evaluación de la solvencia arroje un resultado negativo del artículo 18.5 a) DCH.

²²³ Una definición de «*behavioural economics*» la proporcionan WRIGHT y GINSBURG: «*The field combines economics and psychology to produce a body of evidence that individual choice behaviour departs from that predicted by neoclassical economics in a number of decisions making situations. These departures from rational choice behavior are said to be the result of the individual's "cognitive biases", that is, systematic failures to act in one's own interest because of defects in one's decision making process. [...] This irrational behavior, in turn, breaks the link between revealed preference and individual welfare upon which neoclassical economic theory depends*». WRIGHT, J.; GINSBURG, D.: «*Behavioural Law and Economics: Its origins, fatal flaws, and implications for liberty*». *106 Northwestern University Law Review* 1033. Summer 2012. Página 1034.

Por otra parte, REIFNER y otros, contraponen el «*informational approach*» como sistema de protección al consumidor basado en la información, frente al modelo social o «*social model*». En el modelo basado en la información se presupone que: «*a free a responsible model consumer, who will digest the information and will then be in a position to take responsible decisions*». Por lo que, concluye: «*from this perspective, any information improves de position of the consumer, who is thus enabled to come to rational*

contractual, tanto en el caso de la DCC, como de la DCH, se manifiesta en los deberes del prestamista de evaluar la solvencia del consumidor, suministrar al consumidor las explicaciones adecuadas, y en la posibilidad de consultar los ficheros de solvencia. En el caso de la DCH el consumidor también ha de suministrar la información *requerida* por el prestamista para la evaluación de la solvencia (so pena de no serle concedido el crédito).

Este cambio de paradigma es claramente visible respecto de la obligación de suministrar las explicaciones adecuadas al consumidor. En esencia, esta obligación constituye una obligación de información. Sin embargo, el suministro de información personalizada al consumidor difiere de la concepción tradicional del deber de información como puesta a disposición de la información. El prestamista, o bien, el intermediario de crédito, debe transformar la información preceptiva para que sea inteligible para el consumidor. Pues bien, esa intervención del prestamista para garantizar, no ya que el consumidor entienda los términos del contrato, sino para que el producto crediticio sea asumible para el consumidor en términos económicos, también se observa en la obligación de evaluar la solvencia del consumidor y en la consulta de bases de datos.

El consumidor debe desempeñar un papel activo en orden, no a garantizar, porque no dispone del conocimiento del mercado necesario para ello, sino a coadyuvar en la elección de aquel producto crediticio que mejor se adapte a sus intereses y necesidades. A estos efectos, la DCH incluye dos conductas que encomienda al consumidor: por un lado, el suministro del consumidor de la información necesaria para la evaluación de la solvencia; y, por otro, la evaluación por el consumidor de la idoneidad del contrato. Para que el consumidor sea capaz de realizar el mencionado test de idoneidad del contrato, se establece el deber del prestamista de facilitar al consumidor las explicaciones adecuadas.

decisions». En cambio, desde la perspectiva del modelo social, consideran que: «*the hasty and needy consumer, forced into contractual relations by social circumstances he cannot control, someone lacking in concentration and in need of protection. According to this approach, it is the duty of the State to protect consumers by controlling the market*». Vid. REIFNER, U.; KIESILAINEN, J.; HULS, N.; SPRINGENEER, H. *op. cit.* páginas 50 y 51.

En el siguiente Capítulo se tratará de dilucidar qué debe entenderse por principio de crédito responsable. Para ello, se examinarán los antecedentes en los que, presumiblemente, se inspiró el legislador europeo a la hora de introducir reglas de prevención del sobreendeudamiento. Una vez delimitado el concepto de crédito responsable, abordaremos las obligaciones en que se manifiesta su vigencia en el ordenamiento de la Unión.

CAPÍTULO III. EL PRINCIPIO DE CRÉDITO RESPONSABLE

Uno de los aspectos más novedosos de la DCC y la DCH es la introducción de una serie de medidas que determinan la inclusión del principio de crédito responsable en la legislación de la Unión, con el objetivo de prevenir situaciones de sobreendeudamiento entre los consumidores. El fenómeno del endeudamiento excesivo no es un problema reciente²²⁴, sino que está íntimamente ligado a la intensidad con la que se concede crédito²²⁵. La expansión durante las últimas décadas del mercado de crédito ha determinado la generalización de este fenómeno que, por otra parte, se ha visto especialmente agravado debido a la crisis económica y financiera que se inició en 2007.

La preocupación en torno al problema del endeudamiento excesivo no ha sido exclusiva del legislador europeo. Algunos países europeos ya recogían en sus ordenamientos medidas de prevención del sobreendeudamiento. Es el caso de Bélgica²²⁶, Suecia²²⁷ y Suiza²²⁸, que contaban con normas de prevención del sobreendeudamiento, susceptibles de enmarcarse dentro del denominado principio de crédito responsable.

²²⁴ Ya en 1992 el Consejo Económico y Social Europeo en su Dictamen de 24 de noviembre de 1992 titulado «*El Consumidor y el Mercado Interior*», identifica el endeudamiento excesivo del consumidor como un problema de índole comunitaria.

²²⁵ En este sentido, es especialmente gráfica CUENA CASAS al decir: «*Es claro que el problema de la insolvencia se produce por consecuencia de políticas de apoyo a al acceso crédito, principal motor del crecimiento económico. Sin crédito no hay insolvencia*». CUENA CASAS, M.: «El sobreendeudamiento privado como causa de la crisis financiera y su necesario enfoque multidisciplinar» en *Préstamo Responsable y Ficheros de Solvencia*. PRATS ALBENTOSA, L.; CUENA CASAS, M. (Coordinadores). Aranzadi. Cizur Menor. 2014. Página 30.

²²⁶ En la «*Loi relative au crédit à la consommation*» de 12 de junio de 1991.

²²⁷ En la Ley sueca de Crédito al Consumo (Konsumentkreditlagen 1992:830) y en su Ley Bancaria (Bankrörelselagen 1987:617). Vid. REIFNER, U.; KIESILAINEN, J.; HULS, N.; SPRINGENEER, H.: «*Consumer Overindebtedness and Consumer Law in the European Union*». Septiembre 2003. Página 100.

²²⁸ En la «*Loi fédérale sur le crédit à la consommation*» de 23 de marzo de 2001.

I. EL ORIGEN DEL PRINCIPIO DE CRÉDITO RESPONSABLE EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN: LOS TRABAJOS PREPARATORIOS DE LA DIRECTIVA 2008/48/CE DE CRÉDITO AL CONSUMO Y DE LA DIRECTIVA 2014/17/UE DE CRÉDITO HIPOTECARIO

Como se acaba de señalar, pueden encontrarse indicios de la existencia de medidas de crédito responsable en, al menos, tres países antes de su incorporación al Derecho de la Unión. Sin embargo, lo cierto es que como se verá, la legislación belga es la fuente en la que se inspira el legislador comunitario para configurar el principio de crédito responsable a nivel europeo²²⁹.

1. Antecedentes en materia de crédito responsable: la legislación belga

Ya a principios de los años noventa existía una cierta preocupación en las instituciones belgas concerniente al sobreendeudamiento de los consumidores²³⁰. Esta preocupación se hizo evidente con la promulgación de la «*Loi de 12 de juin relative au crédit à la consommation*» (en adelante, Ley belga de crédito al consumo de 1991), ya que la prevención del sobreendeudamiento constituía uno de los pilares fundamentales de esta Ley²³¹.

De acuerdo con el ordenamiento belga, existe un principio de responsabilidad del prestamista en virtud del cual éste debe actuar conforme a un deber general de prudencia. Este deber de prudencia o

²²⁹ De esta misma opinión es también RAMSAY al señalar que la propuesta de DCC estaba basada en el modelo belga. Vid. RAMSAY, I.: «SYMPOSIUM: CONSUMER BANKRUPTCY AND CREDIT IN THE WAKE OF THE 2005 ACT: COMPARATIVE CONSUMER BANKRUPTCY», en *2007 University of Illinois Law Review* 241. Página 254.

²³⁰ En este sentido, cabe observar que uno de los informes previos a la Ley belga de crédito al consumo indica que: «*Déjà au début des années 50, le besoin de réglementer le secteur s'est fait jour, avec surtout, à l'époque, le souci de protéger les plus défavorisés contre un recours excessif à l'endettement*». Vid. «*Rapport fait au nom de la Commission de l'Économie et de la Politique Scientifique par M. Bartholomeeussen*», 6 de mayo de 1991. Página 2.

²³¹ Así se desprende de los trabajos preparatorios de esta norma. Vid. «*Rapport fait au nom de la Commission de l'Économie par MM. De Cooman et De Wasseige*», 7 de febrero de 1991. Y, «*Rapport fait au nom de la Commission de l'Économie et de la Politique Scientifique par M. Bartholomeeussen*», 6 de mayo de 1991.

diligencia exige la realización de una serie de conductas dirigidas a prevenir un endeudamiento excesivo del consumidor²³².

En el crédito al consumo, el deber de cuidado del prestamista se concretó en la Ley belga de crédito al consumo 1991²³³, en la imposición al prestamista de una serie de deberes previos a la concesión del crédito. Estos deberes son los siguientes: (1) recopilar la información necesaria a través del consumidor y de bases de datos para decidir acerca de la conveniencia del negocio; (2) proporcionar asesoramiento al consumidor; y, (3) no conceder el crédito si el prestamista considera que no existe una expectativa razonable de su cumplimiento²³⁴.

El consumidor, por su parte, queda obligado a contestar al requerimiento de información del prestamista, debiendo proporcionarle la información que éste le solicite²³⁵.

En cuanto a las consecuencias previstas por la norma belga para el caso de que se produzca un incumplimiento de los deberes señalados, el legislador de este país optó por castigar severamente el incumplimiento de los deberes dirigidos a la prevención del sobreendeudamiento²³⁶. Así, la propia Ley belga de crédito al consumo de 1991 facultaba al juez a reducir o eliminar el derecho del prestamista a percibir intereses²³⁷. En

²³² «Ce devoir générale de prudence, assimilable à l'exigence de se conduire en «bon prêteur», fonde le principe de la responsabilité du prêteur.

[...]

Ce devoir générale de prudence déjà reconnu par la jurisprudence trouve ici sa consécration légale. Il s'agit d'une disposition essentielle dans l'effort de prévention du surendettement». Vid. «Rapport fait au nom de la Commission de l'Économie par MM. De Cooman et De Wasseige», 7 de febrero de 1991. Página 1.

²³³ Esta norma está derogada en la actualidad, pero su contenido se recoge en la actualidad en el «Code de Droit Économique» belga.

²³⁴ Estas conductas tuvieron su reflejo en el artículo 11, que establece la obligación del prestamista de informar al consumidor y de asesorarle; artículo 15, que recoge la prohibición que atañe prestamista de conceder el crédito si el consumidor no está en condiciones de devolverlo; y, artículo 71, que establece la obligación de consulta de los ficheros de solvencia antes de la oferta, conclusión o modificaciones del contrato de crédito.

²³⁵ Este deber se recoge en el artículo 10 de la Ley belga de crédito al consumo de 1991.

²³⁶ Es decir, los artículos 10, 11, 15 y 71.1 de la Ley de crédito al consumo de 1991.

²³⁷ Ex artículo 92 de la Ley de crédito al consumo de 1991.

cambio, si el incumplidor era el consumidor, el juez podía resolver el contrato en perjuicio de éste²³⁸.

Este es el panorama existente en la normativa belga en materia de crédito al consumo. En materia de crédito hipotecario, en cambio, no existía una regulación expresa²³⁹ de los deberes de crédito responsable. Los deberes incluidos en la legislación relativa al crédito al consumo no eran aplicables respecto de los créditos de esta naturaleza, debido a que encontraban expresamente excluidos de su ámbito²⁴⁰.

No obstante, la doctrina belga ha partido de la premisa de que los prestamistas responden de su actividad en los mismos términos que cualquier otro profesional. No obstante, la relevancia en materia económica que reviste la actividad bancaria justificaba que el prestamista respondiese, no sólo de su relación con el consumidor, sino también de las posibles repercusiones que sus acciones pudiesen tener en al ámbito económico²⁴¹.

En consecuencia, puede afirmarse la vigencia en el Derecho belga previamente a la transposición de la DCH de una obligación de denegar crédito a aquellos consumidores que no estuvieran en situación de afrontarlo económicamente e, implícitamente, el deber de evaluar la solvencia del consumidor de crédito. Así, la implementación de la DCH a

²³⁸ Ex artículo 95 de la Ley de crédito al consumo de 1991.

²³⁹ En la legislación belga, el crédito hipotecario se hallaba regulado en el Real Decreto nº225 de 7 de enero de 1936 relativo a la regulación del crédito hipotecario y control de las empresas que realizan este tipo de operaciones («*Arrêté royal n° 225 réglementant les prêts hypothécaires et organisant le contrôle des entreprises de prêts hypothécaires du 7 janvier 1936*»), y en la Ley de crédito hipotecario de 4 de agosto de 1992 («*Loi relative au crédit hypothécaire du 4 août 1992*»).

²⁴⁰ Vid. Artículo 3.1 número 6, de la Ley belga de crédito al consumo de 1991.

²⁴¹ «*En conclusion, nous croyons que le banquier est soumis à la responsabilité qui incombe à tout professionnel; l'importance de son rôle économique son association à la politique de la monnaie, du crédit et du contrôle des changes, le droit qui lui est d'accordé de collecter des fonds du public pour les affecter à des opérations de crédit, l'organisation dont il bénéficie sur le plan professionnel et l'influence dont il jouit sur les entreprises, les recours possible à des sources particulières de financement, tel le réescompte à la Banque Nationale ou à l'Institut de Réescompte et de Garantie, justifient qu'il doive tenir en compte non seulement de ses relations avec ses clients mais encore de l'incidence de su comportement pour des tiers tout particulièrement dans le domaine de la vie économique ou son activité s'exerce*». Vid. VAN OMMESLAGHE, P.: «La responsabilité du banquier dispensateur de crédit en droit belge» en *Revue de la Banque*. Cahier 1. 1979. Página 20.

través de la Ley de 22 de abril de 2016²⁴² y su incorporación al «*Code de Droit Économique*» vino a otorgar rango legal a un conjunto de deberes previamente admitidos tanto por doctrina como por jurisprudencia.

El deber de diligencia del prestamista de acuerdo con el Derecho belga²⁴³ implicaba, en este concreto ámbito, el desenvolvimiento de una serie de actuaciones con carácter preceptivo²⁴⁴. En primer lugar, el prestamista debía llevar a cabo una investigación de la situación financiera del consumidor para determinar si éste estaba en situación de afrontar económicamente el contrato de crédito²⁴⁵. Para ello, el prestamista debía requerir la información necesaria al consumidor o acceder a ella a través de las bases de datos oportunas. El prestamista, además, debía comprobar la información solicitando al consumidor que aportase prueba de la misma o, incluso, requiriéndole información adicional²⁴⁶.

²⁴² «*Loi du 22 avril 2016 portant modification et insertion de dispositions en matière de crédit à la consommation et de crédit hypothécaire dans plusieurs livres du Code de droit économique*».

²⁴³ La responsabilidad del prestamista en el Derecho belga tiene su base en el artículo 1382 del Código civil de esta país [«*Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer*»], que establece el principio general de responsabilidad por daños. El nivel de diligencia exigible al prestamista es cualificado, de manera que la falta más ligera implica la atribución de responsabilidad, sin que sea necesario probar la existencia de culpa grave o, incluso, la intención de causar daño. No obstante, el deber de cuidado exigido no es, en ningún caso, absoluto, por lo que el prestamista podría eludir su responsabilidad probando que ha actuado de manera prudente y diligente. Vid. VAN OMMESLAGHE, P.: «*La responsabilité du banquier dispensateur de crédit en droit belge*», *op. cit.* páginas 20 y 21.

²⁴⁴ La referencia a estos deberes se hace en pasado porque, aunque son plenamente vigentes en la actualidad, ahora se trata de conductas totalmente legalizadas y no consecuencia de la aplicación del deber de cuidado exigible al prestamista.

²⁴⁵ Vid. DE PATOUL, F.: «*Le Devoir d'Information et de Conseil du Prêteur*» in *Hypothecair kredit / Crédit Hypothécaire*. BIQUET-MATHIEU, C.; TERRY, E. (Eds.). Brugge: Die Keure. 2010. Página 321. Así como, vid. Comm. Bruxelles, de 15 de enero de 2008, D.C.C.R, 2008/80, p. 94 que establece: «*c'est sur le professionnel que repose l'obligation de recueillir l'information adéquate pour apprécier l'opportunité d'accorder o non le crédit [...]*».

²⁴⁶ Vid. DE PATOUL, F.: «*Le Devoir d'Information ...*», *op. cit.* páginas 322 a 325. También, en este sentido, apunta, «*il doit interroger le consommateur et les bases de données, vérifier les réponses reçues, poser le cas échéant des nouvelles questions ou demander des précisions, relever les erreurs et les incohérences et ensuite seulement prendre la décision*». Vid. DE PATOUL, F.: «*La responsabilité du prêteur et de l'intermédiaire de crédit dans la phase précontractuelle*» en *Le Crédit à la*

El consumidor, correlativamente, debía responder al requerimiento de información de manera completa y exacta de acuerdo con el deber de buena fe²⁴⁷.

Habiendo reunido la información pertinente, el prestamista debía analizarla para poder tomar una decisión razonada²⁴⁸. Si, de ese análisis se obtenía un resultado que reflejase que el consumidor no podría afrontar las responsabilidades emanadas del contrato, el crédito debía ser denegado²⁴⁹.

No obstante, como también señala la doctrina belga, no puede afirmarse que, antes de su legalización²⁵⁰, existiera el deber del prestamista de asesorar al consumidor en el ámbito del crédito hipotecario²⁵¹.

2. Trabajos preparatorios de la Directiva 2008/48/CE de crédito al consumo

A nivel europeo, las primeras muestras de lo que hoy entendemos como crédito responsable en el ámbito del derecho de contratos de financiación con consumidores²⁵² las encontramos en la Propuesta de Directiva de crédito al consumo de 2002²⁵³. Sin embargo, en los seis años

Consummation, C.U.P, 2004, n^o23. Página 25. Vid. también Comm. Bruxelles, de 15 de enero de 2008, D.C.C.R., 2008/80. Página 94.

²⁴⁷ Vid. DE PATOUL, F.: «Le Devoir d'Information ...», *op. cit.* páginas 323 a 324.

²⁴⁸ *Ibidem*, páginas 325-327.

²⁴⁹ *Ibidem*, página 333.

²⁵⁰ Vid. Artículo VII.131 del «*Code de Droit Économique*».

²⁵¹ Cfr. ALTER, C.; VAN MUYLEM, L.: «Responsabilité du banquier dispensateur de crédit hypothécaire» en *Le Crédit Hypothécaire*. Anthemis. 2015. Página 218.

²⁵² En materia de servicios de inversión ya encontramos medidas en este sentido. Concretamente en la Directiva 93/22/CEE de 10 de mayo de 1993, relativa a los servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, artículo 11.1, que establece unas normas de conducta a las empresas de inversión, las que conllevan la ejecución de una serie de conductas, entre las que se encuentra (guión 4^o) «*a informarse de la situación financiera de sus clientes, su experiencia en materia de inversiones y sus objetivos en lo que se refiere a los servicios solicitados*». Vid. ÁLVAREZ VEGA, M.I.: «*La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente*». Civitas. Cizur Menor. 2010. Página 70 (p.p. 123).

²⁵³ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los

que fueron necesarios –y varias propuestas más– para que la DCC fuese finalmente aprobada, la configuración del principio de crédito responsable sufrió cambios sustanciales.

2.1. Propuesta de Directiva de 2002

2.1.1. Concepto de crédito responsable

En esta Propuesta se incluye una primera aproximación al concepto de crédito responsable. La motivación de la Propuesta²⁵⁴ define el crédito responsable como un principio consistente en la comprobación por parte del prestamista o del intermediario de crédito de la capacidad del prestatario o avalista para asumir el contrato de crédito ofrecido.

De esta definición ya pueden extraerse dos primeras conclusiones respecto del crédito responsable: se le asigna el rango de principio jurídico; e, identifica el principio de crédito responsable con la evaluación de la solvencia del prestatario-consumidor y, en su caso, de su avalista.

La idea contenida en el Cdo. 15 encuentra su reflejo en el artículo 9 de la Propuesta, titulado «*préstamo responsable*»²⁵⁵. Este artículo establece la presunción *iuris tantum* de que la concesión del crédito ha sido precedida de una evaluación de la solvencia positiva de la que puede deducirse que, tanto el prestatario, como el avalista, serán capaces de asumir *razonablemente* las obligaciones que se derivan del contrato de crédito.

Estados miembros en materia de crédito a los consumidores (en adelante, propuesta de Directiva de crédito al consumo de 2002). [COM (2002) 443 final].

²⁵⁴ El Cdo. 15 in fine dice: «Asimismo, en virtud del principio de “crédito responsable”, corresponde al prestamista comprobar si un consumidor o, en su caso, un avalista está en disposiciones de respetar nuevos compromisos».

²⁵⁵ Establece el tenor literal del artículo 6: «Si un prestamista suscribe un contrato de crédito o de garantía o aumenta el importe total del crédito o el importe garantizado, se supone que ha estimado previamente, por cualquier medio a su disposición, que el consumidor, y, en su caso, el avalista, podrán razonablemente cumplir las obligaciones que se deriven del contrato».

2.1.2. Naturaleza jurídica

En la configuración primigenia del crédito responsable existía la pretensión de que este fuera un principio a escala europea similar a «*las normas de gestión del “buen prestamista”*» que ya existían en algunos Estados miembros²⁵⁶. Por otra parte, los deberes que se imponían al prestamista como consecuencia del principio de crédito responsable se perfilaban como obligaciones de medios; y, su incumplimiento determinaba la responsabilidad del prestamista en el ámbito contractual²⁵⁷.

2.1.3. Contenido

El prestamista, de acuerdo con la concepción del crédito responsable que se contiene en la Propuesta de 2002, debe llevar a cabo una serie de conductas dirigidas a la estimación de la capacidad financiera del consumidor «*por cualquier medio a su disposición*» (artículo 9). A estos efectos, y dada la poca concreción con la que se expresa el artículo 9, puede observarse que en la motivación de la Propuesta de 2002 se incluyen varias conductas exigibles que debían entenderse implícitas respecto del crédito responsable. Estas conductas se refieren principalmente a la recogida y análisis de los datos necesarios para la evaluación de la solvencia (consulta de bases de datos especializadas, examen de las respuestas dadas por el consumidor o avalista, y verificación de los datos aportados por los intermediarios de crédito). Pero también se mencionan otras que van más allá de la mera recopilación de datos, como la petición de garantías o la comprobación del tipo de crédito ofrecido²⁵⁸.

²⁵⁶ En este sentido cabe señalar que, los trabajos preparatorios de la Ley belga de crédito al consumo de 1991 hacen referencia al conjunto de normas relativas al crédito responsable como *normas del buen prestamista*: «*ce devoir générale de prudence, assimilable à l'exigence de se conduire en «bon prêteur», fonde le principe de la responsabilité du prêteur*». Vid. «*Rapport fait au nom de la Commission de l'Économie par MM. De Cooman et De Wasseige*», 7 de febrero de 1991. Página 1.

²⁵⁷ Vid. Propuesta de Directiva de Crédito al Consumo de 2002 [COM (2002) 443 final]. Página 12.

²⁵⁸ «*El principio de “crédito responsable” constituye una obligación de medios, que se traduce en particular, en la consulta de datos centralizadas y en el examen de las respuestas del consumidor o el avalista, la petición de establecer dispositivos de seguridad,*

Respecto de la información sobre la que se debía basar la evaluación, la Propuesta de 2002, admite indirectamente que tanto el consumidor como el avalista son fuentes de acceso a la información²⁵⁹ requerida para evaluar la solvencia. Igualmente, el prestamista quedaba obligado a consultar los ficheros de solvencia patrimonial antes de la perfección del contrato de crédito²⁶⁰. En este sentido, la exposición de motivos de la Propuesta ponía de relieve la importancia de la consulta de bases de datos patrimoniales como herramienta de prevención del sobreendeudamiento²⁶¹.

2.1.4. Régimen sancionador

El incumplimiento de las conductas relativas al crédito responsable del artículo 9 de la Propuesta de 2002, llevaba aparejada una sanción consistente en la posibilidad de que el prestamista se viese privado del derecho a percibir total o parcialmente los intereses y gastos derivados del crédito, manteniendo el consumidor el derecho al pago fraccionado del capital²⁶². De esta manera, se atribuye una repercusión jurídico-privada al incumplimiento de los deberes de crédito responsable²⁶³, siguiendo la línea marcada por las legislaciones belga y suiza, que ya

la verificación de los datos aportados por intermediarios de crédito y el tipo de crédito ofrecido. No se trata de una obligación de resultado, como la existencia –o ausencia– de un fallo del consumidor. [...]. No obstante, la evaluación por parte del prestamista de la capacidad de reembolso del consumidor no es neutra: el prestamista compromete su responsabilidad contractual [...]. Ibidem, página 12.

²⁵⁹ El párrafo 1º del artículo 6 establece que, «el prestamista y, en su caso, el intermediario de crédito sólo podrá pedir al consumidor que solicite un contrato de crédito, así como a todo avalista, datos que sean adecuados, pertinentes y no excesivos para evaluar su situación financiera y su capacidad de reembolso».

²⁶⁰ Conforme al artículo 8 de la Propuesta, dedicado a la regulación de la consulta de bases de datos.

²⁶¹ La Propuesta sostenía que la creación de estas bases de datos podía ser de ayuda en la lucha contra el sobreendeudamiento del consumidor «*dado que el prestamista podrá ser responsabilizado con sanciones civiles o comerciales si, con la información de que disponía, razonablemente no debía de hacer concedido un crédito*». Vid. Propuesta de DCC de 2002. [COM (2002) 443 final]. Página 11 y 12.

²⁶² Vid. artículo 31 de la Propuesta de 2002.

²⁶³ La Propuesta de 2002 se muestra tajante al decir que: «*la evaluación por parte del prestamista de la capacidad de reembolso del consumidor no es neutra: el prestamista compromete su responsabilidad contractual, y a este respecto, conviene destacar la relación entre la suscripción del contrato y la evaluación previa*». Vid. Propuesta de DCC 2002, página 12.

recogían en sus respectivas leyes de crédito al consumo una sanción similar²⁶⁴.

2.1.5. Influencia de la legislación belga

En la Propuesta de 2002 figuran numerosas conductas previamente recogidas por la legislación belga en su Ley de crédito al consumo de 1991. Es el caso de la prohibición del prestamista de conceder el crédito cuando la situación financiera del consumidor llevase a pensar que no sería capaz de asumir la devolución del crédito. Aunque, en mi opinión, la forma de presunción que adopta en la Propuesta de 2002 le resta asertividad respecto a cómo se establece en la Ley belga de crédito al consumo de 1991. Ésta, a diferencia de la Propuesta de 2002, dice expresamente que el prestamista no podrá conceder el crédito si considera que el consumidor no podrá hacer frente a las obligaciones derivadas del contrato de crédito²⁶⁵.

Igualmente, coinciden en ambos textos la obligación del prestamista de recopilar la información necesaria para poder practicar la evaluación de la solvencia a través de los medios a su disposición, siendo obligatoria la consulta de bases de datos; y la obligación del consumidor a responder al requerimiento de información del prestamista²⁶⁶.

La Propuesta de 2002 también recogía la obligación del prestamista de asesorar al consumidor en términos muy similares a como lo hace la legislación belga²⁶⁷. Sin embargo, en ningún momento se desprende del texto europeo que el deber de asesorar al consumidor se halle dentro del concepto del crédito responsable, aunque se trata de una conducta con un gran potencial para prevenir el sobreendeudamiento²⁶⁸.

²⁶⁴ Vid. artículo 92.1 de la Ley belga de crédito al consumo de 1991. Y, artículo 32 de la Ley de crédito al consumo suiza de 2001, artículo 32.

²⁶⁵ Vid. artículo 9 de la Propuesta de 2002 y artículo 15 de la Ley belga de crédito al consumo de 1991.

²⁶⁶ Vid. artículo 6.1 de la Propuesta y artículos 10 y 71 de la Ley belga de crédito al consumo.

²⁶⁷ Cfr. artículo 6.3 de la Propuesta de 2002 y artículo 11 de la Ley belga de crédito al consumo de 1991.

²⁶⁸ De acuerdo con la obligación de asesoramiento, el prestamista o intermediario de crédito debe elegir, de entre los contratos de crédito que oferta, aquel que se adapte mejor a las necesidades e intereses del consumidor. De esta manera el consumidor

Por último, cabe destacar que la Propuesta adopta la sanción establecida por la legislación belga en caso de contravenir la prohibición de conceder crédito en caso de que el consumidor no se hallara en situación de devolverlo, castigando al prestamista con la pérdida total o parcial del derecho a cobrar intereses²⁶⁹.

2.1.6. Una primera aproximación al principio de crédito responsable

La Propuesta de Directiva pone de relieve la intención con que el legislador de la Unión pretendía, en un primer momento, recoger el crédito responsable: como principio de Derecho privado; identificándolo con la realización de la evaluación de la solvencia del consumidor; y, otorgándole un claro efecto disuasorio a través de sanciones que recaen en el ámbito contractual²⁷⁰.

Por otra parte, y vistas las similitudes que presenta la regulación del crédito responsable en la Propuesta de 2002 y en la Ley belga de crédito al consumo de 1991, puede afirmarse que el legislador de la Unión se inspira en la legislación belga a la hora de configurar el principio de crédito responsable.

2.2. Propuesta de Directiva de 2004

La Propuesta de 2004²⁷¹ introduce algunos cambios significativos en el concepto de crédito responsable²⁷². En primer lugar, parece que el

conocerá de antemano cual es el producto o productos de crédito más adecuados para él, sin tener que entrar a valorar todos los productos de crédito ofrecidos por el operador.

²⁶⁹ Vid. artículo 92.1 de la Ley belga de crédito al consumo y el artículo 31 de la Propuesta de 2002.

²⁷⁰ El Informe del CESE sobre la Propuesta de Directiva 2002 califica de insuficiente las medidas tomadas contra el sobreendeudamiento, lo que contrasta con el hecho de que ésta Propuesta fuera la más ambiciosa en este aspecto, ya que en las sucesivas reformas se va diluyendo, como veremos.

²⁷¹ Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito a los consumidores que deroga la Directiva 87/102/CE y modifica la Directiva 93/13/CE (en adelante, Propuesta modificada de Directiva de crédito al consumo de 2004). [COM (2004) 747 final].

²⁷² Los cambios introducidos en esta Propuesta provienen, en parte, de las enmiendas planteadas en la Posición del Parlamento Europeo de 20 de abril de 2004.

crédito responsable como principio jurídico se ve despojado de la entidad de la que estaba revestido en la Propuesta de 2002. El artículo que lo recogía (artículo 9) queda eliminado y su contenido pasó a estar incluido en el artículo relativo a la información precontractual (artículo 6²⁷³), de manera que su importancia quedó diluida entre los deberes de información.

El principio²⁷⁴ de crédito responsable deja de identificarse exclusivamente con la evaluación de la solvencia y se amplía abarcando otros deberes, como el deber de información al consumidor²⁷⁵ y la obligación de asesoramiento. El deber del prestamista de asesorar al consumidor queda finalmente incluido dentro del abanico de conductas en que se manifiesta el principio de crédito responsable²⁷⁶, como ocurría en la legislación belga. En cambio, ello dista de cómo recogía esta obligación la Propuesta de 2002, donde no se infiere que tenga ninguna relación con el mencionado principio²⁷⁷.

Con la inclusión del deber de información precontractual y el deber de asesoramiento, la legislación comunitaria trata de seguir la línea marcada por la legislación belga en materia de crédito responsable. No obstante, y *a sensu contrario*, la consulta de las bases de datos para la evaluación de la solvencia deja de ser obligatoria; y, la obligación del consumidor de proporcionar la información que le sea requerida desaparece del articulado de la Propuesta de 2004²⁷⁸.

²⁷³ En su apartado primero, al artículo 6 de la Propuesta de 2004 recoge expresamente «*el principio de concesión responsable de créditos*» en virtud del cual se obliga al prestamista, y en su caso, al intermediario «*a cumplir sus obligaciones en lo que se refiere a facilitar información precontractual*»; y, a «*examinar la solvencia del consumidor sobre la base de la información facilitada por éste y, en su caso, de la consulta de las bases de datos pertinentes*».

²⁷⁴ Cabe señalar que sea dentro del articulado donde se recoge el principio de Crédito Responsable, a diferencia de la Propuesta de 2002 se contenía en los Considerandos y, por tanto, carente de fuerza normativa.

²⁷⁵ La obligación de información precontractual al consumidor amplía los extremos sobre los que el prestamista ha de informar en relación con la Propuesta de 2002. En concreto se añaden los apartados *j*), *k*) y *l*) del artículo 6 de la Propuesta de 2004.

²⁷⁶ Vid. artículo 6.4 de la Propuesta de 2004.

²⁷⁷ Vid. artículo 6.3 de la Propuesta de 2002.

²⁷⁸ La Propuesta de Directiva de 2002, tras admitir que el prestamista o intermediario podrán solicitar al consumidor o avalista los datos que sean necesarios

2.3. Propuesta de Directiva de 2005

En 2005 se vuelve a presentar otra Propuesta modificada de Directiva de crédito al consumo²⁷⁹ en la que se mantiene, sustancialmente, la regulación relativa al crédito responsable de la propuesta modificada de 2004.

Las principales novedades respecto de la regulación del crédito responsable son, fundamentalmente, dos. En primer lugar, se sustituye la obligación de asesoramiento por la obligación de dar explicaciones adecuadas²⁸⁰. Así, el prestamista deja de ser el encargado de llevar a cabo la evaluación de la idoneidad del contrato, pasando a ser el prestatario quien debe evaluar si el contrato es adecuado a sus intereses y necesidades. En segundo lugar, la Propuesta de 2005 elimina uno de los aspectos más destacables de las Propuestas de 2002 y 2004: la posibilidad de sanción civil específica que recogía en el artículo 31 para el supuesto de incumplimiento de los deberes relativos al préstamo responsable²⁸¹.

2.4. Posición Común del Consejo 14/2007

Ya en 2007, y sin que tampoco hubiese prosperado la propuesta modificada de Directiva de 2005, el Consejo aprobó la Posición Común nº14/2007, con cambios sustanciales en torno a la configuración del crédito responsable. Estas modificaciones consistieron en eliminar toda mención a la expresión «principio de concesión responsable de créditos»; y en recoger las conductas antes incluidas en el artículo 6 de la Propuesta de 2005 en distintos artículos.

para la comprobación de su capacidad financiera, establecía una obligación a cargo del consumidor o avalista de responder a dicha solicitud.

²⁷⁹ Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los contratos de crédito al consumo por la que se modifica la Directiva 93/13/CE del Consejo (en adelante, Propuesta modificada de Directiva de crédito al consumo de 2005). [COM (2005) 483 final/2].

²⁸⁰ Vid. artículo 6.5 de la Propuesta de 2005 (apartado cuarto en la Propuesta de 2004).

²⁸¹ La propuesta modificada de Directiva de 2004 no contiene ninguna referencia al mecanismo sancionador.

De esta manera, la información precontractual pasa a contenerse en el artículo 5, incluyendo en su apartado sexto la obligación de suministrar al consumidor las explicaciones adecuadas. Por su parte, la obligación de evaluar la solvencia del consumidor y el acceso a la información necesario a través del consumidor o de la consulta de bases de datos se incluyen en el artículo 8.

Esta configuración es la que, finalmente, queda recogida, con leves modificaciones en la redacción, en la DCC.

3. Trabajos preparatorios de la Directiva 2014/17/UE, de crédito hipotecario

La DCH sólo necesitó una Propuesta de Directiva, que fue posteriormente objeto de aprobación. No obstante, sí que fueron objeto de publicación por parte de distintos organismos europeos numerosos informes que repercutieron en el contenido de la DCH. Especialmente tras el advenimiento de la crisis en 2007, que popularizó el concepto de crédito responsable especialmente en el ámbito del crédito hipotecario.

3.1. Libro Verde «El crédito hipotecario en la UE»

Este informe de 2005²⁸² tenía como objetivo fundamental evaluar la posible necesidad de intervención de la UE en el mercado hipotecario europeo en orden a la consecución del mercado único en este ámbito²⁸³.

En el contexto previo a la crisis económica, la protección de los consumidores aparece como un medio para la consecución del mercado único²⁸⁴. Aunque este informe recogía algunas medidas de protección del consumidor de crédito, lo cierto es que el Libro Verde no contiene

²⁸² COM (2005) 327 final.

²⁸³ En el párrafo 1º reconoce que «*constituye la parte central del proceso para evaluar las ventajas que aportaría la intervención de la Comisión en los mercados de créditos hipotecarios de vivienda de la UE*».

²⁸⁴ En el párrafo 14º explica que «*la Comisión comparte la opinión del Grupo de discusión de que la integración de los mercados hipotecarios de la UE necesita abordar cuatro áreas fundamentales distintas pero interrelacionadas: protección de los consumidores, asuntos legales, garantía real y financiación*».

ninguna referencia expresa a la responsabilidad en la concesión de crédito. Sí que puede observarse, en cambio, una referencia indirecta. El informe señalaba la importancia de evaluar la solvencia de los clientes (parágrafos 34º y ss.) y lo relevante que es, a estos efectos, la consulta de las bases de datos.

3.2. Libro Blanco «La integración de los mercados hipotecarios en la UE»

En este informe²⁸⁵, publicado dos años después del Libro Verde, la Comisión vuelve a incidir en que el objetivo perseguido es la consecución de un mercado único en materia de crédito hipotecario²⁸⁶. Esta vez, sin embargo, no se busca la protección del consumidor *per se*, sino que, lo que se pretende es aumentar su confianza²⁸⁷. La protección del consumidor constituye así un medio para la consecución de un mercado único.

No obstante, a diferencia de lo que ocurría en el Libro Verde, el concepto de crédito responsable sí tiene cabida en este informe²⁸⁸. La Comisión vuelve a identificar la obligación de evaluar la solvencia como la obligación fundamental para que la concesión del crédito sea responsable²⁸⁹. No obstante, el concepto de crédito responsable parece

²⁸⁵ COM (2007) 807 final.

²⁸⁶ Ello podemos verlo, por ejemplo, en el último párrafo del apartado 1º donde explica que dicho documento «se enmarca en el contexto de la Comunicación de la Comisión *«Un mercado único para la Europa del siglo XXI»*, que destaca las ventajas que para la economía europea puede conllevar una mayor integración de los mercados minoristas de servicios financieros». Vid. Libro Blanco *«La integración de los mercados hipotecarios en la UE»*. Página 5.

²⁸⁷ Aumentar la confianza del consumidor, junto a facilitar la oferta y financiación transfronterizas de créditos hipotecarios, aumentar la gama de productos y facilitar la movilidad del cliente son los objetivos que enumera el Libro Blanco *para que los mercados de crédito hipotecario de la UE sean competitivos y eficientes*. Vid. Libro Blanco *«La integración de los mercados hipotecarios...»*, *op. cit.* página 5.

²⁸⁸ De hecho, en las conclusiones se vuelve a incidir en la importancia de las conductas relativas a la información, la concesión responsable de crédito (es decir, la obligación de evaluar la solvencia del consumidor) y el asesoramiento del consumidor. *Ibidem*, página 13.

²⁸⁹ El apartado 3.3 expone que: *«la Comisión considera esencial que los prestamistas hipotecarios otorguen préstamos de forma responsable»* y continúa *«en particular analizando en profundidad la capacidad del prestatario para abonar los plazos correspondientes»*. Vid. Libro Blanco *«La integración de los mercados hipotecarios en la UE»*. Página 9.

ampliarse dando cabida a otras conductas. Así, el crédito responsable se traduciría, además de en la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del consumidor, *por todos los medios adecuados* (sin especificar cuáles serían dichos medios); en la de informar y dar las explicaciones adecuadas al consumidor; así como en la posibilidad de asesorar al consumidor previa petición de éste²⁹⁰.

3.3. «Public Consultation on Responsible Lending and Borrowing in the EU»

Con los primeros signos de la crisis, la atención sobre el concepto de crédito responsable no hizo sino aumentar. La Comisión, a través de la «*Communication to the Spring European Council Driving European Recovery*» de 4 de marzo de 2009²⁹¹, se comprometió a presentar propuestas relativas a la responsabilidad en el crédito.

Así, se emprendió la «*Public Consultation on Responsible Lending and Borrowing in the EU*» de 15 de junio de 2009²⁹². La consulta se refiere a dos vertientes diferentes del crédito responsable: por un lado, al «*responsible lending*», referido a aquellas conductas que el prestamista debe llevar a cabo antes y durante la conclusión del contrato de crédito; y, por otro lado, al «*responsible borrowing*», que incluye aquellas prácticas que debe realizar el prestatario.

3.3.1. Responsabilidad en la concesión de crédito o «responsible lending»

La responsabilidad del prestamista en la concesión de crédito implica, de acuerdo con este informe, que los productos crediticios ofrecidos al consumidor son adecuados a sus necesidades y ajustados a su capacidad de pago. Para asegurar que los prestamistas actúen de manera responsable, se considera necesario el establecimiento de un marco

²⁹⁰ Vid. Libro Blanco «*La integración de los mercados hipotecarios...*», *op. cit.* página 9.

²⁹¹ COM (2009) 114.

²⁹² Vid. «*Public Consultation on Responsible Lending and Borrowing in the EU*». 15 de junio de 2009. Página 3.

jurídico que garantice la actuación justa, honesta y profesional de los prestamistas y los intermediarios de crédito²⁹³.

En este sentido, antes de la perfección del contrato de crédito, el prestamista debe cumplir con una serie de deberes relativos a cómo tiene que suministrarse la publicidad²⁹⁴, a la información precontractual²⁹⁵ y, como medida complementaria, el prestamista debe realizar una advertencia al consumidor sobre los riesgos del crédito propuesto. En el momento de la transacción, debe realizarse la evaluación de la idoneidad y la solvencia, así como el asesoramiento al prestatario²⁹⁶.

3.3.2. Responsabilidad en la adquisición de crédito o «responsible borrowing»

La responsabilidad del prestatario a la hora de adquirir un crédito conlleva que el consumidor debe esforzarse en adquirir información sobre los productos ofrecidos. También debe ser honesto cuando suministre la información relativa a su situación financiera. Y, en el momento de tomar una decisión acerca de la transacción crediticia, debe tener en cuenta su situación financiera²⁹⁷. Por tanto, al prestatario se le

²⁹³ Indica de manera textual: «Responsible lending means that credit products are appropriate for consumers' needs and are tailored to their ability to repay. This may be obtained through having an appropriate framework in place to ensure that all lenders and intermediaries act in a fair, honest and professional manner, before, during, and after the lending transaction». *Ibidem*, página 3.

²⁹⁴ La información publicitaria debe ser imparcial, no ser engañosa, ni presionar al consumidor indebidamente. *Ibidem*, página 4.

²⁹⁵ El informe dispone que el consumidor debe tener a su disposición toda la información necesaria para tomar una decisión adecuada acerca de la conveniencia del crédito. *Ibidem*, página 5.

²⁹⁶ Esta división de las conductas que deben llevar a cabo los prestamistas, así como las propias conductas que deben realizar para asegurar un comportamiento responsable en la concesión de crédito se desprende del índice de la «Public Consultation on Responsible Lending and Borrowing in the EU».

²⁹⁷ A este respecto, establece: «responsible borrowing means that individuals, when seeking to buy a credit product, will make efforts to inform themselves of the products on offer, be honest when providing information on their financial situation to the lender or credit intermediary, and take their personal and financial circumstances into account when making a decision». Vid. «Public Consultation on Responsible Lending ...», op. cit. página 10.

encomienda que suministre la información acerca de su situación financiera, y que ponga interés en informarse adecuadamente²⁹⁸.

3.3.3. Intervención de los intermediarios de crédito

Los intermediarios de crédito también son objeto de mención en esta consulta (apartado 5º). Respecto de estos, se reconoce que desempeñan un papel fundamental en el ámbito del crédito responsable, a pesar de la escasa atención que se le ha prestado desde las instituciones europeas, y de que esta actividad se regula de manera parcheada e inconsistente²⁹⁹.

3.4. «Working Paper on Responsible Mortgage Lending & Borrowing»

El resultado de la «*Public Consultation on Responsible Lending and Borrowing in the EU*»³⁰⁰ se recogió en el «*Working Paper on Responsible Mortgage Lending & Borrowing*» de 22 de julio de 2010. Siguiendo el criterio marcado por la Comisión en otros informes previos (cómo ocurre en los Libros Verde y Blanco mencionados), se centra en el mercado hipotecario de la Unión. Pero no sólo desde la perspectiva de la creación de un mercado hipotecario en el seno de la UE, sino que también persigue la protección de dicho mercado, como se desprende de la afirmación relativa a que el crédito responsable es esencial para asegurar la estabilidad y el funcionamiento del mercado³⁰¹.

²⁹⁸ *Ibidem*. Páginas 4 a 6.

²⁹⁹ *Ibidem*. Páginas 11 y 12.

³⁰⁰ Vid. «*Hearing on responsible lending and borrowing*» de 3 de septiembre de 2009. Y, «*Summary of Responses to the Public Consultation on Responsible Lending and Borrowing in the EU*» de 30 de noviembre de 2009.

³⁰¹ Esta percepción se deriva de afirmaciones contenidas en el mencionado documento, como: «*responsible lending as well as effective financial regulation and supervision are essential to ensure the stability and the functioning of the market*»; y «*... a policy approach that could contribute to an avoidance of irresponsible lending and borrowing in the future, while maintaining the long-term goal of an efficient internal market for credit and promoting financial stability*». Vid. «*Working Paper on Responsible Mortgage Lending & Borrowing*» de 22 de julio de 2010. Página 1.

En este sentido, además, se observa que la Propuesta de Directiva de Crédito Hipotecario establece su base jurídica sobre el artículo 114 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, relativo al establecimiento y funcionamiento del mercado interior, sin mencionar en ningún caso al fundamento 169 del mismo Tratado, relativo a la protección de los consumidores. Aspecto, además, sobre el que se pronuncia el CESE en el apartado 2.5 del Dictamen de 14 de julio de 2011 relativo a la mencionada

Este informe propone una serie de cuestiones que deberían abordarse a la hora de tratar el crédito responsable: (1) el ámbito de aplicación debería incluir de manera amplia los créditos hipotecarios con consumidores³⁰²; (2) los principios que deben presidir este segmento del ordenamiento jurídico³⁰³; (3) la necesidad de que se establezcan estándares de conducta a seguir por los operadores de crédito en diferentes circunstancias³⁰⁴; (4) la regulación y supervisión adecuadas de todos los operadores de crédito³⁰⁵; y, (5) la imposición de sanciones administrativas, así como el uso, por parte de los consumidores, de medios de resolución alternativa de conflictos para facilitar la transposición de las reglas derivadas del crédito responsable³⁰⁶.

3.5. «Commission staff working paper. Impact assessment»

Junto a la Propuesta de Directiva de crédito hipotecario, se publicó un informe que evaluaba el impacto³⁰⁷ de la misma, desde la perspectiva del crédito responsable y las medidas relacionadas con éste. Además de proponer un concepto de crédito responsable³⁰⁸ (en la misma línea que la

Propuesta de Directiva [INT/577], en el que señala que el objetivo de la Directiva es garantizar un alto grado de protección de los consumidores, por lo que el fundamento jurídico de esta Directiva debería ser el artículo 169 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea y no únicamente el 114.

³⁰² «A targeted scope, covering mortgage credit for consumers». *Ibidem*, página 2.

³⁰³ «Broad principles complemented by targeted harmonised provisions». *Ibidem*, página 2.

³⁰⁴ «A selection of the most important issues related to the conduct of business for mortgage distributors: [...] ». *Ibidem*, página 2. Entre otras, el informe se refiere específicamente a: la obligación de evaluar la solvencia del consumidor y la idoneidad del producto de crédito respecto del consumidor; y, en el caso de proporcionarse asesoramiento, los parámetros que han de seguirse. En este sentido, sugiere que ciertos aspectos, como la obligación de evaluar la solvencia del consumidor, deben ser objeto de desarrollo a través de instrucciones más detalladas.

³⁰⁵ «All markets participants should be subject to appropriate regulation and supervision». *Ibidem*, página 2.

³⁰⁶ «In order to ensure consistency of approach of the national implementation of potential rules under the envisaged action, some broad principles should be put in place on issues such as the national competent authorities, the possibility of applying administrative sanctions and consumer's recourse to alternative dispute resolution». *Ibidem*, página 2.

³⁰⁷ «Commission staff working paper. Impact assessment», de 31 de marzo de 2011. [COM (2011) 356 final]. Volúmenes I y II.

³⁰⁸ En el apartado introductorio (párrafo tercero), establece: «In this respect, responsible lending is care taken by creditors and intermediaries to lend amounts that

«*Public consultation...*», ya citada), este informe también identifica los factores que impulsaron el comportamiento irresponsable en la concesión de créditos³⁰⁹, los problemas que lo originaron³¹⁰ y, las consecuencias que se derivaron de este comportamiento³¹¹. Para concluir, indica que los objetivos perseguidos al afianzar la responsabilidad en el crédito, se dirigen a la creación y estabilidad del mercado de crédito de la Unión³¹².

Lo interesante de este informe es el análisis de las opciones normativas que se barajan, así como su impacto y la comparación de todas ellas en función de su efectividad a la hora de lograr los objetivos marcados³¹³. La obligación de asesoramiento (incluida en las Propuestas

*consumers can afford. It means that the credit products offered are appropriate and affordable for consumers. This may be obtained through an appropriate framework in place to ensure that all actors act in responsible fair, honest and professional manner. Responsible borrowing implies that consumer should provide relevant, complete and accurate information on their financial conditions, and make informed and sustainable borrowing decisions». Vid. *Ibidem*, página 5.*

³⁰⁹ Como el clima económico; fallos del mercado y regulatorios; y otros factores no tan extendidos, pero que repercutieron en este comportamiento, como la poca educación financiera de los consumidores, la titulización hipotecaria y, las circunstancias sobrevenidas en la vida del consumidor. Cfr. «*Commission staff working paper. Impact assessment*», *op. cit.* páginas 9 a 11.

³¹⁰ Entre otros, se hace eco de cuestiones relativas a la publicidad y la información precontractual, como su parcialidad, complejidad, carácter insuficiente, etc.; el asesoramiento al consumidor, al igual que la evaluación de la solvencia se han realizado de manera inadecuada; y la inexistencia de un marco regulatorio respecto de los intermediarios de crédito. Cfr. «*Commission staff working paper. Impact assessment*», *op. cit.* páginas 11 a 17.

³¹¹ Se refiere dicho informe, entre otras, al contagio al resto de la economía; al perjuicio generado a los consumidores en su conjunto, así como a la actividad crediticia transfronteriza y a la poca movilidad del consumidor. Cfr. «*Commission staff working paper. Impact assessment*», *op. cit.* páginas 17 a 20.

³¹² Los dos objetivos que apunta son: la creación de un mercado único eficiente y competitivo para consumidores, prestamistas e intermediarios de crédito con un alto nivel de protección al consumidor; y, promover la estabilidad financiera asegurando que los mercados de crédito hipotecario funcionan de manera responsable. Como vemos, la protección del consumidor *per se* no es un objetivo, sino más bien un requisito del objetivo a lograr: la creación de un mercado único. Cfr. *Ibidem*, página 21.

³¹³ Entre los objetivos se diferencian entre los específicos y los generales. El objetivo de carácter específico es asegurar que, tanto prestamistas como prestatarios, tomen decisiones apropiadas en relación con el crédito. Entre los objetivos generales existen dos objetivos principales: la creación de un mercado único eficiente y competitivo con un alto nivel de protección del consumidor, donde se incluyen otros subobjetivos como el aumento de la confianza del consumidor, su movilidad, su actividad transfronteriza e

de DCC de 2002 y 2004) decae en favor de la obligación de dar explicaciones adecuadas. En opinión de la Comisión, la obligación de asesoramiento no asegura la calidad del servicio y presenta costes elevados para los operadores de crédito. En cambio, la obligación de dar explicaciones adecuadas se considera más efectiva para alcanzar los objetivos propuestos: beneficiar al consumidor a la vez que no constituye una carga excesiva para prestamista e intermediario³¹⁴.

Respecto de la evaluación de la solvencia, el informe pone de manifiesto una particularidad muy trascendente acerca de sus consecuencias reales en el mercado de crédito. En concreto, se explica en el informe cómo en muchas ocasiones, pese a haberse evaluado negativamente la solvencia, el prestamista opta finalmente por basar o sustentar la decisión relativa a la concesión en el valor del bien dado en garantía³¹⁵. De ahí que se proponga la obligación de denegar el crédito en caso de una evaluación negativa. Por otra parte, el informe considera que los efectos positivos podrán ser reforzados si se combinan con el acceso a las bases de datos, así como con la obligación del prestatario de suministrar información³¹⁶.

*3.6. Propuesta de Directiva sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial*³¹⁷

La concesión responsable de crédito no es el objetivo último que persigue la Directiva³¹⁸. No obstante, ésta es la idea inmanente en la exposición de motivos de la Propuesta³¹⁹, así como en la fundamentación contenida en los considerandos que preceden al texto de la norma. La motivación de la norma hace referencia al comportamiento irresponsable de los operadores de crédito, y en cómo ello ha repercutido

igualdad de condiciones; y, la estabilidad financiera. Respecto de los objetivos generales, *ibidem*, página 21. En cuanto a los específicos, vid. tabla nº15 página 39.

³¹⁴ Cfr. *Ibidem*, página 35.

³¹⁵ *Ibidem*, página 39.

³¹⁶ *Ibidem*, página 39.

³¹⁷ COM(2011) 142 final, de 31 de marzo de 2011.

³¹⁸ El objetivo que persigue es doble: la creación de un mercado único eficiente y competitivo y la estabilidad del mercado financiero. Vid. «*Propuesta de Directiva sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial*». Página 2.

³¹⁹ Cfr. *Ibidem*, páginas 2 a 7.

en la crisis financiera. Asimismo, incide en que una parte de los problemas que han afectado a los mercados financieros en la última década, se deben al comportamiento irresponsable de las entidades de crédito en la fase precontractual³²⁰. De esta manera, aunque la prevención de la concesión irresponsable de crédito no sea un objetivo de la DCH, sí que lo es de forma mediata, es tanto es necesaria su consecución para garantizar la estabilidad financiera.

En esta idea parece abundar el Cdo. 5 cuando, al hablar de la *emergencia de un mercado interior con un funcionamiento satisfactorio y un elevado grado de protección de protección del consumidor*, apunta la necesidad de armonizar la normativa dedicada a garantizar que los consumidores que contraten créditos con garantía hipotecaria lo hagan con operadores de crédito que actúen *de manera profesional y responsable*. Así, a diferencia de la DCC que identifica el crédito responsable con determinadas conductas precontractuales³²¹, la DCH da a entender que todas las normas contenidas en la DCH son medidas emanadas de este principio.

II. EL CRÉDITO RESPONSABLE EN LAS DIRECTIVAS 2008/48/CE DE CONTRATOS DE CRÉDITO AL CONSUMO Y 2014/17/UE DE CRÉDITO HIPOTECARIO

A pesar de que en algunas de las primeras versiones de la Propuesta de Directiva de crédito al consumo se contenía una referencia expresa al crédito responsable como principio rector de los contratos de crédito que quedaban bajo su ámbito de aplicación, lo cierto es que ninguna de las versiones finales de las Directivas señaladas mantiene referencias explícitas al mencionado principio. Ello no implica la desaparición del mismo. La vigencia del principio permanece en tanto permanecen las

³²⁰ Vid. Cdos. 3 y 4 de la Propuesta. *Ibidem*, páginas 15 y 16.

³²¹ En la propuesta de 2002 incluye la obligación de evaluar la solvencia del consumidor. En la de 2004 se recogen, aparte de la obligación de evaluar la solvencia, la obligación de información precontractual y la obligación del prestamista de elegir el contrato crediticio más adecuado para el consumidor. En la propuesta de 2005 se incluyen: la obligación de evaluar la solvencia, la obligación de información precontractual y la obligación de suministrar explicaciones adecuadas.

manifestaciones concretas del mismo a través de normas jurídicas³²²; pero evidentemente ello no resuelve un problema ulterior: ¿qué normas consideramos que son una manifestación de la vigencia de este principio?

1. Directiva 2008/48/CE de Contratos de Crédito al Consumo

Tras varios años de elaboración, la DCC fue aprobada en 2008. En esta versión desaparece toda mención expresa al principio de crédito responsable³²³, debido a que la Comisión³²⁴ consideró acertado que el Consejo eliminase toda referencia expresa al principio de crédito responsable a cambio de introducir la obligación del prestamista de suministrar al consumidor las explicaciones adecuadas³²⁵.

³²² Vid. COLLADO-RODRÍGUEZ, N.: «El principio de crédito responsable» en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, N.20, 2016. Página 528.

³²³ En este punto es interesante recordar el Dictamen del Consejo Económico y Social Europeo (CESE) sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito a los consumidores» de 17 de julio de 2002. En este Dictamen, el CESE expresa su desacuerdo con algunos puntos de la Propuesta de Directiva, entre otros: que la protección de los consumidores se lleve a cabo a través, predominantemente de la información (apartado 2.4.3); la falta de medidas de asesoramiento (apartado 2.4.4.); no aborda suficientemente el problema del endeudamiento excesivo (apartado 2.4.5.). Pues bien, es paradójico lo crítico que se muestra el CESE con la Propuesta de Directiva del 2002 teniendo en cuenta su evolución posterior y cómo se deteriora la regulación del crédito responsable a favor de una mayor carga obligacional relativa al deber de información.

³²⁴ En la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo relativa la Posición Común 14/2007, la Comisión señala cómo el Consejo aceptó mantener la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del consumidor y, sin embargo, no aceptó recoger el principio de crédito responsable. La Comisión añade al respecto: «esto es aceptable ya que el Consejo aceptó la obligación de que los Estados miembros garanticen que los prestamistas faciliten al consumidor las explicaciones necesarias para que éste pueda evaluar si el contrato propuesto se ajusta a sus necesidades y a su situación financiera». Vid. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo relativa la Posición Común aprobada por el Consejo el 21 de septiembre de 2007 [COM (2007) 546 final].

³²⁵ Esto puede llevar a entender que el principio de crédito responsable se agota o, en otras palabras, se cumple con la obligación de dar explicaciones adecuadas, cuando el enfoque del crédito responsable es más amplio, incluyendo en todo caso la obligación de evaluar la solvencia del consumidor.

1.1. El deber de evaluar la solvencia del consumidor de crédito

A pesar de que no existen referencias expresas al principio de crédito responsable, lo cierto es que en el Cdo. 26 de la DCC se alude de manera genérica a la importancia que posee el hecho de evitar la concesión irresponsable de crédito, o *sin haber evaluado previamente la solvencia del prestatario*. Aunque, con carácter general la utilización de la conjunción «o» implica alternativa³²⁶, en mi opinión, la intención que subyace al texto es identificar la concesión responsable de crédito con la realización de una conducta concreta: la evaluación de la solvencia del consumidor³²⁷.

En el texto de la DCC, la obligación de evaluar la solvencia del consumidor se recoge de manera bastante escueta. El artículo 8 DCC se limita a obligar al prestamista a evaluar la solvencia del potencial prestatario sobre la base de una información suficiente, que provendrá del consumidor y, en caso de ser necesario, de la consulta de bases de datos.

Un aspecto muy destacable de la DCC es que en ella ha desaparecido un elemento esencial de la evaluación de la solvencia que sí tenía cabida en algunos de sus antecedentes (la Ley belga de crédito al consumo³²⁸ y la Propuestas de DCC de 2002). Me refiero a la prohibición de no conceder crédito si se produce una evaluación de la solvencia negativa. En su lugar, el legislador de la Unión ha optado por establecer expresamente el deber de evaluar la solvencia del consumidor de crédito sin obligar expresamente a esta consecuencia fundamental que la dota de sentido.

³²⁶ En las versiones en inglés y francés se utiliza un término equivalente: «or» en inglés y «ou» en francés.

³²⁷ Como ya lo hizo en la propuesta de Directiva de crédito al consumo de 2002, vid. epígrafe 3º dedicado al examen del dispositivo.

³²⁸ Que no contemplaba la obligación de evaluar la solvencia; en su lugar, prohibía al prestamista la concesión de crédito a aquellos consumidores sin una expectativa sólida de repago del crédito.

1.2. Deberes relativos a la información

En estrecha relación con la evaluación de la solvencia encontramos otras conductas que, por ser instrumentales de la anterior, también son consecuencia de la vigencia del principio de crédito responsable. Por un lado, está el suministro por parte del consumidor de la información necesaria para la correcta evaluación de la solvencia; y, por otro, la consulta por el prestamista de bases de datos. A propósito de la regulación de esta conducta, el Cdo. 26 establece que, a efectos de evaluar la solvencia, se deberá permitir a los prestamistas que usen *la información facilitada por el consumidor*. Añadiendo, en el Cdo. 28 que, *para evaluar la información financiera de un consumidor, el prestamista debe también consultar las bases de datos pertinentes*³²⁹. El artículo 8 DCC, por su parte, dispone que la evaluación de la solvencia debe hacerse *sobre la base de una información suficiente, facilitada en su caso por el consumidor y, cuando proceda, basándose en la consulta de la base de datos pertinente*. No se contempla, por tanto, el carácter obligatorio para el consumidor del suministro de la información necesaria para la correcta

³²⁹ El Considerando 28 se refiere a las consultas de bases de datos como obligación instrumental de la obligación de evaluar la solvencia del consumidor. Sin embargo, es relevante respecto del principio de crédito responsable ya que establece: «*Para evaluar la situación financiera de un consumidor, el prestamista debe también consultar las bases de datos pertinentes*». Establece un deber de consulta que no se recoge en el articulado de la ley, sino que el artículo 8.1 establece que la evaluación de la solvencia debe hacerse «*sobre la base de una información suficiente, facilitada en su caso por el consumidor y, cuando proceda, basándose en la consulta de la base de datos pertinente*». Y, continúa, «*Los Estados miembros cuya legislación exija que los prestamistas evalúen la solvencia del consumidor sobre la base de una consulta de la base de datos pertinente deben poder mantener esta obligación*». Por lo que es claro que no obliga a la consulta de la base de datos pertinente a la hora de evaluar la solvencia del consumidor. Desde el punto de vista del crédito responsable esto es importante ya que, al no estar obligados los prestamistas e intermediarios de crédito a efectuar una consulta a la base de datos, pueden basar la evaluación de la solvencia únicamente en la información suministrada por el consumidor. Esto supone dejar a la parte débil del contrato la responsabilidad de recabar y aportar la información (sin perjuicio de que el consumidor tenga la obligación de aportar información y de que ésta sea veraz), cuando el mayor interesado en recabar y verificar la misma es el prestamista. Con la actual crisis se ha hecho patente el riesgo sistémico que la concesión irresponsable de crédito tiene para el sistema económico y financiero, como para que sea sólo el consumidor el que soporte la obligación de aportar la información, así como las consecuencias en caso de incumplimiento.

evaluación de la solvencia³³⁰. Únicamente, se prevé la posibilidad de que el prestamista haga uso de esta información. Lo mismo ocurre con la consulta de bases de datos ya que, al contrario de lo que parece desprenderse del Cdo. 26 DCC –*el prestamista debe también consultar las bases de datos pertinentes*–, el artículo 8 DCC relega la consulta a los casos *en que proceda*. Por lo que, además de facultativa, parece subsidiaria respecto del acceso a la información a través del consumidor.

1.3. Deber de proporcionar explicaciones adecuadas al consumidor

Otra conducta novedosa a la que debe prestarse atención a la hora de delimitar en qué consiste el crédito responsable, es la obligación del prestamista de proporcionar al consumidor explicaciones adecuadas. En las vicisitudes por las que atravesó la DCC antes de su aprobación, puede observarse cómo esta obligación se entendía como una de las conductas incluidas dentro del mencionado principio³³¹.

Esta obligación queda establecida en el apartado 6 del artículo 5 DCC relativo a la información precontractual, siendo su propósito que el consumidor pueda evaluar la idoneidad del contrato respecto de su situación financiera. Como reconoce la motivación de la DCC³³², la información precontractual puede no ser suficiente para que el consumidor tome una decisión razonada y, por tanto, necesite asistencia para elegir el producto más conveniente a sus necesidades y preferencias.

³³⁰ A diferencia del régimen establecido en la propuesta de Directiva de 2002, concretamente en el artículo 6 titulado: «*Información recíproca y previa y obligación de asesoramiento*». Esta Propuesta recoge la obligación, tanto del consumidor como del avalista, de proporcionar la información precisa y completa, eso sí, previa petición del prestamista o intermediario de crédito. En las propuestas modificadas de Directiva de 2004 y 2005, esta regulación desaparece y únicamente establece *la obligación del prestamista de examinar la solvencia del consumidor sobre la base de la información precisa facilitada por éste y, en su caso, de la consulta de las bases de datos pertinentes* – artículo 5 de ambas propuestas–.

³³¹ De hecho, como se ha mencionado *ut supra*, la Comisión aceptó la eliminación del término «crédito responsable» y su sustitución por esta obligación.

³³² Vid. Cdo. 27.

El artículo 5.6 DCC³³³ propone, a modo de ejemplo³³⁴, algunos extremos sobre los que podrá versar el deber del consumidor de proporcionar explicaciones adecuadas. En su caso, las explicaciones podrán abordar la información precontractual y las características esenciales de cada uno de los contratos ofrecidos, así como los posibles efectos que el contrato de crédito tendría sobre su situación financiera, especialmente en caso de impago. En definitiva, deberán explicarse aquellas circunstancias que faciliten que el consumidor sea capaz de entender los efectos potenciales del contrato de crédito sobre su situación financiera.

La obligación de suministrar las explicaciones adecuadas excede de la concepción tradicional de la obligación de información, ya que va más allá de la puesta a disposición al consumidor de la información preceptiva. El prestamista o intermediario de crédito ha de transformar dicha información, por ejemplo, mediante el uso de un lenguaje menos técnico, o bien, personalizando el contenido del contrato al caso concreto, o incluso mediante el uso de ejemplos. Ello con una finalidad muy concreta: que el consumidor «*pueda evaluar si el contrato de crédito propuesto se ajusta a sus necesidades y a su situación financiera*» (artículo 5.6 DCC, aunque el artículo 16 DCH se pronuncia en términos casi idénticos). Por lo tanto, como observa ÁLVAREZ LATA³³⁵, dicho artículo (refiriéndose al artículo 5.6 DCC y 14 LCCC) recoge dos ideas íntimamente relacionadas entre sí: el prestamista debe ofrecer al consumidor las explicaciones precisas para que, el consumidor, haciendo uso de tales explicaciones, pueda entender las implicaciones derivadas del contrato de crédito. Siguiendo la línea mantenida por esta autora, el objetivo principal del artículo 5.6 de la DCC³³⁶ es que el consumidor

³³³ También el artículo 16 DCH.

³³⁴ El carácter ejemplificativo de los extremos sobre los que debe versar el deber de dar explicaciones adecuadas, se desprende del tenor literal del artículo 5.6 DCC que, tras establecer este deber, añade «*si fuera preciso explicando [...]*» antes de apuntar los extremos sobre los que podría versar el deber que nos ocupa. Igualmente, también se infiere del artículo 16 DCH que, antes de concretar el contenido de las explicaciones, indica: «*la explicación incluirá, si procede, lo siguiente [...]*»

³³⁵ Vid. ÁLVAREZ LATA, N.: «Comentario del artículo 11» en *Comentarios a la Ley de Crédito al Consumo*. MARÍN LÓPEZ, M.J. (Director). Aranzadi. Cizur Menor. 2014. Página 524.

³³⁶ Y en el artículo 11 de la Ley 16/2011 de Contratos de Crédito al Consumo.

evalúe si el contrato propuesto es adecuado a sus intereses y necesidades, mientras que el deber del prestamista de proporcionar las explicaciones adecuadas es instrumental de la anterior³³⁷.

La obligación de información precontractual es otra medida que, tanto la Propuesta de 2004 como la de 2005, incluían junto a la obligación de evaluar la solvencia y la obligación de suministrar al consumidor las explicaciones adecuadas (aunque ésta última sólo está en la propuesta de 2005). Sin embargo, a mi juicio, no puede afirmarse que la obligación de información sea un deber representativo del principio de crédito responsable. Entiendo que la obligación de informar al consumidor es uno de los pilares básicos sobre los que se sustenta la protección del consumidor en sentido amplio, no sólo el de crédito. El consumidor, como parte estructuralmente débil en el contrato, necesita de la información de que carece en tanto no es un profesional en el mercado. La obligación de información, por tanto, no dimana del principio de crédito responsable.

Cuestión distinta es que la vigencia del principio de crédito responsable modifique el contenido de la obligación de información imponiendo nuevos deberes adicionales, como la propia obligación de dar explicaciones adecuadas, así como su interpretación. De esta manera, considero que la obligación de dar explicaciones adecuadas, en cuanto a su naturaleza jurídica, es una conducta enclavada en la obligación de información, pero fuertemente influida por el principio de crédito responsable.

2. Directiva 2014/17/UE de Crédito Hipotecario

La versión final de la DCH mantiene, en líneas generales, el contenido de la Propuesta, aunque de manera más detallada y específica. Como se ha puesto de relieve en relación con la Propuesta de DCH, el principio de crédito responsable incide fuertemente en la motivación y articulado de la DCH. Una de las razones que motiva la presente Directiva³³⁸ es *el*

³³⁷ Vid. ÁLVAREZ LATA, N. «Comentario al artículo 11», *op. cit.* página 524.

³³⁸ La otra razón que motiva la DCH es la creación de un mercado interior de créditos de esta naturaleza.

comportamiento irresponsable de los participantes en el mercado y los perjuicios que este comportamiento ha tenido respecto de los consumidores y la consecución del mercado interior³³⁹. El principio de crédito responsable influye de tal manera la exposición de motivos y el articulado de la norma³⁴⁰, que parece que todas las medidas recogidas en la DCH son manifestaciones de la vigencia de este principio.

En consecuencia, se infiere la existencia de un enfoque amplio del concepto de crédito responsable, conformado por un conjunto de medidas heterogéneas, tanto de Derecho público como de Derecho privado, dirigidas a garantizar el comportamiento diligente y transparente de los operadores del mercado de crédito en todas las fases del contrato.

No obstante, esta normativa también incorpora los deberes previamente señalados como manifestaciones del principio de crédito responsable. Los deberes señalados respecto de la DCC como manifestaciones del principio de crédito responsable son susceptibles de ser circunscritos en un ámbito más concreto o reducido de este concepto, que incluye únicamente normas de Derecho de contratos concernientes a la fase precontractual. La DCH amplía el elenco de deberes que emanan del principio de crédito responsable en su enfoque reducido y los dota de un mayor nivel de detalle. De esta manera, en la DCH pueden encontrarse la obligación de evaluar la solvencia del consumidor (artículo 18); la obligación de facilitar las explicaciones adecuadas al consumidor (artículo 16); la conducta³⁴¹ del prestatario consistente en aportar la

³³⁹ Otra referencia a la actuación responsable de los prestatarios la encontramos en el Cdo. 83. En virtud de este Cdo, la DCH permite a los EEMM que decidan si *ciertos aspectos contemplados en la presente Directiva, como la evaluación de la solvencia del consumidor, se traspongan al Derecho nacional mediante normativa prudencial, mientras que otros, como la obligación de los prestatarios de actuar de manera responsable, se traspongan por medio del Derecho civil o del Derecho penal.*

³⁴⁰ A modo de ejemplo, podemos observar el Cdo. 3 que dice: «...con vistas a implantar, en el futuro, mercados responsables y fiables»; o en el Cdo. 5, que recoge: «...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».

³⁴¹ Como veremos, en este artículo se establece la carga del consumidor de aportar la información requerida para la evaluación de la solvencia de manera indirecta. Esto es, advirtiendo al consumidor de que el crédito será denegado en caso de que no aporte dicha información –apartados 3º y 4º–.

información necesaria para efectuar la evaluación de la solvencia (artículo 20); y, la obligación de consulta de bases de datos para recabar información en orden a evaluar la solvencia³⁴² (artículos 20.1 y 21).

Aunque coincidentes con las conductas recogidas en la DCC, hay que tener ciertas cautelas antes de afirmar que se trata de conductas idénticas. De acuerdo con la exposición de motivos de la DCH (Cdo. 22³⁴³), los contratos de crédito con garantía hipotecaria requieren ser contemplados desde una perspectiva distinta de la que se emplea para los créditos al consumo. Las razones aducidas por el Cdo. 22 son fundamentalmente dos: por un lado, las diferencias que existen respecto de las características del contrato de crédito al consumo y el crédito hipotecario; y, por otro, la necesidad de que los préstamos hipotecarios se concedan a consumidores que puedan asumir las obligaciones que se derivan del contrato de crédito³⁴⁴, tomando así en consideración *las enseñanzas extraídas de la crisis financiera*³⁴⁵.

III. EL CONCEPTO DE CRÉDITO RESPONSABLE

1. Dos enfoques para definir el principio de crédito responsable

Tras haber recorrido sucintamente el contenido de las Directivas, y el de sus trabajos preparatorios en lo que se refiere al concepto de crédito

³⁴² Parece que la consulta de bases de datos decae en importancia en la DCH, respecto de la DCC. Si en la DCC, parece que estamos ante una conducta potestativa del prestamista y subsidiaria respecto de la obtención de la información aportada por el consumidor, en la DCH no se menciona siquiera la existencia de tal posibilidad, sino que ésta se deduce del apartado 1º del artículo 20 «*el prestamista obtendrá esa información a partir de las fuentes internas o externas pertinentes*», y de la regulación de las bases de datos que recoge el artículo 21.

³⁴³ Establece dicho Cdo. 22: «*es importante [...] tomar en consideración las particularidades de aquellos contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial que requieren un enfoque diferenciado*».

³⁴⁴ En realidad, el Cdo. 22 se refiere a que la «*la emisión de créditos se haga de manera adecuada*», sin embargo, esta afirmación debe ponerse en relación con el contenido del Cdo. 57 que establece que la emisión del crédito debe ser coherente con el resultado de la evaluación de la solvencia.

³⁴⁵ El Cdo. 22 dispone que, para que se concedan créditos de manera adecuada, los preceptos relativos a la evaluación de la solvencia han de ser más estrictos que los vigentes en materia de contratos de crédito al consumo.

Vid. también «*Commission staff working paper. Impact assessment*», *op. cit.* página 24.

responsable, resulta difícil extraer de lo analizado un concepto claro de lo que el legislador comunitario entiende por crédito responsable.

En la DCC y en las propuestas que le preceden, el objetivo perseguido es la realización de operaciones crediticias que el consumidor sea capaz de asumir económicamente³⁴⁶. Ello con la finalidad última de garantizar la estabilidad del sistema financiero y proteger al consumidor³⁴⁷.

La DCH, en cambio, establece en sus Cdos. que la responsabilidad en el crédito es uno de los motivos sobre los que asienta esta norma³⁴⁸, de

³⁴⁶ Recordemos que el Cdo. 26 DCC dispone, por una parte, que: «los prestamistas deben tener la responsabilidad de controlar individualmente la solvencia del consumidor». Y, por otra, que: «los consumidores deben actuar con prudencia y cumplir con sus obligaciones contractuales».

³⁴⁷ Las medidas tendentes a la protección del sobreendeudamiento del consumidor, protegen, obviamente, al consumidor. Sin embargo, tal protección al consumidor es un objetivo instrumental, al servicio de otro que es el verdaderamente perseguido a través de la aprobación de las Directivas objeto de análisis, que no es otro que la creación de un mercado interior en el ámbito hipotecario, así como garantizar la estabilidad del mismo. Es por esto que ambas Directivas se fundan en los artículos 95 TCE –DCC–, y 114 del TFUE –DCH– dirigidos al establecimiento y funcionamiento del mercado interior, y no en el artículo relativo a la protección de los consumidores, como critica el CESE en su Dictámenes: 918/2003 –apartado 2.4.1–, y 1165/2011 –apartado 1.4–.

³⁴⁸ El Cdo. 2 afirma «La instauración de un mercado crediticio más transparente y eficiente dentro de ese espacio es fundamental para promover el desarrollo de las actividades transfronterizas [...]». El Cdo. 3 comienza diciendo que «la crisis financiera ha demostrado que el comportamiento irresponsable de los participantes en el mercado puede socavar los cimientos del sistema financiero [...]. Por tanto, es conveniente garantizar que el marco regulador de la Unión en este ámbito sea sólido, coherente con los principios internacionales y haga un uso adecuado de la gama de instrumentos disponibles [...], unos niveles mínimos por debajo de los cuales no se consideraría aceptable ningún crédito, u otras medidas compensatorias para aquellas situaciones en las que los riesgos subyacentes sean más elevados para los consumidores o en las que resulten necesarias para prevenir el sobreendeudamiento excesivo de los hogares». Ante los problemas evidenciados por la crisis, continúa este Considerando, la Comisión propuso en su Comunicación del 4 de marzo de 2009, titulada «Gestionar la recuperación europea», una serie de medidas «con vistas a implantar, de cara al futuro, mercados responsables y fiables, y restablecer la confianza de los consumidores».

De la lectura del Cdo. 3, que la responsabilidad en el crédito es uno de los motivos que sustenta a la DCH, junto a la creación de un mercado crediticio europeo. El Cdo. 4, desarrollando el Cdo. anterior, profundiza en los problemas que se han derivado por la concesión irresponsable de crédito, y alude expresamente a «el margen potencial de comportamiento irresponsable entre los participantes en el mercado [...]». Entre los problemas relacionados con la irresponsabilidad en el crédito, el Cdo. 4 menciona los relacionados con la concesión de préstamos en moneda extranjera «sin una información o comprensión adecuada del riesgo de tipo de cambio que conllevaban». Problemas que atribuye, además de a las deficiencias del mercado y de normativa, incluso de la

lo que puede deducirse que la totalidad de las medidas que contiene tienen como finalidad el establecimiento de un marco de actuación en las relaciones crediticias que asegure un comportamiento diligente y transparente de las partes contratantes³⁴⁹. De la contemplación del conjunto normativo de la DCH se desprende que su objetivo fundamental consiste en garantizar el funcionamiento adecuado de los mercados de crédito. La prevención del sobreendeudamiento quedaría relegada a un segundo plano en la DCH, como objetivo instrumental que coadyuvaría a garantizar la estabilidad y correcto funcionamiento del mercado de crédito.

Por tanto, las normas contempladas en esta Directiva emanarían del principio de crédito responsable entendido de manera amplia, dando cabida a un conjunto de medidas de carácter heterogéneo³⁵⁰ con incidencia en las diferentes fases del contrato.

No obstante, la DCH también recoge un abanico de conductas similares a las recogidas en la DCC y que se han identificado como

coyuntura económica, a los escasos conocimientos financieros. A estos problemas, además, se añaden en ocasiones otros, como la ineficacia o incoherencia de los regímenes aplicables o su inexistencia. Puede observarse en este Cdo. que, a diferencia del Cdo. 26 DCC, no relaciona la irresponsabilidad en el crédito con la defectuosa o inexistente evaluación de la solvencia del consumidor. Si no que lo relaciona con la falta de información o de comprensión del riesgo de crédito –en el caso de préstamos en moneda extranjera–, defectos del mercado y de normativa, e incluso de la falta de conocimientos financieros de los consumidores.

El Cdo. 5 determina, ante la situación antedicha, la necesidad de «*establecer un marco jurídico adecuadamente armonizado a escala de la Unión [...]*» con el triple objetivo de instaurar un mercado interior de funcionamiento satisfactorio, que además otorgue un alto grado de protección a los consumidores, y, por último, que los consumidores que acudan al mercado de crédito, puedan hacerlo con confianza. Por ello, concluye el Cdo. 6, «*la presente Directiva debe desarrollar por consiguiente un mercado interior más transparente, eficiente y competitivo mediante unos contratos de crédito coherentes, flexibles y equitativos en materia de bienes inmuebles, promoviendo a la vez la sostenibilidad de la concesión y la contratación de préstamos*».

³⁴⁹ Aunque los Cdos. 2 y 5 se refieren expresamente a mercados más eficientes y transparentes.

³⁵⁰ Como la obligación de información precontractual; normas de supervisión y control de intermediarios de crédito; normas de conducta aplicables a los prestamistas, intermediarios de crédito y representantes designados, educación de los consumidores, entre otros.

manifestaciones del principio de crédito responsable en su enfoque reducido³⁵¹.

De esta manera, ambas Directivas contienen un conjunto de medidas que se relacionan directamente con la existencia de un principio de crédito responsable. Sin embargo, cada una refleja un enfoque distinto de este principio: un enfoque amplio en la DCH y otro reducido en la DCC³⁵².

1.1. *Enfoque amplio del crédito responsable: actuación responsable en el marco de la operación crediticia*

El *enfoque amplio* del principio de crédito responsable que se infiere de la DCH también está presente en otros informes emanados de organismos de diversa índole, entre ellos, la propia Comisión Europea³⁵³. En las «recomendaciones» u hojas de ruta establecidas en dichos informes se proponen medidas tanto de carácter público (imponen

³⁵¹ Es decir, las obligaciones del prestamista de evaluar la solvencia del consumidor (artículo 18), de proporcionar al consumidor explicaciones adecuadas (artículo 16) y, de recopilar la información necesaria para realizar la evaluación (artículo 20); y, las obligaciones del prestatario de aportar la información requerida por el prestamista (artículo 20) y de evaluar la idoneidad del contrato de crédito (artículo 16).

³⁵² Algunos autores ya se han hecho eco de la existencia de dos enfoques, uno amplio y otro más reducido, respecto del crédito responsable. Es el caso de CUENA CASAS, quien explica que «*el préstamo –o crédito– responsable puede referirse en un sentido amplio a toda normativa de protección del cliente bancario, obligaciones de transparencia de la entidad financiera que se traduce en deberes de información precontractual [...], la adecuación de los contratos planteados con los intereses, necesidades y situación financiera del cliente concreto [...] o bien, de forma más restringida, a la obligación de evaluar la solvencia del deudor de manera que se conceda el préstamo a quien es capaz de devolverlo según lo pactado*». CUENA CASAS, M.: «El sobreendeudamiento privado como causa de la crisis financiera y su necesario enfoque multidisciplinar» en *Préstamo Responsable y Ficheros de Solvencia*. PRATS ALBENTOSA, A.; CUENA CASAS, M. (Coordinadores). Aranzadi. Cizur Menor. 2014. Página 64. Vid. también COLLADO-RODRÍGUEZ, N.: «El principio de crédito responsable» en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, N.20, 2016. Páginas 528 a 531.

³⁵³ Nos referimos a las medidas propuestas en el Libro Blanco sobre la Integración del Mercado Hipotecario de 18 de diciembre de 2007; «*Proposal for EU Responsible Lending standards for home loans*» de la European Mortgage Federation de 11 de mayo de 2009; «*Responsible Lending. Overview of Regulatory Tools*» del Banco Mundial de octubre de 2013; «*Responsible Lending: An international Landscape*» de *Consumers International* de noviembre de 2013; «*FinCoNet report on responsible lending. Review of supervisory tools for suitable consumer lending practices*», elaborado por el FINCONET en julio de 2014.

obligaciones al Estado) como de carácter privado (regulan las relaciones entre los sujetos obligados que intervienen en la relación crediticia), al efecto de conseguir la concesión responsable de crédito.

En un esfuerzo de síntesis, podemos reconducir las medidas en las que se concreta el principio de crédito responsable en sentido amplio a siete líneas de actuación principales:

1. *La regulación.* La creación de un marco regulatorio comprensivo, es decir, cuyo ámbito de aplicación incluya a todas las entidades crediticias (ya sean entidades bancarias, no bancarias o intermediarios de crédito), productos crediticios ofrecidos (crédito personal, crédito hipotecario, tarjetas de crédito). El objetivo que debe perseguir esta normativa es la protección del consumidor de crédito³⁵⁴. En concreto, debe prevenir el sobreendeudamiento del consumidor³⁵⁵.

2. *La supervisión y control.* Debe garantizarse la supervisión y control de las entidades financieras³⁵⁶. Para una supervisión efectiva, se propone la creación de órganos supervisores, responsables de la protección del consumidor de crédito y con competencia para supervisar y hacer cumplir sus disposiciones³⁵⁷. Las medidas de control se refieren a distintos ámbitos como, por ejemplo, la existencia de normas de acceso a la actividad crediticia³⁵⁸; la obligación de garantizar las provisiones de capital adecuadas a los riesgos asumidos al conceder crédito; el deber de las entidades financieras y empresas de intermediación crediticia de

³⁵⁴ Vid. FINCONET. «*FinCoNet report on responsible lending...*», *op. cit.* páginas 11, 30, y 32.

³⁵⁵ Vid. Observaciones de buenas prácticas número 15. FINCONET. «*FinCoNet report on responsible lending...*», *op. cit.* página 12.

³⁵⁶ Vid. BANCO MUNDIAL. «*Responsible Lending. Overview of Regulatory Tools*», *op. cit.* páginas 16 y 17; y, CONSUMERS INTERNATIONAL. «*Responsible Lending: An international Landscape*», *op. cit.* página 8.

³⁵⁷ Vid. Observaciones de buenas prácticas número 2 y 4. Vid. «*FinCoNet report on responsible lending...*», *op. cit.* páginas 11, 30, 31, 33, 34 y 35. Asimismo, vid. BANCO MUNDIAL. «*Responsible Lending. Overview of Regulatory Tools*», *op. cit.* página 15 (apartado 31) y 16. Y, vid. CONSUMERS INTERNATIONAL. «*Responsible Lending: An international Landscape*», *op. cit.* página 8.

³⁵⁸ Vid. Observaciones de buenas prácticas número 17, 18 y 19. FINCONET. «*FinCoNet report on responsible lending...*», *op. cit.* página 12.

contar con personal debidamente formado³⁵⁹; y, la regulación de la remuneración o incentivos del personal comercializador de crédito en orden a evitar los conflictos de interés³⁶⁰.

3. *La publicidad.* El contenido publicitario debe ser claro, imparcial y no conducir al error, incluyendo de manera clara los costes, entre ellos, el tipo de interés³⁶¹. De igual manera, la información precontractual ha de ser adecuada, clara y transparente, comparable, proporcionada de manera estandarizada, y que tenga en cuenta los conocimientos en materia financiera que pueda tener un consumidor medio. Deben incluirse mecanismos que obliguen al cumplimiento de las obligaciones de información; que deben ser revisados por el órgano supervisor de la forma y contenido de los documentos elaborados al efecto. Por último, la obligación de información debe incluir las explicaciones oportunas acerca de ciertos términos o conceptos, tratando de evitar que el consumidor sufra una sobrecarga de información impidiéndole que pueda tomar una decisión razonada³⁶².

4. *La obligación de evaluar la solvencia del consumidor de crédito.* La obligación de evaluar la solvencia del consumidor de crédito debe llevarse a cabo con carácter previo a su concesión. En virtud de esta evaluación se ha de verificar si el prestatario ostenta la capacidad de devolución del préstamo atendiendo a sus ingresos y gastos comprometidos. Asimismo, también se debe comprobar si esta capacidad de pago puede ser sostenida en el futuro previsible. En el caso de préstamos de interés variable, el prestamista deberá tener en cuenta la posible evolución de los tipos de interés y su impacto sobre la

³⁵⁹ Vid. EUROPEAN MORTGAGE FEDERATION. «*Proposal for EU Responsible Lending standards for home loans*», *op. cit.* páginas 4.

³⁶⁰ Vid. CONSUMERS INTERNATIONAL. «*Responsible Lending: An international Landscape*», *op. cit.* páginas 8 y 11.

³⁶¹ Vid. FINCONET. «*FinCoNet report on responsible lending...*», *op. cit.* páginas 11, 30, 31, 33, 34 y 35. Asimismo, vid. EUROPEAN MORTGAGE FEDERATION. «*Proposal for EU Responsible Lending standards for home loans*», *op. cit.* página 3. Y, CONSUMERS INTERNATIONAL. «*Responsible Lending: An international Landscape*», *op. cit.* página 11.

³⁶² Vid. BANCO MUNDIAL. «*Responsible Lending. Overview of Regulatory Tools*», *op. cit.* páginas 19 a 28. Y, vid. EUROPEAN MORTGAGE FEDERATION. «*Proposal for EU Responsible Lending standards for home loans*», *op. cit.* página 4. Y, CONSUMERS INTERNATIONAL. «*Responsible Lending: An international Landscape*», *op. cit.* páginas 11 y 12.

capacidad de pago del prestatario³⁶³. Para llevar a cabo la evaluación de la solvencia, el prestamista debe recabar la información financiera del consumidor a través de tres vías principales: la información que la entidad crediticia ya posea del consumidor; el requerimiento de información al consumidor; y, el recurso a los registros de crédito³⁶⁴.

5. *La obligación de asesoramiento al consumidor.* En consonancia con la obligación de evaluar la solvencia del consumidor está la obligación de asesoramiento al consumidor. Es decir, el crédito no sólo ha de ser adecuado desde el punto de vista económico, sino que también debe acomodarse a las necesidades y preferencias del consumidor³⁶⁵.

6. *La educación de los consumidores.* Debe promoverse la educación de los consumidores con el objetivo de que éstos comprendan los términos, productos y servicios financieros, y ayudarlos a identificar sus necesidades financieras, así como sus elecciones. En definitiva, asegurar que los consumidores sean conscientes de las consecuencias de sus decisiones financieras³⁶⁶.

7. *Resolución de conflictos.* Por último, se incluyen dentro de este concepto amplio de crédito responsable medidas relativas a las vicisitudes que pueden tener lugar durante la ejecución del contrato de crédito. En primer lugar, en el supuesto de que tenga lugar un cambio en las circunstancias personales del prestatario que provoquen una disminución de sus activos, el prestamista deberá facilitar al prestatario el pago de las cuotas. Si se produjese una renegociación de la deuda, el prestamista debe informar de las consecuencias financieras, las

³⁶³ Vid. EUROPEAN MORTGAGE FEDERATION. «*Proposal for EU Responsible Lending standards for home loans*», *op. cit.* página 6.

³⁶⁴ Vid. EUROPEAN MORTGAGE FEDERATION. «*Proposal for EU Responsible Lending standards for home loans*». *op. cit.* página 4 y 5. Asimismo, CONSUMERS INTERNATIONAL. «*Responsible Lending: An international Landscape*», *op. cit.* páginas 8 y 9. Y, FINCONET. «*FinCoNet report on responsible lending...*», *op. cit.* páginas 11, 12 y 60 a 78.

³⁶⁵ Vid. FINCONET. «*FinCoNet report on Responsible Lending...*», *op. cit.* páginas 11, 12 y 75 a 77. Igualmente, vid. BANCO MUNDIAL. «*Responsible Lending. Overview of Regulatory Tools*», *op. cit.* páginas 40, 42, 43, 44 y 45. Y, vid. CONSUMERS INTERNATIONAL. «*Responsible Lending: An international Landscape*», *op. cit.* página 11.

³⁶⁶ BANCO MUNDIAL. «*Responsible Lending. Overview of Regulatory Tools*», *op. cit.* página 53. Además, vid. CONSUMERS INTERNATIONAL. «*Responsible Lending: An international Landscape*», *op. cit.* página 11. Y, FINCONET. «*FinCoNet report on Responsible Lending...*», *op. cit.* página 11.

implicaciones legales y los costes de la operación, si los hubiere³⁶⁷. El prestatario debe tener a su disposición mecanismos de reclamación tanto internos (proporcionados por la misma entidad crediticia), como independientes (Ombudsman u Oficinas de Reclamación del Consumidor), ante el regulador primario (Banco de España), y, por supuesto, judicial³⁶⁸. La ejecución de la garantía debe constituir el último recurso para el pago de la deuda resultante del incumplimiento del contrato de financiación³⁶⁹.

En definitiva, y por lo que aquí interesa, el enfoque amplio del crédito responsable concibe a éste como un principio que comprende normas destinadas a regular deberes que exceden del ámbito meramente contractual, compeliendo a los Estados miembros a adoptar medidas de política económica. Estas medidas se traducen en la imposición de normas tanto de Derecho Público como de Derecho Privado, que aseguren el comportamiento diligente y transparente de los operadores de crédito. Además, las medidas en que se traduce el principio de crédito responsable en sentido amplio no se circunscriben al momento precontractual, sino que inciden en todas las fases del contrato³⁷⁰.

³⁶⁷ Vid. EUROPEAN MORTGAGE FEDERATION. «*Proposal for EU Responsible Lending standards for home loans*», *op. cit.* páginas 6 y 7.

³⁶⁸ Vid. las observaciones de buenas prácticas número 23, 24, 25 y 26. Vid. FINCoNET. «*FinCoNET report on Responsible Lending...*», *op. cit.* página 13. En la misma línea vid. EUROPEAN MORTGAGE FEDERATION. «*Proposal for EU Responsible Lending standards for home loans*», *op. cit.* página 7.

³⁶⁹ Vid. EUROPEAN MORTGAGE FEDERATION. «*Proposal for EU Responsible Lending standards for home loans*», *op. cit.* página 7. En este sentido, el Banco Mundial va más allá y afirma: «*while collateral is an important aspect in quantifying (and lowering) the riskiness of the client, the repossession of the collateral is not considered a positive result from the point of view of responsible lending. While repossessing a collateral may help the lender lower its losses from an unpaid loan, it usually has long-term negative consequences for the borrower. If a lender has to resort to an above-average number of repossessions compared to its peers, it will often be a sign of a failure of responsible lending behavior of the lending institutions*». BANCO MUNDIAL. «*Responsible Lending. Overview of Regulatory Tools*», *op. cit.* página 35.

³⁷⁰ Es el caso del artículo 28 de la DCH que compele a los Estados miembros a adoptar medidas que habrán de aplicarse en caso de incumplimiento, relativas a demoras y a ejecuciones hipotecarias.

1.2. Enfoque reducido del principio de crédito responsable: la concesión responsable de créditos

La existencia de un enfoque reducido del concepto de crédito responsable se observa en la DCC, cuyo Cdo. 26 identifica la concesión responsable de crédito con la obligación de evaluar la solvencia del consumidor. La versión final de la DCC mantuvo así la línea que se fue perfilando en las diferentes propuestas de Directiva que le precedieron³⁷¹ y que tuvo su origen primigenio en la legislación belga.

1.2.1. Concepto

A diferencia del concepto amplio que he expuesto en el apartado anterior, el crédito responsable en su *enfoque reducido* es un principio jurídico de Derecho privado, que atribuye deberes y cargas tanto al prestamista como al prestatario, conducentes a la contratación de productos crediticios que el consumidor/prestatario pueda asumir económicamente. O, dicho con otras palabras, que el prestamista conceda crédito a consumidores que, probablemente, puedan cumplir con las obligaciones derivadas del contrato. Este principio se traduce en una serie de medidas de naturaleza contractual que consisten en la imposición de deberes al prestamista y en la atribución de cargas al prestatario. Se trata de normas que, además, tienen un marcado carácter preventivo, en el sentido de que persiguen la consecución de su objetivo (evitar el sobreendeudamiento del consumidor) en un momento anterior a la perfección del contrato.

De acuerdo con este enfoque, el principio de crédito responsable es un principio de Derecho contractual. En todo caso, debe advertirse que, como cualquier otro principio, el de crédito responsable no sólo determina la aparición de nuevas normas que imponen deberes, sino que inspira el resto de reglas contenidas en el sector del Derecho al que afecta. El principio de crédito responsable, en su vertiente reducida,

³⁷¹ Recuérdese que el artículo 9 de la Propuesta de 2002 establece la presunción de que, en virtud del principio de crédito responsable, la concesión de un crédito se ha precedido de una evaluación de la solvencia con resultado positivo. También el artículo 6.1 de las Propuesta de 2004 y 2005 identifican el *principio de responsabilidad en el crédito* con la obligación de evaluar la solvencia del consumidor.

trasciende a las normas en que directamente se manifiesta haciendo que se introduzcan otras normas de apoyo³⁷² o inspirando el sentido de las normas que lo componen³⁷³.

1.2.2. Medidas de crédito responsable

Las conductas que se derivan de la vigencia del principio de crédito responsable en sentido reducido, incumben tanto al prestamista, como al prestatario; pudiendo diferenciarse entre conductas de «*responsible lending*» y de «*responsible borrowing*»³⁷⁴. Sobre el prestamista recaen los deberes de evaluar la solvencia del consumidor; proporcionar al consumidor las explicaciones adecuadas; y, consultar las bases de datos que procedan. En cambio, respecto de las conductas que se atribuyen al consumidor, no puede afirmarse que se traten de deberes. Como se verá más adelante, el prestatario tiene, a mi juicio, la carga jurídica de proporcionar al prestamista la información que le haya solicitado³⁷⁵. La DCC también deja de la mano del consumidor la realización del test de idoneidad del consumidor que, en ningún caso tiene carácter obligatorio;

³⁷² Es el caso del artículo 6, relativo a la educación financiera de los consumidores, en el que se encomienda a los Estados miembros promover medidas en ese sentido. El artículo 7 que establece normas de conducta en la concesión de créditos al consumidor. Y, el artículo 9 exige unos requisitos de conocimiento y competencia al personal de las entidades crediticias, intermediarios y representantes designados.

³⁷³ Nos referimos, en este caso, a normas previamente existentes que, con la introducción del principio de crédito responsable ha sufrido cambios. Como la obligación de información precontractual –que, como hemos afirmado previamente, es consustancial a las relaciones de consumo– de los artículos 11, 13, 14, 15, o las normas relativas a la supervisión y control de los intermediarios de crédito y representantes designados del Capítulo 11 y de reconocimiento y supervisión de las entidades no crediticias del Capítulo 12, entre otras.

³⁷⁴ Aunque esta distinción terminológica no aparece en la DCC ni en la DCH (tampoco lo hace el principio de crédito responsable como tal), sí que puede encontrarla en otros documentos emanados de la Comisión Europea en relación con la DCH. Concretamente, en los trabajos preparatorios de la DCH, entre otros: «*Public Consultation on Responsible Lending and Borrowing in the EU*»; «*Summary of Responses to the Public Consultation on Responsible Lending and Borrowing in the EU*»; «*Working Paper on Responsible Lending & Borrowing*», etc...

³⁷⁵ Si el consumidor no proporciona al prestamista la información que éste le haya solicitado, el procedimiento de concesión del crédito no podrá continuar, como se desprende *a sensu contrario* el artículo 20.3 párrafo 4º. Por lo tanto, que el consumidor no desarrolle esa conducta puede repercutir negativamente en sus intereses, ya que no obtendrá el crédito solicitado.

su omisión o realización defectuosa no produce ningún efecto en el plano jurídico.

Del examen de estos deberes y cargas que conciernen tanto a prestamista como a prestatario, se pone de relieve que uno de ellos tiene carácter principal y otros tienen carácter instrumental. La carga del prestatario relativa al suministro de información por parte del consumidor para efectuar la evaluación de la solvencia, así como la consulta del prestamista de las bases de datos, son instrumentales de la propia evaluación de la solvencia. Esto se debe a que la evaluación no será ajustada a la realidad (y, por tanto, inservible) si no se realiza sobre la información adecuada y precisa.

En cuanto al deber del prestamista de proporcionar las explicaciones adecuadas al consumidor, sirve al objetivo preestablecido consistente en que el consumidor sea capaz, haciendo uso de las explicaciones dadas, de valorar la adecuación del contrato a sus necesidades y preferencias³⁷⁶.

Tanto el deber de evaluar la solvencia, como el deber de proporcionar explicaciones adecuadas, vienen a suplir el defecto de información de que adolecen ambas partes³⁷⁷. El prestamista desconoce la situación financiera y personal del prestatario y, por tanto, si está en condiciones de poder cumplir con las obligaciones derivadas del contrato. A tal efecto se establece la obligación de evaluar la solvencia, para averiguar si el consumidor puede cumplir con las obligaciones emanadas del crédito. El prestatario, por su parte, desconoce el mercado de crédito, por lo que debe valerse de las explicaciones del prestamista para adquirir el conocimiento que le permita tomar una decisión razonada.

Otra medida intrínsecamente relacionada con el deber de evaluar la solvencia es el deber del prestamista de denegar el crédito en el caso de que la evaluación arroje un resultado negativo. Para que la obligación de evaluar la solvencia sea una medida efectiva de prevención del sobreendeudamiento, requiere necesariamente que se prohíba al prestamista la concesión del crédito cuando el resultado de dicha

³⁷⁶ En este sentido vid. ÁLVAREZ LATA, N.: «Comentario del artículo 11», *op. cit.* página 524.

³⁷⁷ ÁLVAREZ LATA se refiere a este defecto de información como *doble asimetría informativa*. *Ibidem*, página 525.

evaluación revele que el consumidor no puede hacer frente a las obligaciones derivadas del contrato. Esta prohibición deviene imprescindible para garantizar la concesión de crédito a consumidores que estén en situación de afrontar su devolución. En definitiva, es imprescindible para garantizar la concesión responsable de crédito.

El deber de no conceder crédito en caso de que la evaluación arroje un resultado negativo queda expresamente recogido en el artículo 18.5 a) de la DCH; en cambio, la DCC no lo incluye. A pesar de ello, esta prohibición está intrínsecamente relacionada con la evaluación de la solvencia y es la conducta clave que permite evitar el sobreendeudamiento. Por lo tanto, aunque no se establezca, a mi juicio debe entenderse implícita esta prohibición respecto de la evaluación de la solvencia en el crédito al consumo, como se indicará más adelante.

1.2.3. Carácter precontractual

Todos los deberes que componen el principio de crédito responsable en sentido reducido son previos a la perfección del contrato. El carácter exclusivamente precontractual de las obligaciones derivadas del crédito responsable es coherente con el objetivo de prevenir el sobreendeudamiento, evitando la conclusión de contratos de crédito que pongan en peligro la estabilidad financiera del consumidor. Por tanto, si el contrato de crédito se perfeccionase y durante su vigencia tuviera lugar una situación de sobreendeudamiento, las posibles medidas al efecto³⁷⁸ no serían medidas de crédito responsable (de acuerdo con su enfoque reducido), ya que no previenen, sino que reaccionan frente a un endeudamiento excesivo ya ocurrido.

1.2.4. Principio de orden público

A la vista del contenido y la naturaleza del principio de crédito responsable, este principio supone una nueva manifestación de la intervención del legislador europeo en las relaciones jurídico-privadas.

³⁷⁸ El artículo 28 de la DCH constituye un ejemplo de las medidas a las que no referimos. Bajo el título «demoras y ejecución hipotecaria» se recogen una serie de propósitos –no deberes, debido a su inconcreción– en esta línea, que según nuestra opinión no pueden calificarse de medidas de crédito responsable

Desde el punto de vista del Derecho de la Unión, la protección del consumidor es un principio (*ex* artículo 169 TFUE) revestido de interés público, como señala reiterada jurisprudencia del TJUE³⁷⁹. Sin embargo, el TJUE no ha admitido, con carácter general, que el principio de protección de los consumidores sea de orden público. En cambio, sí ha afirmado que el artículo 6.1 de la DCA³⁸⁰, «*se ha de interpretar en el sentido de que debe atribuirse a las normas para su transposición en el Derecho nacional el trato procesal reservado a las normas de orden público en el ordenamiento jurídico interno*»³⁸¹.

A efectos de dilucidar si la protección del consumidor es un principio de orden público en el seno de la Unión, cabe preguntarse qué debe entenderse por orden público en la legislación europea. El Abogado General MENGOZZI, tras señalar que el TJUE nunca ha señalado qué es el orden público o qué requisitos permiten identificarlo, propone una definición de orden público, considerando que una norma tendrá esta naturaleza cuando «*pretenda contribuir a un objetivo o valor fundamental del ordenamiento jurídico de la Unión y desempeñe un papel significativo en la consecución de dicho objetivo o valor y, por otra parte, si dicha norma fue establecida en interés de terceros o de la colectividad en general, y no meramente en interés de las personas directamente afectadas*»³⁸².

De acuerdo con la definición propuesta, el principio de crédito responsable tiene, a mi juicio, carácter de principio de orden público en la legislación de la Unión por dos razones. En primer lugar, los deberes que emanan de este principio contribuyen a la protección de los consumidores, un valor fundamental del Derecho de la Unión. En

³⁷⁹ Vid. entre otras, la STJUE de 14 de junio de 2012, asunto C-618/10 [ECLI:EU:C:2012:349], apartado 68; STJUE de 13 de septiembre de 2018, asunto C-176/17 [ECLI:EU:C:2018:711], apartado 35; STJUE de 20 de septiembre de 2018, asunto C-51/17 [ECLI:EU:C:2018:750], apartado 86.

³⁸⁰ El citado artículo dispone que «*los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas*».

³⁸¹ Vid. STJUE de 30 de mayo de 2013, asunto C-488/11 [ECLI:EU:C:2013:341], apartado 35. Y, en el mismo sentido vid. también la STJUE de 20 de septiembre de 2018, asunto C-51/17 [ECLI:EU:C:2018:750], apartado 89.

³⁸² Vid. Conclusiones del Abogado General Sr. Paolo MENGOZZI presentadas el 30 de mayo de 2017, asunto C-122/16 [ECLI:EU:C:2017:406], apartados 102 y 103.

segundo lugar, se trata de un principio establecido en interés de la colectividad. Considerar el principio de crédito responsable como un principio de orden público resulta, además, congruente con *la intervención positiva, ajena a las partes del contrato para paliar la situación de desequilibrio existente entre el consumidor y el profesional* que predica el TJUE respecto de la protección del consumidor³⁸³. Esta afirmación del TJUE, a pesar de referirse a la protección del consumidor en el ámbito de las cláusulas abusivas, podría ser trasladada, en mi opinión, al principio de crédito responsable, pues no hay duda de que en las relaciones donde actuaría dicho principio existe el mismo desequilibrio.

La intervención pública en asuntos puramente privados también encuentra justificación en nuestro ordenamiento en el mandato constitucional contenido en el artículo 51 CE³⁸⁴. La protección del consumidor, en tanto constituye un principio rector de la política social y económica (Título I, Capítulo III de la CE) determina que la generalidad de las normas que lo componen sean normas de orden público³⁸⁵. El carácter de orden público de las normas de crédito responsable

³⁸³ Vid. STJUE, de 21 de febrero de 2013, asunto C-472/11 [ECLI:EU:C:2013:88], apartado 21.

³⁸⁴ Cfr. ÁLVAREZ LATA, N.: «*Invalidez e ineficacia en Derecho Contractual de Consumo Español...*», *op. cit.* página 24.

³⁸⁵ Otra cuestión es la relativa a qué debe entenderse por orden público, ya que, tradicionalmente, se ha perfilado como un concepto confuso, oscuro e impreciso. Vid. DE CASTRO, F.: «Limitaciones intrínsecas a la autonomía de la voluntad», *op. cit.* páginas 1021 y 1022. Y, en el mismo sentido, vid. OLIVA BLÁZQUEZ, F.: «Límites a la autonomía privada en el Derecho de contratos: la moral y el orden público» en *La autonomía privada en el Derecho civil*. PARRA LUCÁN, M. A. (Dir.). Aranzadi. Cizur Menor. 2016. Página 334.

La jurisprudencia ha intentado poner luz en este asunto. Como pone de relieve la STS 54/2002 de 5 de febrero de 2002 [RJ 2002,1600] y reitera la SAP de Barcelona 263/2004 de 24 de mayo [JUR 2005,36597], tradicionalmente, se ha utilizado el concepto de orden público para referirse a «*aquellos principios jurídicos, públicos y privados, políticos, morales y económicos que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada*» [Vid. STS de 5 de abril de 1966 y de 31 de diciembre de 1979 (RJ 1979/4499)]. Sin embargo, con la aprobación de la CE se ha concebido que el orden público «*constituye la expresión que se le da a la función de los principios generales del derecho en el ámbito de la autonomía privada, consistente en limitar su desenvolvimiento en lo que los vulnere, y que, básicamente, hoy han de tenerse en cuenta, como integrantes del orden público, los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución*» [Vid. STS 54/2002 de 5 de febrero de 2002 (RJ 2002/1600)].

determinan su carácter imperativo, irrenunciable por el consumidor y que sean susceptibles de limitar la autonomía de la voluntad de las partes (artículo 1255 Cc)³⁸⁶.

El crédito responsable se encuadra en el denominado orden público de protección, en tanto son normas que se ocupan de proteger a una de las partes en una situación de *debilidad* económica³⁸⁷. Además, también es subsumible en el concepto de *orden público económico* ya que los deberes y cargas emanados del crédito responsable suponen una intervención del Estado en el tráfico económico. Concretamente, en las relaciones contractuales, limitando la autonomía privada de las partes a través de normas de carácter imperativo³⁸⁸.

Examinados los dos enfoques del concepto de crédito responsable, cabe observar que no se trata de enfoques incompatibles, al contrario. El enfoque reducido es una manifestación concreta del enfoque amplio, el cual incluye otras medidas de carácter heterogéneo. En lo concerniente al presente trabajo, al hablar del principio de crédito responsable, se hará referencia al enfoque reducido. Esto se debe a que el objeto de la tesis es la obligación de evaluar la solvencia del consumidor de crédito y este deber se enmarca dentro del enfoque reducido de la evaluación, en tanto se circunscribe a medidas de Derecho privado relativas al ámbito

³⁸⁶ En este sentido cabe citar las SSAP de A Coruña 396/2008 de 22 de septiembre de 2008 [AC 2008/1960], F. J. 3º, que se refiere al orden público como la «*manifestación de los valores fundamentales sobre los que asienta un ordenamiento jurídico y que tienen su manifestación más evidente en el propio texto constitucional como norma de mayor orden jerárquico, cuyos valores y principios no pueden ser desconocidos por ninguna disposición legal, ni tampoco por la lex inter partes en la que consiste el contrato (art. 1091 del CC)*». Y, la STSJ de Madrid 13/2015 de 28 de enero de 2015 (JUR 2015\79489), F.J. 4º.

³⁸⁷ Vid. DE CASTRO, F.: «Limitaciones intrínsecas a la autonomía de la voluntad», *op. cit.* página 1048. Y, cfr. ÁLVAREZ LATA, N.: «*Invalidez e ineficacia en Derecho Contractual de Consumo Español...*», *op. cit.* página 24.

³⁸⁸ Cfr. STS 54/2002, de 5 de febrero de 2002 (RJ 2002\1600), F.J. 2º, el principio de crédito responsable es «*consecuencia de la intervención del Estado en la vida económica, la cual se manifiesta a través de normas imperativas y de los principios básicos del orden económico, aunque no se hayan traducido en normas de aquella categoría, que deben limitar la autonomía privada en el sentido de que no puede desenvolverse en contra de los mismos; se define así el orden público económico como el conjunto de reglas obligatorias en las relaciones contractuales concernientes a la organización económica, las relaciones sociales y la economía interna de los contratos*». Y, cfr. ÁLVAREZ LATA, N.: «*Invalidez e ineficacia en Derecho Contractual de Consumo Español...*», *op. cit.* página 24.

contractual y tiene un marcado carácter preventivo del sobreendeudamiento.

2. Crédito responsable como «suministro de explicaciones adecuadas» y «evaluación de la solvencia»

Las dos obligaciones en que se manifiesta el principio de crédito responsable con carácter principal son, de acuerdo con su enfoque reducido, la obligación de evaluar la solvencia y el deber de suministrar explicaciones adecuadas, ambas a cargo del prestamista³⁸⁹. Con la evaluación de la solvencia, el prestamista debe cerciorarse de que el contrato de crédito es asumible económicamente por el prestatario y negar la concesión si el resultado de la evaluación es negativo. La obligación del prestamista de dar explicaciones adecuadas persigue que el consumidor averigüe si el contrato de crédito se ajusta a sus intereses y/o necesidades. Es decir, que lleve a cabo un test de idoneidad.

La realización del test de idoneidad fue en un primer momento encomendada al prestamista a través de la obligación de asesoramiento (vid. Propuesta de Directiva de 2004, artículo 6.4³⁹⁰). Pero, este deber decayó finalmente en favor del deber de suministrar explicaciones adecuadas del prestamista. En consecuencia, si en un primer momento el prestamista debía elegir entre los productos que ofertaba el que más se ajustase a los intereses y necesidades del consumidor, con la sustitución de este deber por el de facilitar las explicaciones adecuadas, la realización del test de idoneidad se trasladó al prestatario, dejando de

³⁸⁹ En este sentido se pronuncia también ÁLVAREZ LATA cuando afirma que la obligación de dar explicaciones adecuadas y la de evaluar la solvencia son «representativas del principio de responsabilidad en la concesión del crédito». ÁLVAREZ LATA, N.: «Notas a la STJUE de 18 de diciembre de 2014 (asunto C-449-13, CA Consumer Finance SA vs I. Bakkaus; Mr.&Ms. Bonato). Obligaciones derivadas del principio de crédito responsable: primeras interpretaciones del TJUE» en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*. Nº 13. 2015. Página 245.

³⁹⁰ «El prestamista, o en su caso el intermediario de crédito, elegirán entre los contratos de crédito que ofrezcan o los contratos en los que intervengan habitualmente el tipo y el importe total del crédito mejor adaptados, teniendo en cuenta la situación financiera del consumidor, las ventajas y desventajas del producto propuesto y el objetivo del crédito».

ser preceptivo para quedar su ejecución al arbitrio del propio consumidor.

En cuanto al momento de la realización de una u otra conducta, lo más razonable es que la evaluación de la solvencia se realice con carácter previo al deber de dar explicaciones adecuadas. Con el cumplimiento de la obligación la evaluar la solvencia del consumidor, la entidad de crédito determinará si el consumidor está posición de asumir económicamente el crédito propuesto en las condiciones ofertadas. Si la respuesta es afirmativa, el prestamista podrá conceder el crédito. A partir de este momento, procedería que el prestamista facilitase al consumidor la información precontractual y las explicaciones adecuadas con el objeto de que el consumidor conozca, asimile y entienda los aspectos relacionados con la perfección del contrato de crédito.

2.1. Obligación de dar explicaciones adecuadas

La obligación del prestamista de facilitar al consumidor las explicaciones adecuadas tiene como objetivo que el consumidor, habiendo recibido la información y, más concretamente, las explicaciones adecuadas, examine si el producto ofrecido se ajusta a sus necesidades o, de ser varios, cuál de ellos le conviene más.

En las dos Directivas analizadas, la idea o pretensión de que el consumidor forme parte en la elección del producto crediticio que adquiere, se halla presente. Esta cuestión no es nueva: el poder de elección del producto y, en última instancia, el poder de elegir si finalmente adquiere el producto o servicio, es el único poder que conserva el consumidor una vez despojado del poder de negociación y su situación de inferioridad respecto del de información³⁹¹. Sin embargo, sí que puede observarse un cambio en estas Directivas respecto de la legislación anterior: se pretende que el consumidor, no sólo elija el producto, sino que escoja aquel producto crediticio que sea más adecuado a sus intereses. De esta manera, se facilita de algún modo que

³⁹¹ Cfr. PEÑA LÓPEZ, F.: «Comentario al artículo 10» en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*. Aranzadi. Cizur Menor. 2015 (2ª Edición). Página 104.

el consumidor sea responsable («*responsible borrowing*»), en el sentido de que utilice los medios a su alcance para valorar la idoneidad del producto a su situación personal y financiera, y en última instancia, tomar una decisión razonada³⁹².

2.1.1. Obligación de suministrar explicaciones adecuadas y obligación de información

Para que el consumidor pueda llevar a cabo una elección razonada, debe conocer y disponer de cierta información. Como se ha visto, la obligación de información (en cuanto a técnica de protección del consumidor) constituye un pilar en el Derecho de consumo por la «*posición estructuralmente débil*»³⁹³ que ocupa el consumidor en las relaciones de esta índole. Sin embargo, los deberes de información no se contemplan únicamente en normas consumo, sino que tiene cabida en otros ámbitos en los que puede predicarse un cierto desequilibrio entre las partes contratantes por la falta, de nuevo, de poder de negociación e información.

³⁹² Esta idea se refleja claramente en el apartado 6 del artículo 5 DCC que establece la obligación del prestamista de facilitar al consumidor las explicaciones adecuadas «*para que este pueda evaluar si el contrato de crédito propuesto se ajusta a sus necesidades y situación financiera*». En este sentido, el Cdo. 27 justifica la inclusión de este deber en que «*a pesar de la información precontractual que ha de proporcionarse, el consumidor puede necesitar ayuda para decidir qué contrato, de entre todos los contratos propuestos, es el que mejor se ajusta a sus necesidades y su situación financiera*». Así, con las oportunas explicaciones, el consumidor «*pueda entender qué repercusiones puede tener sobre su situación económica*».

La DCH vuelve a insistir en su exposición de motivos (Cdo. 48) sobre la necesidad del consumidor de «*asistencia suplementaria para decidir en qué contrato de crédito, de entre todos los productos propuestos, es el que mejor se ajusta a sus necesidades y su situación financiera*», con el objetivo de que «*pueda entender qué repercusiones pueden tener su situación económica*». Incluso incide en que el deber de proporcionar explicaciones adecuadas «*no deben constituir de por sí una recomendación personal*», ya que es el consumidor quien debe llegar a determinar cuál es el producto idóneo para él. Esta idea se reproduce en el artículo 16, dedicado al deber de proporcionar explicaciones adecuadas (adquiriendo autonomía respecto del deber de información precontractual). En él, se apunta que el objetivo de este deber es que «*el consumidor pueda calibrar si dichos contratos y servicios accesorios se adaptan a sus necesidades y a su situación financiera*».

En este sentido vid. ÁLVAREZ LATA, N.: «Comentario del artículo 11», *op. cit.* páginas 523 y 524.

³⁹³ PEÑA LÓPEZ, F.: «Comentario al artículo 10», *op. cit.* página 104.

Como se ha visto, en el ámbito financiero entendido en un sentido amplio (no circunscrito únicamente a los productos de financiación), la obligación de información ha sido la herramienta más utilizada por el legislador en las regulaciones relativas a este tipo de mercados³⁹⁴.

Por tanto, en el marco de los contratos de financiación con consumidores, los deberes de información no se incluyen únicamente por el hecho de que pueda tratarse de una relación de consumo, sino que también se debe a la complejidad que revisten estos productos. Por tanto, de tratarse de un contrato de financiación con un consumidor, la necesidad de protección es doble: por la posición de inferioridad de la persona con quien se contrata y por la complejidad del producto. En este contexto, la obligación de información se ha erigido como el mecanismo principal para proteger al consumidor.

Sin embargo, como hemos visto, el deber de informar, no es un mecanismo útil por sí solo para garantizar que el consumidor tome una decisión razonada³⁹⁵. Consecuentemente, si no puede garantizarse que los consumidores hayan conocido, comprendido y asimilado la información, tampoco podrá asegurarse que éstos lleven a cabo una evaluación correcta y adecuada sobre si pueden afrontar la devolución del importe del crédito.

³⁹⁴ Las razones que explican la adopción de la obligación de información en el campo de los mercados financieros las sistematiza AVGOULEAS en siete razones fundamentales: 1.- Aumenta la información disponible, de manera que el inversor pueda tomar una decisión razonada; 2.- Mejora la eficiencia del mercado, ya que incrementar la información disponible conduce a una mejor fijación de precios de los títulos; 3.- Reduce el coste de la búsqueda de información; 4.- Fomenta que los mercados sean justos éticos y competitivos, eliminando la ventaja, en términos de información, de la que disfrutaban aquellos con información privilegiada; 5.- Puede ayudar a la estabilidad del mercado, conteniendo la volatilidad producida por la información limitada; 6.- Promueve la disciplina del mercado; y, 7.- Disuade el fraude. No obstante, como más adelante indica, estas razones no son las únicas: el auge de la obligación de información es consecuencia de la desregularización y la confianza en el modelo de inversor racional, y con ello, en la confianza en la teoría de la elección racional o «*rational choice theory*». Vid. AVGOULEAS, E.: «The Global Financial Crisis and the Disclosure Paradigm in European Financial Regulation: The Case for Reform» en *6 European Company and Financial Law Review* 440 2009. Página 9.

³⁹⁵ Vid. página 74 y ss., donde se expone el funcionamiento de la obligación de información.

Ambas Directivas reconocen implícitamente que la obligación de información puede no ser suficiente para que el consumidor tome una decisión razonada³⁹⁶. Este reconocimiento de la ineficacia de la obligación de información tradicional, parece ser la justificación para la introducción de la obligación del prestamista de proporcionar explicaciones adecuadas (arts. 5.6 DCC y 16 DCH).

La obligación de facilitar explicaciones adecuadas por parte del prestamista al consumidor es una evolución de la obligación de información tradicional, es decir, entendida como puesta a disposición del consumidor de la información necesaria. El prestamista, en su papel de profesional en el mercado, debe transformar la información para hacerla más accesible al consumidor³⁹⁷. Ello con el objetivo de que el consumidor adquiera efectivamente la información necesaria y se sirva de ella para tomar una decisión razonada³⁹⁸. Considero que el prestamista debería dar cumplimiento a este deber transformando el lenguaje técnico de la información a un lenguaje más sencillo y

³⁹⁶ En este sentido la propia DCC establece en su Cdo. 26 que, *a pesar de la información precontractual que ha de proporcionarse, el consumidor puede necesitar ayuda para decidir qué contrato de crédito [...] es el que mejor se ajusta a sus necesidades y su situación financiera [...]*. La DCH se limita a reconocer en su Considerando 48^o que *el consumidor puede necesitar asistencia suplementaria* –de la obligación de información, se entiende– *para decidir qué contrato de crédito [...] es el que mejor se ajusta a sus necesidades y situación financiera*.

³⁹⁷ En cuanto a la manera de llevar a cabo este deber, la DCC indica, únicamente en el Cdo. 27 (sin que se refleje en el texto legal), que estas explicaciones se han llevar a cabo *«de una forma personalizada, de manera que pueda entender qué repercusiones pueda tener sobre su vida económica»*. En cambio, la DCH proporciona orientaciones más detalladas respecto a la ejecución: en primer lugar, el Cdo. 48 apunta que los prestamistas e intermediarios de crédito *«deben adaptar el modo de proporcionar tales explicaciones a las circunstancias en que se ofrezca el crédito y a la necesidad de asistencia del consumidor; habida cuenta de los conocimientos y la experiencia crediticios de este y de la índole de los productos de crédito específicos»*. Sin embargo, estas instrucciones no se incluyen en el texto de la Directiva, en su lugar compele a los EEMM a regulen las cuestiones relativas al procedimiento.

³⁹⁸ La obligación del prestamista de proporcionar explicaciones adecuadas, según el texto de los artículos 5.6 DCC y 16 de la DCH, incluye las explicaciones de la información precontractual; de las características esenciales de los productos propuestos; de los efectos específicos que los productos propuestos puedan tener sobre el consumidor, incidiendo en aquellos que se derivarían del impago; y, la DCH añade las explicaciones relativas a los servicios accesorios combinados con el contrato de crédito, en el caso de que cada componente del paquete puede rescindirse por separado y las posibles consecuencias para el consumidor.

personalizando la información, adaptándola a la situación y preferencias del consumidor³⁹⁹. A través de estos deberes se pretende que el consumidor tenga acceso a la información, la conozca (aunque no la lea), y le sea inteligible.

2.1.2. Flaquezas de la obligación de dar explicaciones adecuadas como herramienta de prevención del sobreendeudamiento

Aunque se trata de un cambio relevante en la manera en que se ha de informar al consumidor respecto de la obligación de información tradicional, la obligación de prestar explicaciones adecuadas no está exenta de cuestiones problemáticas que merman la potencial efectividad del test de idoneidad.

A. Relativas al deber de facilitar explicaciones adecuadas

Uno de los fallos atribuibles al deber de dar explicaciones adecuadas está relacionado con el modo de suministro de dichas explicaciones. Los Estados miembros deben regular cómo se llevará a cabo el procedimiento, su alcance y la parte que se hará cargo de ella, pero teniendo en cuenta *las circunstancias de la situación en que se ofrece el contrato de crédito, la persona a quién se ofrece y la naturaleza del crédito ofrecido*⁴⁰⁰.

Existen, por tanto, tres factores que condicionan o deben condicionar la prestación de explicaciones: las circunstancias en las que se ofrece el crédito; el propio consumidor; y, las características del contrato ofrecido. De estos factores, cabe detenerse en los dos últimos.

En la prestación de explicaciones adecuadas, la transformación de la información que debe practicar el prestamista debe ser de diferente nivel, dependiendo de *los conocimientos y la experiencia crediticia* del consumidor⁴⁰¹, así como del nivel educativo del consumidor (que influye de manera determinante en factores tales como la comprensión lectora, el manejo de vocabulario, etc.). La consecución de esta tarea no parece fácil *a priori*. Los obligados a prestar explicaciones pueden no conocer

³⁹⁹ Cfr. ÁLVAREZ LATA, N.: «Comentario del artículo 11», *op. cit.* página 539.

⁴⁰⁰ Vid. art. 16.2 DCH, y de manera muy similar se pronuncia el art. 5.6 de la DCC.

⁴⁰¹ Vid. Cdo. 48 de la DCH.

qué aspectos de la información deben explicar a los consumidores⁴⁰². En el caso de conocerla, la obligación de prestar explicaciones adecuadas, requiere de ciertas habilidades pedagógicas, que la norma no exige al menos por el momento, al personal de las entidades crediticias. Por lo tanto, parece que no es factible asumir que los obligados por los Estados miembros a proporcionar las explicaciones, vayan a estudiar analizar y entender la información que deben explicar, para después evaluar el nivel de conocimientos de los consumidores y, una vez hecho eso adecuar la información al consumidor.

En cuanto a la naturaleza del crédito ofrecido como factor que debe condicionar la prestación de las explicaciones adecuadas, debe repararse en la complejidad que revisten los productos de crédito que serán objeto de explicación. A medida que el producto crediticio aumenta en complejidad, el obligado a suministrar las explicaciones deberá manejar más información y más compleja y detallada, dificultando aún más la consecución de su tarea.

B. Relativas a la finalidad que persigue la obligación de dar explicaciones adecuadas: el test de idoneidad

El consumidor, por su parte, debe hacer uso de las explicaciones dadas por el prestamista o intermediario de crédito, para tomar la decisión más conveniente a sus intereses. Con la asignación del test de idoneidad al consumidor, se promueve que éste asuma parte de responsabilidad en la elección del producto crediticio. Sin embargo, aunque se pretenda que el consumidor tome parte activa en el proceso de adquisición del crédito, la posición de inferioridad intensificada que asume en el mercado imposibilita, en mi opinión, el éxito de dicho objetivo.

El consumidor debe evaluar la idoneidad del un producto de crédito sofisticado, en un mercado complejo y presionado, en muchas ocasiones, por la necesidad de adquirir un bien de primera necesidad. Además, los operadores de crédito juegan un papel muy importante en la realización del test de idoneidad del prestatario ya que pueden acentuar la

⁴⁰² Tanto el artículo 5.6 DCC, como el 16 DCH proponen algunos aspectos que podrán ser objeto de explicación, pero a modo de ejemplo, sin que constituyan una lista taxativa.

complejidad del producto, disuadiendo a los consumidores de que realicen dicho test⁴⁰³.

Igualmente, debe traerse a colación que el consumidor, aunque quiera, puede no realizar una evaluación de idoneidad correcta respecto del contrato de crédito, en tanto adolece de una serie de obstáculos cognitivos que le impiden la adecuada comprensión de los términos recogidos en el contrato. La obligación del prestamista y demás operadores crediticios de suministrar las explicaciones adecuadas podría ayudar al consumidor a superar algunos de ellos, pero aun así no puede afirmarse que el suministro de explicaciones adecuadas garantice que el consumidor evalúe la idoneidad del contrato o, que, en caso de realizarla, el resultado sea óptimo⁴⁰⁴.

En consecuencia, que el consumidor sea el encargado de evaluar la idoneidad del contrato puede resultarle una tarea gravosa, puesto que la personalización de la información no conlleva inexorablemente la realización de un test de idoneidad exitoso. Que el consumidor conozca y asimile la información, no determina que la use para hacer una elección adecuada. Además, que sea el consumidor el encargado de realizar el test de idoneidad supone hacerle responsable de su elección (el prestamista se descargaría de toda responsabilidad si probara que el consumidor, en la evaluación de la solvencia, tenía un resultado positivo). La cuestión reside en dilucidar si es aceptable hacer responsable al consumidor de la opción escogida sobre la base de una obligación de información (mejorada, eso sí) que no demuestra haber solventado aquellos defectos de los que adolece la obligación de información tradicional y que impiden

⁴⁰³ A este respecto, BAR-GILL expone que «*As we have seen, imperfectly rational borrowers, often deal with complexity by ignoring it. They simplify the decision problem by ignoring no salient price dimensions, and approximating, rather than calculating, the impact of the salient dimensions that cannot be ignored. In particular, limited attention and limited memory might result in the exclusion of certain price dimensions from consideration. And limited processing ability might prevent borrowers from accurately aggregating the different price component into a single, total expected price that would serve as the basis for choosing the optimal loan. Increasing complexity may be attractive to lenders because it allows them to hide the true cost of the loan in a multidimensional pricing maze*». Vid. BAR-GILL, O.: «*Seduction by contract*». Oxford. 2012. Página 159.

⁴⁰⁴ Vid. página 74 y ss., donde se expone el funcionamiento de la obligación de información.

su eficacia⁴⁰⁵. En este sentido, cabe reincidir en que la Propuesta de DCC de 2004 recogía la obligación de asesoramiento, que imponía a los prestamista e intermediarios de crédito realizar el test de idoneidad que después se trasladaría a los consumidores.

De todos modos, todo lo que se acaba de explicar acerca de la dudosa eficacia de la obligación de suministrar las explicaciones adecuadas al consumidor debe ser relativizado por dos consideraciones que afectan intensamente a su trascendencia. En primer lugar, la ineficacia de la obligación de dar explicaciones adecuadas, esto es, la falta de evaluación de la idoneidad del contrato por el consumidor o la evaluación errónea, no determina ninguna consecuencia jurídica para el consumidor. En segundo lugar, antes de realizarse el test de idoneidad se habrá efectuado la evaluación de la solvencia. Por tanto, todos los productos propuestos serán asumibles económicamente por el consumidor, con lo que, los efectos de una evaluación errónea o inexistente de la idoneidad del crédito no tendrán un gran impacto en el consumidor, ya que no afectarán a la posibilidad de éste de cumplir con los compromisos adquiridos.

2.2. Obligación de evaluar la solvencia

A través de la evaluación de la solvencia del consumidor, el prestamista debe cerciorarse de que el potencial prestatario está en condiciones (que previsiblemente mantendrá en el futuro) de afrontar el pago de las cuotas del crédito en el tiempo estipulado. Para ello, el prestamista necesitará recopilar la información relevante a este efecto, ya sea a través del propio consumidor o de la consulta de bases de datos. El objetivo de esta evaluación, más allá de la averiguación de las perspectivas de repago del crédito del prestatario, es la utilización del resultado obtenido para tomar una decisión coherente con el mismo cuando éste muestre un resultado negativo, no concediendo el crédito. De esta manera se evita la concesión de créditos a consumidores que no se encuentren en condiciones de asumir económicamente las

⁴⁰⁵ «Not only does the empirical evidence show that mandated disclosure regularly fails in practice, but its failure is inevitable [...]». Vid. BEN-SAHAR, O.; SCHNEIDER, C.E. *op. cit.* página 651.

obligaciones derivadas del contrato de crédito y, por consiguiente, se previene el sobreendeudamiento.

La prohibición de conceder crédito cuando la evaluación muestre un resultado negativo se recoge en el art. 18.5 *a)* de la DCH, que permite a los prestamistas conceder el crédito únicamente si *es probable* que puedan cumplir con las obligaciones emanadas del contrato de crédito⁴⁰⁶. No obstante, puede afirmarse que la prohibición de conceder crédito cuando el resultado de la evaluación sea negativo es una consecuencia lógica del principio de crédito responsable es tanto deviene esencial para la prevención del sobreendeudamiento del consumidor. En este sentido, cabe traer a colación el contenido del Cdo. 57 DCH que, aunque carezca de fuerza legal, debe tenerse en cuenta a la hora de interpretar la norma⁴⁰⁷. Este Considerando es contundente al afirmar que el prestamista debe tomar una decisión coherente con el resultado de la evaluación de la solvencia, pero solamente cuando el resultado sea negativo. De manera que, como recoge el artículo 18.5 *a)* de la DCH, el prestamista habrá de denegar el crédito en caso de una evaluación negativa. Sin embargo, en ningún caso, habrá de entenderse que el prestamista esté obligado a conceder el crédito en caso de que la evaluación sea positiva.

En cambio, en la DCC no quedó recogida la prohibición de conceder crédito en caso de una evaluación negativa. Sin embargo, considero que esta prohibición debe entenderse implícita respecto del principio de crédito responsable en la medida que es imprescindible para la consecución de su objetivo: la prevención del sobreendeudamiento. La motivación de la DCC incide en la idea de la concesión responsable de crédito⁴⁰⁸, y no puede afirmarse que exista concesión responsable de

⁴⁰⁶ El tenor literal del apartado 5 del artículo 18 dispone 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*».

⁴⁰⁷ Vid. reiterada jurisprudencia del TJUE, entre otras, la Sentencia de 17 de septiembre de 2007, asunto T-201/04 [ECLI:EU:T:2007:289], apartado 1258; STJUE de 30 de noviembre de 2011, asunto T-208/06 [ECLI:EU:T:2011:701], apartado 131; y, STJUE de 2 de marzo de 2012, asuntos T-29/10 y T-33/10 [ECLI:EU:T:2012:98].

⁴⁰⁸ Y, como se apuntado, «*la parte dispositiva de un acto no puede dissociarse de su motivación, por lo que, en caso necesario debe interpretarse teniendo en cuenta los*

crédito si éste se adjudica a pesar de haber obtenido un resultado negativo. Por tanto, la concesión de crédito al consumo a pesar de un resultado negativo de la evaluación de la solvencia iría en contra del espíritu de la DCC.

La obligación de evaluar la solvencia parece ser la medida más trascendente del principio de crédito responsable en su enfoque reducido, ya que el deber del prestamista de facilitar al consumidor las explicaciones adecuadas no deja de ser una manifestación, aunque más sofisticada, del deber de información y adolece de muchos de los problemas señalados respecto de la obligación de información tradicional. Esta circunstancia explica que, por ejemplo, la Propuesta de DCC de 2002 y la DCC identifiquen el principio de crédito responsable con la evaluación de la solvencia.

En los Capítulos siguientes examinaremos en profundidad el contenido de la evaluación del prestamista de la solvencia del consumidor, valorando si tiene el potencial que se le presume.

motivos que han llevado a su adopción». Vid. STJUE de 17 de septiembre de 2007, asunto T-201/04, apartado 1258, y la jurisprudencia ahí citada.

CAPÍTULO IV. NATURALEZA JURÍDICA, CONTENIDO E INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DEL PRESTAMISTA DE EVALUAR LA SOLVENCIA DEL CONSUMIDOR DE CRÉDITO

Entre las obligaciones en las que se manifiesta el principio de crédito responsable, se ha observado que la obligación de evaluar la solvencia del consumidor de crédito es la obligación con mayor relevancia para abordar el problema del endeudamiento excesivo del consumidor. Sin embargo, la evaluación de la capacidad crediticia del prestatario por parte del prestamista no es una práctica novedosa en el ámbito bancario, aunque es cierto que por vez primera adquiere rango legal⁴⁰⁹.

En este Capítulo vamos a comenzar comentando las diferencias existentes entre los procedimientos de verificación de la capacidad financiera del consumidor que realizan las entidades de crédito y la nueva obligación de evaluar la solvencia del consumidor. A continuación, se analizará la naturaleza y contenido de esta obligación, así como las circunstancias que determinan su incumplimiento desde la óptica del Derecho de la Unión y su transposición a la legislación española.

I. CUESTIONES PRELIMINARES: LA ACTIVIDAD BANCARIA Y LA GESTIÓN DE RIESGOS

El negocio bancario está intrínsecamente relacionado con la asunción de riesgos⁴¹⁰. Las entidades de crédito, en el ejercicio de su actividad de intermediación financiera tienen que hacer frente a los riesgos

⁴⁰⁹ Cfr. ÁLVAREZ LATA, N.: «Comentario al artículo 14» en *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo*. MARÍN LÓPEZ, M.J. (Director). Aranzadi. Cizur Menor. 2014. Página 585. Y, ÁLVAREZ OLALLA, P.: «La obligación de evaluar la solvencia y su incumplimiento» en *La prevención del sobreendeudamiento privado. Hacia un préstamo o consumo responsables*. CUENA CASAS, M. (Directora). Aranzadi. Cizur Menor. 2017. Página 758.

⁴¹⁰ VAN GESTEL, T.; BAESENS, B.: «*Credit Risk Management*». Oxford University Press. 2009. Página 23. AAVV: «La gestión de los riesgos en las entidades de crédito» en *Las entidades de crédito: funcionamiento y gestión*. GARRIDO BUJ, S. (Coords.) Universidad Nacional de Educación a Distancia. Madrid. 2001. Página 58.

inherentes a toda actividad empresarial⁴¹¹ y, también, a aquellos ínsitos a la actividad financiera⁴¹². El beneficio económico propio de la actividad bancaria se obtiene, precisamente, de la asunción de los riesgos propios de la actividad financiera⁴¹³. No obstante, para asegurar la rentabilidad de las operaciones bancarias, se hace imprescindible una adecuada gestión del riesgo que asegure su adecuado control⁴¹⁴.

1. Riesgo de crédito

En la actividad de intermediación financiera, las entidades de crédito deben hacer frente a diversos riesgos⁴¹⁵. De este catálogo de riesgos, el de crédito es el riesgo por antonomasia asociado a la actividad bancaria. El riesgo de crédito consiste en la pérdida potencial que deben afrontar las entidades de crédito en caso de que el prestatario incumpla o vea

⁴¹¹ «Like another firms, banks are exposed to classical operational risks like infrastructure breakdown, supply problems, environmental risks, etc. More typical and important for a bank are the financial risks it takes by its transformation and brokerage function». VAN GESTEL, T.; BAESENS, B.: «*Credit Risk Management*» Oxford University Press. 2009. Página 1.

En el mismo sentido, BALBUENA RIVERA, M.: «Análisis del riesgo financiero de las personas físicas y su impacto en el coste crediticio» en *Préstamo Responsable y Ficheros de Solvencia*. CUENA CASAS, M.; PRATS ALBENTOSA, L. (Coords.). Aranzadi. Cizur Menor. 2014. Páginas 118 y 120. Y, AAVV: «La gestión de los riesgos en las entidades de crédito» en *Las entidades de crédito: funcionamiento y gestión*. GARRIDO BUJ, S. (Coords.) Universidad Nacional de Educación a Distancia. Madrid. 2001. Páginas 475 y 476.

⁴¹² «Banks act as brokers between supply and demand of securities, and they transform short-term deposits into medium- and long-term credits». VAN GESTEL, T.; BAESENS, B. *op. cit.* página 1.

⁴¹³ BALBUENA RIVERA se refiere al riesgo como «la materia prima del negocio bancario». Vid. BALBUENA RIVERA, M. *op. cit.* páginas 119 y 142. También en este sentido, VAN GESTEL y BAESENS señalan que: «Banks need to take risk to maintain their margins and to fulfill their role in the economy». Vid. VAN GESTEL, T.; BAESENS, B. *op. cit.* página 23.

⁴¹⁴ Vid. VAN GESTEL, T.; BAESENS, B. *op. cit.* páginas 23 a 38. AAVV: «La gestión de los riesgos en las entidades de crédito» en *Las entidades de crédito: funcionamiento y gestión*. GARRIDO BUJ, S. (Coords.) Universidad Nacional de Educación a Distancia. Madrid. 2001. Página 475. Y, BALBUENA RIVERA, M. *op. cit.* página 120.

⁴¹⁵ Vid. BESSIS, J.: «*Risk Management in Banking*». John Wiley & Sons, LTD. West Sussex (England). 2002 (2ª Edición). Páginas 11 a 22. De igual manera, VAN GESTEL, T.; BAESENS, B., *op. cit.* páginas 23 a 37. Y, AAVV: «La gestión de los riesgos en las entidades de crédito» en *Las entidades de crédito: funcionamiento y gestión*. GARRIDO BUJ, S. (Coords.) Universidad Nacional de Educación a Distancia. Madrid. 2001. Páginas 480 a 483.

deteriorada su solvencia⁴¹⁶. Esta circunstancia –que el prestatario incumpla o su calidad crediticia disminuya– puede darse en cualquier estadio de la relación crediticia, por lo que las entidades deberán gestionar el riesgo de crédito, no sólo antes de la perfección del contrato (eligiendo a un prestatario solvente), sino también durante la vigencia del mismo⁴¹⁷.

Además de ser consustancial a la concesión de crédito⁴¹⁸ (por su propia naturaleza, existe desde que el crédito se concede⁴¹⁹), el riesgo de crédito constituye el riesgo de mayor intensidad al que hacen frente las entidades financieras⁴²⁰. Esta es una consecuencia lógica si tenemos en cuenta que su función principal es la de intermediar entre depositantes y demandantes de crédito⁴²¹.

⁴¹⁶ «Credit risk is the potential loss in the event of default of a borrower, or in the event of a deterioration in credit standing». Vid. BESSIS, J. *op. cit.* página 435. En el mismo sentido, vid. VAN GESTEL, T.; BAESENS, B., *op. cit.* página 24.

⁴¹⁷ Vid. FLÓREZ LÓPEZ, R.: «Análisis de los determinantes del riesgo de crédito. Aplicación de técnicas emergentes en el mercado de los acuerdos de Basilea II y Solvencia II». Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas. Ministerio de Economía y Competitividad. 2012. Página 293. En este sentido, TOMÀS, AMAT y ESTEVE indican que el factor riesgo se debe afrontar, principalmente, en tres momentos de la operación: durante el estudio, durante la formalización de la operación (establecimiento del precio y de las condiciones), y durante la vigencia de la operación. Vid. TOMÀS, J.; AMAT, O.; ESTEVE, M.: «Cómo analizan las entidades financieras a sus clientes». Gestión. Barcelona. 2000. Páginas 21 a 23.

⁴¹⁸ Vid. BALBUENA RIVERA, M. *op. cit.* pág. 120. FERNÁNDEZ MORALES, A.: «Modelos para la determinación del riesgo de crédito» en *El préstamo hipotecario y el mercado de crédito en la Unión Europea*. FLORES DOÑA, M. S.; RAGA GIL, J. T. (Dir.). BERROCAL LANZAROT, A. I.; CALLEJO RODRÍGUEZ, C. (Coord.). Dykinson. Madrid. 2016. Página 302.

Además, en tanto el riesgo de crédito es inherente a la actividad bancaria, su estudio y gestión ha constituido una de las actividades fundamentales en el marco de la actividad bancaria desde el Renacimiento. Cfr. PEÑA, J. I.: «La gestión de riesgos financieros de mercado y crédito». Financial Times – Prentice Hall. Madrid. 2002. Pág. 121. Y, en los mismos términos, FLÓREZ LÓPEZ, R. *op. cit.* página 253.

⁴¹⁹ En esta línea, se expresa PEÑA al decir que «el riesgo de crédito es, probablemente, la forma más antigua de riesgo conocida en las transacciones financieras». PEÑA, J. I.: «La gestión de riesgos financieros de mercado y crédito», *op. cit.* página 121.

⁴²⁰ «Credit risk is the first of all risks in terms of importance. [...] Credit risk is critical since the default of a small number of important costumers can generate losses, potentially leading to insolvency». BESSIS, J.: «Risk Management in Banking». John Wiley & Sons, LTD. West Sussex (England). 2002 (2ª Edición). Página 13. En el mismo sentido, vid. VAN GESTEL, T.; BAESENS, B. *op. cit.* página 24. Y, BALBUENA RIVERA, M. *op. cit.* pág. 146.

⁴²¹ VAN GESTEL, T.; BAESENS, B. *op. cit.* páginas 1 y 9.

Tradicionalmente, las entidades de crédito dirigían sus esfuerzos a evitar o, en su caso, minimizar en la medida de lo posible la incidencia del riesgo de crédito⁴²². En la actualidad, esta percepción del riesgo ha evolucionado. Ahora el riesgo de crédito se concibe como un elemento susceptible de gestión gracias a la posibilidad de cuantificar el riesgo, como consecuencia de la implantación de herramientas de medición⁴²³.

Las entidades de crédito cuentan con herramientas de medición capaces de cuantificar el riesgo que asumen con cada operación. Cuestión distinta es su apetito de riesgo o el riesgo que están dispuestas a asumir. Es decir, aunque el riesgo sea susceptible de medición, las entidades deben fijar unos parámetros que determinen qué estándares de riesgo consideran adecuados. Las decisiones concernientes a este aspecto corresponden a la alta dirección de cada entidad, que deberá elaborar, aprobar y supervisar el marco de actuación de riesgos⁴²⁴, conforme al cual debe desarrollarse la gestión del riesgo de crédito.

Con la gestión del riesgo, las entidades de crédito persiguen que la operación sea segura, de manera que la entidad pueda recuperar la inversión; y rentable, maximizando el rendimiento económico de la operación⁴²⁵.

1.1. El papel de la gestión del riesgo de crédito durante el procedimiento de concesión de crédito

Las entidades de crédito deben gestionar el riesgo de crédito durante la duración de la relación crediticia. Pueden distinguirse dos etapas diferentes a la hora de gestionar este riesgo: la primera estaría enfocada

⁴²² Vid. BALBUENA RIVERA, M. *op. cit.* págs. 120 y 122. Y, GARCÍA CÉSPEDES, J. C.: «Nuevas técnicas de medición del riesgo de crédito» en *Revista de Economía Financiera*. Nº 5. 2005. Página 87.

Respecto de la evitación del riesgo, FLÓREZ LÓPEZ indica la dificultad que supone este propósito por la existencia de dos factores: el riesgo moral y la selección adversa; consecuencia ambos de la información asimétrica de las partes. Vid. FLÓREZ LÓPEZ, R. *op. cit.* pág. 255.

⁴²³ Vid. BALBUENA RIVERA, M. *op. cit.* págs. 142 y 143. Y, PEÑA, J. I. *op. cit.* págs. 123 y 124.

⁴²⁴ BALBUENA RIVERA, M. *op. cit.* pág. 149.

⁴²⁵ Cfr. BALBUENA RIVERA, M. *op. cit.* pág. 142. Y, FLÓREZ LÓPEZ, R. *op. cit.* pág. 257 y 290.

a la decisión acerca de la concesión del crédito y al establecimiento de las condiciones que regirán su devolución. La segunda, sería la relativa a la vigilancia, una vez el crédito ha sido concedido⁴²⁶. Dado que las conductas de crédito responsable en su enfoque reducido, entre ellas, la obligación de evaluar la solvencia del consumidor, tienen carácter precontractual, el análisis se va a circunscribir a las técnicas de gestión que tienen lugar antes de la perfección del contrato de crédito.

El procedimiento de concesión de crédito comienza con la solicitud por parte del potencial prestatario. Con la solicitud de crédito se abre una primera etapa en el proceso en la que la entidad financiera se provee de la información necesaria para analizar el riesgo del solicitante⁴²⁷. La información deberá ser relativa a la situación personal, laboral y familiar del prestatario, y ha de ser representativa de su situación y su perspectiva económica⁴²⁸. A continuación, se extraen los datos que resulten relevantes para analizarlos a través de la técnica estadística preferida por la entidad de crédito. Del análisis estadístico se obtendrá un resultado indicativo de la probabilidad de cumplimiento del solicitante. En función de dicho resultado, el prestamista tomará la decisión acerca de la concesión o denegación del crédito. Si optase por la concesión del crédito, el procedimiento seguirá adelante con el establecimiento de las condiciones del mismo⁴²⁹.

La gestión del riesgo de crédito juega un papel indispensable en el procedimiento de concesión de crédito. Este procedimiento de concesión consiste principalmente en averiguar y evaluar la capacidad del prestatario para hacer frente a las obligaciones derivadas del crédito –es

⁴²⁶ Cfr. FLÓREZ LÓPEZ, R. *op. cit.* páginas 270 a 274. Cabe recordar que TOMÀS, AMAT y ESTEVE hacen referencia a tres momentos principales en que debe abordarse la gestión del riesgo de crédito (análisis, formalización de la operación y vigencia de la misma), que aquí se reducen a dos. Uno precontractual, en el que se incluirían el análisis y la formalización de la operación, y otro contractual. Vid. TOMÀS, J.; AMAT, O.; ESTEVE, M.: «Cómo analizan las entidades financieras a sus clientes». Gestión. Barcelona. 2000. Páginas 21 a 23.

⁴²⁷ Vid. FLÓREZ LÓPEZ, R. *op. cit.* páginas 288 a 290.

⁴²⁸ Vid. FLÓREZ LÓPEZ, R. *op. cit.* página 271.

⁴²⁹ Cfr. Vid. FLÓREZ LÓPEZ, R. *op. cit.* páginas 271 a 273 y 288 a 292. Cabe señalar que BALBUENA RIVERA también se refiere a una serie de etapas que suelen seguir las entidades de crédito a lo largo del proceso de concesión de créditos. Vid. BALBUENA RIVERA, M. *op. cit.* pág. 162.

decir, gestionar el riesgo de crédito– y así, tomar una decisión sobre la concesión. La medición del riesgo de crédito realizada por la entidad con carácter previo a la perfección del contrato de crédito permite al prestamista decidir si conceder el crédito o no y, en caso afirmativo, establecer las condiciones que considere oportunas para equilibrar la rentabilidad del crédito al riesgo asumido, en función de su apetito de riesgo.

1.2. Técnicas de gestión del riesgo de crédito

Una vez claro que las entidades de crédito cuentan con herramientas de medición de riesgo para determinar si conceden o no el crédito, la siguiente cuestión es conocer cuáles son dichas herramientas. Para el caso de consumidores de crédito⁴³⁰ el riesgo de crédito se analiza, generalmente, a través de modelos de «*credit scoring*»⁴³¹. No obstante, las técnicas de gestión del riesgo han sufrido una profunda evolución en las últimas décadas.

1.2.1. Orígenes y evolución de las técnicas de gestión de riesgo de crédito

Tradicionalmente, los métodos de análisis de riesgo de crédito se sustentaban en el conocimiento directo del cliente respecto de su relación global con la entidad⁴³². Éstos se caracterizaban por estar basados en estimaciones de un técnico, o el análisis cuantitativo de datos mediante técnicas estadísticas tradicionales realizadas por un experto⁴³³.

⁴³⁰ Como indica FLÓREZ LÓPEZ «*en el ámbito de la gestión del riesgo de crédito, se entiende por particular a aquella persona física que no ejerce actividad profesional*». Al ser subsumible la definición de «cliente particular» en la definición de consumidor de crédito (vid. artículos DCC y DCC), se da preferencia al uso del término consumidor por tratarse éste de un trabajo de Derecho de consumo.

⁴³¹ Vid. BESSIS, J. *op. cit.* página 465.

⁴³² Cfr. PEÑA, J. I. *op. cit.* página 121 a 123. Y, en el mismo sentido FLÓREZ LÓPEZ, R. *op. cit.* página 253. Y, BALBUENA RIVERA, M. *op. cit.* página 160.

⁴³³ Entre los modelos de este tipo, FLÓREZ LÓPEZ señala que el modelo más antiguo es el *modelo relacional* cuyo fundamento es la relación previa entre prestamista y prestatario. La variable sobre la que se basa la decisión del analista es el juicio del experto. Vid. FLÓREZ LÓPEZ, R. *op. cit.* pág. 321. En este sentido, vid. también VAN GESTEL, T.; BAESENS, B. *op. cit.* páginas 93 y 94. Y, STATEN, R.: «Risk-Based Pricing in Consumer Lending» en *11 Journal of Law, Economics & Policy* 33. Página 37.

El modelo que se ha usado, generalmente, por los analistas de crédito para determinar la viabilidad de operaciones de crédito con personas físicas en el momento de su admisión ha sido el denominado «*modelo de las 5 C*»⁴³⁴. Este modelo se basa en el análisis, por un experto, de cinco variables (cuyas denominaciones comienzan por «*c*», de ahí su denominación) para examinar y determinar la capacidad de pago del prestatario⁴³⁵. Los inconvenientes que presenta este análisis son que, carecen de objetividad⁴³⁶, al estar supeditado a la opinión personal del analista de riesgos⁴³⁷; e implica mayores costes en términos de tiempo y dinero⁴³⁸.

La sustitución gradual del analista de riesgos por la utilización de modelos más complejos de procesamiento masivo de datos⁴³⁹, provocó

⁴³⁴ Los extremos que el analista entra a valorar durante el análisis son los siguientes: el primero es el «Perfil de los Intervinientes» o *Character*, relativo a la situación personal o familiar del solicitante de crédito, así como su situación profesional. El segundo son las «Condiciones de la Obligación de Pago» o *Conditions*, que analiza aspectos como el plazo en que debe amortizarse el préstamo, así como el sistema de amortización, entre otros que pueden tener repercusión en el riesgo de la operación. El tercero es la «Aportación» o *Capital* que tiene en cuenta si la operación tiene una finalidad específica –adquisición de un bien o servicio concreto– o no; y en el caso de que la tenga, si se ha realizado por el prestatario una aportación inicial. El cuarto es el relativo a la «Situación Financiera» o *Capacity/Capability*, que trata de determinar la capacidad del prestatario para obtener los ingresos necesarios para cumplir con las obligaciones derivadas del contrato de financiación. En último lugar está la «Garantía» o *Collateral*, cuya aportación puede obedecer a dos razones. O bien porque la financiación es de un bien que se preste en garantía; o bien, porque las condiciones personales o profesionales no sean las deseables. Vid. BALBUENA RIVERA, M. *op. cit.* páginas 152 a 159.

En este sentido, vid. también FLÓREZ LÓPEZ, R. *op. cit.* páginas 323 a 326.

⁴³⁵ BALBUENA RIVERA, M. *op. cit.* página 152.

⁴³⁶ En comparación con los métodos matemáticos, como señala FLÓREZ LÓPEZ cuando afirma que, «*en la actualidad, aspectos como la intuición y experiencia de los agentes bancarios no resultan suficientes para la toma de decisiones oportunas en relación al riesgo de crédito, siendo necesario llevar a cabo análisis más exhaustivos a través de modelos matemáticos complejos que consideran datos predominantemente objetivos*». FLÓREZ LÓPEZ, R. *op. cit.* páginas 295 y 326. Vid. también BALBUENA RIVERA, M. *op. cit.* página 160.

⁴³⁷ Vid. PEÑA, J. I. *op. cit.* página 128. Y, FLÓREZ LÓPEZ, R. *op. cit.* página 326.

⁴³⁸ Cfr. BALBUENA RIVERA, M. *op. cit.* página 160. Y, STATEN, R.: «*Risk-Based Pricing in Consumer Lending*», *op. cit.* página 37.

⁴³⁹ Señala BALBUENA RIVERA que «*el informe del analista de riesgos fue sustituido progresivamente por un informe automático basado en técnicas de inteligencia artificial y en la experiencia de pagos histórica con la entidad. Este informe automático podía ser o no vinculante para el analista de riesgos, pero, en caso de discrepancia, como mínimo le*

un cambio en la metodología de la medición del riesgo. La figura del analista de crédito fue reemplazada por el tratamiento masivo de datos a través de la introducción de sistemas automatizados hasta llegar a los actuales sistemas de puntuación o de «*credit scoring*»⁴⁴⁰. No obstante, como indica FLÓREZ LÓPEZ el uso de modelos más complejos y sofisticados no implica automáticamente el abandono de los modelos tradicionales, sino que en función de ciertos factores puede combinarse el uso de modelos más simples con otros más complejos⁴⁴¹.

1.2.2. «Credit scoring»

El «*credit scoring*» ha sido el modelo utilizado en las últimas décadas por los prestamistas para el análisis del riesgo de crédito del prestatario individual⁴⁴². El análisis del riesgo de crédito se introdujo a principios de la segunda mitad del siglo XX para analizar las solicitudes de tarjetas de crédito y su uso se extendió paulatinamente a otros sectores, como los créditos para adquisición de vehículos y, ya a mediados de los años noventa, al ámbito de los créditos hipotecarios⁴⁴³. Entre las ventajas que presenta este sistema respecto del anterior, basado en el juicio de un experto, están la reducción de los costes del proceso de decisión y la ampliación de la cartera de clientes de la entidad⁴⁴⁴.

obligaba a justificar de manera explícita su decisión contra el sistema». BALBUENA RIVERA, M. *op. cit.* página 160.

⁴⁴⁰ BALBUENA RIVERA, M. *op. cit.* página 160. De manera similar se pronuncia STATEN: «*Between 1980 and 2000, judgmental credit-decision systems in consumer and mortgage lending were gradually replaced with empirical derived, demonstrably and statistically sound scoring systems. [...] The consumer lending industry migrated to the use of statistical scoring of loan applications – first credit cards and eventually for automobile loans and virtually every other type of consumer loan by the early 1990s. Last to accept scoring was the mortgage industry, but by mid-1996, credit scoring was endorsed as a valid tool for evaluating mortgage applications by the Federal Reserve.*» Vid. STATEN, M.: «*Risk-Based Pricing in Consumer Lending*», *op. cit.* páginas 36 y 37.

⁴⁴¹ FLÓREZ LÓPEZ, R. *op. cit.* página 295.

⁴⁴² Vid. BALBUENA RIVERA, M. *op. cit.* página 160. Y, FLÓREZ LÓPEZ, R. *op. cit.* página 271.

⁴⁴³ STATEN, M.: «*Risk-Based Pricing in Consumer Lending*», *op. cit.* páginas 33, 36 y 37. Y, cfr. MESTER, L. J.: «*What is the point of Credit Scoring*» en *Business Review (Federal Reserve Bank of Philadelphia)*. Febrero 1997. Página 8.

⁴⁴⁴ STATEN, R.: «*Risk-Based Pricing in Consumer Lending*», *op. cit.* página 39.

A. Concepto y funcionamiento

Los modelos de puntuación o de «*credit scoring*» consisten en el tratamiento automatizado de un conjunto de datos del potencial prestatario para determinar la probabilidad de repago del crédito y, por consiguiente, el riesgo que asume la entidad bancaria al realizar la operación. El análisis se realiza a través de técnicas estadísticas que hacen de este método una herramienta objetiva, rápida y de bajo coste⁴⁴⁵. El resultado del análisis se expresa a través de una puntuación o «*score*» que la entidad bancaria utiliza para tomar una decisión acerca de la concesión del crédito⁴⁴⁶. Cada puntuación tiene asignada una probabilidad de incumplimiento, lo que permite que las entidades bancarias puedan agrupar las solicitudes de crédito en diferentes rangos de puntuación. El resultado de esta operación posibilita, a su vez, que los rangos se ordenen según la probabilidad de incumplimiento y adecuar la política de concesión de crédito a estos rangos. De esta manera, la entidad de crédito establece: un umbral mínimo superior, en el que las operaciones con una puntuación por encima del mismo se aprueban directamente; un umbral mínimo inferior, en el que las operaciones con puntuaciones por debajo del mismo se rechazan directamente; y una zona intermedia, en la que se sitúan operaciones con una puntuación que no llegan al umbral mínimo superior ni inferior, y que requieren de gestiones adicionales para decidir acerca de la concesión o denegación del crédito⁴⁴⁷.

B. Información sobre la que se realiza el análisis de riesgo

El análisis de riesgo se sustenta sobre determinados datos del cliente. Es, por tanto, fundamental contar con una información específica. Esta información puede agruparse en cuatro grupos: en el primer grupo estaría la información dirigida a identificar al titular de la operación, y en su caso, a los garantes⁴⁴⁸. En el segundo, se encontraría la información que permite comprobar la situación financiera del solicitante y su

⁴⁴⁵ Cfr. FLÓREZ LÓPEZ, R. *op. cit.* página 335. Y, vid. MESTER, L. J. *op. cit.* páginas 5 y 6.

⁴⁴⁶ Cfr. FLÓREZ LÓPEZ, R. *op. cit.* página 330;

⁴⁴⁷ Vid. BALBUENA RIVERA, M. *op. cit.* pág. 163.

⁴⁴⁸ La documentación que resultaría útil para este propósito serían el NIF, últimas declaraciones de la renta, etc.

capacidad de pago respecto del crédito solicitado⁴⁴⁹. El tercer grupo incluye la información que acredite las posibilidades de recuperación de los costes de la operación, en el caso de que el prestatario incumpla con los pagos⁴⁵⁰. En el cuarto grupo, la información a reunir es aquella que pruebe la viabilidad de la operación, teniendo en cuenta tanto las características del cliente, como las del producto crediticio⁴⁵¹.

La vía principal de acceso a la información requerida para efectuar el análisis del riesgo de crédito es el propio cliente⁴⁵²; sin embargo, no es la única vía. Una fuente de información de gran importante para gestionar el riesgo de crédito es la propia información de que disponen las entidades de crédito respecto del potencial prestatario⁴⁵³, en caso de que éste sea cliente previo de la entidad. La importancia de la información interna de las entidades reside en que los modelos de puntuación descansan sobre la hipótesis de que un mayor conocimiento del comportamiento pasado del cliente, podrá predecir con mayor exactitud su comportamiento futuro⁴⁵⁴. Por tanto, la calidad y cantidad de información interna de las entidades de crédito va a depender de la existencia de una relación previa con el solicitante de crédito.

Si el solicitante de crédito es nuevo cliente de la entidad, no existirán datos históricos del cliente. En ese caso la entidad de crédito tendrá que utilizar la información que el solicitante de crédito le proporcione. En cualquier caso, la entidad también podrá acceder a los datos sobre el

⁴⁴⁹ Ello a través de las últimas declaraciones de la renta, últimas nóminas, contrato laboral, últimos recibos de otros préstamos, relación de bienes personales, etc.

⁴⁵⁰ Para ello sería necesario contar con las últimas declaraciones de la renta y del patrimonio, una relación de bienes personales y las oportunas escrituras de bienes inmuebles.

⁴⁵¹ Vid. TOMÀS, J.; AMAT, O. Y ESTEVE, M.: «Cómo analizan las entidades financieras a sus clientes». *Gestión* 2000. Barcelona. 2002. Páginas 32 a 35. Y, en el mismo sentido, vid. FLÓREZ LÓPEZ, R. *op. cit.* página 271. Y, AALBERTS, M.B.: «The Financialization of Home and the Mortgage Market Crisis». *Competition & Change*. Vol. 12. No. 2. 2008. Pág. 156.

⁴⁵² FLÓREZ LÓPEZ, R. *op. cit.* página 271.

⁴⁵³ Vid. BALBUENA RIVERA, M. *op. cit.* página 164. Y, FLÓREZ LÓPEZ, R. *op. cit.* página 290.

⁴⁵⁴ Vid. BALBUENA RIVERA, M. *op. cit.* página 163. Y, en el mismo sentido se pronuncia STATEN al afirmar que «*the conceptual rationale for statistical credit scoring is essentially the same as for judgmental lending: patterns observed in the past are expected to recur in the future*». STATEN, M.: «Risk-Based Pricing in Consumer Lending», *op. cit.* página 37.

comportamiento de pago del cliente por medio de bases de datos externas.

Si, por el contrario, el solicitante de crédito ya es o ha sido cliente de la entidad crediticia a la que le solicita el crédito, gran parte de la información, sino toda, se obtendrá a través del histórico de datos de la entidad –tanto de operaciones de activo en curso o finalizadas, como de pasivo– del cliente en su relación con la entidad⁴⁵⁵.

C. «Credit scoring» y «risk-based pricing»

Una consecuencia derivada de la implantación de los modelos de «credit scoring» para la medición del riesgo de crédito es que ha permitido a las entidades bancarias ajustar el precio de los productos crediticios al correlativo riesgo asumido, a través de la técnica denominada «risk-based pricing». Con carácter general, el «risk-based pricing» consiste en aplicar un tipo de interés determinado en función del riesgo asumido en una determinada operación, de manera que dicho riesgo quede compensado por el beneficio⁴⁵⁶. Mediante la utilización de esta herramienta, las entidades de crédito han ampliado el margen de potenciales clientes que, de otra manera, no hubieran podido tener acceso al crédito⁴⁵⁷.

Los modelos de puntuación, pese a sus ventajas iniciales, no están exentos de crítica. Algunos autores afirman que el uso de modelos de puntuación perjudican a aquellos más vulnerables, económicamente

⁴⁵⁵ Cfr. BALBUENA RIVERA, M. *op. cit.* páginas 165 y 166.

⁴⁵⁶ FLÓREZ LÓPEZ define el «risk-based pricing» como la herramienta en virtud de la cual se define «el precio que debería aplicarse a cada transacción si se desea que su rentabilidad relativa se ajuste a las expectativas globales de “riesgo-rentabilidad” de la entidad». FLÓREZ LÓPEZ, R. *op. cit.* página 318.

⁴⁵⁷ De acuerdo con STATEN, «creditors evaluate applicant risk in order to reduce subsequent losses in their loan portfolios. But loss reduction by itself is not the goal. Creditors want to make loans, and make them profitably. Loss reduction by itself could easily be achieved by raising the acceptance standard to the point where only a few highly qualified borrowers would be able to get loans, but in doing so, a creditor would turn down many potentially profitable loans. For a given pool of loan applicants, a creditor wants a risk-evaluation tool that will identify higher risk borrowers so that loans can be made to them at an appropriately higher price to cover the additional risk». Vid. STATEN, M. *op. cit.* página 40.

hablando⁴⁵⁸. Los modelos de puntuación pueden conducir a la concesión discriminatoria de crédito, mediante la inclusión de ciertas variables. A pesar de que la inclusión de variables discriminatorias en los modelos de «*credit scoring*» está prohibida, se ha puesto de manifiesto que la utilización de determinadas variables, *a priori* inocuas, determinan que personas, normalmente pertenecientes colectivos minoritarios o desfavorecidos, paguen más por un crédito que otras personas con un nivel de solvencia similar⁴⁵⁹.

2. Gestión del riesgo y evaluación de la solvencia del consumidor

Hemos visto que la averiguación de las probabilidades de reembolso del crédito por parte del deudor con carácter previo a la concesión de un crédito no es una práctica novedosa. El análisis de la situación financiera del potencial prestatario, en su vertiente de gestión del riesgo por parte de las entidades crediticias, es consustancial al negocio bancario en tanto

⁴⁵⁸ En este sentido se pronuncia STATEN: «*the negative impact on worthy borrowers is greater for those who are young, have short time in the job, or at their residence, have lower incomes, and are financially more vulnerable. These are precisely the borrowers for whom the ability to see successful handling of credit on the credit report is most important, to offset attributes that otherwise make them appear to be higher risk [...]*». Vid. STATEN, M. *op. cit.* páginas 38 y 39 (pie de página n^o12).

⁴⁵⁹ Como sugiere HAVARD al decir que «*lenders use various methods to determine risk-based pricing in the mortgage lending market, and as a consequence, minority borrowers have been charged higher interest rates, regardless their creditworthiness. The lack of uniformity in credit scoring models allows each member to define the riskiness of every borrower based on the lender's preference*». También señala que «*essentially, lenders can devise loan products that comply with the existing fair lending regulations, but that result in higher-cost loans to minority borrowers*». Vid. HAVARD, C. J.: «“On the take”: The Black box of credit scoring and mortgage discrimination» en *20 Boston University Public Interest Law Journal* 241, 2011. Páginas 244 y 245. Cfr. *Ibidem*, páginas 248 a 251. También STATEN se hace eco de este asunto indicando cómo organismos críticos del «*credit scoring*» (señalando a aquellos dentro del «*Consumer Financial Protection Bureau*», «*Department of Housing and Urban Development*», y del «*Department of Justice*» americanos), han afirmado que «*variables permitted for use in scoring models can themselves be correlated with protected group characteristics*». Y, añade que, éstos organismos sostienen que «*use of such variables produces an impermissible disparate impact based on race, gender, or other off-limits characteristics, and therefore violates ECOA*» (la ECOA es la «*Equal Credit Opportunity Act*»). Vid. Vid. STATEN, M. *op. cit.* página 50.

permite a las entidades de crédito elegir con qué clientes les es rentable contratar, garantizando así la continuidad y rentabilidad de la entidad⁴⁶⁰.

En vista de lo anterior, la inclusión de la evaluación de la solvencia como conducta obligatoria que persigue garantizar la existencia de adecuación entre la situación financiera del consumidor y la carga económica del contrato, genera, de modo inmediato dos interrogantes: primera, qué similitudes y diferencias existen entre la evaluación de la solvencia del consumidor y la gestión del riesgo de crédito que hace cualquier entidad; y, segunda, qué circunstancias han dado lugar a la legalización de una conducta que *a priori* parece un comportamiento cuya ejecución interesa primordialmente al obligado.

2.1. Caracteres comunes y diferencias existentes entre la gestión del riesgo de crédito y la obligación de evaluar la solvencia del consumidor

En puridad, tanto la obligación de evaluar la solvencia como la gestión del riesgo de crédito de la entidad imponen la ejecución de un procedimiento conducente a predecir con la mayor exactitud posible si el prestatario va a poder cumplir con las obligaciones que se derivarán de su contrato de crédito. Sin embargo, existe una diferencia sustancial entre la finalidad de una y otra. La gestión del riesgo de crédito tiene una finalidad eminentemente privada –empresarial–. El propósito de las entidades de crédito con el análisis del riesgo de crédito es asegurar el buen puerto de la operación y el consiguiente beneficio para la entidad de crédito. En cambio, la obligación de evaluar de la solvencia, en cuanto manifestación del principio de crédito responsable, tiene como objetivo inmediato la prevención del sobreendeudamiento del consumidor, con el fin último de proteger al consumidor y garantizar la salud del sistema financiero⁴⁶¹. Los objetivos perseguidos mediante la obligación de evaluar la solvencia determinan que esta obligación sea una medida de

⁴⁶⁰ Cfr. ÁLVAREZ LATA, N.: «Comentario al artículo 14» en *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo*. MARÍN LÓPEZ, M.J. (Director). Aranzadi. Cizur Menor. 2014. Página 595. Y, ÁLVAREZ OLALLA, P.: «La obligación de evaluar la solvencia y su incumplimiento», *op. cit.* página 758.

⁴⁶¹ Como se desprende de los Cdos. 5, 6 y 15 de la DCH; y, en menor medida, del Cdo. 8 de la DCC, donde la protección del consumidor es un objetivo inmediato para alcanzar el objetivo último: la creación de un mercado interior de crédito (*ex Cdo. 7*).

interés público económico (en el mismo sentido que se afirmó respecto del principio de crédito responsable, en tanto emana de éste⁴⁶²), legitimando al legislador (de la Unión, en este caso) para la imposición de normas de carácter imperativo que limitan la autonomía de la voluntad de las partes.

A pesar de que los umbrales establecidos a través de la gestión del riesgo de crédito y la evaluación de la solvencia se construyen en torno a la idea de la probabilidad de repago del crédito, en la gestión del riesgo de crédito se van a tener en cuenta, además, otros factores que son indicativos del interés privado que predomina en este mecanismo, entre los que se encuentra la rentabilidad de la operación⁴⁶³. En la evaluación de la solvencia, sin embargo, el factor decisivo de la concesión es, únicamente, la probabilidad del repago del crédito, no la obtención de un margen de beneficio más o menos amplio. En otras palabras, aunque el objetivo es el mismo en la gestión del riesgo de crédito y en la evaluación de la solvencia, esto es, averiguar las perspectivas de cumplimiento del consumidor, no lo es la razón última que justifica su realización. En consecuencia, el umbral entre la concesión o denegación del crédito que rige respecto de la evaluación de la solvencia puede no ser coincidente con el umbral establecido para la gestión del riesgo de crédito, que podría adoptar márgenes más ajustados, es decir, asumir un riesgo mayor que el permitido por la evaluación de la solvencia, para maximizar la rentabilidad de la operación.

Otra diferencia digna de mención entre los procedimientos de gestión de riesgo de crédito y la obligación de evaluar la solvencia del

⁴⁶² Vid. página 131.

⁴⁶³ El Comité de Basilea de Supervisión Bancaria hace referencia a este aspecto señalando que *«the goal of the credit risk management is to maximise a bank's risk-adjusted rate of return by maintaining credit risk exposure within acceptable parameters»*. Vid. COMITÉ DE SUPERVISIÓN BANCARIA DE BASILEA: *«Principles for the Management of Credit Risk»*. Basilea. Septiembre de 2000. Página 1. FLÓREZ LÓPEZ, por su parte, señala, refiriéndose a las entidades financieras, que deben desarrollar *«modelos eficaces de medición y gestión a fin de optimizar el binomio riesgo-rentabilidad»*. Vid. FLÓREZ LÓPEZ, R. *op. cit.* página 257. A propósito del *«credit scoring»* y *«risk-based pricing»* STATEN apunta que *«rather than reject applicants who posed default risk of, say five% or even ten%, creditors could accept them and charge an appropriately higher price for the loan to cover the extra risk»*. Vid. STATEN, M. *op. cit.* página 40.

Además, Vid. FLÓREZ LÓPEZ, R. *op. cit.* páginas 290 y 291. Y, TOMÀS, J.; AMAT, O. Y ESTEVE, M. *op. cit.* páginas 18 y 19.

consumidor es que, los modelos de «*credit scoring*»⁴⁶⁴ utilizados por los prestamistas para gestionar el riesgo de crédito son secretos⁴⁶⁵ (tanto si los realiza la propia entidad de crédito como si lo hace un «*credit bureau*»). Sin embargo, no cabe la posibilidad de que el procedimiento de evaluación de la solvencia se mantenga en secreto. Estos procedimientos constituyen una parte fundamental de la obligación de evaluar la solvencia, y deben estar disponibles para que, en caso de que se origine un litigio sobre este tema, pueda determinarse si la obligación se ha desenvuelto adecuadamente. En este sentido, además, se pronuncia la DCH al establecer que los procedimientos de evaluación de la solvencia, así como la información en la que se base, deben quedar establecidos y documentados⁴⁶⁶.

2.2. Factores determinantes de la positivización de la obligación de evaluar la solvencia

Si, como se ha visto, los mecanismos de gestión del riesgo de crédito y la obligación de evaluar la solvencia del consumidor de crédito consisten en lo mismo, esto es, averiguar las perspectivas de cumplimiento del consumidor; y, la gestión del riesgo del crédito ya se venía realizando en el marco de la actividad bancaria, ¿por qué se ha positivizado la obligación de evaluar la solvencia?

Como ya se ha explicado, la razón que llevó a las instituciones europeas a positivizar esta conducta fue la creciente preocupación surgida a principios de los noventa en torno al fenómeno del sobreendeudamiento de los consumidores⁴⁶⁷. Esta preocupación no era

⁴⁶⁴ En este caso, al hacer referencia a los modelos de «*credit scoring*» se está hablando tanto de los modelos en sí, como de las variables, la valoración de las variables y el umbral que debe sobrepasar para determinar si procede o no conceder el crédito.

⁴⁶⁵ AAVV: «*The Cost of Credit Regulation, Preemption and Industry Abuses*». National Consumer Center. 2009 (4ª Edición). Página 658.

⁴⁶⁶ Ex artículo 18.2 DCH. El PLCCI no indica expresamente que los procedimientos (ni la información sobre la que se base la evaluación) deban quedar documentados; no obstante, de la exigencia de que mantengan registros actualizados de las revisiones periódicas de la evaluación de la solvencia (artículo 9.2 PLCCI) implica que los procedimientos deberán estar documentados.

⁴⁶⁷ Así se desprende de numerosos documentos emanados de organismos comunitarios. Entre otros, el Dictamen del CESE sobre el Consumidor y el Mercado Interior de 25 de enero de 1993. (93/C 19/09) Página 6; Resolución del Consejo de 13

exclusiva de los organismos comunitarios. Algunos Estados miembros, como el Reino Unido, también mostraron interés en este tema, como se pone de relieve en un Informe del Comité de Crédito al Consumo presentado al Parlamento británico en 1971⁴⁶⁸. Algo parecido sucedió en Bélgica, cuya Ley de Crédito al Consumo de 12 de junio de 1991 tenía como propósito esencial la lucha contra el sobreendeudamiento de los consumidores⁴⁶⁹.

La propia expansión del mercado de crédito explica el aumento del sobreendeudamiento de los consumidores, debido a la evidente correlación que existe entre el aumento de la concesión de crédito y el número de consumidores en una situación de endeudamiento excesivo⁴⁷⁰. A ello hay que añadir las graves repercusiones de la crisis económica y financiera de 2007 en las tasas de sobreendeudamiento de los hogares. Con la crisis se puso de manifiesto que, como consecuencia de la expansión del mercado de crédito, se han dado tres circunstancias que han provocado el agravamiento del problema del endeudamiento excesivo. Las circunstancias que han contribuido al aumento de las situaciones de sobreendeudamiento de los hogares son: la concesión indiscriminada de crédito; la trascendencia meramente privada de los mecanismos de gestión del riesgo; y, la inoperatividad de los instrumentos legales para la protección del consumidor frente al problema del sobreendeudamiento.

de julio de 1992 sobre futuras prioridades del desarrollo de la política de protección de los consumidores. (92/C 186/1). Página 3; Comunicación de la Comisión «*Servicios financieros: cómo reforzar la confianza del consumidor*» de 26 de junio de 1997 [COM(97) 309 final].

⁴⁶⁸ Vid. *Consumer credit: report of the Committee on Consumer Credit*. Chairman, Lord Crowther. H.M.S.O, Lond. March 1971. Páginas 138, 139 y 142.

⁴⁶⁹ Vid. «*Rapport fait au nom de la Commission de l'Economie par MM. De Cooman et De Wasseige*», de 7 de febrero de 1991. Páginas de 3 a 5.

⁴⁷⁰ Esto parece desprenderse de la motivación de la propuesta de Ley de Crédito al Consumo de 12 de junio de 1991 de Bélgica. El apartado primero, dedicado a una exposición introductoria a cargo del Vice Primer Ministro y Ministro de Asuntos Económicos, comienza presentando datos relativos al gran crecimiento de los contratos de crédito al consumo desde 1970. Y, del Informe del Comité relativo al crédito al consumo, cuando indica, aludiendo a las palabras del Profesor ISON, que: «*the increasing incidence of consumer insolvency in Britain showed that the extension of credit had already gone beyond healthy limits*». *Consumer credit: report of the Committee on Consumer Credit*. Chairman, Lord Crowther. H.M.S.O, Lond. March 1971. Página 139.

2.2.1. La concesión indiscriminada de crédito

Las entidades han concedido crédito de difícil recuperación a consumidores que no podían devolverlo. Lo más importante es que, además, ello ha sucedido a pesar de que las entidades de crédito disponen de mecanismos para analizar la capacidad financiera del prestatario; y, de que no existen indicios de que los modelos utilizados para la gestión de riesgo de crédito hayan fallado a la hora de predecir la probabilidad de incumplimiento del consumidor.

Sobre la base de las premisas señaladas, podría concluirse que la concesión indiscriminada de crédito más que probablemente haya sido originada por la adopción de políticas de concesión de crédito que han relajado el nivel de exigencia a la hora de determinar a quienes se les debe conceder el crédito y a quienes no⁴⁷¹.

2.2.2. La gestión del riesgo de crédito como cuestión privada

La gestión del riesgo de crédito en España, como medio para garantizar la concesión responsable de crédito, ha sido una herramienta que ha tenido repercusión únicamente en el ámbito de la discrecionalidad. Es decir, las entidades se servían de ella para tomar decisiones relativas a su actividad comercial, sin que pudiera ser exigible por el prestatario o por los poderes públicos. No ocurría así en otros países; como en Bélgica donde, antes de su pronta positivización del principio de crédito responsable en su Ley de crédito al consumo de 1991, ya se reconocía por la doctrina y la jurisprudencia⁴⁷² la responsabilidad del prestamista por la concesión de crédito a

⁴⁷¹ Vid. DIMSKY, G.A.: «*From financial exploitation to global banking instability: two overlooked roots of the subprime crisis*». Sacramento: University of California Center Sacramento. 2007. Pág. 13. CUENA CASAS, M.: «Evaluación de la solvencia y créditos hipotecarios» en *El Notario del Siglo XXI*. Nº 56. 2014. Pág. 2. En este sentido vid. ORDÁS ALONSO, M.: «*Los Contratos de Crédito al Consumo en la Ley 16/2011, de 24 de junio*». Aranzadi. Cizur Menor. 2013 (1ª Edición). Páginas 144 y 145. Y, también vid. ÁLVAREZ LATA, N.: «Comentario al artículo 14» en *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo*. MARIN LOPEZ, M.J. (Director). Aranzadi. Cizur Menor. 2014. Página 595.

⁴⁷² Vid. VAN OMMESLAGHE, P.: «La responsabilité du banquier dispensateur de crédit en droit belge» in *Revue de la Banque*. Cahier 1. 1979. Pág. 11- 22. Y, ZENNER, A.; HENRION, L.-M.: «La responsabilité du banquier dispensateur de crédit en droit belge». *Journal Des Tribunaux*. V. 103 N. 5303. Larcier. Bruselas. 1984. Página 470.

consumidores cuya situación financiera *hiciese pensar* que no podrían afrontar las obligaciones derivadas del crédito⁴⁷³. Esta obligación del Derecho belga esta insertada en el deber de diligencia del prestamista que, a su vez, encuentra su legitimación en la importancia de la actividad crediticia para el conjunto de la economía. Se reconoce así que la actividad bancaria, por su naturaleza, tiene una repercusión que excede de la relación privada entre prestamista y prestatario, atribuyéndole un interés público⁴⁷⁴. En nuestro país, sin embargo, no ha existido –hasta la Ley de Economía Sostenible de 2011– ninguna vía en virtud de la cual pudiese exigírsele algún tipo de responsabilidad al prestamista por la concesión improcedente de crédito, ya que se ha entendido que la actividad bancaria no reviste interés general, sino que es una cuestión que concierne a la libertad de iniciativa privada en el marco de una economía de mercado⁴⁷⁵. Por tanto, no puede afirmarse conforme a

⁴⁷³ «*Le prêteur ne peut délivrer d'offre de crédit s'il estime que le consommateur ne sera pas à même de respecter les obligations du contrat.*

Ce devoir générale de prudence déjà reconnu par la jurisprudence trouve ici sa consécration légale». Informe elaborado en nombre de la Comisión de Economía belga por De Cooman y De Wasseige, con fecha de 15 de febrero de 1991. Página 10.

⁴⁷⁴ En este sentido se pronuncian varios autores, así como los trabajos preparatorios de la Ley belga de crédito al consumo de 1991. ZENNER, A.; HENRION, L.-M.: «La responsabilité du banquier dispensateur de crédit en droit belge» en *Journal Des Tribunaux*. V. 103 N. 5303. Larcier. Bruselas. 1984. Pág. 470. VAN OMMESLAGHE, P.: «La responsabilité du banquier dispensateur de crédit en droit belge» en *Revue de la Banque*. Cahier 1. 1979. Págs. 11 a 13. Informe elaborado en nombre de la Comisión de Economía belga por De Cooman y De Wasseige, con fecha de 15 de febrero de 1991. Página 10.

⁴⁷⁵ Esta idea se desprende de lo apuntado por GIRÓN TENA al analizar un supuesto de responsabilidad del prestamista por la concesión de crédito perjudicando a terceros. Señala que: «*L'existence d'une finalité ultime de poursuite d'un intérêt public se trouve à un autre niveau avec le fait de reconnaître à la banque comme à toute autre entreprise, la liberté de son initiative privée dans le cadre d'une économie de marché. Si l'on admettait l'exigence de la responsabilité extracontractuelle dans le cas débattu, cela impliquerait que les fonctions reconnues aux entreprises dans ce système attribuent une légitimation individuelle pour l'exigence des responsabilités, ce qui est contraire aux principes de base du système*». Vid. GIRÓN TENA, J.: «España» en *La responsabilité extra-contractuelle du donneur de crédit en droit comparé*. SIMONT, L.; BRUYNNEL, A. (Dir.). FEDUCI. Paris. 1984. Pág. 82.

También SÁNCHEZ MIGUEL hace referencia a esta circunstancia al señalar que «*en el Derecho español parece difícil aplicar la responsabilidad extracontractual en el supuesto contemplado de concesión abusiva de crédito, pues no se dan las condiciones que en los otros permiten aplicar este tipo de responsabilidad, tales como la caracterización de servicio público de la actividad crediticia*». Vid. SÁNCHEZ MIGUEL, M. C.: «Responsabilidad

nuestro Derecho que la concesión improcedente de crédito fuese una actuación negligente del prestamista, ya que, previamente a su positivización, la concesión del crédito estaba dentro de ámbito discrecional de actuación de las entidades bancarias⁴⁷⁶.

2.2.3. La inoperatividad de los instrumentos previstos para la protección del consumidor de crédito

Como se ha señalado, las técnicas que ha utilizado el legislador español para proteger al consumidor frente al endeudamiento excesivo no han sido eficaces para conseguir este fin. Ni siquiera la obligación de información sobre la que gravita el Derecho de Consumo y que, en teoría tiene el potencial para establecer un régimen de protección efectiva frente al sobreendeudamiento, garantiza que el consumidor adquiera, comprenda y asimile la información debido a los fallos de esta técnica que se han puesto de relieve en el Capítulo II.

De hecho, el grave aumento de las situaciones de endeudamiento excesivo durante las últimas décadas demuestra por sí mismo que la obligación de información es una herramienta insuficiente, por sí sola, para la prevención del sobreendeudamiento del consumidor.

2.3. La relajación o permisividad de las entidades de crédito

La concesión indiscriminada de crédito, causada por la relajación de los estándares de riesgo de las entidades de crédito, ha acarreado un crecimiento exacerbado del mercado de crédito. Los operadores de crédito adoptaron una actitud permisiva debido, fundamentalmente, a la

de las entidades de crédito en su actuación profesional» en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*. Nº 38. Abril – junio 1990. Página 334.

⁴⁷⁶ En línea con lo anterior, GIRÓN TENA observa que la concesión de crédito concierne únicamente a la entidad bancaria, ya que se enmarca dentro de su derecho de conceder crédito y de exigir el cumplimiento del contrato, ya que el examen de las posibles consecuencias lesivas debe excluirse del conjunto de obligaciones que conciernen a la entidad bancaria. En este sentido indica: «*Il est important de souligner qu'on ne se trouve pas en présence d'un cas de négligence de la banque dans l'accomplissement de ses obligations contractuelles. Il en résulte qu'il faut exclure l'examen des conséquences lésionnaires pour l'autre partie ou éventuellement pour les tiers, qui seraient la conséquence d'un fait de cette nature*». Vid. GIRÓN TENA, J. *op. cit.* pág. 82.

interrelación entre los mecanismos de dispersión del riesgo de crédito, el «*credit scoring*» y el «*risk based- pricing*»⁴⁷⁷.

Los mecanismos de dispersión del riesgo de crédito han permitido a las entidades crediticias trasladar el riesgo asumido con la concesión de crédito a un tercero. Los mecanismos de esta naturaleza que han tenido una incidencia significativa en la relajación de los estándares de riesgo de las entidades de crédito fueron principalmente dos: la titulización y la realización de la evaluación de la solvencia sobre el valor del bien inmueble aportado como garantía.

La titulación de activos o «*securitization*» consiste en el «*proceso que permite transformar un conjunto de activos poco líquidos en una serie de instrumentos negociables, líquidos y con unos flujos de pagos determinados*»⁴⁷⁸. En otras palabras, permite agrupar activos financieros, generalmente homogéneos, creando un nuevo instrumento financiero susceptible de ser transmitido a terceros en el mercado secundario⁴⁷⁹. De

⁴⁷⁷ Vid. AALBERS, M.B.: «The Financialization of Home and the Mortgage Market Crisis» en *Competition & Change*, Vol. 12. Junio 2008. Págs. 148 y 162.

En este sentido también se expresan DIMARTINO y DUCA: «*Two crucial developments spurred nonprime mortgages' rapid growth. First, mortgage lenders adopted the credit-scoring techniques first used in making subprime auto loans. With these tools, lenders could better sort applicants by creditworthiness and offer them appropriately risk-based loan rates.*

By itself, credit scoring couldn't have fostered the rapid growth of nonprime lending. Banks lack the equity capital needed to hold large volumes of these risky loans in their portfolios. And lenders of all types couldn't originate and then sell these loans to investors in the form of residential mortgage-backed securities, or RMBS—at least not without added protection against defaults.

The spread of new products offering default protection was the second crucial development that fostered subprime lending growth. Traditionally, banks made prime mortgages funded with deposits from savers. By the 1980s and 1990s, the need for deposits had eased as mortgage lenders created a new way for funds to flow from savers and investors to prime borrowers through government-sponsored enterprises (GSEs) (Chart 2, upper panel)». Vid. DIMARTINO, D.; DUCA, J.V.: «The Rise and Fall of Subprime Mortgages» en *Economic Letters* Vol. 2 N°11. Federal Reserve Bank of Dallas. Noviembre de 2007. Página 2.

⁴⁷⁸ CATARINEU, E.; PÉREZ, D.: «*La titulación de activos por parte de las entidades de crédito: el modelo español en el contexto internacional y su tratamiento desde el punto de vista de la regulación prudencial*», en *Revista de Estabilidad Financiera*. N°14. Banco de España. Mayo 2008. Pág. 90.

⁴⁷⁹ Si en el mercado primario la colocación de créditos hipotecarios se desenvuelve entre prestamista y prestatario, en el mercado secundario son los inversores los que adquieren carteras hipotecarias o *mortgage portfolios* de los prestamistas. Vid. AALBERS,

esta manera, la entidad obtiene liquidez⁴⁸⁰ y palia dos de los riesgos que asume en el ejercicio de su actividad⁴⁸¹: el riesgo de crédito, porque transmite el riesgo de incumplimiento al inversor adquirente del nuevo instrumento; y, el riesgo de liquidez⁴⁸², ya que recibe activos líquidos que le posibilitan tanto la colocación de nuevos créditos, como atender sus obligaciones a corto plazo (dependiendo de la situación económica de la entidad). Tradicionalmente, los prestamistas colocaban el crédito en el mercado y lo retenían hasta su finalización, exponiéndose, por tanto, a los riesgos de crédito y liquidez. Sin embargo, la titulación de activos hipotecarios ha supuesto un cambio de paradigma ya que, de la retención del crédito se ha pasado a la distribución (o dispersión) del mismo. Como consecuencia de la titulación, los prestamistas colocan crédito en el mercado para, posteriormente, venderlo⁴⁸³.

A lo anterior, hay que añadir otro factor que permitió la dispersión del riesgo: las ideas socialmente predominantes sobre el valor de realización del bien dado en garantía en caso de incumplimiento de los pagos del

M.B.: «The Financialization of Home and the Mortgage Market Crisis» en *Competition & Change*, Vol. 12. Junio 2008. Pág. 154.

⁴⁸⁰ Recordemos que la titulación ha permitido a las entidades bancarias refinanciarse y poder así seguir teniendo liquidez para conceder nuevos préstamos. Vid. HAVARD, C. J. *op. cit.* página 261.

⁴⁸¹ DIMSKY apunta «*previously, lenders held mortgages to maturity, and consequently were exposed (as noted above) to default and liquidity risks*». Por lo que, a contrario sensu, puede afirmarse que con la titulación de activos hipotecarios estos dos riesgos se neutralizan respecto de los créditos transmitidos. Vid. DIMSKY, G.A.: «*From financial exploitation to global banking instability: two overlooked roots of the subprime crisis*». Sacramento: University of California Center Sacramento. 2007. Página 6.

⁴⁸² Vid. BESSIS, J.: «*Risk Management in Banking*». John Wiley & Sons, LTD. West Sussex (England). 2002 (2ª Edición). Páginas 16 y 17.

⁴⁸³ Vid. DIMSKY, G.A.: «*From financial exploitation to global banking instability: two overlooked roots of the subprime crisis*», *op. cit.* página 6. En este sentido se pronuncia también UBIDE, que señala: «*Securitization improved the risk management of the financial sector, but it also allowed to leverage up and spread the US housing boom. Securitization (repackage assets to sell to liber-ate capital for further intermediation) and credit risk transfer techniques (separate and repackage the different risk characteristics of assets to improve and diversify risk exposures) changed the way the banking sector operates, moving from a traditional model of "originate and hold" (loans were originated by banks and kept in the balance sheets) to "originate to distribute" (loans are originated by banks and quickly sold to market participants). Very quickly an important portion of the lending business became a volume business, where proper valuation of risk became secondary to rapid volume, and thus fee income, generation*». Vid. UBIDE, A.: «Anatomy of a modern credit crisis» en *Revista de Estabilidad Financiera*. N°14. Banco de España. Mayo 2008. Página 73.

crédito⁴⁸⁴. Esta modalidad de difusión del riesgo deber ponerse en relación con que, antes de 2008, existía la creencia generalizada (y falaz) que el valor de la vivienda sólo experimentaba una tendencia al alza, nunca a la baja. En consecuencia, era habitual que la evaluación de la solvencia se basara fundamentalmente en el valor de la vivienda, sin tener en cuenta el flujo de activo y pasivo del prestatario. Los efectos de estas prácticas fueron devastadoras tanto para los prestatarios que, sobrevinida la crisis, no pudieron hacer frente al pago del crédito y tuvieron que enajenar su vivienda por un importe mucho menor que no cubría la totalidad del crédito; como para el conjunto de la sociedad (rescate bancario, atención a las personas en riesgo de exclusión social, etc.). En virtud de lo anterior, es completamente coherente que la DCH en su artículo 18.3 establezca expresamente que *«la evaluación de la solvencia no se basará predominantemente en el valor del bien inmueble de uso residencial que exceda del importe del crédito o en la hipótesis de que el valor de dicho bien aumentará»*; y, con la directriz contenida en el Cdo. 55 DCH que, tras afirmar la relevancia que reviste el valor del bien inmueble dado en garantía incide en la idea de que la evaluación *«debe centrarse en la capacidad del consumidor para atender sus obligaciones en virtud del contrato de crédito»*.

Otro de los factores que ha posibilitado la relajación de los estándares de riesgo de las entidades de crédito es el denominado *«risk-based pricing»* o precio ajustado al riesgo. A través de esta técnica, el precio del crédito de –el interés aplicado– y las condiciones del contrato se adaptan, o más bien, se personalizan de acuerdo con el riesgo asumido por el prestamista. De manera que, aquellos prestatarios que presenten una mayor probabilidad de incumplimiento deberán satisfacer una tasa de interés más alto que aquellos que presenten un riesgo menor⁴⁸⁵.

⁴⁸⁴ En este sentido, DIMSKY señala: *«Linked to these forces was a new consumer-banking business model for lower-income households: riskier customers are provided access to credit in exchange for either fees paid upfront, or for loans made on the basis of attachable assets»*. Vid. DYMSKI, G.A.: *«From financial exploitation to global banking instability: two overlooked roots of the subprime crisis»*, *op. cit.* página 13. También, cfr. *«Public consultation on responsible lending and borrowing»* de 15 de junio de 2009. Páginas 7 y 8.

⁴⁸⁵ Cfr. STATEN, M.: *«Risk-Based Pricing in Consumer Lending»*, *op. cit.* páginas 33, 34 y 40.

El tercero de los factores que ha ayudado a la relajación de los estándares de riesgo de crédito ha sido el «*credit scoring*». La medición y cuantificación del riesgo mediante el uso de sistemas de puntuación ha sido el instrumento que ha permitido el funcionamiento de la titulación y el «*risk-based pricing*»⁴⁸⁶. En efecto, la puntuación obtenida a través del «*credit scoring*», en tanto objetiviza el riesgo asumido por el prestamista, permite a los prestamistas adaptar el precio del crédito al riesgo («*risk-based pricing*»)⁴⁸⁷ y, clasificar los préstamos hipotecarios en función del riesgo, pudiendo agruparlos y venderlos en el mercado secundario (titulización)⁴⁸⁸.

En definitiva, si la titulación de los activos hipotecarios permitió a las entidades de crédito refinanciarse y seguir concediendo nuevos créditos; y, el «*risk-based pricing*» posibilitó el acceso al crédito a segmentos de población a los que antes les había estado vedado, por ser de alto riesgo; la conjunción de ambas herramientas determinó la expansión del mercado de crédito minimizando los riesgos para las entidades de crédito. La conjunción de ambos factores puede parecer positiva si se tiene en cuenta el papel del crédito en la sociedad como creador de riqueza. Sin embargo, lo que *a priori* parece beneficioso⁴⁸⁹, ha tenido

⁴⁸⁶ Cfr. AALBERS, M.B. *op. cit.* páginas 152, 155, 156 y 159.

⁴⁸⁷ Así lo considera AALBERS al afirmar que «*credit scoring is not only indispensable if lenders want to sell their mortgage portfolios in the secondary market, but also facilitates risk-based pricing by charging higher interest rates for borrowers with low scores (bad risk) and charging lower interest rates for borrowers with high scores (good risk)*». Vid. AALBERS, M.B. *op. cit.* página 156. También es de esta opinión STATEN que afirma: «*Credit reporting and scoring made risk-based pricing possible*». Vid. STATEN, M.: «*Risk-Based Pricing in Consumer Lending*», *op. cit.* página 35.

⁴⁸⁸ Vid. AALBERS, M.B. *op. cit.* página 155. Además, en esta línea, DIMSKY señala que: «*A successful securities-based system housing finance required the commodification of risky mortgage assets. This required two steps. The first was the standardization of the instruments being bundled and sold, which required the adoption of standardized mortgage eligibility criteria [...]. The second was the separation of loan-making from risk-bearing. The willingness of wealth-holding institutions to take on securitized mortgaged debt was accomplished by insuring the ready availability of government and private underwriting of mortgage debt*». Vid. DYMSKI, G.A.: «*From financial exploitation to global banking instability: two overlooked roots of the subprime crisis*», *op. cit.* página 6.

⁴⁸⁹ «*That is, banks hit upon strategies that appeared to fundamentally reduce the risks associated with banking and financial intermediation activities*». Vid. DYMSKI, G.A.: «*From financial exploitation...*», *op. cit.* página 1.

efectos perversos debido a la presencia de procesos de selección adversa y riesgo moral⁴⁹⁰.

Los procesos de selección adversa son, con carácter general, aquellos que determinan la elección del peor candidato en lugar del más idóneo. En relación con el procedimiento de concesión de crédito, puede apreciarse un proceso de selección adversa con dos vertientes: por un lado, el prestamista se ve incentivado a escoger a prestatarios con un «score» bajo porque obtiene un beneficio mayor del crédito⁴⁹¹; por otro lado, los prestatarios con una situación económica más frágil (y, por tanto, con una puntuación baja) deben soportar condiciones más duras que otros con una situación económica más favorable⁴⁹².

Los procesos de riesgo moral, por su parte, tienen lugar cuando el sujeto que comete un exceso sabe de antemano que no va a sufrir las repercusiones negativas derivadas de su conducta⁴⁹³. En el ámbito que nos ocupa, la titulización hipotecaria permitió que las entidades de crédito dispersasen el riesgo asumido con la concesión de créditos a personas con un «score» bajo. Las operaciones de estas características se incluían en una cartera hipotecaria para su comercialización en el mercado secundario (que, por otra parte, también proveía de liquidez a la entidad)⁴⁹⁴. Del mismo modo, la posibilidad de enajenar el bien dado

⁴⁹⁰ Esto resulta paradójico si se tiene en cuenta los estudios que reflejan los beneficios del «*credit scoring*» y del «*risk-based pricing*» para, precisamente, eliminar los procesos de selección adversa y riesgo moral en los consumidores. Vid. STATEN, M.: «Risk-Based Pricing in Consumer Lending», *op. cit.* página 46 (y la bibliografía ahí citada).

⁴⁹¹ «Households previously denied mortgage credit were now awarded high-cost, high-risk loans. And when practices pioneered in predatory loan-making to socially excluded communities were generalized and introduced into the broader housing market, the conditions were created for the unsustainable explosion of prices in the US housing market, on one hand, and the unsustainable stretching of the limits of liquidity in financial markets, on the other». Vid. DYMSKI, G.A.: «From financial exploitation...», *op. cit.* página 2.

⁴⁹² Cfr. FLÓREZ LÓPEZ, R. *op. cit.* página 255.

⁴⁹³ Cfr. FLÓREZ LÓPEZ, R. *op. cit.* página 18 y 255. Y, cfr. ESTEVE, F; MUÑOZ DE BUSTILLO, R.: «Conceptos de Economía». Alianza Editorial. 2005. Página 539.

⁴⁹⁴ Cfr. «Commission staff working paper. Impact assessment» [SEC(2011) 356 final] de 31 de marzo de 2011. Página 5. ÁLVAREZ OLALLA, P.: «La obligación de evaluar la solvencia y su incumplimiento», *op. cit.* página 780.

La Comisión se refiere a la titulización como uno de los *desincentivos* que afectan a prestamistas e intermediarios de crédito a la hora de evaluar la solvencia de un

en garantía en caso de impago del crédito, por el que se obtendría un importe superior al de la deuda debido a la tendencia alcista del precio de la vivienda (aunque después se demostró que no), también coadyuvó a la existencia de procesos de riesgo moral.

De esta manera, las entidades bancarias concedían créditos de dudoso cobro con un alto interés a clientes poco solventes (y que, posiblemente hasta ese momento, habían estado excluidos del mercado de crédito) para después comercializarlos en el mercado secundario a través de la creación de productos financieros.

Esta conjunción de factores parece estar detrás de la relajación en los estándares de gestión de riesgo por parte de las entidades de crédito: los mecanismos de dispersión del riesgo han supuesto que la obtención de rentabilidad ya no dependa de la devolución del crédito por el prestatario, sino de la colocación masiva de crédito independientemente del riesgo de los prestatarios –ya que la rentabilidad provendrá de su comercialización en el mercado secundario o de la realización del valor del bien dado en garantía–⁴⁹⁵. Asimismo, la concesión de créditos a prestatarios con una solvencia insuficiente resultaba muy rentable debido a la estipulación de altas tasas de interés. Como resultado, para las entidades de crédito dejaron de existir motivos, en términos económicos y/o empresariales, que les llevaran a observar y promover ciertas cautelas en la concesión de crédito⁴⁹⁶.

prestatario respecto de un negocio en concreto (y denegar el crédito, en su caso). Cfr. «Public consultation on responsible lending and borrowing» de 15 de junio de 2009. Página 7.

⁴⁹⁵ ORDÁS ALONSO se expresa en este sentido al apuntar que: «la imposición al prestamista de la obligación de evaluar la solvencia del consumidor se justifica por razón de la frecuencia y de la relevancia de las hipótesis en las cuáles el acreedor no tiene un interés propio, inmediato y directo, en la efectiva restitución del crédito concedido al consumidor, por haber sido transferido a terceros sujetos, en definitiva, al mercado». ORDÁS ALONSO, M.: «Los Contratos de Crédito al Consumo en la Ley 16/2011...», *op. cit.* página 145.

⁴⁹⁶ «When banks generate loans –and hence risks– but do not absorb risks, then their fundamental structural position in the economy is transformed: balance-sheet pressures no longer compel them to emphasize caution more in the later stages of a lending circle». DYMSKI, G.A.: «From financial exploitation...», *op. cit.* páginas 1 y 2.

El riesgo sistémico para la economía que se deriva de situación dibujada en las páginas anteriores⁴⁹⁷ (y que se hizo patente en la crisis económica de 2007), con un nivel de sobreendeudamiento desconocido hasta entonces, fue lo que propició la inclusión en el ordenamiento jurídico comunitario del principio de crédito responsable, y concretamente, de la obligación de evaluar la solvencia del consumidor de crédito.

II. NATURALEZA JURÍDICA

1. Carácter obligatorio de la evaluación de la solvencia

La evaluación de la solvencia del consumidor se compone de una serie de deberes que tienen carácter preceptivo. Así lo indica expresamente el título y el contenido de los artículos 8 DCC y 18 DCH. La conversión en deberes jurídicos de las conductas tendentes a la averiguación y determinación de la capacidad económica del consumidor ha llevado consigo la alteración de la naturaleza jurídica de este procedimiento⁴⁹⁸. Como apunta ÁLVAREZ LATA, «*lo que antes eran procesos de control interno [...] ahora son normas obligatorias para los prestamistas, que incorporan una obligación dentro de la dinámica contractual, con los efectos jurídicos que eso determine*»⁴⁹⁹.

La obligación de evaluar la solvencia se enmarca en el Derecho de contratos, en cuanto se inserta en la relación jurídico-privada entre prestamista y consumidor. Se trata de una obligación de hacer, ya que su contenido se dirige a la imposición de deberes al prestamista que se traducen en la limitación de la autonomía de la voluntad de las partes

⁴⁹⁷ Cfr. FLÓREZ LÓPEZ, R. *op. cit.* página 258.

⁴⁹⁸ Cfr. ÁLVAREZ LATA, N.: «Comentario al artículo 14», *op. cit.* página 585. En este sentido vid. también ÁLVAREZ OLALLA, P.: «La obligación de evaluar la solvencia y su incumplimiento» en *La prevención del sobreendeudamiento privado. Hacia un préstamo o consumo responsables*. CUENA CASAS, M. (Directora). Aranzadi. Cizur Menor. 2017. Página 758. Y, MAYORGA TOLEDANO, M. C.: «Obligaciones de la entidad de crédito en la concesión de crédito adecuado a la solvencia y capacidad de endeudamiento del cliente» en *El préstamo hipotecario y el mercado de crédito en la UE*. FLORES DOÑA, M. S.; RAGA GIL, J. T. (Dir.). BERROCAL LANZAROT, A. I.; CALLEJO RODRÍGUEZ, C. (Coord.). Dykinson. Madrid. 2016. Página 354.

⁴⁹⁹ Vid. ÁLVAREZ LATA, N.: «Comentario al artículo 14», *op. cit.* página 585.

contratantes. En concreto, la prohibición al prestamista de conceder un crédito sin haber evaluado previa y correctamente la solvencia del prestatario o, en última instancia y habiendo realizado la evaluación, cuando ésta arroje un resultado negativo.

La definición normativa de la obligación de evaluar la solvencia del consumidor se contiene en la DCH, que la describe haciendo referencia a uno de los deberes que la componen: la evaluación de las expectativas de cumplimiento del consumidor (*ex art. 4.17 y 18.5 a) DCH*).

En efecto, en una primera aproximación, la obligación de evaluar la solvencia consiste en la averiguación y determinación de las perspectivas de repago del crédito por parte del consumidor. No obstante, la obligación de evaluar la solvencia no se agota con la realización de la evaluación, como se ha señalado. Debe considerarse implícito a la misma el deber de denegar el crédito en caso de que el resultado arrojado no indique la existencia de tales expectativas de devolución. Entender que la obligación de evaluar la solvencia no conlleva necesariamente la denegación del crédito si el resultado es negativo la haría inservible para la consecución del propósito que la legitima: la prevención del sobreendeudamiento como medida de protección del consumidor y de estabilidad del sistema financiero.

Además, en su condición de obligación de hacer, la obligación de evaluar la solvencia puede ser de medios o de resultado, ya que esto será de gran importancia para determinar cuándo se ha incumplido la evaluación. Sin embargo, para dilucidar esta cuestión es imprescindible determinar cuál es el resultado de la obligación de evaluar la solvencia y, si con la realización de las conductas de manera diligente, se alcanzará el resultado indubitadamente⁵⁰⁰. Estas cuestiones, así como si la obligación

⁵⁰⁰ Si bien toda obligación tiene como objeto el logro de un determinado resultado, puede diferenciarse entre aquellas obligaciones en las que el resultado se incorpora a la prestación, de manera que la obtención del resultado convenido determina el cumplimiento (obligación de resultado); y, aquellas en las que la prestación se concreta en la realización de una conducta diligente dirigida a la consecución de un resultado que no está incorporado a la obligación (obligación de medios). Por lo tanto, la obligación se cumple con el desarrollo de la conducta convenida, aunque no se alcance finalmente el resultado perseguido. Cfr. JORDANO FRAGA, F.: «Obligaciones de medios y de resultado. (A propósito de alguna jurisprudencia reciente)» en *Anuario de Derecho Civil*. Madrid. 1991. Páginas 6 a 11. Y, en el mismo sentido, cfr. DÍEZ-PICAZO, L.: «Fundamentos de

es, finalmente, de medios o de resultado, se abordarán más adelante, al examinar el contenido de la obligación⁵⁰¹.

Como instrumento de protección, la obligación de evaluar la solvencia en tanto atribuye al consumidor el derecho a la adquisición de un crédito *apto*, en los términos que se explicarán más adelante, se enmarca dentro de la técnica relativa a la atribución al consumidor de derechos irrenunciables, analizada en el Capítulo II. La obligación que nos ocupa persigue situar a ambas partes en una posición de igualdad jurídica, aliviando la falta de poder de negociación e información de la que adolece el consumidor. En el plano fáctico, este equilibrio obligacional se conseguiría cuando el consumidor adquiere un producto crediticio que, previsiblemente, y de acuerdo con unos determinados parámetros de carácter objetivo, pueda afrontar económicamente durante la vigencia del mismo.

2. El ámbito de aplicación de la obligación de evaluar la solvencia

De acuerdo con la legislación europea que contempla la obligación de evaluar la solvencia, ésta es una obligación circunscrita al Derecho de consumo. No obstante, como se desprende de la motivación de ambas Directivas, la protección del consumidor no es su único objetivo⁵⁰², sino que también persiguen la instauración y correcto funcionamiento del mercado interior de crédito⁵⁰³.

Derecho Civil Patrimonial. Volumen II. Las relaciones obligatorias. Civitas. Madrid. 1993 (4ª Edición). Página 246.

⁵⁰¹ Como apunta JORDANO FRAGA, no siempre resulta tarea fácil calificar una determinada obligación como de medios o de resultado fuera de los casos arquetípicos, sino que hay que atender al contenido de la obligación de acuerdo con su definición por parte de la Ley correspondiente o de su interpretación conforme a los «*criterios integrativos supletorios de los usos o de la buena fe objetiva (art. 1258 Cc)*». Vid. JORDANO FRAGA, F.: «Obligaciones de medios y de resultado...», *op. cit.* páginas 9 y 10.

⁵⁰² La protección del consumidor como objetivo de las Directivas analizadas se desprende de los Considerandos 8 y 9 DCC y 5, 10 y 15 DCH.

⁵⁰³ Como indican los Cdos 6 y 7 DCC y 2, 5 y 6 DCH. En este sentido, cabe señalar que PAISANT, a propósito del análisis de la DCC, señaló que «*resulta muy claro que la reforma de 2008 no se funda en una voluntad de reforzar la protección de los consumidores en las operaciones de crédito, sino en un deseo de mejorar, en este sector, el funcionamiento del mercado interior*». Vid. PAISANT, G.: «La Directiva de 23 de abril de 2008 sobre el crédito al consumo» en *Boletín del Ministerio de Justicia*, nº 2150. Enero 2013. Página 5.

En España, la obligación de evaluar la solvencia del prestatario de crédito excede del ámbito del Derecho de consumo. La normativa sectorial bancaria contempla esta obligación en las relaciones con su clientela⁵⁰⁴. En esta línea se posiciona también el Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario⁵⁰⁵ (en adelante, PLCCI), que transpone al ordenamiento nacional la DCH, extendiendo el ámbito de aplicación subjetivo a personas físicas, independientemente de cual sea la finalidad del crédito.

Aunque la obligación de evaluar la solvencia se originó como una herramienta de protección del consumidor de crédito (tanto en la legislación de la Unión, como en la belga que inspiró a aquella), lo cierto es que su función como medida protectora de la estabilidad del mercado de crédito justifica su aplicación a los prestatarios en general.

3. Los sujetos que deben ser evaluados: la figura del avalista

El texto de la DCC y la DCH es claro, el sujeto cuya solvencia debe ser objeto de evaluación es el consumidor. Lo mismo ocurre con la normativa de transposición al ordenamiento estatal, que circunscribe la obligación de evaluar la solvencia a la persona del consumidor.

Sin embargo, las situaciones de sobreendeudamiento no afectan únicamente al consumidor. En el caso de que el crédito esté avalado por un tercero, la imposibilidad de hacer frente a los pagos del consumidor, determinará que sea el avalista quien deba atenderlos, lo que puede derivar en el sobreendeudamiento de éste. Por tanto, parece fundamental que, junto al consumidor, se evalúe la solvencia del avalista.

⁵⁰⁴ Artículo 29 de la Ley 2/2011 de Economía Sostenible y en la normativa sectorial que la desarrolla.

⁵⁰⁵ Versión presentada al Congreso de los Diputados el 17 de noviembre de 2017. A 22 de junio de 2018 sigue en tramitación parlamentaria (en la Comisión de Economía, Industria y Competitividad; vid. http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas/ProydeLey?piref73_1335538_73_1335535_1335535.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VE_RLST&BASE=IW12&FMT=INITXLBA.fmt&DOCS=1-25&DOCORDER=FIFO&DES1=Proyectos+de+Ley+en+tramitaci%F3n&QUERY=121.cin i.+no+@fcie+no+concluido.fase).

El legislador europeo decidió dejar fuera al avalista de la obligación de evaluar la solvencia a pesar de que su evaluación era preceptiva de acuerdo con la primera versión de la DCC⁵⁰⁶.

El legislador belga, en cambio, sí que consideró importante para la prevención del sobreendeudamiento la comprobación de las perspectivas de pago del avalista y, a través de la Ley de 24 de marzo de 2003⁵⁰⁷, modificó la Ley de crédito al consumo de 1991 para ampliar el alcance de la obligación de evaluar la solvencia también al avalista.

En la actualidad, el «*Code de Droit Économique*» belga establece que el prestamista deberá evaluar la solvencia del avalista, tanto en el crédito al consumo como en el crédito hipotecario, en los mismos términos que la del propio consumidor⁵⁰⁸. Para ello, impone al prestamista y al intermediario de crédito el deber de requerir del avalista la información exacta y completa que consideren necesaria para evaluar su capacidad financiera, así como su capacidad de reembolso⁵⁰⁹.

⁵⁰⁶ Vid. artículo 9 de la Propuesta de 2002.

⁵⁰⁷ «*Loi 24 Mars 2003. Loi modifiant la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation*».

⁵⁰⁸ Así lo dispone el artículo VII.77 párrafo 1º: «*Le prêteur procède, avant la conclusion du contrat de crédit, à l'évaluation rigoureuse de la solvabilité du consommateur et vérifie que le consommateur sera à même de respecter ses obligations de remboursement. Il procède également à l'évaluation rigoureuse de la solvabilité des personnes qui ont constitué une sûreté personnelle*».

También el artículo VII.133, párrafo 1º establece que : «*Le prêteur procède, avant la conclusion du contrat de crédit, à l'évaluation rigoureuse de la solvabilité du consommateur et vérifie que le consommateur sera à même de respecter ses obligations de remboursement. Il procède également à l'évaluation de la solvabilité des personnes qui ont constitué une sûreté personnelle*».

⁵⁰⁹ Expone el artículo VII.69 en su apartado 1º: «*Dans le cadre de l'évaluation de la solvabilité, le prêteur et l'intermédiaire de crédit sont tenus de demander au consommateur sollicitant un contrat de crédit, ainsi que, le cas échéant, à la personne qui constitue une sûreté personnelle, les renseignements exacts et complets que le prêteur juge nécessaires afin d'apprécier leur situation financière et leurs facultés de remboursement*».

Asimismo, respecto del crédito hipotecario, el artículo VII.126 «*Dans le cadre de l'évaluation de la solvabilité, le prêteur et l'intermédiaire de crédit sont tenus de demander au consommateur sollicitant un contrat de crédit, ainsi que, le cas échéant, à la personne qui constitue une sûreté personnelle, les renseignements exacts et complets que le prêteur juge nécessaires afin d'apprécier leur situation financière et leurs facultés de remboursement. Le consommateur et la personne qui constitue une sûreté personnelle sont tenus d'y répondre de manière exacte et complète*».

El avalista, al igual que el consumidor, queda sujeto a suministrar la información pedida por el prestamista o intermediario de manera exacta y completa⁵¹⁰.

El aspecto que deja fuera la legislación belga es qué ocurre cuando la evaluación del avalista muestra un resultado negativo. El «*Code de Droit Économique*» no indica que la obligación de denegar el crédito se amplíe a estos supuestos.

La legislación francesa, al igual que la belga, ha optado por establecer la obligatoriedad de la evaluación de la solvencia también respecto del avalista. Sin embargo, en lugar de ampliar el ámbito de aplicación de este deber al garante, incluye un precepto en este sentido dentro de una regulación *ad hoc* para esta figura en las operaciones de crédito⁵¹¹. En concreto, impide a las entidades de crédito⁵¹² valerse o hacer efectiva la garantía de un contrato de crédito, ya sea al consumo o hipotecario, con una persona física cuyo compromiso contractual, al momento de la conclusión del contrato fuera desproporcionado con sus bienes e ingresos. Con una excepción, y es que, en el momento en el que se le requiere el pago, el importe de la garantía le permitiera hacer frente a las obligaciones asumidas⁵¹³.

Por lo tanto, el avalista, para verse liberado de las obligaciones que le incumben, debe reunir dos requisitos: (1) que, en el momento de la

⁵¹⁰ Señala el artículo VII.69.1, párrafo primero *in fine*: «*Le consommateur et la personne qui constitue une sûreté sont tenus d'y répondre de manière exacte et complète*». De igual manera lo recoge respecto del crédito hipotecario el artículo VII.133 al final del párrafo 1º: «*Le consommateur et la personne qui constitue une sûreté sont tenus d'y répondre de manière exacte et complète*».

⁵¹¹ Vid. Capítulo IV, Título I del Libro III del «*Code a la consommation*», artículos L314-15 a L314-19.

⁵¹² Debe señalarse que, el término «entidad de crédito» se utiliza aquí en un sentido amplio ya que el tenor literal del precepto L314-18 habla de «*un établissement de crédit, une société de financement, un établissement de monnaie électronique, un établissement de paiement ou un organisme mentionné au 5 de l'article L. 511-6 du code monétaire et financier*».

⁵¹³ En concreto, el tenor literal del artículo L314-18 dice que «*[...] ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement d'une opération de crédit relevant des chapitres II ou III du présent titre, conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation*».

perfección del contrato, las obligaciones asumidas fuesen desproporcionadas con su situación económica; y (2) que, al tiempo de la eventual realización de la garantía, el importe garantizado no cubra el total de las obligaciones asumidas.

El ordenamiento inglés también ha optado por ampliar el ámbito de la obligación de evaluar la solvencia del consumidor tanto en el crédito al consumo como en el crédito hipotecario. La evaluación de la solvencia del avalista se recoge con carácter obligatorio en el crédito al consumo, aunque concreta que no tiene porqué ser idéntica a la realizada al prestatario, sino que puede adaptarse a la entidad de las obligaciones asumidas por el garante⁵¹⁴.

En el crédito hipotecario también se estipula la evaluación de la solvencia del avalista. Pero, en lugar de establecer un régimen acotado a esta figura, se dispone que toda referencia al cliente o «*customer*» debe entenderse hecha también al avalista⁵¹⁵.

III. CONTENIDO DE LA OBLIGACIÓN

A la hora de determinar cuál es el contenido de la obligación de evaluar la solvencia debemos tener claro en primer lugar a qué nos referimos cuando hablamos de esta obligación. Una primera aproximación al concepto de la obligación de evaluar la solvencia la encontramos en el artículo 4, apartado 17⁵¹⁶ DCH. El tenor literal de este precepto define la evaluación como «*la evaluación de las perspectivas de cumplimiento de las obligaciones vinculadas a la deuda que se deriven del contrato de crédito*». Esta definición, al hacer referencia únicamente al propósito de la evaluación –valorar las perspectivas de cumplimiento del consumidor–, deja fuera aspectos fundamentales. Por ejemplo, no menciona la manera en que habrá de practicarse la evaluación, cuáles son los parámetros objetivos que deben emplearse para averiguar las perspectivas de cumplimiento del consumidor, o cuál deberá ser la posición del

⁵¹⁴ Vid. «*Consumer Credit Sourcebook*» (en adelante, CONC). Vid. CONC 5.2A.31 y 5.2A.31.

⁵¹⁵ Vid. MCOB 11.6.2 (3).

⁵¹⁶ Ni la DCC, LCCC ni PLCCI aportan una definición de la obligación de evaluar la solvencia.

prestamista en el caso de que la evaluación arroje un resultado negativo. La legislación bancaria, como se verá, sí que hace alguna concreción respecto al procedimiento que ha de observarse, pero sin llegar a establecer umbrales o parámetros objetivos de obligada observancia.

De los preceptos contenidos en ambas Directivas, así como de las normas de transposición a la legislación española (LCCC y LPCI), se desprende que esta obligación no se agota con la ejecución de la evaluación de la solvencia en sí misma considerada. Por tanto, y como se demostrará en los epígrafes siguientes, la obligación de evaluar la solvencia, para su correcta ejecución, requiere del desenvolvimiento de tres deberes principales: (1) el prestamista debe investigar la situación financiera del consumidor y reunir la información necesaria para la evaluación; (2) el prestamista debe procesar la información recopilada a través de cálculos estadísticos, obteniéndose resultado demostrativo de la situación económica del consumidor; y, (3) el prestamista debe ser coherente con el resultado de la evaluación denegando la concesión del crédito cuando el resultado arrojado sea negativo.

1. Deber de investigación

El deber de investigación consiste en recopilar y comprobar la información necesaria, relativa a la situación financiera y personal del consumidor, para evaluar su solvencia. En el caso de que esta información provenga total o parcialmente del propio consumidor, el prestamista deberá requerirle qué información debe aportar y en qué periodo temporal. El propósito fundamental que se persigue con el deber de información es que el prestamista reúna la información pertinente y pueda llevar a cabo la evaluación de la solvencia.

El deber de investigación persigue aliviar una de las deficiencias informativas que existen en las relaciones crediticias⁵¹⁷. En concreto,

⁵¹⁷ Ya en los Capítulos anteriores del presente trabajo se ha señalado la importancia de la información en las relaciones de consumo en general, debido al papel predominante del empresario o profesional respecto del consumidor, que se traduce en el manejo de información de la que no dispone el consumidor (asimetría de la información). En el ámbito crediticio, la información adquiere un rol incluso más destacado, ya que asimetría de la información es doble: por un lado, el prestamista no

aquella que afecta al prestamista por no disponer de la información financiera del consumidor⁵¹⁸. La atribución de este deber al prestamista no descansa únicamente en el hecho de que se trate de la parte profesional de la relación, sino que, al ser el sujeto obligado a evaluar la solvencia, conocerá qué información va a necesitar para ello y dispone de los medios para adquirirla.

El deber de investigación se encuentra positivado en el artículo 20 DCH, titulado «*revelación y verificación de la información relativa al consumidor*». En él se dispone que el prestamista debe obtener – *obtendrá*– la información necesaria para evaluar la solvencia de las fuentes *pertinentes*, ya tengan carácter interno o externo, y la deberá comprobar *adecuadamente* (*ex* apartado 1). A estos efectos, cuando la fuente de suministro de la información sea el propio consumidor, el prestamista debe precisar (*especificar* es el término elegido por la Directiva) *de manera clara y directa* al potencial prestatario qué información debe suministrar. Asimismo, el prestamista pedirá al consumidor que aporte la documentación que acredite su veracidad de la información suministrada. Igualmente, el prestamista deberá indicar al prestatario cuál es el marco temporal en que contestar a esta petición. Además, si fuese necesario, el prestamista también podrá pedir aclaraciones al consumidor sobre la información que ha suministrado previamente⁵¹⁹.

tiene conocimiento de la situación económica del consumidor y, por otro, el prestatario no dispone de la información de que dispone el prestamista por el hecho de ser profesional en el mercado. La primera se ha tratado de paliar con la gestión, por parte de los prestamistas, del riesgo de crédito, para lo que es fundamental obtener información del consumidor; y, la segunda, con un progresivo aumento en las obligaciones de suministro de información de los prestamistas a los prestatarios. Cfr. ÁLVAREZ LATA, N.: «Comentario al artículo 11», *op. cit.* página 525. Además, algunos textos legales se hacen eco de esta doble asimetría, como la propuesta de Directiva de crédito al consumo de 2002, cuyo artículo 6, que llevaba por título «*Información recíproca y previa y obligación de asesoramiento*», contemplaba las obligaciones relativas al suministro de información que incumbían tanto al prestamista como al consumidor.

⁵¹⁸ Recuérdese que el prestamista es también el encargado de paliar la otra vertiente del defecto de información, que afecta al consumidor. El prestamista debe proporcionar al consumidor la información necesaria para tomar una decisión razonada acerca del crédito; la atribución de esta obligación al prestamista encuentra su justificación en que éste dispone de dicha información al ser profesional en el mercado y para el consumidor es muy costosa la adquisición de dicha información.

⁵¹⁹ Cfr. artículo 20 apartado 2.

El PLCCI no incluye cuáles deben ser las fuentes de información a tener en cuenta por el prestamista, sino que, directamente, se refiere al consumidor como la vía principal de acceso a la información⁵²⁰. Esta circunstancia no determina que la entidad de crédito no esté obligada a explorar todas las fuentes de información que tenga a su disposición (ya que así lo dispone la DCH); sin embargo, esta circunstancia se omite, a pesar de que el artículo 9.6 PLCCI admite implícitamente la posibilidad de consultar las bases de datos.

En el crédito al consumo, el deber de investigar la situación financiera del consumidor no se recoge como tal en la DCC. Conforme a esta norma, el prestamista debe utilizar una serie de informaciones que serán en todo caso *suficientes*⁵²¹, pero no indica expresamente que el prestamista esté obligado a reunir o recopilar dicha información, como sí se puede deducir de la DCH cuando establece que «*el prestamista obtendrá...*». No obstante, el tenor literal del artículo 14 LCCC aclara que, efectivamente, en el crédito al consumo existe el deber de investigar la solvencia del consumidor⁵²².

Sin perjuicio de lo anterior, a mi juicio, la obligación de información constituye un comportamiento previo y esencial respecto de la evaluación de la solvencia, que se deriva del deber de diligencia exigible al prestamista. Aunque este deber no se recogiera expresamente en la Ley, debería entenderse como un deber implícito respecto de la obligación de evaluar la solvencia. El deber de investigación constituiría, así, uno de los que se denomina «*deberes de diligencia en su función promotora del cumplimiento*», que se fundamenta en el artículo 1104 Cc⁵²³. El desenvolvimiento de la obligación de evaluar la solvencia del

⁵²⁰ Vid. artículo 10 PLCCI.

⁵²¹ La DCC, respecto de la información sobre la que se deberá basar la evaluación de la solvencia, establece que se hará «*sobre la base de una información suficiente, facilitada en su caso por el consumidor y, cuando proceda, basándose en la consulta de la base de datos pertinente*» (artículo 8 DCC).

⁵²² El artículo 14 LCCC concreta que la información suficiente, sobre la que se ha de basar evaluación de la solvencia, debe obtenerse «*por los medios adecuados a tal fin, entre ellos, la información facilitada por el consumidor a solicitud del prestamista o intermediario*», añadiendo a continuación que «*con igual finalidad, podrá consultar los ficheros de solvencia patrimonial*».

⁵²³ Vid. BADOSA COLL, F.: «*La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*». Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia. 1987. Páginas 175, 176, 217 y ss. Y,

consumidor con la diligencia que le es exigible (la de un profesional) requiere que el deudor de esta obligación (el prestamista) desarrolle otra actividad que permita llevar a buen puerto la primera. La función del deber de investigación es, por tanto, puramente instrumental, en tanto su función es posibilitar el cumplimiento de la evaluación de la solvencia⁵²⁴.

El carácter preceptivo del deber de investigar la situación financiera del consumidor también se desprende de la legislación que sirvió de antecedente a la DCC en materia de crédito responsable: la Ley de crédito al consumo belga de 12 de junio de 1991. El artículo 15, hoy contenida en el artículo VII.77 del «*Code de Droit Économique*», permite al prestamista el ofrecimiento de crédito si éste considera que el consumidor puede cumplir con las obligaciones derivadas del contrato de crédito. El prestamista tiene que llegar a tal convencimiento teniendo en cuenta la información de que dispone o debería disponer, especialmente, la relacionada con la consulta prevista en el artículo 71 (que recoge la consulta de bases de datos⁵²⁵); y, la información prevista en el artículo 10⁵²⁶ (requerimiento al consumidor para que aporte determinados datos).

Así, la Ley belga, establece una presunción *iuris tantum* de que el prestamista concede el crédito cuando, reunida y analizada la información, el resultado arrojado indica que el consumidor está en posición de respetar las obligaciones derivadas del contrato de crédito. Esta presunción establece como premisa que la evaluación de solvencia se ha realizado sobre los datos que debe poseer el prestamista, no los que

en el mismo sentido, vid. Díez-PICAZO, L.: «*Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial II. Las relaciones obligatorias*». Civitas. Madrid. 1993. Página 99.

⁵²⁴ Vid. BADOSA COLL, F.: «*La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*». Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia. 1987. Página 175.

⁵²⁵ El artículo 71.1 segundo párrafo indica: «*Les personnes agréées en application de la présente loi consultent cette banque centrale de données, préalablement à l'offre, à la conclusion ou à la modification de tout contrat tombant sous l'application de la présente loi et répondant aux critères déterminés par le Roi*».

⁵²⁶ «*Le consommateur qui sollicite un contrat de crédit doit, à la demande du prêteur ou de l'intermédiaire lui communiquer les renseignements exacts et complets que le prêteur ou l'intermédiaire de crédit jugent nécessaires afin d'apprécier la situation financière et les facultés de remboursement du consommateur*».

En aucun cas, les renseignements sollicités ne peuvent concerner la race, l'origine ethnique, le santé, la vie sexuelle, les opinions ou activités politiques, philosophiques ou religieuses ou l'appartenance syndicale ou mutualiste».

efectivamente posee. Por lo que, a la hora de hacer las comprobaciones necesarias en orden a determinar si el crédito se concedió correctamente se tendrán en cuenta todas las informaciones que debían haber sido objeto de valoración por el prestamista.

El prestamista habrá incumplido el deber de denegar el crédito conforme a la legislación belga, si del examen toda la información se concluye que el crédito no debía haberse concedido⁵²⁷. De esta manera, se disuade a los prestamistas de que dejen fuera a propósito información de la situación financiera del consumidor que no resulte favorable en para obtener una evaluación de la solvencia positiva.

1.1. Sujetos vinculados por la presente obligación. Especial atención a los intermediarios de crédito

El prestamista es el sujeto obligado a llevar a cabo el deber de investigación tanto en el crédito al consumo como en el crédito hipotecario. Ello resulta lógico en tanto el deber de investigación es un deber instrumental respecto del deber de evaluar la solvencia. Además, el incumplimiento del deber de investigación determina el incumplimiento del deber de evaluar la solvencia ya que, el uso de información errónea determina la inexactitud del resultado de la evaluación. Tanto la DCC y DCH, como las normas de transposición, atribuyen los deberes relativos a la adquisición de la información⁵²⁸,

⁵²⁷ Cabe recordar en este punto que la Ley belga recogía (y recoge) una sanción civil para el caso del incumplimiento de los deberes derivados de la evaluación de la solvencia, consistente en la posibilidad del juez de eliminar, total o parcialmente, el derecho del prestamista a percibir los intereses derivados del crédito (artículo 92 de la Ley belga de crédito al consumo de 12 de junio de 1991).

⁵²⁸ En el régimen relativo al crédito hipotecario se establece otro deber que se derivan del deber de investigación del prestamista, como el de concretar al consumidor qué información debe suministrar y cuál es el plazo indicado al efecto (artículo 20.3 DCH y 10.1 PLCCI). También, si fuera necesario, se contempla la posibilidad de que el prestamista pueda pedir al consumidor aclaraciones relativas a la información previamente suministrada (artículo 20.3 DCH).

comprobación⁵²⁹ e, incluso, petición de aclaraciones sobre la información aportada al prestamista⁵³⁰.

Por otra parte, el artículo 10 del PLCCI, transponiendo el contenido del artículo 20.2 DCH, atribuye a los intermediarios de crédito o representantes designados algunos deberes en relación con la obligación de investigación que incumbe, como se ha afirmado, al prestamista⁵³¹. Cabe puntualizar que los representantes designados son personas físicas o jurídicas que realizan actividades propias de los intermediarios de crédito por cuenta de éstos (*ex* artículo 4 apartado 8º de la DCH), cuando se haga referencia a la figura del intermediario, se extenderá dicha referencia a los representantes designados.

La atribución a los intermediarios de crédito de deberes relativos a la obligación de información, lleva a preguntarse cuál es el rol desempeñado por los intermediarios de crédito en la averiguación de la situación patrimonial del consumidor.

Los intermediarios de crédito son aquellas personas físicas o jurídicas que, en el ejercicio de su actividad profesional y percibiendo por ello una remuneración, ofrecen contratos de crédito a los consumidores, asistiéndoles en los trámites precontractuales o celebrando contratos de crédito en nombre del prestamista con los consumidores⁵³². En el desenvolvimiento de su actividad profesional, el intermediario puede estar vinculado contractualmente a uno o varios prestamistas o carecer

⁵²⁹ El artículo 20.1 *in fine* formula este deber de manera impersonal: «*la información será comprobada adecuadamente [...]*». No especifica, por tanto, que deba ser el prestamista quien la realice. Sin embargo, el hecho de que sea el prestamista quien debe recopilar la información y, el propio tenor literal del artículo, que no indica otro sujeto diferente del prestamista (que es el sujeto obligado en las líneas previas del artículo) parecen indicar que éste es quien debe llevar a cabo la comprobación de la información obtenida.

⁵³⁰ Vid. artículos 8 DCC; 14 LCCC; 18.1, 20.1 y 20.3 DCH; y, 9.1, 9.4, 10.1 y 10.2 PLCCI.

⁵³¹ La DCH establece que los intermediarios de crédito o representantes designados deben *presentar fielmente al prestamista* la información que les haya suministrado el consumidor (artículo 20.2 DCH). El PLCCI establece que, tanto los prestamistas como los intermediarios, están obligados a solicitar al consumidor la información necesaria, informarles de la necesidad de aportar información correcta y completa; y, advertirles de que deben de cumplir con el requerimiento, o no se podrá seguir adelante con el crédito (artículo 10 PLCCI).

⁵³² Cfr. Con las definiciones contenidas en los artículos 4 apartado 5 de la DCH; y, artículo 3 f) de la DCC.

de tal vinculación. Los intermediarios vinculados son aquellos profesionales distintos del prestamista, pero unidos contractualmente a él mediante alguna modalidad del contrato de agencia, generalmente⁵³³. Los intermediarios no vinculados son aquellos que no están ligados contractualmente con el prestamista, sino que lo están con el consumidor. La relación contractual entre el intermediario y el consumidor se formalizará, normalmente, a través de un contrato de mediación o corretaje. Este contrato tendrá por objeto la prestación de servicios de asesoramiento de manera imparcial respecto del prestamista, es decir, el prestamista deberá buscar en el crédito en las mejores condiciones del mercado para el consumidor⁵³⁴.

1.1.1. Intermediarios vinculados: el agente

Con carácter general, cuando el intermediario desarrolla su trabajo vinculado con uno o varios prestamistas la relación contractual que los une convierte al intermediario en un eslabón más en la cadena de distribución del prestamista, conectando, por un lado, producción y, por otro, consumo⁵³⁵. El incumplimiento del intermediario de crédito de su cometido relativo a la transmisión de la información al prestamista del artículo 20.2 DCH, determinará el incumplimiento del prestamista en tanto la evaluación de la solvencia estará basada en información errónea o incompleta y afectará, necesariamente, al poder representativo y/o predictivo del resultado de la evaluación. Consecuentemente, el incumplimiento del intermediario de crédito de su deber de transmitir de información, acarreará el incumplimiento del contrato que le une con el prestamista (*ex* artículo 1101 Cc). El incumplimiento contractual del intermediario de crédito permitirá al prestamista resarcirse de los daños y perjuicios que le hubiere ocasionado la actuación de aquel.

⁵³³ Señala PEÑA LÓPEZ que «*teóricamente, sería posible que un intermediario vinculado actuase sujeto al prestamista a través de un contrato de comisión [...]; pero no parece que tal supuesto tenga la más mínima repercusión práctica*». PEÑA LÓPEZ, F.: «Comentario al artículo 33» en Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo. MARÍN LÓPEZ, M.J. (Director). Aranzadi. Cizur Menor. 2014. Página 1153.

⁵³⁴ Vid. PEÑA LÓPEZ, F.: «Comentario al artículo 33», *op. cit.* páginas 1154 y 1155.

⁵³⁵ Cfr. PEÑA LÓPEZ, F.: «Comentario al artículo 33», *op. cit.* página 1154. Y, QUINTÁNS EIRAS, M. R.: «*Delimitación de la Agencia Mercantil en los contratos de colaboración*». Edersa. Madrid. 2000. Páginas 108 y 109.

La vinculación entre prestamistas e intermediarios suele materializarse a través de un contrato de agencia, lo que conlleva que, entre las obligaciones que corresponden al agente, se halle la obligación de información que recae sobre el agente respecto del empresario⁵³⁶ (el prestamista en este caso). El agente debe transmitir al prestamista toda la información que éste debe conocer, relativa a las operaciones que ha llevado a cabo el agente. El propósito es que el empresario pueda tomar aquellas decisiones que le correspondan de acuerdo con aquella información. Entre dichas informaciones cobran una especial importancia aquellas relativas a la solvencia de terceros con los que hubiere operaciones no concluidas⁵³⁷, extremo que, en el ámbito que nos ocupa, cobra una dimensión más relevante si cabe. Así, el apartado 2 del artículo 20 DCH reiteraría una obligación del intermediario ya existente en caso de estar vinculado con el prestamista a través de un contrato de agencia.

La responsabilidad del prestamista respecto de la actuación de aquellos intermediarios vinculados contractualmente con él la recoge sin ambages la DCH en su artículo 30 refiriéndose únicamente a aquellos intermediarios vinculados en exclusiva con un solo prestamista. El tenor literal dispone que *«el prestamista será total e incondicionalmente responsable de toda acción u omisión del intermediario de crédito vinculado que actúe en nombre del prestamista»*. Establece, así, un régimen de responsabilidad objetiva del prestamista por las acciones u omisiones del intermediario de crédito vinculado exclusivamente con él.

En cambio, la DCH no dice nada respecto de la posible responsabilidad que pudiese corresponder al prestamista respecto del incumplimiento de los intermediarios que se hallen vinculados con varios prestamistas. Conforme a la legislación española, la Ley de contrato de Agencia (en adelante, LCA) no contempla un régimen diferenciado en función de si el agente se halla vinculado con uno varios empresarios. La única exigencia

⁵³⁶ Vid. artículo 3.2 b) de la Directiva 86/653/CEE relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes; transpuesto en nuestro Ordenamiento a través del artículo 9.2 b) de la Ley 12/1992 sobre el contrato de agencia.

⁵³⁷ Vid. BUSTO LAGO, J. M.: «Contrato de agencia» en *Tratado de Contratos. Tomo III*. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Director). MORALEJO IMBERNÓN, N.; QUICIOS MOLINA, S. (Coordinadoras). Tirant Lo Blanch. 2013 (2ª Edición). Página 3605.

que contempla la Ley en estos casos donde, además, la actividad profesional de los empresarios sea la promoción de *bienes o servicios que sean de igual o análoga naturaleza y concurrentes o competitivos*⁵³⁸, es que el agente pida autorización al empresario.

Debe acudirse entonces al régimen general de responsabilidad contractual por hechos de auxiliares donde tampoco existe una regulación expresa de este aspecto. La doctrina se ha mostrado favorable a admitir la responsabilidad del empresario por los hechos de sus auxiliares⁵³⁹, que existe indistintamente tanto si la vinculación es exclusiva o no.

1.1.2. Intermediario independiente: el mediador o corredor

Cuando el intermediario de crédito sea independiente del prestamista, su vinculación se va a predicar respecto del consumidor, al que estará unido por medio de un contrato de mediación o corretaje. Así, el corredor habrá de localizar el contrato de crédito que más se ajuste a sus necesidades e intereses y promover la consecución del mismo⁵⁴⁰. De esta manera, si entre los deberes exigibles al corredor está el de conseguir que el negocio se celebre en las condiciones más favorables para el comitente (en este caso, el consumidor), puede concluirse que a todo corredor le es exigible de manera implícita que desarrolle todas aquellas conductas necesarias para la conclusión del contrato. Entre dichas conductas estaría, sin lugar a dudas, el deber de recopilar y transmitir *fielmente* al prestamista la información relativa al consumidor, puesto que el incumplimiento de este deber podría dar lugar a la denegación del crédito por insuficiencia de la información para la evaluación de la solvencia (artículo 20.4 de la DCH); o, en el caso de haberse aportado información incorrecta o falsificada, facultaría al prestamista a la rescisión del contrato de crédito (artículo 20.3 párrafo 3º de la DCH). En ambos casos, la actuación negligente del intermediario puede producir

⁵³⁸ Vid. artículo 7 LCA.

⁵³⁹ Vid. JORDANO FRAGA, F. «*La responsabilidad contractual*». Civitas. Madrid. 1987. Páginas 577 a 584.

⁵⁴⁰ PEÑA LÓPEZ, F.: «Comentario al artículo 33», *op. cit.* página 1155. QUINTÁNS EIRAS, M. R.: «*Delimitación de la Agencia Mercantil en los contratos de colaboración*», *op. cit.* páginas 326 a 328. Cfr. GÁZQUEZ SERRANO, L.: «*El contrato de mediación o corretaje*». La Ley. Madrid. 2007. Página 98.

perjuicios al consumidor, por los que deberá de responder frente a éste (*ex* artículo 1101 del código civil).

1.1.3. El deber de transmisión de la información atribuido a los intermediarios de crédito

La DCH encomienda a los intermediarios un deber («*presentar fielmente la información al prestamista*», *ex* artículo 20.2 DCH) de cuyo incumplimiento deberá responder frente al prestamista o al consumidor, en función de con quien se halle ligado contractualmente ya que será a quien haya perjudicado con su actividad negligente.

El contenido de la obligación atribuida al intermediario es la fiel transmisión de la información previamente obtenida a través del consumidor⁵⁴¹. Del tenor literal de este apartado no se infiere que se obligue al intermediario a requerir y recopilar la información relativa al consumidor, sino a su mera transmisión al prestamista de manera fidedigna.

El requerimiento y recopilación de la información relativa a la situación financiera del consumidor que corresponde al intermediario no se deriva del deber de investigación, que corresponde al prestamista en tanto es un deber instrumental de la obligación de evaluar la solvencia. Lo que ocurre es que, cuando la recopilación y solicitud de información se lleva a cabo por el intermediario, vinculado con uno o varios prestamistas, estaremos ante el cumplimiento de obligaciones propias de este prestamista a través de un tercero⁵⁴². Por el contrario, cuando el intermediario es independiente, para el prestamista la interacción con el intermediario es como si hubiese realizado con el consumidor mismo, por lo que la obligación de requerimiento y recopilación de la información recae igualmente sobre el prestamista.

Por tanto, el contenido del apartado 2 del artículo 20 DCH se circunscribe a la transmisión fidedigna de la información obtenida del consumidor al prestamista. El deber recogido en el citado artículo

⁵⁴¹ *Ex* artículo 20.2 DCH.

⁵⁴² Cfr. BADOSA COLL, F.: «*La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*». Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia. 1987. Páginas 219 y 220.

impone al intermediario de crédito, de manera indirecta, una obligación de no manipulación de la información obtenida del consumidor.

La razón de la imposición de este deber al intermediario puede estar en los sistemas de remuneración de los agentes y corredores. En el caso de los corredores, éstos percibirán su comisión con la perfección del contrato⁵⁴³. Los agentes⁵⁴⁴, generalmente, también percibirán una comisión que podrá variar en función del volumen o valor de las operaciones promovidas por éste⁵⁴⁵. Estos sistemas de remuneración basados en el cumplimiento de objetivos, pueden incentivar que los intermediarios omitan determinados datos que frustren la celebración del negocio –riesgo moral–.

En la legislación española, el deber del intermediario de transmitir al prestamista la información que proporciona el prestatario queda recogida en el PLCCI⁵⁴⁶. Aunque, el PLCCI no establece un deber de transmisión de la información de la misma manera que lo hace la DCH. De hecho, parece que el PLCCI atribuye al intermediario deberes relativos a la investigación de la situación financiera del consumidor. Sin embargo, lo cierto es que sólo le imponen deberes que quedarían comprendidos en el deber de transmisión de la información que contempla el 20.2 DCH y en los deberes de advertencia del artículo 20.4 DCH.

El único deber que la legislación estatal atribuye al intermediario respecto de la DCH es el relativo a especificar al consumidor qué información debe suministrar, las pruebas de la misma y el marco temporal en el que debe aportarla.

La atribución al intermediario del deber relativo a comunicar al consumidor la información que debe suministrar, en mi opinión, no parece sobrepasar los límites de lo razonable teniendo en cuenta que, cuando interviene un intermediario, será éste quien esté en contacto con el consumidor. Sin embargo, el propio artículo 10.1 *in fine* PLCCI reconoce

⁵⁴³ Vid. QUINTÁNS EIRAS, M. R.: «Delimitación de la Agencia Mercantil en los contratos de colaboración», *op. cit.* página 331. Y la doctrina y jurisprudencia ahí citada.

⁵⁴⁴ Sobre los sistemas de remuneración de los agentes, vid. BUSTO LAGO, J. M.: «Contrato de agencia», *op. cit.* páginas 3608 a 3612.

⁵⁴⁵ BUSTO LAGO, J. M.: «Contrato de agencia», *op. cit.* página 3610.

⁵⁴⁶ Vid. artículo 10 LPCCI.

que la información que se requiere al consumidor para llevar a cabo la evaluación es la solicitada por el prestamista. Es decir, el prestamista, en virtud del deber de investigación que le corresponde, debe señalar qué información, documentos y pruebas necesita para cumplir con la obligación de evaluar la solvencia. Ello con independencia de que sea el propio prestamista o un intermediario quien comunique al consumidor la información que debe aportar y cuándo.

El intermediario, por tanto, se limitaría a dar instrucciones al consumidor relativas a la información que debe aportar, con lo que, de nuevo, su actividad (en este ámbito) se reduce a transmitir las directrices dadas por el prestamista.

1.2. Información que debe ser recopilada

La información financiera del consumidor es el pilar fundamental sobre el que pivota la obligación de evaluar de la solvencia. La naturaleza y calidad de la información va a ser determinante en el poder representativo/predictivo del resultado arrojado por esta evaluación. De ahí que uno de sus deberes principales –la obligación de investigación– gire en torno a esta cuestión. Para dar cumplimiento a esta obligación (y, consecuentemente, a la obligación de evaluar la solvencia del consumidor) resulta esencial concretar y delimitar la información que debe recopilarse.

En los textos legales que nos ocupan, puede observarse que la DCC es exigua en lo relativo a la naturaleza de la información, limitándose a decir que la evaluación de la solvencia deberá practicarse *sobre la base de una información suficiente* (artículo 8). La DCH aporta algunas notas más en este sentido, indicando que la evaluación de la solvencia se realizará *basándose en la necesaria información, que deberá ser suficiente y proporcionada, relativa a los ingresos y gastos y a otras circunstancias financieras y económicas del consumidor*.

La información que debe ser recopilada difiere en función de si estamos ante un crédito al consumo o un crédito hipotecario. Esta disparidad relativa a la información que debe recopilarse puede deberse a las características de los contratos con garantía hipotecaria que, por lo

general, tendrá una mayor entidad económica⁵⁴⁷, así como un periodo de amortización más prolongado. Otro motivo que justificaría esta diferencia en la información, íntimamente relacionado con la entidad económica del contrato, sería que el incumplimiento repercute gravemente sobre la situación económica del consumidor, al que le sería muy difícil recuperarse económicamente a corto plazo.

Estas circunstancias justifican, a mi juicio, una mayor minuciosidad del deber de investigación en el ámbito del crédito hipotecario, en orden a conseguir una evaluación de la solvencia con el mayor poder predictivo posible. Ello, con el propósito de reducir las situaciones de sobreendeudamiento del consumidor que desemboquen en el impago de las cuotas y la posterior realización del bien hipotecado.

1.2.1. Crédito al consumo

Tanto la DCC, como la LCCC (en sus artículos 8 y 14, respectivamente) contienen una escueta referencia relativa al carácter de la información que debe tenerse en cuenta en la evaluación de la solvencia en sentido estricto. En el ámbito del crédito al consumo la información deberá ser *suficiente*. Si atendemos a la definición recogida en el diccionario de la RAE⁵⁴⁸ (concretamente, a sus dos primeras acepciones) y a su aplicación al campo que nos ocupa, puede interpretarse que, cuando la DCC alude a la suficiencia de la información, se está refiriendo a aquellos datos de índole financiera que resulten acordes, en términos de calidad y cantidad, a dos factores fundamentales que han de ponderarse: la entidad económica del contrato y la situación financiera del consumidor. En función de los factores señalados, el prestamista deberá dilucidar qué datos debe recopilar para, a través de su procesamiento mediante métodos estadísticos, poder obtener un resultado capaz de determinar si existe una adecuación, en términos económicos, entre la situación financiera del consumidor y la carga económica del contrato.

⁵⁴⁷ Tanto para el prestamista, que presta un importe mayor; como para el prestatario que, consecuentemente, va a tener que dedicar una mayor parte de sus ingresos periódicos a la amortización del crédito.

⁵⁴⁸ Según el diccionario de la RAE, suficiente es «*bastante para lo que se necesita*»; así como «*apto o idóneo*».

La expresión «suficiente», referida a la naturaleza de la información, puede parecer un tanto vaga e imprecisa. No obstante, considero que resulta acertada si se interpreta de acuerdo con la definición anterior. Los contratos de crédito al consumo pueden oscilar entre los 200€ y 75.000€, por lo que la información suficiente no será la misma para un contrato de crédito cuyo importe sean 500€, que para otro crédito cuyo importe ascienda a 60.000€, en tanto la entidad para el prestamista, en términos económicos, tampoco es la misma.

El recurso a un vocablo tan amplio para determinar la naturaleza de la información permite su modulación en atención al riesgo asumido por la entidad crediticia. Esta consideración viene avalada, a mi juicio, por la STJUE de 18 de diciembre de 2014, en la que se afirma que será el prestamista quien deba determinar, caso a caso, si información solicitada es adecuada y suficiente «*en función de las circunstancias en las que se concluya el contrato de crédito, de la situación personal del consumidor o, del importe previsto por ese contrato*»⁵⁴⁹. La posibilidad de ajustar el contenido y la cantidad de la información a la importancia económica del contrato no es otra cosa que adaptar la actuación del prestamista a la diligencia que exige la naturaleza del servicio prestado.

La utilización por parte de la DCC y la LCCC de un término poco preciso como *suficiente* no hace sino dejar en manos del prestamista la interpretación de qué considera como tal (ello, por supuesto, si los Estados miembros no aclaran este punto en las normas de transposición)⁵⁵⁰, como confirma la STJUE de 18 de diciembre de 2014. De acuerdo con esta Sentencia, el TJUE, interpretando el artículo 8 DCC, señala que este artículo «*atribuye un margen de apreciación al prestamista para determinar si la información de la que dispone es o no suficiente para acreditar la solvencia del consumidor y si debe verificarla por otros*

⁵⁴⁹ Vid. apartado 37 de la STJUE de 18 de diciembre de 2014.

⁵⁵⁰ ÁLVAREZ LATA afirma, al hablar de «información suficiente», que se trata de «*concepto abierto, que la Directiva pretendía que los Estados concretasen a través de oportunas instrucciones y orientaciones –aunque son pocos los que así lo han hecho–*». Vid. ÁLVAREZ LATA, N.: «Comentario al artículo 14» en *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo*. MARÍN LÓPEZ, M.J. (Director). Aranzadi. Cizur Menor. 2014. Página 583. Y, Álvarez Lata, N.: «Notas a la STJUE de 18 de diciembre de 2014...», *op. cit.* páginas 252.

medios»⁵⁵¹. No obstante, el TJUE, en la citada Sentencia, se muestra tajante al afirmar que «*las simples declaraciones no sustentadas de un consumidor no pueden por sí mismas calificarse como suficientes si no las acompañan documentos acreditativos*»⁵⁵².

En todo caso, será deber del prestamista determinar y probar⁵⁵³ la suficiencia de la información reunida para la realización de la evaluación de la solvencia. De esta manera, se responsabiliza al prestamista de que la información cumple unos estándares mínimos, incurriendo, en caso contrario en responsabilidad contractual. Igualmente, se promueve que el prestamista emplee toda la diligencia que le es exigible, sin imponerle un mayor número de deberes conducentes a la investigación de la situación financiera del consumidor.

Al efecto de dilucidar qué debe entenderse por información *suficiente* parece interesante observar la legislación del Reino Unido. En el «*FCA Handbook*», concretamente en la sección dedicada al crédito al consumo⁵⁵⁴, da algunos detalles de lo que debe entenderse por información suficiente. En primer lugar, incluye dentro de lo que debe considerarse *información suficiente* aquella de la que tenga conocimiento en el momento de realizarse la evaluación. En segundo lugar, se refiere a la información que se haya obtenido del consumidor o, cuando proceda, de la consulta de los ficheros de solvencia⁵⁵⁵.

A decir verdad, la Ley inglesa tampoco aporta mucha claridad a lo que debe entenderse en términos cualitativos como información suficiente. Obviamente, el prestamista no puede utilizar información en la evaluación de la que no tenga conocimiento. Otra cuestión es que, a pesar de conocerla, decida dejarla fuera y alegar que no la conocía. Que la información deberá ser suministrada por el consumidor o por la consulta de ficheros de solvencia no deja de ser una repetición de lo establecido

⁵⁵¹ Vid. apartado 36 de la STJUE de 18 de diciembre de 2014.

⁵⁵² Vid. apartado 37 *in fine* de la STJUE de 18 de diciembre de 2014

⁵⁵³ El prestamista tiene la carga de la prueba de los deberes que le son exigibles en la fase precontractual, entre ellos, la evaluación de la solvencia. Vid. STJUE 18 de diciembre de 2014, apartados 25 a 28.

⁵⁵⁴ Capítulo 5 del «*Consumer Credit Sourcebook*» o, CONC.

⁵⁵⁵ Vid. CONC 5.2A.7.

por la DCC, que no aporta ningún detalle en orden a determinar qué requisitos debe reunir la información para que sea *suficiente*.

1.2.2. Crédito hipotecario

De acuerdo con la DCH⁵⁵⁶, la información sobre la que se debe basar la evaluación de la solvencia debe ser *necesaria, suficiente y proporcionada*. De nuevo, debe abordarse el problema relativo a la concreción del significado de estos términos que, si bien pertenecen al lenguaje cotidiano, pueden suscitar dudas respecto a su acepción en el marco del deber de investigación. Para ello se va a tomar como punto de partida las definiciones contenidas en el diccionario de la RAE para su posterior aplicación al caso concreto.

La información *necesaria*⁵⁵⁷ será aquella que resulte indispensable para llevar a cabo una evaluación de la situación económica del consumidor, es decir, unos determinados datos del consumidor con carácter de mínimos, sin los cuales no sea posible llevar a cabo la antedicha evaluación.

Como ya hiciera la DCC, la DCH vuelve a referirse a la necesidad de que la información sobre la que debe realizarse la evaluación de la solvencia sea *suficiente*. Así, la información será «*suficiente*» cuando comprenda aquellos datos económicos del consumidor que devienen adecuados cuantitativa y cualitativamente en vista de la importancia en términos económicos del contrato de crédito.

El último de los requisitos que debe reunir la información sobre la que debe practicarse la evaluación es el de *proporcionalidad*⁵⁵⁸, sin especificar respecto de qué otro extremo deben guardar proporción los datos recopilados. En este sentido, la DCH vuelve a insistir en la idea de la proporcionalidad de la información en el párrafo 3 del artículo 20 DCH,

⁵⁵⁶ Vid. artículo 20.1 DCH.

⁵⁵⁷ Según el diccionario de la RAE, la primera de las acepciones de «*necesario*» es «*dicho de una persona o cosa: que hace falta indispensablemente para algo*».

⁵⁵⁸ La segunda de las acepciones de este vocablo en el diccionario de la RAE lo define como «*que guarda proporción*», siendo la definición de proporción: «*disposición, conformidad o correspondencia debida de las partes de una cosa con el todo o entre cosas relacionadas entre sí*».

señalando que la información debe ser *limitada a lo necesario para la realización de una evaluación adecuada de la solvencia del consumidor*. Por tanto, la información será proporcionada cuando exista una correspondencia entre la cantidad y calidad de la información y la posibilidad de llevar a cabo una evaluación adecuada. Dado que la evaluación deberá ser más o menos exhaustiva en función de la entidad económica del contrato de crédito, la información se deberá adecuar a la profundidad con la que se lleve a cabo la evaluación, *ergo* la información deberá ser proporcionada a la entidad económica del contrato.

Como se acaba de exponer, la DCH emplea tres requisitos distintos para determinar la información que debe emplearse en la evaluación de la solvencia. Sin embargo, se trata de conceptos muy próximos que, aunque aportan matices distintos, se refuerzan entre sí al solaparse su significado en ciertos puntos⁵⁵⁹. Además, estos requisitos funcionan como topes mínimos y máximos que, con carácter general, debe reunir la información solicitada y recopilada por el prestamista. Con carácter de mínimos, la información deberá ser *necesaria, suficiente y proporcionada*⁵⁶⁰, en los términos que se acaban de señalar. Pero, al mismo tiempo, la información debe ser también *proporcionada* en el sentido de que es *limitada a lo necesario para la realización de una evaluación adecuada de la solvencia del consumidor*⁵⁶¹. La idea de la proporción que debe guardar la información actúa, a la vez, como un criterio que permite dilucidar los datos mínimos y máximos que deben ser tenidos en cuenta para evaluar la solvencia del consumidor.

Además de los requisitos mencionados, la DCH puntualiza que la información debe ser *relativa a los ingresos y gastos y a otras circunstancias financieras y económicas del consumidor* (*ex* artículo 20.1). En la DCC, este requisito podía entenderse incluido en la *suficiencia* de la información. En efecto, para ser suficiente, la información debe ser apta o idónea y sólo se puede predicar esta cualidad en el ámbito de la

⁵⁵⁹ A mi juicio, y de conformidad con las definiciones aportadas tomando el DRAE como punto de partida, la necesidad de la información implica su suficiencia; y, que la información sea suficiente, conlleva a su vez, que sea proporcionada.

⁵⁶⁰ *Ex* artículo 20.1 DCH.

⁵⁶¹ Cfr. artículo 20.3 DCH.

obligación de investigación respecto de la información económica o financiera del consumidor, la DCH delimita expresamente este aspecto.

En este sentido, el Considerando 55 DCH, al determinar los factores que han de ser tenidos en cuenta por el prestamista para evaluar la solvencia, señala que deben tenerse en cuenta por el prestamista los gastos periódicos (aparte de las cuotas de amortización del crédito que se está evaluando), deudas u otros compromisos financieros del consumidor, así como ingresos, ahorros y activos.

De esta manera, y teniendo en cuenta el valor interpretativo que la jurisprudencia del TJUE otorga a la motivación de las Directivas, puede advertirse que, si bien la investigación debe circunscribirse a datos financieros del consumidor, éstos a su vez deben versar sobre el pasivo y el activo de su patrimonio.

El nivel de concreción relativo a la información que se establece en la DCH contrasta con el contenido del PLCCI, que dedica el artículo 10.1 *in fine* a señalar que la información deberá ser *proporcionada y limitada a lo necesario para la realización de una evaluación adecuada de la solvencia*. En línea con lo indicado anteriormente, puede observarse que el ordenamiento español⁵⁶² se inclina por establecer límites de carácter máximo a la información que puede solicitarse por el prestamista, sin

⁵⁶² La legislación bancaria también contiene directrices relativas a la información que debe utilizarse para evaluar la solvencia del prestatario. La LES establece que, en el caso de que el crédito sea concedido por una entidad de crédito, la información sobre la que se debe evaluar la solvencia debe ser *suficiente* y, entre las fuentes de información, menciona al consumidor y la consulta de bases de datos como posibles vías de acceso a dicha información (vid. artículo 29.1 LES y, en los mismos términos, la Orden EHA/2899/2011).

En cambio, la CBE 5/2012, en su Anejo 6, requiere que la información sobre la que se deba evaluar la solvencia del consumidor debe ser *fiable y actualizada* (apartado 1); y, establece una información mínima para la poder conceder el crédito (y también durante su vigencia), entre la que incluye «*la información económico-financiera que permita analizar la solvencia y la capacidad de pago*» (ex apartado 13 b).

Algunos de estos criterios pueden ser tenidos en cuenta por la entidad de crédito con carácter supletoria, en tanto no contradigan la legislación consumerista (por aplicación de la regla de la especialidad y, en el caso de la Orden y la CBE, la de la jerarquía). En todo caso, las reglas relativas a la información, contenidas en la legislación bancaria, deben interpretarse a la luz de la DCC y de la DCH.

establecer unas pautas que constituyan unos estándares mínimos que deba cumplir la información solicitada.

1.2.3. Características de la información en el ordenamiento belga

El «Code de Droit Économique» belga establece⁵⁶³ que tanto el prestamista como el intermediario de crédito deben requerir del consumidor la información exacta y completa que consideren necesaria para evaluar su capacidad financiera, así como su capacidad de reembolso⁵⁶⁴. Para ello, el prestamista o intermediario, a través de un cuestionario, deben especificar aquellos extremos sobre los que deba informar el prestatario o avalista⁵⁶⁵. El consumidor deberá informar, en todo caso, de la finalidad del crédito, sus ingresos, las personas que están a su cargo y sus compromisos financieros en curso, incluyéndose el número y el importe pendiente en cada uno de ellos⁵⁶⁶. Además, a efectos de prueba, esta documentación debe ser conservada hasta que se produzca el reembolso total del crédito⁵⁶⁷.

Además de lo anterior, cabe incidir en que la legislación belga, tanto en el crédito al consumo, como en el crédito hipotecario, establece que el

⁵⁶³ Vid. artículos VII.69 para el crédito al consumo y VII.126 para el crédito con garantía hipotecaria.

⁵⁶⁴ Los artículos VII.69 y VII.126 de manera idéntica en sus respectivos primeros apartados: «*Dans le cadre de l'évaluation de la solvabilité, le prêteur et l'intermédiaire de crédit sont tenus de demander au consommateur sollicitant un contrat de crédit, ainsi que, le cas échéant, à la personne qui constitue une sûreté personnelle, les renseignements exacts et complets que le prêteur juge nécessaires afin d'apprécier leur situation financière et leurs facultés de remboursement. Le consommateur et la personne qui constitue une sûreté sont tenus d'y répondre de manière exacte et complète*».

⁵⁶⁵ Dicen los artículos VII.69, y VII.126 en sus respectivos segundos apartados que: «*Le prêteur ou, le cas échéant, l'intermédiaire de crédit, soumet respectivement un formulaire de demande de crédit ou, le cas échéant un formulaire de demande de renseignements au consommateur et à la personne qui constitue une sûreté personnelle, sous la forme d'un questionnaire décrivant toutes les informations demandées par le prêteur et/ou l'intermédiaire de crédit conformément au § 1er, alinéa 1^{er}*».

⁵⁶⁶ Así lo disponen los artículo VII.69, apartado 2º, segundo párrafo y el artículo VII.126.2 tercer párrafo: «*Le questionnaire a au moins trait au but du crédit, aux revenus, aux personnes à charge, aux engagements financiers en cours comprenant entre autres le nombre et le montant débiteur des crédits en cours*».

⁵⁶⁷ Dice textualmente el artículo VII.69, apartado 2º: «*Afin de pouvoir produire la preuve des obligations découlant du présent article, le prêteur est tenu de conserver ce formulaire aussi longtemps que le crédit prélevé n'a pas été remboursé*». El artículo VII.126.2 se pronuncia en términos idénticos respecto del crédito hipotecario.

prestamista podrá ofrecer el crédito sólo si, teniendo en cuenta la información de que dispone o debería disponer, considera razonablemente que el consumidor podrá cumplir las obligaciones que se derivan del contrato de crédito⁵⁶⁸. La expresión «*la información de que dispone o debe disponer*» revela información relativa a cómo deber ser el deber de información en Bélgica. Esta oración indica, a mi juicio, que la falta de información necesaria para la evaluación de la solvencia no va a eximir al prestamista de responsabilidad por conceder un crédito que debió haberse concedido. De esta manera, se disuade al prestamista de que deje fuera la información que repercuta negativamente en la evaluación de la solvencia. Cuestión diferente es que el consumidor o avalista haya mentido ya que, como se ha apuntado, tienen la obligación de contestar al requerimiento de información de manera exacta y completa.

La legislación francesa, al igual que la belga, también adopta la figura del formulario como herramienta para recopilar la información necesaria para llevar a cabo la evaluación de la solvencia en el crédito al consumo. En el «*Code de la consommation*» francés se establece que el prestamista o intermediario de crédito deberá proporcionar una ficha⁵⁶⁹, en papel o soporte duradero, que especifique la información que el consumidor deberá reportar al prestamista. La información deberá ser relativa a sus ingresos, gastos y, en su caso, los contratos de crédito en curso. Esta ficha deberá ser firmada o verificada electrónicamente por el prestatario, y deberá ser conservada durante la vigencia del crédito.

⁵⁶⁸ Establece el apartado 2º del artículo VII.77 que «*le prêteur ne peut conclure de contrat de crédit que si, compte tenu des informations dont il dispose ou devrait disposer, il doit raisonnablement estimer que le consommateur sera à même de respecter les obligations découlant du contrat*».

⁵⁶⁹ Vid. artículo L312-17.

Mientras que la legislación belga se refiere a un «*questionnaire*» y a un «*formulaire*», la francesa utiliza el término «*fiche*». No obstante, en puridad se trata de lo mismo: un documento en el que se detallan la información que requiere el prestamista del consumidor para poder llevar a cabo la evaluación.

1.2.4. Información que se requiere en la práctica de las entidades de crédito

A la vista del contenido de la DCC y la DCH, es difícil hacerse una idea de la documentación que puede necesitarse para evaluar la solvencia. Por ello, me parece interesante acudir a la práctica bancaria relativa a la gestión del riesgo de crédito para aportar una visión más concreta de los datos y documentos específicos que deben tenerse en cuenta en el deber de investigación.

A estos efectos, la doctrina económica señala que, para evaluar una operación de crédito, deben obtenerse una serie de datos del cliente clasificables en cuatro grupos⁵⁷⁰:

1. Información relativa a la personalidad del titular de la operación y, en su caso, la de los garantes; entre los documentos que servirían para tal propósito, estarían las declaraciones de la renta y del patrimonio más recientes, y la relación de bienes personales.
2. Información justificativa de las perspectivas de reembolso. Entre la documentación susceptible de probar este extremo estarían la declaración de la renta y patrimonio más recientes, las últimas nóminas, el contrato laboral, una relación de bienes personales, los últimos recibos de préstamos, el contrato de alquiler (si lo hubiere), y, en su caso, la sentencia de separación o divorcio.
3. Información que verifique la posibilidad del recuperar la operación en caso de incumplimiento. Esta información puede extraerse de las últimas declaraciones de la renta y patrimonio, una relación de bienes personales y las escrituras de bienes inmuebles.
4. Información que demuestre la viabilidad de la operación, teniendo en cuenta, por un lado, las características de la operación

⁵⁷⁰ Vid. TOMÀS, J.; AMAT, O.; ESTEVE, M.: «Cómo analizan las entidades financieras a sus clientes». Gestión 2000. Barcelona. 1999. Páginas 32 y 33. Y, en el mismo sentido, vid. FLÓREZ LÓPEZ, R. *op. cit.* página 271.

y, por otro, las del solicitante; aspectos que se pueden extraer del presupuesto o factura pro forma.

Una vez que el prestamista haya obtenido la documentación, da comienzo una suerte de segunda fase en la que, de la documentación se obtienen nuevos datos acerca de la situación personal, laboral y familiar del consumidor⁵⁷¹, como se muestra en la siguiente tabla.

| DOCUMENTO | INFORMACIÓN A ANALIZAR |
|--|---|
| Declaración de la renta | <ul style="list-style-type: none">- Empresa donde trabaja el solicitante y su cónyuge- Número de hijos dependientes de los titulares- Otros ascendientes y descendientes con dependencia- Ingresos anuales- Intereses bancarios percibidos- Ingresos por valores mobiliarios- Vivienda habitual y cargas hipotecarias- Gastos deducibles |
| Declaración de patrimonio | <ul style="list-style-type: none">- Patrimonio, que deberá coincidir con la relación de bienes facilitada a la entidad financiera |
| Nóminas | <ul style="list-style-type: none">- Percepción salarial mensual |
| Contrato laboral | <ul style="list-style-type: none">- Condiciones laborales- Antigüedad en la empresa- Posibles anticipos solicitados- Categoría profesional |
| Relación de bienes personales | <ul style="list-style-type: none">- Bienes declarados por titulares o avalistas, que deberán coincidir con el valor estimado de los bienes |
| Escrituras de bienes inmuebles | <ul style="list-style-type: none">- Fecha de adquisición de los bienes- Procedencia de los bienes (herencia, cesión, compra, etc.)- Valor de adquisición y datos registrales |
| Recibos de préstamos con otras entidades | <ul style="list-style-type: none">- Importe inicial- Importe pendiente- Vencimiento- Puntualidad y cumplimiento del pago |

⁵⁷¹ TOMÀS, J.; AMAT, O.; ESTEVE, M.: «Cómo analizan las entidades financieras a sus clientes», *op. cit.* página 33.

| | |
|------------------------------------|--|
| Contrato de alquiler | - Gastos mensuales por alquiler - Tipo de contrato - Fecha de inicio y vencimiento |
| Sentencia de separación o divorcio | - Gastos generados por la situación familiar del cliente |
| Presupuesto o factura pro forma | - Importe total de la obra o servicio |

Fuente: FLÓREZ LÓPEZ⁵⁷², a partir de los datos de TOMÀS, AMAT y ESTEVE⁵⁷³.

Con la obtención de este conjunto de datos del potencial prestatario, la entidad de crédito podrá comprobar la veracidad de otros datos que haya obtenido por cualquier otra vía y evaluará la oportunidad de la operación⁵⁷⁴.

Esta información aporta una visión general del activo y el pasivo del patrimonio del consumidor⁵⁷⁵, en línea con lo establecido por el Cdo. 55.

⁵⁷² FLÓREZ LÓPEZ, R. *op. cit.* página 272.

⁵⁷³ TOMÀS, J.; AMAT, O.; ESTEVE, M.: «Cómo analizan las entidades financieras a sus clientes», *op. cit.* páginas 33 a 35.

⁵⁷⁴ *Ibidem*, página 35.

⁵⁷⁵ Cabe en este punto traer a colación a modo ejemplificativo de lo expuesto la información requerida por el BBVA, tal y como dispone en su página web a efectos comunicativos:

«Si el crédito lo solicita una persona física es imprescindible presentar los documentos de identificación de los solicitantes, como DNI o permiso de residencia (en el caso de que aún no sea cliente de la entidad); además tiene que entregar una copia de la declaración de la renta del año anterior, si no está obligado a presentarla, también puede sustituirla por el certificado de retenciones que le entrega la empresa para la que trabaja; además de una copia de sus últimas nóminas. Es posible, si trabaja bajo un contrato temporal, que además tenga que entregar una copia del contrato para acreditar hasta cuándo estará contratado.

Si es trabajador por cuenta propia y no dispone de nómina, deberá sustituir éstas por las declaraciones trimestrales (IVA e IRPF). En cualquiera de los casos, habrá de presentar una declaración de bienes en la que haga constar aquellas propiedades que tiene a su nombre y que, en caso de necesidad, puedan servir de garantía para afianzar la operación. [...]

[...]

En el caso de que la entidad de crédito solicitara la firma de un avalista que respalde la operación, la documentación que éste deberá de aportar será la misma que la entregada por los solicitantes.

La entidad puede pedir algún documento adicional que corresponda con el objeto para el que se solicita ese crédito. Si pide financiación, por ejemplo, para una reforma en la cocina de su casa, es posible que deba aportar un presupuesto de la obra a

No obstante, esta información ha de ajustarse a los criterios de *necesidad, suficiencia y proporcionalidad* para que sea procedente en una relación de consumo. A mi juicio, resulta claramente desproporcionado requerir, por ejemplo, las escrituras de bienes inmuebles o una relación de bienes personales para la obtención de un crédito al consumo dirigido a la compra de un electrodoméstico.

Sin perjuicio de lo anterior, puede ocurrir que el cliente sea, con carácter previo, cliente de la entidad. Este este caso, la información del potencial prestatario que ya posee la entidad de crédito, será de gran relevancia a la hora de decidir acerca de la concesión del crédito⁵⁷⁶.

1.3. Determinación temporal del momento en que debe practicarse la obligación de investigación

Respecto del momento en el que deben realizarse los deberes conducentes a la averiguación de la situación económica del consumidor, existe unanimidad tanto en las Directivas (artículos 8 DCC y 18 DCH), como en las leyes de transposición (artículo 14 LCCC y 10.1 PLCCI) en deben realizarse antes de la perfección del contrato de crédito. El deber de investigación, al ser una conducta instrumental y esencial respecto del procesamiento estadístico de la información recopilada, debe realizarse antes de dicho análisis actuarial. Por lo que dos extremos ya quedan claros: se debe realizar en la fase precontractual y, dentro de ésta, previamente al análisis estadístico de los datos.

En la práctica de las entidades de crédito, la recopilación, evaluación y verificación de los datos del consumidor constituye un primer paso fundamental en el procedimiento de concesión del crédito⁵⁷⁷. De hecho,

realizar; si es para la compra de un coche, una factura proforma; etc. Estos documentos no siempre se requieren, pero depende del importe, de la operación, del cliente, etc.».

Vid. <https://www.bbva.com/es/noticias/economia/bancos/finanzas-personales/la-documentacion-debemos-presentar-pedir-credito/>

⁵⁷⁶ Cfr. FLÓREZ LÓPEZ, R. *op. cit.* página 290. Y, cfr. BALBUENA RIVERA, M. *op. cit.* páginas 166 y 167.

⁵⁷⁷ BALBUENA RIVERA apunta que la toma de decisiones relativas a la concesión de crédito por parte de las entidades bancarias se estructura en cinco fases⁵⁷⁷, y, en la primera de ellas, denominada «condiciones de proceso», «se evalúa la calidad y cantidad de la información disponible. Se verifica que se dispone de la información necesaria,

el propio formulario de solicitud de crédito va a detallar la información que debe aportar el consumidor⁵⁷⁸. Así, ya en la solicitud de crédito el prestamista va a disponer de mucha de la información que necesita para evaluar la solvencia. Sin perjuicio de que el consumidor tenga que suministrar más documentación *a posteriori*, o incluso aclarar al prestamista algunos extremos de la información, en caso de que lo solicite el prestamista⁵⁷⁹. Y, si el solicitante no cumpliera con los requisitos mínimos establecidos por la entidad, casi con toda seguridad, la entidad no seguirá adelante con la solicitud del crédito⁵⁸⁰.

Por tanto, los deberes relativos a la investigación de la situación financiera del consumidor deben llevarse a cabo con la solicitud del crédito, en el momento inicial del proceso y antes de la evaluación de la solvencia. No obstante, la información debe ser lo más actualizada posible, por lo que, a mi juicio, debería existir un marco temporal predeterminado en el que, una vez recopilada la información, la entidad lleve a cabo el procesamiento estadístico de los datos. Si el procesamiento estadístico de los datos recopilados se retrasa demasiado, se corre el peligro de que la información quede desactualizada. Es decir, no debe pasar más de un determinado periodo de tiempo entre la investigación de la situación financiera y la decisión de la concesión o denegación, ya

confirmando no sólo la existencia de los datos sino también la calidad, actualización y coherencia de los mismos, para tomar la decisión. Los clientes, operaciones o solicitudes que no cumplan estas condiciones mínimas no deberán considerarse, a efecto de las descripción y seguimiento del proceso de decisión, como admitidas para la siguiente etapa del proceso de decisión, como admitidas para la siguiente etapa del proceso». Vid. BALBUENA RIVERA, M. op. cit. página 162.

En este sentido se pronuncia también FLÓREZ LÓPEZ al señalar que con la solicitud de crédito el consumidor debe entregar al prestamista información externa sobre su situación financiera. Cfr. FLÓREZ LÓPEZ, R. op. cit. página 288.

⁵⁷⁸ Cfr. BALBUENA RIVERA, M. op. cit. página 161.

En este sentido cabe recordar que las legislaciones belga y francesa incluyen el cuestionario de solicitud de crédito como una herramienta para comunicar al consumidor qué información deben aportar al prestamista para que pueda evaluar la solvencia. Vid. páginas 197 a 199.

⁵⁷⁹ Como así lo contempla el artículo 20.3 DCH.

⁵⁸⁰ Los datos que debe recopilar el prestamista para el análisis del riesgo de crédito del consumidor se fijan en la política de riesgos de cada entidad. Si, en la primera etapa del procedimiento de concesión denominada por BALBUENA RIVERA como «*Condiciones del Proceso*», el cliente no supera unas «*condiciones mínimas no deberá considerarse [...], como admitida en el proceso de decisión*». Cfr. BALBUENA RIVERA, M. op. cit. páginas 161 y 162.

que se corre el riesgo de que la información esté desactualizada en el momento de la concesión del crédito. En mi opinión, tres meses podría ser un marco temporal adecuado y prudente en el que llevarse a cabo tanto el deber de investigación como el de evaluar la solvencia en sentido estricto.

1.4. Vías de acceso a la información

El prestamista, en su labor de averiguación de la situación financiera del consumidor, puede servirse de diversas vías de acceso a información para la obtención de información relevante. Aunque ambas Directivas se refieren al prestatario como la principal fuente de información, lo cierto es que el enfoque adoptado por cada una de ellas es distinto.

Conforme a la DCC, el prestamista, en el cumplimiento de la obligación de investigación, puede acceder a la información a través del propio consumidor y a través de la consulta de bases de datos especializadas⁵⁸¹. Pero no está obligado a acudir a ninguna de las vías mencionadas, sólo deberá hacerlo cuando lo considere procedente⁵⁸². La escasa entidad económica que puede tener contrato de crédito al consumo⁵⁸³ es, a mi juicio, una de las razones que motiva que no sea obligatorio para el prestamista acudir a determinadas vías de información. Igualmente, puede ocurrir que el prestamista disponga de la información necesaria para conceder crédito en algunas de sus modalidades⁵⁸⁴, por ser el consumidor cliente previo de la entidad. El prestamista puede considerar

⁵⁸¹ El artículo 8 DCC indica que la información debe ser suministrada *en su caso* por el consumidor y, *cuando proceda*, debe accederse a ella a través de la consulta de la oportuna base de datos. Así, el tenor literal de este artículo menciona expresamente dos vías de obtención de información: el propio consumidor y la resultante de la consulta de bases de datos específicas. Sin embargo, la opción de utilizar una u otra vía, incluso de utilizar ambas o ninguna, queda al arbitrio del prestamista, como se deriva del uso de las expresiones «*en su caso*» y «*cuando proceda*».

⁵⁸² A diferencia de lo que se contemplaba en la Propuesta de Directiva de 2002 – artículos 6 y 8–.

⁵⁸³ Recuérdese que uno de los requisitos para que un crédito pueda ser considerado de consumo (o, en otras palabras, pueda quedar amparado bajo la DCC) es que el importe del crédito sea superior a 200€ e inferior a 75.000€ (*ex artículo 2 c) a sensu contrario*).

⁵⁸⁴ Como, por ejemplo, a través de un descubierto o la emisión de una tarjeta de crédito.

que la información aportada por el consumidor es suficiente, sin que sea necesario consultar los ficheros de solvencia. En definitiva, el prestamista, de acuerdo con el deber de cuidado que le es exigible⁵⁸⁵, ha de determinar (además de qué información tiene que reunir) qué fuentes de información debe consultar y qué información obtendrá de cada una de ellas.

El principal cambio que puede detectarse en la transposición de la DCC es que la LCCC va más allá de su contenido e indica que el prestamista deberá obtener la información a través de *los medios adecuados a tal fin* (artículo 14.1). Aunque el mismo apartado hace referencia al consumidor y a la posibilidad de consultar bases de datos como las fuentes de acceso a la información, parece que este precepto los señala como concreciones de lo que pueden ser los *medios adecuados* para obtener la información.

No obstante, hay países que han optado por establecer la obligatoriedad de la consulta de los ficheros de solvencia en el crédito al consumo. Es el caso de Bélgica que, más que establecer, ha mantenido la consulta de la base de datos patrimonial con carácter previo a la evaluación de la solvencia. El artículo VII.77 del «*Code de Droit Économique*», después de establecer la obligación de evaluar la solvencia, concreta que, para la realización de dicha evaluación, el prestamista está obligado a la consulta de la «*Centrale des crédits aux particuliers*». Una base de datos de carácter público, gestionada por el Banco Central belga en la que deben registrarse todos los créditos concluidos por personas físicas, así como los posibles impagos que puedan darse en el transcurso de aquellos⁵⁸⁶.

⁵⁸⁵ En este sentido, vid. BADOSA COLL al referirse a la diligencia como aspecto jurídicamente vinculante para el deudor, afirma que «[la diligencia] contribuye a configurar el concepto de obligación entendida no como relación acreedor-deudor, sino como deber jurídico o posición jurídica subjetiva (deuda) de la que es titular una determinada persona. La obligación no comporta como única actividad jurídicamente debida la prestación de dar, hacer o no hacer una cosa (art. 1088). Sobre el deudor pesan además otras actividades igualmente no discrecionales (aunque no en el mismo modo o sentido que la prestación) entre las que la diligencia es la más importante». BADOSA COLL, F.: «*La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*». Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia. 1987. Página 37.

⁵⁸⁶ Vid. <https://www.nbb.be/fr/centrales-des-credits/la-centrale-des-credits-aux-particuliers>.

Respecto del crédito hipotecario, la DCH recoge un régimen más preciso y amplía las vías de acceso a la información. El prestamista deberá obtener la información necesaria *de las fuentes internas y externas pertinentes* (artículo 20.1 DCH), debiendo hacer uso de todos los medios a su alcance para adquirir la información *necesaria*. A través de la referencia a las fuentes internas y externas, la DCH practica una distinción entre la información financiera del consumidor que posee la propia entidad, si éste es ya cliente (fuentes internas); y, la información que la entidad debe buscar fuera (fuentes externas)⁵⁸⁷, como el propio consumidor o bases de datos⁵⁸⁸.

Otra vía de acceso a la información sería el intermediario de crédito, de acuerdo con los artículos 20.1 y 20.2 DCH y 10 del PLCCI, cuando este interviniera. En puridad, el intermediario es un mero transmisor de la información, no una fuente de información. Como se ha señalado respecto de los sujetos obligados a llevar a cabo el deber de investigación, los intermediarios de crédito, en el desarrollo de su actividad profesional, estarán vinculados contractualmente con el prestamista o con el consumidor. Consecuentemente, el requerimiento y la recopilación de los datos son tareas incluidas en la actividad profesional del intermediario: si está vinculado contractualmente con uno o varios prestamistas, estas conductas se van a reputar realizadas por el aquellos; si, por el contrario, el intermediario está unido contractualmente con el consumidor, la

⁵⁸⁷ De la distinción entre fuentes internas (de las que dispone la propia entidad de crédito) y externas (aquellas ajenas a la entidad) se hace eco FLÓREZ LÓPEZ indicando que las *fuentes internas* son aquellas que «*proporcionan datos que proceden de las propias bases de datos de la entidad, relacionados con la experiencia histórica acumulada sobre el cliente*»; mientras que, las *fuentes externas* serían aquellas que «*proceden del exterior de la entidad financiera*». Vid. FLÓREZ LÓPEZ, R. *op. cit.* páginas 288 y 289.

BALBUENA RIVERA también distingue entre la información de la que va a disponer el prestamista si el prestatario es un nuevo cliente o, por el contrario, ya era cliente previamente. Respecto de los nuevos clientes, aclara, la información relativa a ingresos y cargas se obtendrá del cliente o de un tercero que actúa como intermediario, y la relativa a comportamiento de pago, a través de bases de datos externas. Mientras que, si el prestatario era previamente cliente, la información va a tener su fuente en la propia entidad de crédito, en el comportamiento histórico que el cliente haya tenido con la entidad. Vid. BALBUENA RIVERA, M., *op. cit.* páginas 165 y 166.

⁵⁸⁸ Respecto de las bases de datos, ambas Directivas contienen preceptos que las regulan (artículos 9 DCC y 21 DCH). Sin embargo, dichos preceptos no disponen el modo en el que ha de proceder su consulta, sino que se dirigen, fundamentalmente, a garantizar la igualdad de acceso de los prestamistas, así como la protección de los datos depositados en dichas bases.

entrega al prestamista de la documentación solicitada se va a reputar hecha por el consumidor (el cual soportará las consecuencias derivadas de la no entrega o entrega defectuosa de la documentación). Todo ello sin perjuicio de que el intermediario, en función de la persona con la que esté vinculado, responda frente al prestamista o el consumidor, respectivamente, por el incumplimiento de los deberes encomendadas en el artículo 20.2 DCH y 10 PLCCI.

De esta manera, cuando intervenga un intermediario de crédito, debido a la naturaleza de su actividad profesional y a la posición que ocupa, debe requerir al consumidor aquella información que haya prefijado el prestamista para, posteriormente, transmitírsela a éste.

Los intermediarios de crédito desempeñan, con carácter general, las mismas funciones con independencia de que se dediquen a comercializar créditos al consumo o créditos hipotecarios⁵⁸⁹. Sin embargo, la normativa de crédito al consumo (DCC y la LCCC) no recoge nada relativo al deber de transmisión de información que le incumbe al intermediario.

La existencia de este deber de transmisión se deriva, a mi juicio, del deber de diligencia que le es exigible al intermediario en el desarrollo de su actividad profesional. Por este motivo, de la labor de intermediación en el crédito al consumo también se deriva el deber del intermediario de crédito de requerir y recopilar los datos aportados por el consumidor para su posterior transmisión al prestamista.

1.5. El deber de comprobación de la información

El deber de comprobación, por parte del prestamista, de la información previamente recopilada por las diferentes vías que tiene a su alcance, constituye una parte fundamental del deber de investigación. Este deber profundiza en la idea de que el prestamista debe implicarse activamente en la investigación de la capacidad financiera del consumidor, no sólo a través del requerimiento de la información, sino también verificando *a posteriori* que dicha información es veraz, como se

⁵⁸⁹ Cfr. artículos 3 f) DCC y, artículo 4, apartado 5, DCH.

infiere del artículo 20.1 DCH⁵⁹⁰. No obstante, considero que el prestamista no debería limitarse a la comprobación de la veracidad de la información, sino que también debería comprobar si la información está actualizada.

En esta línea, la DCC encomienda al prestamista la comprobación de la información previamente obtenida por cualquiera de las fuentes, internas o externas, que haya consultado (*ex artículo 20.1 DCH*). A pesar de que, del tenor literal del artículo 20.1 DCH parece inferirse que la comprobación de la información es obligatoria, la incorporación al final de la oración de la coletilla «*si fuera necesario*» difumina su carácter obligatorio. La inclusión de esta coletilla condiciona esta obligación a la existencia de necesidad, cuestión que queda al arbitrio del obligado por la conducta. Por lo tanto, el prestamista debe llevar a cabo un juicio de valor y determinar si la comprobación de la información reunida es procedente o no y, si lo fuera, la comprobación devendría, a mi juicio, obligatoria.

En este estado de cosas, parece que el objetivo de la DCH (sin perjuicio de que pueda concretarse en las transposiciones pertinentes) es dar flexibilidad a los prestamistas para que decidan si procede o no la comprobación de la información recopilada. Este carácter flexible puede venir motivado, en mi opinión, por el coste en tiempo (por el alargamiento del proceso de concesión del crédito) y dinero (el acceso a determinada información tiene coste económico) que se deriva de la comprobación de la información.

También puede ocurrir que la comprobación no sea necesaria. Esto tendría lugar si el prestatario fuera cliente del prestamista en el momento de la solicitud del crédito, ya que el prestamista dispondrá, con carácter general, de información suficiente en términos de calidad y cantidad. Además, la información será veraz y, en el mejor de los casos, actual. Igualmente, tampoco sería necesaria la comprobación de la información si ésta proviene de determinadas fuentes a las que se les

⁵⁹⁰ Del artículo 20.1 *in fine* DCH se desprende que la comprobación será relativa a la veracidad de la información, al estipular que la comprobación habrá de hacerse «*por ejemplo, refiriéndose a una documentación que pueda comprobarse de manera independiente*».

presupone veracidad, como un registro público o una administración pública.

Sin perjuicio de lo anterior, el prestamista puede trasladar al consumidor parte de los deberes relativos a la comprobación de la información. En concreto, el consumidor, previo requerimiento del prestamista, deberá aportar las pruebas de la información que ha suministrado que deberán ser, además, *comprobables independientemente*⁵⁹¹. De esta manera, la labor de comprobación del prestamista sería más ágil, facilitándole la tarea. Esta circunstancia podría constituir otra de las razones en virtud de las cuales la DCH no obliga expresamente al prestamista a comprobar la información suministrada por el consumidor: si el consumidor debe aportar tanto la información, como la documentación probatoria de la misma, una parte importante del deber de comprobación recae sobre el consumidor. El prestamista sólo tendría entonces que verificar la veracidad de la información con las pruebas oportunas.

En aquellos casos en los que, reunida toda la información y sus pruebas acreditativas, surgieran dudas sobre su veracidad, el prestamista tendría, a mi juicio, tres opciones: exigir aclaraciones relativas a la información, conforme el artículo 20.3 párrafo 1º DCH; volver al solicitar al consumidor que aporte otras pruebas; o, finalizar el procedimiento de concesión del crédito por el carácter incompleto de la información (*ex* artículo 20.4 DCH).

En la transposición del deber de comprobación al ordenamiento español, la LCCC sólo se refiere a la posibilidad del prestamista de requerir al consumidor que, junto con la información solicitada, aporte las pruebas que la sustenten, *comprobables independientemente* (artículo 10.1 PLCCI).

En el crédito al consumo, ni la DCC, ni la LCCC, hacen referencia al deber de comprobación de la información que compete al prestamista. De esta manera, el prestamista, en el marco de la diligencia profesional

⁵⁹¹ Vid. artículo 20.3 DCH.

que se le exige y atendiendo al criterio de *suficiencia*, deberá dilucidar si la información obtenida debe ser objeto de comprobación.

1.6. Solicitud del prestamista al consumidor para el aporte de información y correlativo deber del consumidor de responder a dicho requerimiento

1.6.1. Deber del prestamista de solicitar la información necesaria al consumidor

Entre los deberes que recaen sobre el prestamista y que le compelen a desarrollar un papel activo en la investigación de la situación financiera del consumidor se encuentra el requerimiento al consumidor de aquella información necesaria para la evaluación de la solvencia.

Entiendo que este requerimiento implica que el prestamista debe delimitar *ab initio* qué información necesita del prestatario y debe hacérselo saber al consumidor para que le sea posible poder entregarla. La importancia que reviste la inclusión de este deber radica en que elimina cualquier género de duda acerca de la posible responsabilidad del consumidor que no suministra toda la información que debería haber entregado. Con la legalización de esta obligación, recae sobre el prestamista el deber de poner en conocimiento del consumidor qué información debe suministrar. En consecuencia, el consumidor no deviene responsable en el supuesto de no aportar algún dato que no le haya sido requerido.

El deber del prestamista de solicitar la información necesaria para evaluar la solvencia se desprende del tenor literal de los artículos 20.3 de la DCH y 10.1 PLCCI, a pesar que no recogerse expresamente⁵⁹². En virtud de estos artículos, el prestamista debe concretar al consumidor, no sólo

⁵⁹² Tanto el artículo 20.3 DCH, como el 10.1 PLCCI se expresan en los mismos términos al señalar que los prestamistas deben especificar «*de manera clara y directa en la fase precontractual la información necesaria y las pruebas, [...], que el consumidor (potencial prestatario en el PLCCI) debe facilitar*». Además, el apartado 4 del artículo 20 DCH se refiere al contenido del apartado 3 como «*la solicitud contemplada en el apartado 3, párrafo primero [...]*». El artículo 10.1 *in fine* PLCCI también señala el requerimiento de información del prestamista como «*la información solicitada por el prestamista...*».

qué información debe aportar, sino también qué pruebas necesita para verificar la exactitud de los datos aportados. Asimismo, el prestamista debe señalar el periodo temporal en el que el consumidor debe suministrar esta documentación que, a falta de concreción por parte de las leyes de incorporación a los ordenamientos nacionales, quedará a discreción de la entidad bancaria.

Además de lo anterior, otro factor que resulta determinante para afirmar la existencia del deber del prestamista de investigar la situación económica del consumidor es que el artículo 20.3 párrafo 2º DCH no permita al prestamista resolver⁵⁹³ el contrato debido al carácter incompleto de la información suministrada por el consumidor. El prestamista deviene responsable de la recogida y recopilación de la información y, en consecuencia, su realización inadecuada deberá soportarla él mismo, no pudiendo desvincularse del contrato de crédito.

La legislación belga, de nuevo en su condición de antecedente del principio de crédito responsable, exigía en su Ley de crédito al consumo de 1991 el deber de prestamista de solicitar al consumidor que le informe acerca de unos extremos concretos⁵⁹⁴. En la actualidad, dicho deber se mantiene, tanto para el crédito al consumo, como para el crédito hipotecario. De hecho, la información que solicite del consumidor deberá estar indicada en el cuestionario de crédito que debe entregar en la solicitud de crédito⁵⁹⁵.

1.6.2. Contestación del consumidor a la solicitud de información del prestamista

El deber del prestamista de requerir la información necesaria al consumidor tiene una doble vertiente. Si, por un lado, como se ha señalado, este deber implica que el prestamista debe delimitar y solicitar unos determinados datos al consumidor; por otro lado, genera otra conducta complementaria a cargo del consumidor de proporcionar la información que le haya solicitado el prestamista.

⁵⁹³ La DCH utiliza el término «*rescindir*» aunque se trata de una resolución, no una rescisión.

⁵⁹⁴ Vid. artículo 10 de la Ley belga de crédito al consumo de 1991.

⁵⁹⁵ Cfr. artículos VII.69 y VII.126 del «*Code de Droit Économique*» belga.

Esta conducta del consumidor, que se desprende de la DCH y el PLCCI⁵⁹⁶, no tiene carácter preceptivo. El consumidor no está obligado a proporcionar al prestamista la información solicitada. Sin embargo, si el consumidor decide no facilitar al prestamista la información que le haya solicitado, el prestamista no podrá seguir adelante con la concesión del crédito⁵⁹⁷. La contestación al requerimiento se configura como un requisito *sine qua non* para continuar con el procedimiento de concesión del crédito. En virtud de lo anterior, el fallo del consumidor en el suministro de la información solicitada se configura, a mi juicio, como una carga jurídica⁵⁹⁸ para el consumidor ya que su omisión produce efectos jurídicos perjudiciales para el sujeto que debe realizarla. De manera que, el consumidor que no suministre la información verá perjudicados sus intereses dado que el crédito no podrá ser concedido.

Sin perjuicio de lo anterior, si el consumidor facilita al prestamista la información que le hubiera solicitado, sí que queda obligado a no ocultar deliberadamente o falsificar la información entregada. De lo contrario, el prestamista estará facultado para resolver el contrato de crédito y el consumidor deberá soportar lo perjudicios que se deriven de la resolución⁵⁹⁹. La entrega de la información necesaria para la evaluación de la solvencia es una gestión conducente a la preparación del contrato

⁵⁹⁶ En este sentido, el artículo 20.4 DCH y el artículo 10.3 PLCCI establecen que el prestamista o intermediario «advertirán al consumidor que, cuando el prestamista sea incapaz de llevar a cabo la evaluación de la solvencia debido a que el consumidor haya optado por no facilitar la información o la verificación necesaria para llevar a cabo dicha evaluación, el crédito no podrá concederse». En términos similares se pronuncia también la legislación sectorial bancaria, que establece que «incumbe» a los consumidores suministrar a las entidades de crédito «una información completa y veraz sobre su situación financiera y sobre sus deseos y finalidades en relación con la finalidad, importe y demás condiciones del préstamo o crédito» (Vid. artículo duodécimo, apartado 3, de la CBE 5/2012).

⁵⁹⁷ El prestamista e intermediario deben advertir al consumidor sobre este extremo como indican los artículos 20.4 DCH y 10.3 PLCCI.

⁵⁹⁸ Cfr. Díez-Picazo, L.: «Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen II. Las Relaciones Obligatorias». Civitas. Madrid. 1993 (4ª Edición). Páginas 109 a 111.

⁵⁹⁹ En este sentido se expresa el párrafo 4º del artículo 20.3 de la DCH, que exceptúa la prohibición a los prestamistas de resolver el contrato «cuando se demuestre que el consumidor ha ocultado o falsificado conscientemente la información pertinente». En esta ocasión, la DCH hace referencia a la información pertinente, sin aclarar qué debe entenderse como tal. Si ponemos este término en relación con el sentido del resto del apartado 3 del artículo 20 parece desprenderse que, con *información pertinente*, la DCH se refiere a la información previamente solicitada por el prestamista.

de crédito, por lo que puede insertarse dentro de las gestiones relativas a la preparación del negocio. Por lo tanto, en virtud de los deberes generales de buena fe y lealtad que debe regir en los negocios, el consumidor está obligado a ser diligente a la hora de aportar la información solicitada.

El consumidor cumple con el requisito de suministrar la información solicitada por el prestamista entregando todos aquellos datos y medios de prueba de los mismos efectivamente requeridos por éste. Ello se desprende de la interpretación *a sensu contrario* del artículo 20.3 DCH que impide al prestamista resolver el contrato por el carácter incompleto de la información. Por tanto, si el prestamista omitiese algún dato o medio de prueba en su solicitud, sufrirá los perjuicios que puedan derivarse de su incumplimiento, debiendo respetar los términos del contrato que le vincula con el prestatario.

2. Deber de procesar la información de acuerdo a técnicas estadísticas: «credit scoring»

Una vez que el prestamista ha reunido la información, ésta debe ser objeto de análisis de manera que obtenga un resultado representativo de «*las perspectivas de cumplimiento de las obligaciones*»⁶⁰⁰ derivadas del contrato de crédito. Este deber es de gran relevancia en la obligación de evaluar la solvencia del consumidor ya que se refiere al procedimiento relativo a la evaluación propiamente dicha. Aunque la evaluación de la solvencia, como obligación, implique la realización de otras conductas (deber de investigación y de denegar el crédito en caso de evaluación negativa), lo cierto es que, su correcta ejecución va a determinar la obtención de un resultado representativo de la capacidad financiera del consumidor. Ello resulta fundamental para posibilitar una decisión coherente con el resultado obtenido en el proceso de evaluación de la solvencia. Un resultado no demostrativo de la capacidad financiera real del consumidor daría lugar a la concesión de créditos a consumidores que nos pueden afrontar su devolución; o, excluiría a consumidores con la capacidad financiera necesaria del mercado de crédito. Ambas

⁶⁰⁰ Fragmento de la definición de «*evaluación de la solvencia*» que recoge la DCH en su artículo 4, apartado 17.

opciones son muy poco deseables para la sociedad en su conjunto: la primera opción provocaría un aumento del sobreendeudamiento; mientras que la segunda, limitaría el efecto del crédito como fuente de riqueza.

2.1. Momento en el que ha de ejecutarse el procesamiento de la información recopilada

Como se ha apuntado respecto del deber de investigación, ambas Directivas establecen que la evaluación de la solvencia (y, por tanto, el deber de procesar los datos conforme a modelos estadísticos) debe llevarse a cabo antes de la celebración del contrato de crédito (arts. 8 DCC y 18 DCH). Ello debe ponerse en relación con la finalidad de la evaluación de la solvencia como máximo exponente del principio de crédito responsable: la evaluación tiene como objetivo conceder crédito a consumidores que sean capaces de afrontarlos económicamente, dejando fuera a aquellos que no lo sean.

La siguiente cuestión es determinar cuánto antes de la celebración del contrato debe practicarse la evaluación de la solvencia. Para que el resultado de la evaluación sea representativo de la realidad, la información sobre la que se practica debe ser lo más actual posible en el momento de la evaluación. En este sentido, debería estipularse un plazo adecuado a tal fin, que constituya un periodo de tiempo suficiente para que se realicen todas las gestiones relativas a la investigación. Con el establecimiento de un marco temporal demasiado amplio, se correría el riesgo de que la situación económica y financiera del consumidor sufriera algún cambio que le afectase negativamente. En todo caso, el procesamiento de la información ha de realizarse posteriormente a las conductas comprendidas dentro del deber del prestamista de investigar la situación financiera del consumidor.

A pesar de su carácter eminentemente precontractual, el prestamista está obligado a llevar a cabo otra evaluación de la solvencia durante la vigencia del contrato de crédito, en el caso de que se pretendiera conseguir un aumento *significativo* del importe total del mismo. Si el consumidor solicitase el aumento del importe total del crédito y dicho aumento no estuviera contemplado en la evaluación inicial, el

prestamista deberá llevar a cabo otra evaluación de la solvencia antes de decidir sobre el aumento del capital prestado.

La cuestión fundamental es cuándo debe considerarse que el aumento del importe total del crédito es *significativo* y, por consiguiente, resulta preceptivo llevar a cabo una reevaluación de la solvencia. A falta de un criterio objetivo establecido por la legislación o un posicionamiento de la doctrina sobre esta cuestión, cabe acudir –una vez más– a RAE, que establece que es *significativo* «aquello que tiene importancia por representar o significar algo». En el caso que nos ocupa, considero que el aumento tendría carácter significativo cuando, en el caso de producirse, acarrearase una serie de variaciones en las condiciones económicas del crédito que repercutiesen en la capacidad del consumidor de cumplir con las obligaciones derivadas del contrato. En mi opinión, resulta extremadamente complicado proponer un criterio que determine cuándo una variación de este tipo repercutirá en la capacidad de pago del consumidor. Un aumento del importe total del crédito será *significativo* – en el sentido de que comportará una variación en la capacidad de pago del consumidor– dependiendo de la situación financiera del consumidor en el momento de la solicitud del aumento. Lo paradójico es que, para determinar que un aumento es significativo o no, sería necesario realizar una evaluación de la solvencia.

Bélgica solventa esta cuestión estableciendo que cualquier aumento del importe total del crédito implicará la concesión de un nuevo contrato de crédito. De esta manera, la evaluación de la solvencia será preceptiva en todo caso, ya se trate de crédito al consumo o de crédito hipotecario⁶⁰¹.

La reevaluación obedece al mismo razonamiento que la evaluación practicada antes de la perfección del contrato: evitar que los consumidores queden vinculados a contratos de crédito de los que se deriven obligaciones que no pueden asumir. A estos efectos, el consumidor podría no ser capaz de asumir el aumento del importe del crédito si su situación financiera ha cambiado respecto de la evaluación anterior; o, porque el consumidor esté capacitado económicamente para asumir las obligaciones derivadas del contrato de crédito primigenio,

⁶⁰¹ Vid. artículos VII.77.2, párrafo 2º, y VII.133.1, párrafo 4º, del «Code de Droit Économique» belga.

pero no para asumir las nuevas obligaciones derivadas incremento del importe total del crédito.

2.2. Sujetos obligados a desenvolver la presente conducta

El sujeto sobre el que recae el deber de procesar los datos es, sin género de duda, el prestamista. Ambas Directivas se pronuncian en términos casi idénticos de manera muy clara, que «*el prestamista evalúe (en profundidad) la solvencia del consumidor*».

Lo mismo acontece con la legislación estatal. El prestamista es quien debe realizar las conductas relativas a la evaluación de la solvencia de acuerdo con los artículos 14.1 LCCC y 9.1 PLCCI. La legislación bancaria, por su parte y coherentemente con su ámbito de aplicación (entidades de crédito y su clientela), atribuye esta obligación a la entidad de crédito⁶⁰².

2.3. El procesamiento de la información

Bajo el título «*el procesamiento de la información*» se hace referencia a la transformación de la información previamente recopilada en un resultado del que dependerá la decisión sobre la concesión o denegación del crédito. A este deber se refieren tanto la DCC y la DCH, como la LCCC y el PLCCI, cuando aluden a la «*evaluación de la solvencia*», aunque la DCH y el PLCCI añaden que dicha evaluación se realizará «*en profundidad*». La referencia a la *profundidad* con la que ha de realizarse la evaluación se contiene tanto en la DCH (artículo 18.1), como en su norma de incorporación al ordenamiento español (artículo 9.1). La incorporación de este adjetivo respecto de cómo deberá llevarse a cabo la evaluación de la solvencia supone una novedad respecto de la DCC. Al concretar que la evaluación deberá practicarse *en profundidad*, parece que el legislador de la Unión pretende diferenciar⁶⁰³ el modo en que se habrá de evaluar la

⁶⁰² Vid. artículos 29.1 LES y 18.1 Orden EHA/2899/2011.

⁶⁰³ Recuérdese que el Cdo. 22 de la DCH, tras señalar las particularidades de los contratos de crédito con garantía hipotecaria justifica un enfoque diferenciado respecto de la DCC. Entre las razones que justifican el establecimiento de una regulación más estricta en el crédito hipotecario, apunta a las enseñanzas extraídas de la crisis financiera, en concreto, a la necesidad de garantizar la emisión adecuada de créditos.

solvencia en función de si se trata de un contrato de crédito al consumo o de crédito hipotecario. No obstante, y a pesar de la entidad económica y la duración de los contratos de crédito hipotecario justifican, con carácter general, la realización de una evaluación más detallada, lo cierto es estas circunstancias no excluyen, en mi opinión, que la evaluación de la solvencia deba ser también detallada en el crédito al consumo si, por ejemplo, la carga financiera del contrato respecto de sus ingresos, es elevada para el consumidor. Por tanto, parece adecuado pensar que la evaluación de la solvencia será realizada «*en profundidad*» en todo caso, en el marco de los contratos de crédito hipotecario, y en el crédito al consumo, la evaluación será detallada cuando así lo demanden las circunstancias del supuesto concreto.

Otra cuestión que se deriva de la inclusión de esta coletilla, es averiguar qué supone respecto de la evaluación de la solvencia su ejecución «*en profundidad*». Atendiendo al significado literal del término, la evaluación deberá ser completa, con el mayor cuidado o rigor⁶⁰⁴. Conforme a esta definición resulta difícil determinar qué requisitos se exigen respecto de la evaluación en los créditos con garantía hipotecaria, puesto que la evaluación de la solvencia, ya sea en el crédito al consumo o hipotecario, tiene un propósito de veracidad. De manera que deberá ser completa y realizada con el mayor cuidado o rigor en todo caso. La evaluación en profundidad tampoco va a depender de la utilización de uno u otro modelo estadístico, ya que cualquiera de ellos sirve tanto para evaluar la solvencia de un crédito al consumo, como hipotecario, teniendo todos ellos una capacidad predictiva similar⁶⁰⁵.

En la práctica, que la evaluación se realice en profundidad está relacionado, a mi juicio, con las variables que deben tenerse en cuenta y con el deber de investigación de la situación financiera del consumidor. En la evaluación de la solvencia de un crédito con garantía hipotecaria, deberían incluirse más variables de las que, *a priori*, serían necesarias para evaluar la solvencia en un contrato de crédito al consumo⁶⁰⁶.

⁶⁰⁴ La RAE define la locución adverbial «*en profundidad*» como «*de forma completa, con el mayor cuidado o rigor*».

⁶⁰⁵ FERNÁNDEZ MORALES, A. *op. cit.* página 305.

⁶⁰⁶ En este sentido parece pronunciarse la CBE 5/2012, en su Anejo 6 relativo a los «*principios generales para la concesión de préstamos responsables*», al señalar que los

Igualmente, como se ha puesto de relieve anteriormente, el deber de investigación debe ampliarse y ser más detallado en el crédito hipotecario que respecto del crédito al consumo; y, el prestamista deberá ser más escrupuloso a la hora de determinar qué información deberá ser objeto de comprobación.

Sin perjuicio de lo anterior, ni las normas europeas, ni las españolas que las transponen detallan aspectos fundamentales concernientes a la evaluación, especialmente aquellos relativos al procedimiento mediante el cual deberá llevarse a cabo. Incidentalmente, la DCH hace una escueta referencia al procedimiento por el que se evalúa la solvencia para indicar únicamente que éste debe quedar establecido, documentado y actualizado⁶⁰⁷. A mi juicio, el legislador comunitario omite voluntariamente la regulación del procedimiento de evaluar la solvencia con el objetivo de que sean las propias entidades de crédito las que establezcan el procedimiento que más les convenga. El PLCCI confirma esta idea al compeler a los prestamistas a que establezcan los «*procedimientos internos específicamente desarrollados para llevar a cabo la evaluación de la solvencia*»⁶⁰⁸. En consecuencia, puede afirmarse que, en España, el procedimiento de evaluación de la solvencia no será uniforme; cada entidad utilizará el que considere más conveniente al no haberse establecido legalmente un procedimiento común para llevar a cabo la evaluación de la solvencia. Las razones que pueden haber llevado al legislador de la Unión a no establecer un procedimiento *ad hoc* con carácter preceptivo para procesar los datos financieros del consumidor, son varias. A mi juicio, pueden aducirse: la experiencia con la que cuentan las entidades de crédito en la gestión del riesgo de crédito; y, que no puede afirmarse que el procesamiento de los datos haya sido la causa de

políticas, métodos y procedimientos a través de los que se debe evaluar la solvencia de la clientela «*deberá realizarse bajo una regla de proporcionalidad [...], atendiendo a las características de la operación, en especial, el importe, la complejidad e importancia para el cliente, así como al grado de conocimiento del cliente*».

⁶⁰⁷ Vid. artículo 18.2 DCH.

⁶⁰⁸ Estos procedimientos, además, serán objeto de revisión periódica de la que se llevará un registro actualizado. Vid. artículo 9.2 PLCCI. En los mismos términos se pronuncia el artículo 18 de la Orden EHA/2899/2011; y, el artículo 12.2 de la CBE 5/2012, la cual, además, señala que los procedimientos de evaluación de la solvencia deben estar «*en todo momento a disposición del Banco de España*».

la concesión indiscriminada de crédito, sino que estuvo motivada por la relajación de los estándares de riesgo⁶⁰⁹.

Aunque el legislador de la Unión y el español hayan optado por no establecer un procedimiento específico, sí que han establecido unos criterios mínimos que deben tenerse en cuenta a la hora de configurar el procedimiento, que deberá ajustarse, por lo demás, a las técnicas estadísticas utilizadas por las entidades de crédito para la gestión del riesgo de crédito.

2.3.1. Utilización de modelos estadísticos para evaluar la solvencia del consumidor

Para configurar el procedimiento de evaluación de la solvencia se tomará como referencia el de gestión del riesgo de crédito que vienen utilizando las entidades de crédito. Ello parece lo más lógico si se tiene en cuenta que las entidades de crédito, además de tener libertad para establecer el procedimiento, ya cuentan con mecanismos dirigidos a determinar si el cliente podrá asumir la carga financiera del contrato. Igualmente, se hará referencia, cuando proceda, a las instrucciones contenidas en la normativa bancaria, ya que también contienen directrices relativas al procedimiento de la evaluación en nuestro ordenamiento. No obstante, debe tenerse presente que estas instrucciones son operativas únicamente en el caso de que el prestamista sea una entidad de crédito⁶¹⁰ y el prestatario, una persona física⁶¹¹.

Cuando, al principio del presente Capítulo, se ha analizado cómo las entidades de crédito gestionan el riesgo que les es inherente en el ejercicio de su actividad, se ha aludido a la técnica del «*credit scoring*». Éste, recuérdese, consiste en que «*a partir de un conjunto de variables explicativas de la probabilidad de insolvencia, se construye una función que*

⁶⁰⁹ En este sentido cfr. FERNÁNDEZ MORALES, A.: «Modelos para la determinación del riesgo de crédito» en *El préstamo hipotecario y el mercado de crédito en la UE*. FLORES DOÑA, M. S.; RAGA GIL, J. T. (Dir.). BERROCAL LANZAROT, A. I.; CALLEJO RODRÍGUEZ, C. (Coord.). Dykinson. Madrid. 2016. Página 290. Y, vid. COMITÉ DE SUPERVISIÓN BANCARIA DE BASILEA: «*Principles for the Management of Credit Risk*». Basilea. Septiembre de 2000. Página 1.

⁶¹⁰ Vid. artículo 29 LES, artículo 2 Orden EHA/2899/2011, y artículo 2 de la CBE 5/2012.

⁶¹¹ La LES no lo especifica, pero sí sus normas de desarrollo (vid. artículo 2 Orden EHA/2899/2011, y artículo 2 de la CBE 5/2012).

asigna una puntuación, o “score” al solicitante, representativo de su riesgo de incumplimiento»⁶¹².

En la ejecución de la técnica del «*credit scoring*», los modelos más utilizados por las entidades de crédito son el análisis discriminante (el más utilizado tradicionalmente)⁶¹³ y, el modelo llamado «de regresión logística» o «logit» (modelo con mayor implantación en la actualidad)⁶¹⁴, modelos en los que se tienen en cuenta, con carácter general, las siguientes fases⁶¹⁵:

1. En primer lugar, se fijan las variables que se tendrán en cuenta en el procedimiento estadístico. Para ello, las entidades de crédito, tradicionalmente, han analizado los datos de su histórico de operaciones para determinar las características comunes a los cumplidores e incumplidores⁶¹⁶. En el caso de consumidores, las variables se referirán a aspectos socio-económicos⁶¹⁷, como el nivel de ingresos del solicitante (siendo ésta una de las variables de mayor relevancia), propiedad de bienes inmuebles, estado civil, o antigüedad en el puesto de trabajo⁶¹⁸.

A continuación, la entidad financiera atribuye un valor determinado a las características elegidas como variables, en función

⁶¹² FLÓREZ LÓPEZ, R. *op. cit.* página 271.

⁶¹³ Vid. FERNÁNDEZ MORALES, A. *op. cit.* página 303. Y, GARCÍA GALLEGRO, A.; GUTIÉRREZ LÓPEZ, C.: «Una aproximación al riesgo de crédito en las entidades financieras: cómo analizar la morosidad» en *AECCA: Revista de la Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas*. Nº70. 2005. Página 18.

El análisis discriminante, en palabras de FERNÁNDEZ MORALES, «*pretende encontrar una combinación lineal de características de los prestatarios que maximice la separación entre los grupos previamente definidos*». Vid. FERNÁNDEZ MORALES, A. *op. cit.* página 303.

⁶¹⁴ Vid. FERNÁNDEZ MORALES, A. *op. cit.* página 303. Y, GARCÍA GALLEGRO, A.; GUTIÉRREZ LÓPEZ, C. *op. cit.* página 18.

Respecto de la regresión logística, FERNÁNDEZ MORALES explica que «*con este tipo de modelo, se estima una combinación lineal de variables predictoras, representativas de las características de interés de los prestatarios, que explica el logaritmo del cociente entre las probabilidades de pertenecer al grupo de fallidos y al de no fallidos*». Vid. FERNÁNDEZ MORALES, A. *op. cit.* página 303.

⁶¹⁵ Cfr. FLÓREZ LÓPEZ, R. *op. cit.* páginas 271 a 273 y 288 a 292. BALBUENA RIVERA, M. *op. cit.* páginas 161 a 163. GARCÍA GALLEGRO, A.; GUTIÉRREZ LÓPEZ, C. *op. cit.* páginas 18 y 19.

⁶¹⁶ Cfr. FLÓREZ LÓPEZ, R. *op. cit.* página 292. FERNÁNDEZ MORALES, A. *op. cit.* página 301.

⁶¹⁷ Vid. GARCÍA GALLEGRO, A.; GUTIÉRREZ LÓPEZ, C. *op. cit.* página 18. FLÓREZ LÓPEZ, R. *op. cit.* página 331.

⁶¹⁸ Cfr. FLÓREZ LÓPEZ, R. *op. cit.* página 271.

de la importancia que hayan decidido darle a la variable en cuestión. La decisión acerca de la relevancia que se le habrá de dar a cada una de las variables estará basada, generalmente, en la experiencia de la entidad. De acuerdo con su histórico de datos, la entidad determinará qué características suelen ser más significativas a la hora de determinar la probabilidad de repago del crédito.

Otro extremo que debe fijarse además de las variables, es el umbral que habrá de establecerse como parámetro para la decisión de la concesión, es decir, aquella puntuación por encima de la cual el crédito se concederá automáticamente y otra puntuación por debajo de la cual el crédito se denegará de la misma manera. En el ámbito de la gestión del riesgo de crédito, este umbral se establece en función del mayor o menor apetito de riesgo, o intensidad de riesgo que la entidad de crédito esté dispuesta a asumir⁶¹⁹, que se aprueba por la alta dirección de la entidad⁶²⁰.

Los umbrales establecidos por la entidad en la gestión del riesgo de crédito pueden no ser coincidentes con los establecidos en el deber de evaluar la solvencia. Como se ha afirmado, por medio de la gestión del riesgo de crédito se busca la obtención de una rentabilidad que puede justificar la asunción de un riesgo mayor que el permitido en virtud del deber de evaluar la solvencia. Queda saber cuál es el umbral de riesgo permitido en la obligación de evaluar la solvencia, cuestión que trataremos más adelante.

2. En segundo lugar, de la información previamente recopilada se extraen los datos necesarios y se transforman en las variables previamente fijadas.
3. En tercer lugar, dichas variables se introducen en una función que arroja una puntuación o «score» que determina la probabilidad de repago del crédito por el consumidor analizado⁶²¹.

⁶¹⁹ Vid. FLÓREZ LÓPEZ, R. *op. cit.* página 330.

⁶²⁰ Cfr. BALBUENA RIVERA, M. *op. cit.* páginas 149 y 161.

⁶²¹ En cuanto al modelo utilizado, cabe destacar que existen diferentes modelos de «credit scoring» utilizados por las entidades de crédito a su elección. Entre los modelos disponibles se encuentran aquellos estadísticos, como el análisis discriminante, la

4. El «*score*» obtenido determinará decisión relativa a la denegación del crédito solicitado, si el resultado arrojado fuese negativo (el resultado obtenido no llega al umbral establecido, por lo que determina que no es probable que el prestatario reembolse el importe total del crédito).

2.3.2. Parámetros que deben regir la evaluación

El «*credit scoring*» ha sido el modelo utilizado para valorar la capacidad de repago de los consumidores, con independencia del tipo de crédito de que se trate⁶²². Eso sí, como se ha dicho, las variables pueden ser objeto de variación en función de si la evaluación se dirige a la obtención de un crédito al consumo o hipotecario. La evaluación respecto del crédito hipotecario debe ser más exhaustiva por norma general, lo que se verá reflejado en la elección de las variables. No obstante, si la situación lo requiere (si, por ejemplo, el crédito al consumo reviste una gran entidad económica) considero que no hay obstáculo en que el prestamista, conforme al deber de cuidado que se le exige, se sirva del catálogo de variables utilizadas respecto del crédito hipotecario.

Ninguna norma, ni europea ni estatal, fija las variables que deberán tenerse en cuenta para evaluar la solvencia. La no concreción de las variables sobre las que debe realizarse la evaluación es coherente con la idea, previamente apuntada, de que sean las entidades de crédito quienes elaboren y perfilen el procedimiento de evaluación de la solvencia. No obstante, las variables constituyen uno de los extremos más importantes en el procedimiento estadístico⁶²³. El uso de determinadas variables en lugar de otras o, dar más valor a unas variables que a otras, puede determinar la concesión o denegación de un mismo crédito respecto de un mismo consumidor. La elección de determinadas variables puede, incluso, determinar la obtención de resultados discriminatorios⁶²⁴.

regresión logística, árboles de clasificación, análisis discriminante múltiple y, otros tipos de regresión binaria como *probit* o *tobit*; y, otros no estadísticos como la programación lineal, redes neuronales y algoritmos genéticos. Vid. FERNÁNDEZ MORALES, A. *op. cit.* página 302.

⁶²² En este sentido vid. FLÓREZ LÓPEZ, R. *op. cit.* página 271. BESSIS, J. *op. cit.* Página 465.

⁶²³ Respecto a la importancia de las variables utilizadas vid. FERNÁNDEZ MORALES, A. *op. cit.* página 301.

⁶²⁴ Vid. HAVARD, C. J. *op. cit.* página 244 y 245.

Aunque la legislación no concreta qué variables deben tenerse en cuenta en el procedimiento de evaluación de la solvencia, sí que contiene algunas directrices relativas a los aspectos sobre los que deben versar. La concreción de los extremos a los que tienen que referirse las variables puede venir motivado, precisamente, por la relevancia que reviste la elección de variables a la hora de obtener un resultado representativo de la realidad (y no discriminatorio).

La DCH formula ciertas orientaciones respecto de la manera en que se debe ejecutar la evaluación que deben ser tenidas en cuenta por las entidades de crédito. A pesar de que el artículo 18 DCH (al igual que el artículo 9.1 del PLCCI) se limita a mencionar a los *factores pertinentes* como aquellos que deben ser tenidos en cuenta en la evaluación de la solvencia⁶²⁵, el Cdo. 55 cuáles pueden ser algunos de esos factores⁶²⁶. La lista contenida en el Cdo. 55 no es taxativa, ya que indica que los Estados miembros deben poder formular otras orientaciones e incluso les sugiere algunas de las que pueden llevar a cabo⁶²⁷. En definitiva, la solvencia del consumidor será el resultado del análisis de su activo y pasivo financiero, en el que deben incluirse los pagos derivados del contrato de crédito que se está evaluando.

⁶²⁵ El apartado 1 del artículo 18 DCH dispone que la evaluación de la solvencia «*tendrá debidamente en cuenta los factores pertinentes para verificar las perspectivas de cumplimiento por el consumidor de sus obligaciones en virtud del contrato de crédito*».

⁶²⁶ En este sentido, el Cdo. 55, relativo a la evaluación de la solvencia, hace referencia expresa a los factores a que se refiere el mencionado artículo: «*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*».

Respecto de este listado de factores a tener en cuenta en la evaluación, cabe hacer dos precisiones. La primera es que, como se ha apuntado, la motivación de las Directivas tiene, de acuerdo con reiterada jurisprudencia del TJUE, carácter valor interpretativo. La segunda precisión es que, conforme con el valor interpretativo, no se trata de una lista taxativa de factores a tener en cuenta; a mi juicio, esta enumeración tiene un carácter de mínimos dado su carácter amplio y flexible, que se adapta a la entidad e importancia del contrato de crédito, y que la evaluación de las perspectivas de pago del consumidor difícilmente podrá llevarse a cabo si no se tiene una imagen de sus ingresos y gastos.

⁶²⁷ El Cdo. 55 in fine establece que «*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*».

En nuestro ordenamiento, la legislación bancaria también contiene numerosas directrices que afectan al procedimiento de evaluación de la solvencia. Entiendo que estas normas sectoriales serán de aplicación subsidiaria al procedimiento de evaluar la solvencia del consumidor (aunque el ámbito de aplicación en las relaciones de consumo sea más reducido) siempre y cuando no sean contrarias al contenido o espíritu de la LCCC y el PLCCI. En el supuesto de que las reglas contenidas en la normativa bancaria fuesen contrarias, en modo alguno, al contenido de la LCCC o el PLCCI, devendrían inaplicables en virtud de los principios de jerarquía, especialidad y, en el caso del PLCCI, también el cronológico.

En España, además de los factores indicados por la DCH, y tomando en consideración la legislación bancaria, el procedimiento de evaluación de la solvencia, también deberá contemplar la «*situación de empleo, ingresos, patrimonial y financiera del cliente*»; también «*sus activos en propiedad, sus ahorros, sus obligaciones derivadas de otras deudas o compromisos, sus gastos fijos y la existencia de otras posibles garantías*». En su caso, también se deberá tener en cuenta la posible repercusión de la subida de los tipos de interés en la capacidad de pago del cliente; o, el nivel de ingresos que se prevé tras la jubilación del consumidor, si tuviera lugar durante la vigencia del contrato⁶²⁸. Sobre este aspecto vuelve a incidir la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos (en adelante, CBE 5/2012) afirmando genéricamente que los criterios de concesión de créditos deberán estar vinculados con «*la capacidad del prestatario para cumplir, en tiempo y forma, con las obligaciones financieras asumidas*»; y que, dicha capacidad se dilucidará atendiendo únicamente a sus fuentes de renta habituales del prestatario, sin tener en cuenta el valor de la garantía o la existencia de avalistas o fiadores⁶²⁹.

En el panorama europeo, cabe señalar que el Reino Unido cuenta con una regulación detallada de los factores que deben tenerse en cuenta en el procesamiento estadístico de los datos. En el crédito al consumo, el «*Consumer Credit Sourcebook*» (incluido en el «*FCA Handbook*») contiene

⁶²⁸ Ex artículo 18 Orden EHA/2899/2011.

⁶²⁹ Vid. Anejo 6 de la CBE 5/2012.

una regulación bastante detallada (si la comparamos con otras normas de transposición de la DCC, como la española, la belga o la francesa) de los factores que deben tenerse en cuenta a la hora de evaluar la solvencia, como los ingresos y los gastos del consumidor⁶³⁰, así como el alcance que debe tener la evaluación de la solvencia⁶³¹.

Lo mismo ocurre con la regulación del crédito hipotecario en la legislación inglesa. En la parte del «*FCA Handbook*» dedicada esta cuestión⁶³², el legislador inglés recoge en cuatro secciones diferentes una serie de preceptos de diferente naturaleza, relativos a los ámbitos que deben analizarse en la evaluación: ingresos⁶³³, gastos⁶³⁴, las posibles modificaciones en los ingresos y gastos⁶³⁵, y los efectos del posible incremento de los tipos de interés⁶³⁶. El contenido de estas reglas es de gran valor a la hora de practicar la evaluación, ya que arrojan luz sobre cuestiones relativas a la información necesaria para realizar la evaluación, como las vías de acceso⁶³⁷, así como los gastos que deben tenerse en cuenta a la hora de realizar la evaluación. Distinguiendo entre los gastos esenciales⁶³⁸ y aquellos que son básicos para el mantenimiento de un estándar mínimo en su calidad de vida⁶³⁹. También proporciona pautas relativas a las posibles modificaciones en los ingresos y gastos del consumidor, aspecto que debe evaluarse de manera preceptiva cuando existan indicios para considerar que puedan producirse⁶⁴⁰. Y, en esta misma línea, se compele al prestamista a introducir como factor en la

⁶³⁰ Vid. CONC 5.2A.15.

⁶³¹ Vid. CONC 5.2A.20.

⁶³² Concretamente, el Capítulo 11 titulado «*Mortgages and Home Finance: Conduct of Business Sourcebook*», en adelante MCOB.

⁶³³ Vid. MCOB 11.6.8.

⁶³⁴ Vid. MCOB 11.6.10.

⁶³⁵ Vid. MCOB 11.6.14.

⁶³⁶ Vid. MCOB 11.6.18.

⁶³⁷ En el caso de los ingresos, el prestamista, partiendo de la información declarada por el consumidor, debe practicar las comprobaciones oportunas (cfr. MCOB 11.6. apartados 8 y 9). Para los gastos, el prestamista puede confiar en la información aportada por el prestatario, con carácter general (cfr. MCOB 11.6.12); no obstante, debería efectuar las comprobaciones oportunas (cfr. MCOB 11.6.13); así como los datos que obrasen en su poder en el caso de que el prestatario fuese previamente cliente de la entidad (cfr. MCOB11.6.9 (4)).

⁶³⁸ El artículo 11.6.10 (2) del «*Handbook*» se habla de «*basic essential expenditure*».

⁶³⁹ O, «*basic quality-of-living costs*», como establece el artículo 11.6.11 (1).

⁶⁴⁰ Cfr. Artículos 11.6.14 y 11.6.15 del «*Handbook*».

evaluación la posible subida de los tipos de interés, apuntando las directrices que debe tener en cuenta⁶⁴¹. No obstante, la norma inglesa estipula que todos los factores que deben ser tenidos en cuenta por parte del prestamista deben estar recogidos por escrito, así como algunos de los parámetros para su valoración⁶⁴².

A. Aplicación conjunta de los límites «debt-to-income» y «residual income»

Conforme a la legislación mencionada, los factores a tener en cuenta en la evaluación, ponen de relieve un aspecto fundamental: el consumidor, una vez deducida de sus ingresos periódicos la cuota correspondiente al crédito objeto de estudio y demás compromisos financieros, debe mantener una porción de dichos ingresos que le permita satisfacer los gastos familiares con cierta holgura, manteniendo cierta capacidad de ahorro y permitiéndole hacer frente a gastos imprevistos⁶⁴³. Ello es susceptible de llevarse a cabo a través de dos mecanismos que, en nuestro ordenamiento, están recogidos en la normativa sectorial bancaria (CBE 5/2012)⁶⁴⁴. Estos mecanismos no dejan de ser las dos caras de una misma moneda: por un lado, el límite de deuda sobre ingresos o «*debt-to-income limit*» (DTI) que supone la limitación de la cantidad de deuda que puede soportar un determinado sujeto en virtud de sus ingresos; y por otro está la fijación de un importe mínimo de ganancia residual o «*residual income*». De esta manera el DTI actúa como un umbral máximo de deuda que puede asumir el consumidor y la ganancia residual como un importe mínimo de sus ingresos que debe retener para hacer frente a sus necesidades y a las de su familia. Nótese que se trata de dos criterios complementarios, dado que el establecimiento de un límite de deuda que el consumidor pueda asumir sobre los ingresos que percibe no asegura que el consumidor vaya

⁶⁴¹ Cfr. artículo 11.6.18 de la norma británica.

⁶⁴² Vid. especialmente artículo 11.6.20.

⁶⁴³ *Ibidem*.

⁶⁴⁴ La CBE 5/2012, en su Anejo 6, apartado 2, dispone que los «*planes de amortización deberán observar una relación máxima entre el servicio de sus deudas [...] y la renta disponible del prestatario*». Añadiendo 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*».

a retener un importe suficiente de sus ingresos que le permita hacer frente a sus gastos cotidianos.

La aplicación de estos límites podrá hacerse, o bien después de la obtención del resultado arrojado por el modelo estadístico; o bien a través de la introducción de variables en este sentido. Lo que parece claro, a mi juicio, es que estos mecanismos dirigidos a la determinación de las expectativas de reembolso del crédito se revelan imprescindibles ya que, además de la objetivación del procedimiento (y de su transparencia); ambos mecanismos son potentes indicadores de la capacidad de asunción de deudas del consumidor.

En realidad, los dos criterios que estamos considerando constituyen una concreción de los deberes de buena fe y diligencia profesional del prestamista. Conforme a estos deberes, el prestamista no debe conceder el crédito al consumidor que no cumpla con estos requisitos. La no concurrencia de ambos o uno solo de los requisitos lleva necesariamente a concluir que no es probable que cumpla con las obligaciones de pago derivadas del contrato de crédito (es decir, que no existe adecuación). No obstante, *a sensu contrario*, el cumplimiento de estos requisitos no implica automáticamente un resultado positivo en la evaluación de la solvencia, ya que pueden darse otros factores⁶⁴⁵ que determinen la falta de adecuación a pesar de cumplirse el DTI y el «*residual income*»⁶⁴⁶.

Aceptando que los dos criterios que hemos señalado son los que deben presidir la evaluación de la solvencia del consumidor de crédito, todavía falta por concretar, primero, cuál debe ser la porción máxima de deuda que puede asumir un determinado consumidor respecto de sus ingresos y, segundo, cuál debe ser el importe mínimo de ingresos que no puede ser afectado en ningún caso para dar cumplimiento al umbral de deuda.

Para determinar la relación máxima que debe existir entre los ingresos periódicos del consumidor y sus deudas o compromisos financieros, a mi

⁶⁴⁵ Otros factores como el «*loan-to-value*»; «*credit rating*»; «*residual income*»; «*liquid cash reserves*»; y, «*past payment history*».

⁶⁴⁶ Cfr. O'KEEFE, P. T.: «Qualified Mortgages & Government Reverse Redlining: How the CFPB's Qualified Mortgage Regulations Will Handicap the Availability of Credit to Minority Borrowers». 21 *Fordham Journal of Corporate and Financial Law* 413, 448 (2016). Páginas 432 y 433.

juicio, podrían emplearse dos mecanismos. El primero es la figura del «sueldo inembargable» como hace la legislación suiza para el crédito al consumo en su Ley de crédito al consumo de 23 de marzo de 2001⁶⁴⁷ (artículos 28 y 29). De acuerdo con la norma suiza, es preceptivo evaluar la capacidad del consumidor para contratar un crédito. A partir de esta premisa, considera que el consumidor dispone de dicha capacidad cuando éste puede hacer frente a la devolución sin hacer uso de la parte inembargable de sus ingresos de acuerdo con la Ley concursal suiza⁶⁴⁸ (*ex* artículo 28 de la Ley suiza de crédito al consumo de 2001⁶⁴⁹). En caso de incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de crédito, la Ley suiza de crédito al consumo indica que será la normativa de cada Cantón la que determine qué cuantía del sueldo del consumidor será susceptible de ser embargado.

No obstante, la Ley Suiza añade que, en todo caso, se tendrá en cuenta el importe del sueldo destinado a: sufragar los gastos de vivienda, abonar los impuestos adeudados y, cumplir con el resto de compromisos financieros⁶⁵⁰.

El segundo mecanismo que puede ser empleado para determinar el importe máximo de deuda en relación con los ingresos del consumidor sería establecer un porcentaje que sirva de umbral máximo. De manera que, para que exista adecuación entre la situación financiera del consumidor y los términos económicos del contrato, el importe total de deuda sobre los ingresos del consumidor no debe sobrepasar dicho porcentaje. Obviamente, este mecanismo plantea la duda acerca de cuál

⁶⁴⁷ En la «*Loi fédérale sur le crédit à la consommation du 23 Mars 2001*».

⁶⁴⁸ Vid. artículo 93.1 de «*Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite*».

⁶⁴⁹ El artículo 28 en sus apartados 1 y 2 dispone que «*Avant la conclusion du contrat, le prêteur doit vérifier, conformément à l'art. 31, que le consommateur a la capacité de contracter un crédit. Le consommateur est réputé avoir la capacité de contracter un crédit lorsqu'il peut rembourser ce crédit sans grever la part insaisissable de son revenu visée à l'art. 93, al. 1, de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite*».

⁶⁵⁰ El apartado 3 del artículo 28 establece que, «*la part saisissable du revenu est déterminée selon les directives concernant le calcul du minimum vital édictées par le canton de domicile du consommateur. Dans tous les cas, il sera tenu compte :*

a. du loyer effectivement dû ;

b. du montant de l'impôt dû, calculé d'après le barème de l'impôt à la source ;

c. des engagements communiqués au centre de renseignements».

debería ser tal porcentaje. En este sentido puede observarse que, el Banco Mundial, en uno de sus informes, se hace eco de las recomendaciones relativas al DTI, que debería situarse entre el 30% y el 50%, aunque precisa que detalla que dicho límite es orientativo y su concreción dependerá del tipo de contrato y la finalidad del crédito⁶⁵¹. En Estados Unidos, para acceder a un «*qualified credit*» el límite relativo al «*debt-to-income*» es del 43%⁶⁵². Por otra parte, también en Estados Unidos, en los denominados «*VA Loans*» o préstamos hipotecarios para veteranos o militares en activo⁶⁵³, el DTI debe ser, como máximo del 41%⁶⁵⁴. Por lo tanto, aunque el límite puede llegar a alcanzar hasta el 50% del DTI, lo cierto es que, bajo mi punto de vista, dadas las circunstancias que han provocado la inclusión en el ordenamiento de la Unión de la obligación de evaluar la solvencia (y, por ende, la introducción de estos límites), así como la finalidad inherente al principio de concesión responsable de crédito (asegurar, en la medida de lo posible, el reembolso del crédito), para los créditos con consumidores parece adecuado situar el límite al DTI, en todo caso, por debajo del 40%.

Para responder a la segunda duda planteada, relativa a qué importe mínimo de los ingresos no puede ser afectado para cubrir el pago de deudas, debe ponerse en relación el DTI y la ganancia residual. El éxito del DTI como umbral para determinar la probabilidad de cumplimiento del consumidor, depende del importe total de los ingresos del consumidor. De manera que la utilidad de este parámetro (como herramienta para asegurar la adecuación entre la situación económica del consumidor y la carga económica del contrato) dependerá de que la cantidad restante de la aplicación del DTI supere un importe mínimo de dinero que permita al consumidor afrontar los gastos familiares. En otras palabras, no tendrá sentido la aplicación del límite DTI si, teniendo en

⁶⁵¹ WORLD BANK: «*Responsible Lending. Overview of Regulatory Tools*». Octubre 2013. Páginas 45 y 46.

⁶⁵² Vid. <https://www.consumerfinance.gov/ask-cfpb/what-is-a-debt-to-income-ratio-why-is-the-43-debt-to-income-ratio-important-en-1791/> (Acceso el 11/09/17).

⁶⁵³ Los «*VA Loans*» son préstamos concedidos a personal militar de los Estados Unidos por prestamistas previamente aprobados y garantizados por el *U.S. Department of Veteran Affairs*, que cuentan con unas condiciones especiales. Información extraída de <https://www.veteransunited.com/va-loans/> (Acceso el 11/09/2017).

⁶⁵⁴ Vid. AAVV: «*The Cost of Credit Regulation, Preemption and Industry Abuses*». National Consumer Center. 2009 (4ª Edición). Página 679.

cuenta los ingresos del consumidor; el remanente no cubre las necesidades mínimas de éste. De manera que este requisito es indispensable para evitar el sobreendeudamiento de aquellos consumidores con salarios más bajos⁶⁵⁵.

El criterio de la ganancia residual se hace necesario siempre que el límite DTI se establezca en abstracto, como un porcentaje de los ingresos. En estos casos, será preciso combinarlo con un mínimo existencial que no debe nunca quedar afectado por los compromisos financieros del consumidor (incluido el crédito que motiva la evaluación). A mi juicio, un criterio adecuado para determinar el mínimo existencial sería el salario mínimo interprofesional (735,9€ en España para el año 2018⁶⁵⁶) y figuras afines de derecho comparado⁶⁵⁷.

Los ingleses, hasta el 1 de noviembre de 2018⁶⁵⁸, utilizaban el término *sostenibilidad* («*sustainability*») en relación con la obligación de evaluar la solvencia para expresar que el cumplimiento de las obligaciones de pago sin que al consumidor le suponga ninguna dificultad⁶⁵⁹. El crédito era sostenible de acuerdo con este ordenamiento el consumidor pudiese atender a los pagos al tiempo de su devengo, sin desatender otros compromisos de pago y sin tener que tomar dinero prestado. El cumplimiento debía ser susceptible de producirse a lo largo de la

⁶⁵⁵ «*Residual income is an essential component of an affordability analysis, especially among lower-income families*». Vid. AAVV: «*The Cost of Credit Regulation, Preemption and Industry Abuses*», *op. cit.* página 678.

⁶⁵⁶ Vid. Real Decreto 1077/2017, de 29 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2018, artículo 1.

⁶⁵⁷ Piénsese en un consumidor cuyo salario es de 900€. El conjunto de sus deudas, incluido el pago mensual del préstamo hipotecario, asciende a 430€ (43% DTI), con lo que el remanente es de 513€. En este caso, el crédito debería ser rechazado, ya que la cantidad que resta de los ingresos no alcanza el SMI.

⁶⁵⁸ Fecha en la que se derogó el apartado CONC 5.3.1 titulado «*creditworthiness and sustainability*».

⁶⁵⁹ El apartado segundo del CONC 5.3.1 establecía: «*The creditworthiness assessment and the assessment required by CONC 5.2.2R (1) should include the firm taking reasonable steps to assess the customer's ability to meet repayments under regulated credit agreement in a sustainable manner without the customer incurring financial difficulties or experiencing significant adverse consequences*».

vigencia del contrato y con dinero proveniente de sus ingresos o ahorros, sin tener que acudir a la realización de la garantía u otros activos⁶⁶⁰.

Si, por el contrario, el DTI se fija mediante el recurso a un umbral mínimo como el sueldo inembargable, entonces no será necesario diferenciar entre el «*debt-to-income*» y el «*residual income*» ya que, con dicho límite se aseguraría el cumplimiento de ambos de manera simultánea.

Las instrucciones relativas a cómo debe llevarse a cabo la evaluación establecidas en la legislación europea y en la estatal, aunque incorporan algunos criterios mínimos («*debt-to-income*» y «*residual income*»), no establecen los parámetros objetivos a los que han de sujetarse dichos criterios. No indican, por ejemplo, que porción de los ingresos debe quedar sujeta, como máximo al pago de las deudas; o, cuál debe ser el importe mínimo de los ingresos que debe mantener el consumidor para atender a sus necesidades familiares, entre otros.

La determinación de los umbrales que deben regir en la evaluación de la solvencia no debe dejarse, en ningún caso, en manos del prestamista, por la presencia de un evidente riesgo moral. En efecto, de nada sirve el establecimiento de la obligación de evaluar la solvencia del consumidor si el prestamista sigue siendo el sujeto que decide a partir de qué umbrales debe denegarse la operación. El establecimiento de la obligación de evaluar la solvencia en estos términos no evita que los prestamistas vuelvan a relajar en un futuro los estándares de riesgo y vuelva a darse una situación parecida a la que causó la crisis de 2007.

Los criterios DTI y «*residual income*» deben ser, a mi juicio, los criterios a tener en cuenta para determinar si existen las suficientes perspectivas de cumplimiento respecto de un consumidor. Por tanto, el crédito será susceptible de ser concedido cuando los compromisos financieros del consumidor, incluido el crédito objeto de estudio, no supere el 40% de sus ingresos habituales y, la cantidad remanente supera el SMI.

⁶⁶⁰ Vid. el derogado CONC 5.3. que detallaba qué debe entenderse por crédito sostenible, pero con carácter orientativo (se trata de una «*guideline*» y no de una «*rule*»).

Considero que la conjunción de ambos mecanismos es idónea para concluir si existe adecuación entre la carga económica del contrato y la situación financiera del consumidor. Varias razones apoyan que estos criterios, aplicados de manera conjunta, sean ideales como parámetros del deber de evaluar la solvencia. En primer lugar, se trata de parámetros objetivos. Además, se trata de un sistema fácilmente aplicable y comprobable por los tribunales. Y, en tercer lugar, como se ha visto, otros países ya han adoptado estos criterios, como Suiza. El caso de Estados Unidos es reseñable, ya que este sistema se ha aplicado en los «VA Loans», con un resultado muy positivo. Estos créditos concedidos a veteranos y militares en activo, a pesar de tener una configuración muy parecida a los préstamos «subprime» no se vieron afectados por los problemas que afectaban a las *hipotecas basura*⁶⁶¹.

B. Aplicación del límite «loan-to-value» en los créditos con garantía inmobiliaria

En los créditos hipotecarios, el valor del bien inmueble aportado en garantía goza de gran importancia a la hora de analizar la capacidad de repago del crédito. Tanto el Derecho de la Unión, como la legislación estatal abordan esta cuestión para incidir en la idea de que la determinación de las perspectivas de repago del crédito no se deben basar *predominantemente* en el valor del bien dado en garantía, sino en la capacidad del consumidor para atender las obligaciones derivadas del contrato de crédito⁶⁶².

⁶⁶¹ Vid. AAVV: «*The Cost of Credit Regulation, Preemption and Industry Abuses*», *op. cit.* página 679.

⁶⁶² Es por ello que, la DCH, en su Cdo. 55 apunta que, aunque el valor del bien inmueble es un elemento importante para la evaluación de la solvencia, ésta «*debe centrarse en la capacidad del consumidor para atender a sus obligaciones en virtud del contrato de crédito*». Esta idea se ve reflejada el apartado 3 del artículo 18 DCH, que establece que dicha evaluación no podrá basarse *predominantemente* en ninguna de estas dos circunstancias: que el valor del bien inmueble de uso residencial sea superior al importe del crédito o, en la hipótesis de que el valor de éste aumentará, con la excepción, en este último supuesto, de que el importe del crédito tenga como finalidad la construcción o renovación del bien inmueble. El PLCCI dedica el apartado 3 del artículo 9 a estipular que, «*en el supuesto de créditos con garantía real, la evaluación de la solvencia no se basará predominantemente en el valor de la garantía que exceda del importe del préstamo o en la hipótesis de que el valor de dicha garantía aumentará*».

Esta idea relativa al valor (limitado) que debe suponer el valor de la garantía en la evaluación de las perspectivas de repago del consumidor lleva aparejada, a mi juicio, la exigencia de un límite «*loan-to-value*» (LTV): el importe del capital prestado no debe superar un determinado porcentaje en relación al valor de la garantía aportada. En consecuencia, si, por ejemplo, el límite LTV es del 70%, un consumidor que quiera adquirir una vivienda de 120.000€ podrá obtener un crédito de, como máximo, 84.000€.

La aplicación del límite LTV en los créditos garantizados implica otra medida, establecida en la normativa bancaria española⁶⁶³, y que considero positiva en la lucha contra el sobreendeudamiento de los consumidores: que el consumidor realice un desembolso inicial en el momento de la perfección del contrato. Si, en virtud del umbral LTV, el crédito no puede, en ningún caso, suponer el 100% del valor de la vivienda aportada como garantía, el consumidor deberá efectuar un pago por la cantidad que quede por abonar. Cuando se trate de créditos destinados a la adquisición de un bien que, a la vez, constituye la garantía del crédito, esta limitación conlleva necesariamente que el consumidor efectúe un pago inicial en el momento de la perfección del contrato de compraventa del importe que resulte de la aplicación del porcentaje LTV. Así, siguiendo con el ejemplo anterior, el pago inicial debería ser de 36.000€.

En los mismos términos se pronuncia el artículo 18.3 de la Orden EHA/2899/2011 cuando dice que «*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*». La CBE 5/2012 en el Anejo 6, apartado 3, dispone que debe existir una relación *prudente* entre el valor del bien dado en garantía y el importe del crédito y añade que «*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*».

⁶⁶³ Vid. CBE 5/2012 en su Anejo 6, apartado 3 (tercer párrafo) apunta que «una prudente relación entre el importe y el valor del bien asegurará normalmente un pago inicial sustancial para la compra obtenido de las fuentes de ingresos propias del prestatario».

En nuestra legislación, el límite LTV que debe aplicarse, conforme a la normativa sectorial bancaria es, con carácter general, el 80% LTV⁶⁶⁴. Si el préstamo es susceptible de ser transmitido en el mercado secundario, la LMH, también considera adecuado establecer el límite LTV en el 80%⁶⁶⁵.

En relación a este criterio, vemos que la legislación, en este caso, estatal sí que muestra un parámetro objetivo al que debe sujetarse el criterio LTV. Sin embargo, este umbral es preceptivo sólo en los créditos hipotecarios que entren en el ámbito de aplicación de las normas mencionadas (créditos concedidos por entidades de crédito y créditos transmisibles en el mercado secundario). No obstante, el umbral aplicable en los créditos que entran dentro del ámbito de aplicación de la DCH, pero quedan fuera de la CBE 4/2016 y de la LMH, debería ser, a mi juicio y en línea con lo expresado por algunos autores⁶⁶⁶, del 80% LTV.

C. Introducción de ajustes relativos a sucesos que previsiblemente tendrán lugar durante la vigencia del contrato

A lo largo de la vigencia del contrato, la situación financiera del consumidor puede cambiar, repercutiendo negativamente en su situación financiera. Los acontecimientos que puedan tener lugar, previsiblemente, durante la vigencia del contrato de crédito deben incluirse en la evaluación. Así lo considera la DCH en su motivación⁶⁶⁷, refiriéndose a la posibilidad de incluir en la evaluación la reducción de ingresos durante la jubilación, en caso de que tenga lugar durante la

⁶⁶⁴ Vid. 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 (en adelante, CBE 4/2016). Ésta recoge en su Anejo IX, apartado 14, que, para la financiación de vivienda con particulares en los que el crédito supere el 80% del valor del inmueble, se aplicarán criterios de concesión y un análisis más estricto.

⁶⁶⁵ El artículo 5 LMH establece que el límite para los créditos titulizables es, con carácter general del 60%, excepto cuando se financie la construcción, rehabilitación o adquisición de vivienda, en cuyo caso, el límite asciende al 80%.

⁶⁶⁶ Algunos autores también se han mostrado favorables a considerar el 80% LTV como un límite adecuado y prudencial. Vid. TRUCHARTE ARTIGAS, C.: «Nuevos requerimientos de información sobre el mercado hipotecario: un análisis del *loan to value*» en *Revista de Estabilidad Financiera*. Nº19. Banco de España. 2010. Página 42. Y, en el mismo sentido también vid. ÁLVAREZ OLALLA, P.: «La obligación de evaluar la solvencia y su incumplimiento», *op. cit.* página 747.

⁶⁶⁷ Vid. Cdo. 55 DCH.

vigencia del contrato de crédito; el aumento del tipo de interés o la evolución negativa del tipo de cambio. El PLCCI guarda silencio en este aspecto, siendo, de nuevo, la normativa bancaria la que dispone que, tanto la bajada de ingresos por jubilación del prestatario, en caso de producirse durante la vigencia del crédito, como la posible subida de los tipos de interés, en caso de que el crédito sea a interés variable, han de ser tenidas en cuenta a la hora de evaluar la solvencia del consumidor⁶⁶⁸.

2.3.3. El resultado de la obligación de evaluar la solvencia

Como hemos señalado, la evaluación de la solvencia consiste en la determinación «de las perspectivas de cumplimiento de las obligaciones vinculadas a la deuda que se deriven del contrato de crédito»⁶⁶⁹; siendo posible conceder el crédito únicamente cuando «el resultado de la evaluación de la solvencia indica que es probable que las obligaciones derivadas del contrato de crédito se cumplan»⁶⁷⁰.

El problema que sobreviene es determinar cuándo existen probabilidades de cumplimiento de acuerdo con el artículo 18.5 a) DCH. Lo cierto es que, en términos de seguridad jurídica, lo ideal hubiese sido que, o bien las Directivas, o bien las normas de transposición, hubiesen recogido expresamente en su articulado algún parámetro objetivo o umbral mínimo por debajo del cual no pudieran concederse créditos⁶⁷¹.

Atendiendo al sentido literal del término, la concesión del crédito tendrá lugar cuando el resultado de la evaluación de la solvencia muestre que la posibilidad del prestatario de afrontar las obligaciones que emanan del crédito es verosímil, habiendo *buenas razones para creer que se verificará o sucederá*⁶⁷². La referencia al término *probable* por parte de la DCH es ineficiente en tanto, con carácter general, siempre existirán probabilidades de que el consumidor cumpla (por ejemplo, si le toca la lotería). La *probabilidad* a la que se refiere la DCH debe ponerse en

⁶⁶⁸ Vid. artículo 18.2 a), tercer párrafo, y b) de la Orden EHA/2899/2011.

⁶⁶⁹ Artículo 4.17 DCH.

⁶⁷⁰ Artículo 18.5 a) DCH.

⁶⁷¹ Ello, además, resulta de gran importancia dado que, como se ha afirmado anteriormente, una de las causas de la crisis fue la relajación en los estándares de riesgo por parte de las entidades de crédito.

⁶⁷² Vid. definición de «probable» en la RAE, acepciones 1º y 3º.

relación con los modelos estadísticos que se usan para evaluar la solvencia (y también para gestionar el riesgo de crédito de las entidades de crédito).

El crédito será *adecuado* para el consumidor cuando el procedimiento de evaluación de la solvencia determine, de acuerdo con los umbrales preestablecidos por las entidades de crédito, que existe una correspondencia entre la situación financiera del consumidor y la carga económica del contrato. En consecuencia, en lugar de probabilidad de cumplimiento, cuando el resultado de la evaluación sea positivo, se hablará de adecuación entre el consumidor y el contrato de crédito.

A. Qué se entiende por adecuación

A.1. Correspondencia entre la carga económica del contrato y la capacidad financiera del consumidor

En líneas generales, habrá adecuación cuando la carga económica del contrato se adapta a la situación financiera del consumidor, de acuerdo con las exigencias de la DCH⁶⁷³. Para determinar que, efectivamente, el crédito se adapta a la situación financiera del consumidor, procede concretar qué requisitos deben concurrir para determinar que existen *probabilidades* de que el consumidor cumpla las obligaciones derivadas del crédito.

En línea con lo afirmado previamente, considero que puede afirmarse que existe adecuación cuando el crédito respete los umbrales DTI y ganancia residual en los términos indicados anteriormente. La obtención de un resultado por encima de los umbrales marcado es, a mi juicio, un claro indicativo de, efectivamente, existen altas probabilidades de que el consumidor pueda afrontar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del crédito. En consecuencia, el crédito será adecuado cuando el conjunto de deuda comprometida del consumidor, incluido el crédito en estudio, no supere el 40% de sus ingresos; y, el salario que reste del pago de los compromisos financieros sea superior al SMI.

⁶⁷³ Ex artículo 18.5 a) DCH.

De esta manera, para que determinar la existencia de adecuación en términos económicos, deben darse las siguientes circunstancias que no hacen sino objetivar cuándo existe probabilidad de cumplimiento por parte del consumidor:

1.- El procedimiento debe incluir variables que aseguren:

- Que las cuotas de amortización del crédito, junto al resto de compromisos financieros del consumidor, no sobrepasan un porcentaje determinado de los ingresos. Considero que el 40% de los ingresos es una cantidad prudente de deuda que puede asumir un consumidor.

- Que, deducida la suma total de deuda del importe neto de los ingresos del consumidor, debe restar, como mínimo, una cantidad igual o superior al salario mínimo interprofesional (735,9€ en España para el año 2018⁶⁷⁴).

- Además, el procedimiento debe incluir los ajustes relativos a aquellos acontecimientos previsibles en el momento de la evaluación y que sean susceptibles de repercutir negativamente sobre la solvencia del consumidor. Como, por ejemplo, la posible subida de los tipos de interés, o la jubilación del consumidor, si ésta tuviera lugar durante la vigencia del crédito.

2.- A partir de la aplicación de los resultados obtenidos mediante los criterios anteriores, el modelo de «*credit scoring*» obtiene un resultado que, para ser positivo requiere, en todo caso, el consumidor supere los umbrales DTI y ganancia residual.

De acuerdo con lo que se acaba de exponer, el modelo de «*credit scoring*» utilizado para evaluar la solvencia deberá incluir variables que aseguren que, para que el resultado sea positivo, se cumplan los extremos expuestos a modo de requisitos mínimos. De manera que, si uno de ellos no se da, el crédito no podría concederse.

De esta manera, si del procesamiento de los datos previamente recopilados siguiendo las directrices de las Directivas de crédito al

⁶⁷⁴ Vid. Real Decreto 1077/2017, de 29 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2018, artículo 1.

consumo e hipotecario (y, en su caso, aquellas recogidas por la normativa nacional de transposición) arroja un resultado positivo y el procedimiento estadístico utilizado reúne los requisitos apuntados, puede concluirse que el crédito es adecuado para el consumidor.

A.2. La importancia del procedimiento para la existencia de adecuación

La capacidad del consumidor para asumir las obligaciones derivadas del contrato de crédito es un hecho objetivo, va a existir independientemente de que se realice o no una evaluación que determine la existencia de adecuación. Sin embargo, el procedimiento de evaluación es lo que permite al prestamista medir y verificar que existe adecuación y, por lo tanto, procede la concesión del crédito. En consecuencia, el procedimiento de evaluación de la solvencia es tan importante como la existencia misma de adecuación para la concesión del crédito en lo que respecta al cumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia.

El procedimiento, en sí mismo considerado, es de gran importancia ya que el nivel representativo del resultado obtenido va a estar condicionado por la manera en que se haya confeccionado (información recopilada, variables escogidas, modelo de «*credit scoring*», etc.). El procedimiento condiciona el resultado de tal manera, que para que el resultado sea representativo de la realidad, éste debe tener unos requisitos que aseguren o, en última instancia, presuman la existencia de adecuación, esto es, los umbrales DTI y «*residual income*».

La importancia del procedimiento de la evaluación para lograr un resultado representativo de la realidad es tal que, para determinar la existencia de adecuación, el resultado obtenido debe derivarse, bajo mi punto de vista, de la correcta ejecución del procedimiento.

B. Cuándo debe determinarse la existencia de adecuación

El prestamista no puede garantizar que haya adecuación en términos económicos entre la carga económica del crédito y la situación financiera del consumidor hasta la finalización del crédito. Durante la vigencia del contrato pueden tener lugar diversos acontecimientos que mermen la capacidad económica del consumidor, y que difícilmente pueden ser previstos por el prestamista en el momento de la evaluación.

Así pues, parece que lo apropiado es considerar que la adecuación debe existir en el momento de la concesión del crédito; sin perjuicio de que el prestamista deba incluir determinados ajustes en la evaluación referentes a situaciones que pueden tener lugar durante la vigencia del contrato y que, previsiblemente, repercutirán negativamente en la solvencia del consumidor⁶⁷⁵. La normativa europea y estatal incluye algunos de estos ajustes. Concretamente, a la bajada de ingresos del consumidor por jubilación, en caso de que esta tenga lugar durante el contrato de crédito; o, el impacto de la subida de los tipos de interés en caso de crédito a interés variable. No obstante, y a pesar de la importancia que revisten estos ajustes sobre la adecuación futura del crédito, la DCH se limita a enunciarlos en su motivación, a modo de ejemplo⁶⁷⁶. En España, los recoge la Orden EHA/2899/2011, artículo 18.2 a), apartado 3, y 18.2 b).

No obstante, estos ajustes sólo tienen valor ejemplificador, por lo que queda a discreción del prestamista la introducción de otros que sean necesarios para la evaluación, como la esperanza de vida, profesión, cualificación profesional, etc. Así, el prestamista conforme a su pericia profesional debe determinar qué acontecimientos podrían tener lugar, probablemente, durante la vigencia del contrato de crédito con repercusión negativa sobre la capacidad del consumidor para afrontar sus compromisos financieros.

C. Adecuación como «*affordability*» y adecuación como «*suitability*»

Como se ha apuntado, cuando se habla de adecuación en el presente trabajo, se está haciendo referencia a la correspondencia entre la carga económica del contrato y la situación financiera del consumidor, de manera que éste pueda hacer frente a las obligaciones que se derivan del contrato de crédito.

⁶⁷⁵ En este sentido cabe recordar que el Cdo. 55 DCH incluye, a modo de ejemplo, algunos ajustes que deberán tener en cuenta los prestamistas a la hora de evaluar la solvencia, como la reducción de ingresos del consumidor debido a su jubilación, si el crédito se alargase hasta dicha eventualidad; la subida de los tipos de interés; y, la evaluación negativa de los tipos de cambio.

⁶⁷⁶ Como se desprende del Cdo. 55.

Cuando se habla de adecuación entre el consumidor y el contrato de crédito, este término puede entenderse de tres maneras distintas: como existencia de «*affordability*», de «*suitability*», o de ambas al mismo tiempo.

La diferencia entre los conceptos, «*affordability*» y «*suitability*», radica en que, aunque los dos expresan la existencia de adecuación entre el consumidor y el contrato de crédito, tienen matices distintos. El término «*affordability*» incide en la adecuación en términos económicos; es decir, que el consumidor probablemente podrá asumir las obligaciones de pago del contrato de crédito. En cambio, la existencia de «*suitability*» va un paso más allá, requiriendo que el crédito se adapte a las preferencias e intereses del consumidor, además de que el crédito se adapte a la capacidad económica del consumidor para reembolsar el crédito. Existe adecuación en términos de «*suitability*» cuando, entre todos los contratos de crédito ofertados por el prestamista, el consumidor contrata el crédito mejor adaptado a sus intereses. En lo que concierne al presente trabajo, cuando el consumidor pueda asumir las obligaciones de pago derivadas del crédito, el crédito será *apto* para el consumidor, mientras que, el crédito será *idóneo* cuando se ajuste a los intereses, necesidades y preferencias del consumidor.

Teniendo en cuenta lo anterior, cabe señalar que, cuando se habla de adecuación en el marco del presente trabajo, se está haciendo referencia a que el contrato debe ser *apto* para el consumidor (es decir, debe existir una correspondencia entre la capacidad financiera del consumidor y la carga económica del contrato). Que se haya optado por la *aptitud* del contrato en lugar de por la *idoneidad* al hablar de adecuación, trae causa de la normativa que recoge los deberes relativos a la evaluación de la solvencia, en tanto se centran en que el consumidor sea capaz de hacer frente a las obligaciones de pago⁶⁷⁷, y no que el crédito sea idóneo para el consumidor⁶⁷⁸. El objetivo de la evaluación de la solvencia es que el

⁶⁷⁷ Vid. artículos 4.17 y 18.1 DCH y artículo 18.1 Orden EHA/2899/2011.

⁶⁷⁸ En contra, cabe señalar que la legislación bancaria, concretamente, la CBE 5/2012, en su artículo duodécimo, apartado 1º, establece que las entidades, en el marco de la actividad crediticia deben atender a la «*situación personal y financiera y a las preferencias y objetivos de sus clientes*».

consumidor pueda permitirse el crédito, con independencia de que el crédito no se ajuste del todo a sus necesidades o preferencias.

Como se ha visto, el requisito de la *idoneidad* del contrato, no es desconocido para el legislador comunitario, que lo incluyó en la Propuesta de Directiva de 2002, a través de la obligación de asesoramiento al consumidor, en su artículo 6.3 con el siguiente tenor literal: «El prestamista y, en su caso, el intermediario de crédito, buscarán entre los contratos de crédito que ofrezcan, o de los contratos para los que intervengan habitualmente, el tipo y el importe total del crédito mejor adaptados, teniendo en cuenta la situación financiera del consumidor, los riesgos, las ventajas y las desventajas del producto propuesto y el objetivo del crédito»⁶⁷⁹. Finalmente, este precepto terminó por desaparecer en la Propuesta de Directiva de 2005 siendo sustituido por la obligación del prestamista de facilitar al consumidor explicaciones adecuadas. Con este cambio, el prestamista dejó de estar obligado a realizar el test de idoneidad del contrato de crédito, pasando a ser una cuestión que concierne al consumidor.

A estos efectos cabe detenerse en la legislación belga, en la que pueden encontrarse tanto la obligación de dar explicaciones adecuadas y el deber de asesoramiento al consumidor. La Ley belga de crédito al consumo de 1991 ya establecía en su articulado el deber del prestamista de asesorar al consumidor y, casi con toda probabilidad, el legislador europeo se inspiró en esa norma para incluirla en las Propuestas de 2002 y 2004⁶⁸⁰. Con la desaparición de este precepto y su sustitución por el deber de dar explicaciones adecuadas en la DCC (y en el resto de Propuestas que la antecedieron), a la hora de realizar la transposición de la DCC el legislador belga optó por incluir el deber de dar explicaciones

⁶⁷⁹ Artículo inspirado en el artículo 11 apartado 2 de la Ley belga de crédito al consumo de 12 de junio de 1991.

⁶⁸⁰ La Ley belga de crédito al consumo de 1991 establece un deber de consejo a cargo del prestamista o, en su caso, del intermediario de crédito. Dicha obligación consistía (y consiste) en la búsqueda del tipo de contrato de crédito y del importe que mejor se adapte al consumidor teniendo en cuenta su situación financiera al momento de la conclusión del contrato (a través de la Ley de 24 de marzo de 2003, se incluyó la finalidad del crédito como elemento a tener en cuenta). Eso sí, esta búsqueda se circunscribe a los productos crediticios que ofrezcan o en los que intervengan habitualmente. Vid. artículo 11 de la Ley belga de crédito al consumo de 1991.

adecuadas⁶⁸¹ y mantener el deber de asesoramiento al consumidor⁶⁸². Y, mantuvo la misma posición al transponer la DCH, donde también conviven ambos deberes⁶⁸³.

3. Deber de denegar el crédito si el resultado arrojado fuere negativo: Hacia la concesión de créditos «aptos a los consumidores»

Que la obligación objeto de análisis se denomine «evaluación de la solvencia del consumidor de crédito», da a entender que la obligación debe limitarse al análisis de la situación financiera del consumidor. Sin embargo, entiendo que el objetivo principal de esta obligación no es la evaluación *per se*, sino la actuación conforme al resultado de la evaluación.

La averiguación de las perspectivas de cumplimiento del consumidor carece de sentido si no se toma una decisión acorde con el resultado obtenido en caso de que este sea negativo⁶⁸⁴. Por lo tanto, bajo mi punto de vista, el deber de denegar el crédito se encuentra indisolublemente unido al deber de procesar los datos. Sólo así la obligación de evaluar la solvencia, entendida como la conjunción de los tres deberes que la componen, será capaz de lograr su finalidad: la prevención del sobreendeudamiento⁶⁸⁵.

Esta afirmación relativa a la simbiosis existente entre el procesamiento estadístico de los datos y la actuación coherente con el resultado obtenido, viene confirmada por la normativa relativa al crédito hipotecario. Conforme a la DCH y el PLCCI, no hay duda de que, en caso

⁶⁸¹ Vid. artículo VII.74 del «Code de Droit Economiqué» belga.

⁶⁸² Vid. artículo VII.75 del «Code de Droit Economiqué» belga.

⁶⁸³ Vid. artículos VII.129 (deber de dar explicaciones adecuadas) y VII.131 (deber de asesoramiento) del «Code de Droit Economiqué» belga.

⁶⁸⁴ Respecto a la existencia o no del deber de denegar el crédito, debe señalarse que no es una cuestión pacífica en la doctrina. Vid. ÁLVAREZ OLALLA, P.: «La obligación de evaluar la solvencia y su incumplimiento», *op. cit.* página 778.

⁶⁸⁵ En este sentido vid. ÁLVAREZ LATA, N. «Comentario del artículo 14», *op. cit.* páginas 609 y 610. Y, cfr. DÍAZ ALABART, S.: «Evaluación de la solvencia del consumidor, tasación de inmuebles y consultas en ficheros de solvencia» en *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE)*. DÍAZ ALABART, S. (Dir.); REPRESA POLO, M. P. (Coord.). Reus. Madrid. 2015 (1ª Edición). Páginas 254 a 257.

de que evaluación arroje un resultado negativo, el prestamista deviene obligado a no conceder el crédito⁶⁸⁶. Así lo dispone la DCH en su artículo 18.5 a)⁶⁸⁷ y el PLCCI en su artículo 9.5⁶⁸⁸.

La DCC, en cambio, no contiene de manera expresa el deber del prestamista de actuar coherentemente con el resultado de la evaluación el crédito al consumo, pero este deber está implícito. Así, se desprende del espíritu de la DCC⁶⁸⁹, lo avala la legislación belga, en su condición de antecedente y fuente del principio de crédito responsable en el ámbito europeo; y, parece desprenderse de la jurisprudencia del TJUE.

En este sentido, debe recordarse que la Ley belga de crédito al consumo de 1991 no recogía un deber del prestamista consistente en evaluar la solvencia del consumidor de crédito. El deber de procesar los

⁶⁸⁶ En Italia, sin embargo, el «Decreto Legislativo 21 aprile 2016, n. 72» que incorporó la DCH «Testo Unico Bancario» italiano omite la prohibición del prestamista de conceder crédito en caso de una evaluación negativa. Conforme al Derecho de la Unión, la obligación de denegar el crédito en caso de una evaluación negativa es preceptiva, aunque no se establezca expresamente en el Derecho nacional. No obstante, esta omisión puede constituir una infracción en el deber de transposición de la DCH, en tanto es una Directiva de armonización mínima respecto de la obligación de evaluar la solvencia.

⁶⁸⁷ La motivación de la DCH es contundente en este sentido al afirmar que «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 ofrecer un crédito a un consumidor con pocas posibilidades de devolverlo». Vid. Cdo. 57 DCH.

⁶⁸⁸ La DCH recoge este deber en su artículo 18.5 a), indicando que los prestamistas sólo deberán conceder el crédito «si el resultado de la evaluación de la solvencia indica que es probable que las obligaciones derivadas del contrato se cumplan según lo establecido en dicho contrato». Y, en los mismos términos lo recoge también el PLCCI en su artículo 9.5. Cabe apuntar que parece existir una cierta sintonía en la doctrina acerca de la falta de asertividad con la que se expresa este apartado 5 del artículo 18 (y, por consiguiente, también en el artículo 9.5 PLCCI), al contrario de lo que ocurría en la Propuesta de dicha Directiva de 2011. En esta Propuesta, concretamente en el artículo 14.2 a) establece que los Estados miembros deben garantizar porque «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». ÁLVAREZ OLALLA, P. «La obligación de evaluar la solvencia y su incumplimiento», *op. cit.* página 778. Y, cfr. DÍAZ ALABART, S. «Evaluación de la solvencia del consumidor...», *op. cit.* páginas 254 y 255.

⁶⁸⁹ La motivación de la DCC señala que «es importante que los prestamistas no concedan préstamos de forma irresponsable o sin haber evaluado la solvencia del prestatario» (ex Cdo. 26).

datos estaba implícito en otro deber de carácter negativo. En concreto, en una obligación de no hacer del prestamista consistente en la prohibición de ofertar el crédito, si conforme la información que previamente ha recopilado o debería haber recopilado, el consumidor no reúne las cualidades para cumplir con las obligaciones que se deriven del préstamo⁶⁹⁰. La legislación belga, en su condición de antecedente del principio europeo de crédito responsable, constituye un claro indicio del carácter indisoluble de estos dos deberes (evaluar la solvencia y actuar de acuerdo con dicha evaluación); y avala una interpretación que defiende que, en caso de que uno u otro no se encuentren expresamente recogidos legalmente, sí sean implícitamente exigidos.

Igualmente, también abunda en esta tesis que, en Bélgica, se haya recogido esta prohibición de conceder crédito⁶⁹¹, aun no estando recogida en la DCC y siendo ésta una Directiva de máximos⁶⁹².

En el mismo sentido se pronuncia el TJUE en la Sentencia de 27 de marzo de 2014. En esta Sentencia, al abordar un litigio relativo a la sanción aparejada al incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia, el TJUE afirmó que *«en la medida en que tiene por objeto proteger a los consumidores contra los riesgos de sobreendeudamiento e insolvencia, la obligación precontractual del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario contribuye a alcanzar el objetivo de la Directiva 200/48 [...]»*⁶⁹³. A continuación, añadió que el objetivo de la DCC *«pretende garantizar una protección efectiva de los consumidores contra la concesión irresponsable de contratos de crédito que sobrepasen sus*

⁶⁹⁰ Artículo 15 Ley belga de crédito al consumo de 1991.

⁶⁹¹ El artículo VII.77, apartado 2, del *«Code de Droit Économique»* establece que *«le prêteur ne peut conclure de contrat de crédit que si, compte tenu des informations dont il dispose ou devrait disposer, il doit raisonnablement estimer que le consommateur sera à même de respecter les obligations découlant du contrat»*.

Cabe resaltar que, en Bélgica, tras establecerse la obligación de denegar el crédito en caso de una evaluación negativa, el legislador añade, con carácter expreso, que el prestamista no puede conceder el crédito si constase un impago en la *«Centrale des crédits aux particuliers»* superior a 1.000€ en un crédito al consumo o garantizado con una hipoteca mueble (vid. artículo VII.77.2 *in fine*). Fuera de estos supuestos, el prestamista que decida conceder el crédito a pesar de la constancia de impagos en la Central, deberá motivar su decisión en el cuestionario de crédito estipulado en el artículo VII.77.1.

⁶⁹² Artículo 22 DCC.

⁶⁹³ Vid. apartado 42 de la STJUE de 27 de marzo de 2014.

*capacidades financieras y puedan entrañar su insolvencia»*⁶⁹⁴. En consecuencia, parece claro que, de acuerdo con la jurisprudencia emanada del TJUE, la protección del consumidor de crédito recogida en la DCC implica necesariamente la denegación del crédito cuando el resultado obtenido sea negativo.

Sin perjuicio de lo anterior, en España nos encontramos con que la LCCC afirma en su motivación que el alcance del resultado de la evaluación quedará al arbitrio del prestamista en función de la relación comercial con el cliente⁶⁹⁵. No hay duda de que, en nuestro ordenamiento, los preámbulos de las leyes tienen valor interpretativo. Sin embargo, la motivación de la LCCC no puede ir en contra del espíritu de la DCC y del principio de crédito responsable que la inspira. Máxime cuando en el texto articulado de la LCCC no existe ningún indicio que nos lleve a pensar que no existe el deber de denegar el crédito en caso de una evaluación negativa.

Una vez hemos concluido que, efectivamente, existe el deber del prestamista de denegar el crédito, éste deberá ponerse en práctica cuando se constate que el crédito no es apto para el consumidor. Sin embargo, no es el único supuesto en que procede. En efecto, la misma obligación de denegar existirá cuando no se haya evaluado la solvencia o en el caso de que se haya practicado una evaluación errónea.

La omisión de la obligación de evaluar la solvencia determina que el crédito no puede concederse. Esta idea se desprende del tenor literal del artículo 20.4 de la DCH cuando establece el deber del prestamista de advertir al consumidor que cuando *«sea incapaz de llevar a cabo la evaluación de la solvencia debido a que el consumidor haya optado por no facilitar la información o la verificación necesaria para llevar a cabo dicha evaluación, el crédito no podrá concederse»*.

En el mismo sentido, tampoco se deberá conceder el crédito si la evaluación es errónea, como también se infiere del artículo 18.4 DCH, que establece que el prestamista no podrá resolver el contrato por la

⁶⁹⁴ Vid. apartado 43 de la STJUE de 27 de marzo de 2014.

⁶⁹⁵ En el apartado III de la Exposición de Motivos señala que, *«si bien la realización de esta evaluación es obligatoria siempre, su alcance queda al criterio del prestamista»*.

evaluación incorrecta de la solvencia (con la excepción de que el error en la evaluación se deba a que el consumidor haya suministrado dolosamente datos erróneos o falsificados⁶⁹⁶).

Volviendo una vez más al principio que sirve como marco a la obligación de evaluar la solvencia, puede observarse que, si el fin último del crédito responsable es prevenir el sobreendeudamiento de los consumidores, la no realización del pertinente procedimiento de evaluación; o su realización defectuosa (ya sea porque no se ajusta a las directrices indicadas en las Directivas o en la normativa nacional de transposición o, en definitiva, porque no se ajusta al deber de diligencia que se le exige al prestamista), implica necesariamente el deber de denegar el crédito. En estos casos, considero que procede la denegación del crédito porque no se garantiza la concesión de créditos aptos para los consumidores y, por consiguiente, sería contrario al principio de crédito responsable.

Por lo tanto, el deber de denegar el crédito existe cuando se dan alguna de las tres situaciones siguientes:

1. Cuando, practicada la evaluación correctamente⁶⁹⁷, esto es, habiendo cumplido con los deberes de investigación y de procesamiento de los datos, el resultado arrojado no llegue al umbral establecido.
2. Cuando la evaluación se practique de manera errónea, tanto si ello se debe a la actuación dolosa o negligente del prestamista.
3. En el caso de que no se lleve a cabo la evaluación de la solvencia, tampoco podrá concederse el crédito.

Por otra parte, aunque considero que la evaluación negativa de la solvencia implica la prohibición del prestamista de conceder crédito en todo caso⁶⁹⁸; la evaluación positiva no obliga al prestamista a conceder

⁶⁹⁶ Ex artículo 20.3, 2º párrafo, DCH.

⁶⁹⁷ Esto es, dando cumplimiento a la normativa de la Unión, así como la nacional si la hubiere, y desplegando el prestamista la diligencia que le es debida en el ejercicio de su profesión «*bonus argentarius*».

⁶⁹⁸ En este sentido ÁLVAREZ OLALLA señala que, por un lado, la normativa de la Unión ha pasado de señalar la prohibición de conceder crédito en caso de una evaluación de

del crédito⁶⁹⁹. No obstante, de acuerdo al modelo propuesto en el apartado relativo a la relación entre la gestión del riesgo de crédito y la evaluación de la solvencia, la gestión del riesgo se realiza en primer lugar. Sólo a continuación se evaluará la solvencia de aquellos créditos que hayan superado el umbral establecido por la entidad bancaria. De esta manera, la evaluación positiva de la solvencia, aunque no implica el deber de conceder el crédito, normalmente lo llevará aparejado.

IV. COMPATIBILIDAD ENTRE LA GESTIÓN DEL RIESGO DE CRÉDITO Y LA EVALUACIÓN DE LA SOLVENCIA DEL CONSUMIDOR

Visto el contenido de la obligación de evaluar la solvencia del consumidor, se observan grandes similitudes entre esta obligación y el procedimiento para la gestión del riesgo de crédito. Ello parece lógico si se tiene en cuenta que ambos procedimientos tienen el mismo objetivo inmediato (averiguar la probabilidad de cumplimiento del consumidor), aunque cada una de las herramientas vele por intereses distintos. Es decir, se trata de la misma gestión, pero realizada desde parámetros y con fines diferentes. La cuestión que me propongo dilucidar es si a través del mismo procedimiento puede llevarse a cabo la evaluación de la solvencia y la gestión del riesgo de crédito.

A mi juicio, la gestión del riesgo de crédito y la evaluación de la solvencia no se llevarán a cabo de manera simultánea. Asimismo, tampoco se podrá evaluar la solvencia con carácter previo a la gestión del riesgo de crédito. La realización conjunta de ambos procedimientos, o la realización de la evaluación de la solvencia con carácter previo a la gestión del riesgo de crédito, impediría a las entidades de crédito establecer un precio adecuado al riesgo.

la solvencia negativa a dejar entrever la necesidad de una actuación en dicho sentido; y, por otro, que la normativa sectorial bancaria española ha dejado de proclamar la libertad de contratación de manera absoluta. Vid. ÁLVAREZ OLALLA, P. «La obligación de evaluar la solvencia y su incumplimiento», *op. cit.* páginas 777 y 778.

⁶⁹⁹ Ello sería contrario a la libertad de contratación y a la libertad de empresa recogida en el artículo 38 de la Constitución española. En este sentido *ibidem*, página 774.

Aunque el prestamista, una vez que exista una evaluación positiva de la solvencia, podría iniciar las gestiones necesarias para introducir el factor rentabilidad en el proceso, lo cierto es que, la introducción de las condiciones particulares del crédito tras la evaluación plantea una situación problemática.

Cómo se desprende de la DCH, la evaluación de la solvencia debe incluir el importe a satisfacer mensual o anualmente del crédito en fase de estudio para determinar la existencia de adecuación⁷⁰⁰, por lo que deberá tenerse en cuenta los intereses que deben satisfacerse. En la gestión del riesgo de crédito, la decisión acerca de las condiciones del mismo, entre ellas, el tipo de interés aplicable, tiene lugar después de la valoración de las expectativas de cumplimiento del consumidor. Y, puede ocurrir que la adecuación del consumidor al crédito dependa del tipo de interés aplicado o de otros factores como el periodo de amortización.

Las entidades de crédito no pueden establecer el tipo de interés que debe aplicarse si no conocen el riesgo que asumen con la operación y no puede afirmarse la existencia de adecuación si no se conoce el importe total del crédito y su duración. Ambos análisis son importantes ya que, si bien uno de ellos protege intereses de índole pública, el otro vela por el interés empresarial de la entidad bancaria.

Estas circunstancias conducen a cuestionar la compatibilidad de la evaluación de la solvencia con el «*risk-based pricing*». El «*risk-based pricing*» implica el establecimiento de un precio en virtud del riesgo asumido, por lo que el precio y demás condiciones del contrato se determina una vez obtenido el resultado del «*credit scoring*»⁷⁰¹. La evaluación de la solvencia, por el contrario, requiere que en los cálculos estadísticos se introduzcan ya los datos relativos a las condiciones particulares del crédito (importe, duración, etc.)⁷⁰².

Parece excesivo determinar la incompatibilidad entre el «*risk-based pricing*» y la evaluación de la solvencia. El primero tiene que ver con decisión acerca del precio y la segunda con garantizar la *aptitud* de la

⁷⁰⁰ Vid. Cdo. 55 DCH.

⁷⁰¹ Cfr. FLÓREZ LÓPEZ, R. *op. cit.* página 292.

⁷⁰² Vid. Cdo. 55 DCH.

operación. La libertad en el establecimiento de precios es un componente fundamental de dos principios vertebradores del ordenamiento de la Unión, por un lado, de la autonomía de la voluntad y, por otro, de la economía de mercado. En virtud del principio de libertad de precios, debe permitirse a las entidades de crédito determinar el precio de sus productos, siempre que se haga dentro del cumplimiento de los deberes que les impone el Derecho. Por tanto, a mi juicio, no puede admitirse la incompatibilidad del «*risk-based pricing*» y la evaluación de la solvencia. En mi opinión, no existe óbice en que la entidad de crédito siga fijando el precio en función del riesgo asumido, siempre y cuando la operación sea calificada como *apta* a través de la pertinente evaluación de la solvencia.

Con la inclusión de la obligación de evaluar la solvencia, entiendo que la intención del legislador de la Unión ha sido la de establecer un límite relativo al riesgo que las entidades de crédito pueden asumir respecto de cada cliente. Para ello ha positivizado una serie de deberes (alguna coincidente con prácticas previamente existentes en el desarrollo de la gestión del riesgo de crédito) que persiguen que únicamente se conceda crédito si es probable que el consumidor pueda afrontar las obligaciones que se derivan del mismo. Este objetivo es compatible con los perseguidos en la gestión del riesgo de crédito, siempre y cuando la búsqueda del equilibrio entre riesgo y rentabilidad se sitúe por encima del umbral mínimo establecido. De esta manera, si en la gestión del riesgo de crédito la decisión se articula entre riesgo y rentabilidad y en la evaluación de la solvencia sólo se tiene en cuenta el riesgo asumido, parece que la evaluación de la solvencia implica el establecimiento de un umbral mínimo, basado únicamente en la seguridad de la operación, por debajo del cual no pueden concederse créditos, independientemente de la rentabilidad que éstos reporten a la entidad de crédito.

En consecuencia, considero que el protocolo adecuado sería que las entidades de crédito llevaran a cabo en primer lugar las actividades conducentes a la gestión de riesgo de crédito, asegurándose así de que la operación es rentable y se ajusta a sus intereses. Una vez se haya determinado la viabilidad de la operación y se establezcan las condiciones del contrato acordes con el riesgo asumido, deberá llevarse a cabo la evaluación de la solvencia, que reflejará si en el momento de la concesión el crédito es *apto*.

V. CIRCUNSTANCIAS RELATIVAS AL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE EVALUAR LA SOLVENCIA DEL CONSUMIDOR DE CRÉDITO

A modo de recapitulación, puede afirmarse que el cumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia tendrá lugar cuando el prestamista, una vez ha investigado la situación financiera del consumidor, efectúa el procedimiento estadístico de acuerdo a las leyes y, en lo no dispuesto por estas, de acuerdo a la buena fe y a diligencia profesional. Finalmente, el prestamista denegará el crédito si el resultado de la evaluación indica que no existe *aptitud*. Se habrá cumplido con la obligación de evaluar la solvencia cuando se conceda un crédito *apto* al consumidor y la concesión traiga causa del correcto procedimiento de evaluación de la solvencia, es decir, de un procedimiento en el que se hayan cumplido de los tres deberes que la integran.

1. El incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia

Una vez precisado cuándo se cumple la obligación de evaluar la solvencia debe procederse a la delimitación de las circunstancias que determinan el incumplimiento de esta obligación. Con carácter general, el incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia del consumidor de crédito se produce cuando, en el momento de su concesión, el prestamista no se ha cerciorado adecuadamente de las probabilidades de que el consumidor cumpla con las obligaciones derivadas del contrato de crédito, esto es, cuando no se haya realizado la evaluación o se ha realizado erróneamente. Asimismo, el prestamista también habrá incumplido con la obligación cuando, habiéndose cerciorado por los cauces oportunos, no ha denegado el crédito a pesar de que el resultado de la evaluación de la solvencia determinó el crédito no era *apto* para el consumidor.

En consecuencia, la obligación puede ser objeto de incumplimiento sin necesidad de que el consumidor falte a los pagos del crédito. Piénsese en el caso de que la carga económica del contrato de crédito sea efectivamente superior a la situación financiera del prestatario; sin embargo, éste puede seguir afrontando los pagos, ya sea por ayuda

familiar, o porque emplea dinero dirigido a atender otras necesidades (que quedan así desatendidas).

El incumplimiento tiene lugar en el momento de la perfección del contrato si no puede predicarse la existencia de *aptitud*. *A contrario sensu*, tampoco puede determinarse el incumplimiento del prestamista por el mero hecho del incumplimiento del prestatario. Ello supondría situar todo el riesgo de la operación de lado del prestamista y tendría repercusiones obvias en el mercado de crédito que vería drásticamente reducida la colocación de este tipo de productos. Está claro que la posición del prestamista es predominante respecto de la del consumidor de crédito, pero este hecho no justifica la creación de un régimen de responsabilidad objetiva del prestamista que le haga responder siempre en caso de impago del consumidor.

Por lo tanto, la obligación será objeto de incumplimiento cuando: (1) el procedimiento de evaluación de la solvencia se realiza de manera incorrecta o no se realiza en absoluto y se concede el crédito, independientemente de si el resultado es positivo o negativo, ya que no es representativo de la realidad, ni predictivo; y, (2), cuando el procedimiento, realizado adecuadamente, revela un resultado negativo, pero el crédito se concede igualmente.

Tanto la consecución de un resultado (positivo) que refleje la *aptitud* entre el contrato y el consumidor, como el procedimiento mismo de la evaluación de la solvencia (en tanto es un requisito para que exista adecuación), se erigen en presupuestos fundamentales a la hora de dilucidar si se ha cumplido o no con la obligación de evaluar la solvencia.

Una vez claro qué debe entenderse por adecuación y *aptitud*, el incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia por la concesión de un crédito a pesar de haber obtenido un resultado negativo en la evaluación, no genera ninguna dificultad añadida. En cambio, en necesario realizar algunas precisiones relativas al incumplimiento de la evaluación de la solvencia por la omisión o ejecución errónea del procedimiento.

Para verificar el incumplimiento de la obligación en relación con el procedimiento de evaluación de la solvencia, debe examinarse si se ha efectuado y, en caso afirmativo, que además se ha llevado a cabo

correctamente, en los términos apuntados al analizar los deberes de investigación y de procesamiento estadístico de los datos. Debe comprobarse, por tanto, si se ajusta a los criterios establecidos por la normativa, tanto de la Unión como estatal, así como a los mandatos de la buena fe y diligencia profesional⁷⁰³, teniendo además en cuenta la amplia experiencia que puede predicarse respecto de los prestamistas en la valoración del riesgo de crédito. El prestamista deviene, así, responsable de la realización adecuada del procedimiento de evaluar la solvencia como, por otra parte, también se desprende de la DCH (artículo 18.4) y el PLCCI (artículo 9.3), al impedir que el prestamista resuelva el contrato por una realización incorrecta de la evaluación de la solvencia.

La concesión de crédito sin haber evaluado previamente la solvencia, o la realización defectuosa de la evaluación determinará el incumplimiento de la obligación, independientemente de si el resultado obtenido de la realización correcta de la evaluación hubiese reflejado un resultado positivo. El motivo es que la efectividad de la evaluación de la solvencia recae íntegramente sobre la existencia de un procedimiento que garantice que el crédito se va a conceder a un consumidor que tenga probabilidad de reembolsar el crédito. Cabe, por tanto, volver a incidir en el papel fundamental que desempeña el procedimiento de evaluación en sí mismo considerado para determinar la *aptitud* del contrato, ya que se revela imprescindible la inclusión de los parámetros DTI y «*residual income*» en los términos apuntados para comprobar y garantizar que, efectivamente, existen altas probabilidades de cumplimiento de las obligaciones financieras derivadas del contrato.

No obstante, puede ocurrir que, el prestamista, habiendo practicado correctamente el procedimiento de evaluación de la solvencia, obtenga un resultado que no se corresponda con las expectativas de pago reales del consumidor. Ello tendría lugar si el consumidor omitiera dolosamente o falsificara la información que ha aportado al procedimiento de evaluación, como consecuencia de la solicitud del

⁷⁰³ Esto es, además de cumpliendo con las indicaciones establecidas en las normas correspondientes, incluyendo medidas como límites al «*debt-to-income*» y un mínimo relativo al «*residual income*» para asegurar la adecuación entre la carga económica del contrato y la situación financiera del consumidor.

prestamista o del intermediario de crédito⁷⁰⁴. En este caso, el prestamista no incumple la obligación de evaluar la solvencia. Al contrario, la responsabilidad será del consumidor. Así se desprende de la DCH⁷⁰⁵, que faculta al prestamista a resolver el contrato de crédito⁷⁰⁶ si el consumidor incumple el deber de facilitar al prestamista información completa y veraz. En cambio, si el consumidor actúa conforme a las reglas de la buena fe, la DCH⁷⁰⁷ considera que la ejecución defectuosa de la evaluación se debe a la negligencia del prestamista y, en consecuencia, le impide instar la resolución⁷⁰⁸ del contrato.

Si se diese el caso de que fuera el intermediario de crédito quien omitiese o falsificase la información objeto del deber de investigación, la responsabilidad recaerá, entonces, en el sujeto que esté ligado contractualmente con el intermediario⁷⁰⁹, sin perjuicio de tanto prestamista como consumidor, puedan repetir contra éste los perjuicios sufridos.

El contrato puede ser incumplido por diversas causas que quedan fuera del control del prestamista en el momento de la evaluación. Por tanto, en aras de la seguridad jurídica, si la evaluación se efectúa adecuadamente, el resultado es correcto.

2. La evaluación de la solvencia como obligación de medios o de resultado

La inclusión de la obligación de evaluar la solvencia en la categoría de las obligaciones de medios o de resultado es una cuestión polémica en la doctrina⁷¹⁰.

⁷⁰⁴ Recuérdese que, en el curso del presente trabajo, al hablar del intermediario de crédito, también nos referimos al representante designado.

⁷⁰⁵ Artículo 20.3, párrafo 3º, DCH.

⁷⁰⁶ La DCH contempla el término *rescisión* cuando en realidad está hablando de una resolución contractual, por lo que, se ha optado por usar el vocablo resolución.

⁷⁰⁷ Artículos 18.4 y 20.3, párrafo 2º, DCH.

⁷⁰⁸ *Ibidem*.

⁷⁰⁹ En los términos señalados en el epígrafe III, apartado 1.1. del presente Capítulo.

⁷¹⁰ Cfr. ÁLVAREZ OLALLA, P.: «La obligación de evaluar la solvencia y su incumplimiento» *op. cit.* página 773 (pie página nº 82).

Para proceder a la calificación de la obligación en este sentido, deben tenerse en consideración dos circunstancias que hemos afirmado previamente. La primera es que la obligación de evaluar la solvencia del consumidor de crédito se compone de tres deberes fundamentales. La segunda es que, el conjunto de deberes mencionados se dirige a garantizar que los prestamistas concedan préstamos *aptos* para los consumidores.

Considerando lo anterior puede defenderse tanto que la obligación de evaluación la solvencia del consumidor es una obligación de medios, como que se trata de una obligación de resultado. Si entendemos que la obligación de evaluar la solvencia consiste en la ejecución diligente de los tres deberes que la componen, independientemente de si se logra la concesión de créditos aptos a los consumidores, debe concluirse que es una obligación de medios.

Si, por el contrario, se considera que la obligación de evaluar la solvencia se reputará cumplida con la concesión de un crédito *apto* para el consumidor, habrá de considerarse como una obligación de resultado.

De la legislación de la Unión parece desprenderse el carácter de obligación de medios. ya que ponen el foco sobre la evaluación en sí misma considerada, relegando el resultado (la averiguación de la capacidad de pago del prestatario y, en su caso la denegación del crédito si el resultado fuera negativo) a un segundo plano. Así se desprende del hecho de que la obligación se denomine *de evaluar la solvencia*, y de que se defina en la DCH como aquella obligación tendente a la «*evaluación de las perspectivas de cumplimiento de las obligaciones vinculadas a la deuda [...]*»⁷¹¹. En cuanto a la afirmación relativa a que el deber de denegar el crédito queda relegado a un segundo plano, se observa en el hecho de que dicho deber no se contemple expresamente en la DCC y, que en la DCH se recoja en un tono poco asertivo⁷¹², puede llevar a pensar que, realmente, no se trata de una conducta obligatoria.

A mi juicio, la obligación de evaluar la solvencia se reputará cumplida siempre que se lleve a cabo el procedimiento de la evaluación (tanto los

⁷¹¹ Ex art.4 apartado 17 DCH.

⁷¹² En este sentido, vid. ÁLVAREZ OLALLA, P. *op. cit.* página 778.

deberes de investigación como de procesar estadísticamente los datos) y, se conceda el crédito únicamente cuando el resultado de la evaluación sea positivo, es decir, cuando el crédito sea *apto*.

Como hemos apuntado, la aptitud del crédito es un hecho objetivo que va a existir con independencia de que la evaluación se lleve a término, o se realice adecuadamente. No obstante, la evaluación es el mecanismo de que dispone el prestamista para comprobar que, efectivamente, el crédito es *apto* para el consumidor. La correcta ejecución del procedimiento de evaluar la solvencia es imprescindible para la obtención de un resultado representativo de la realidad, esto es, si existen probabilidades altas de cumplimiento. La realización correcta⁷¹³ de la evaluación es *condicio sine qua non* para que pueda alcanzarse el resultado de la aptitud del crédito.

Por tanto, si el prestamista concede un crédito sin haber realizado la evaluación o, habiéndola realizado lo hace erróneamente, debe considerarse incumplida la obligación, independientemente de si el crédito es *apto* o no.

Estas consideraciones, junto a que la legislación de la Unión recoge expresamente la obligatoriedad de la evaluación, me lleva a afirmar que, a mi juicio, la obligación de evaluar la solvencia del consumidor de crédito tiene carácter de obligación medios.

⁷¹³ Es decir, incluyendo los umbrales DTI y ganancia residual en los términos señalados.

CAPÍTULO V. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE EVALUAR LA SOLVENCIA DEL CONSUMIDOR DE CRÉDITO

Una vez se ha delimitado cuándo debe entenderse que el prestamista no ha cumplido con la obligación de evaluar la solvencia, queda poner de relieve cuáles son las consecuencias que se derivan de esta infracción. Este es el objetivo de este capítulo, donde vamos a analizar las posibles consecuencias del incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia en la legislación española. Asimismo, también se va a examinar brevemente qué consecuencias han establecido algunos Estados miembros por el incumplimiento de la obligación que nos ocupa.

El silencio de las Directivas (DCC y DCH) en materia sancionatoria traslada a los Estados miembros la concreción del régimen sancionador correspondiente. El legislador español ha apostado por el establecimiento de sanciones administrativas por el incumplimiento de las normas que transponen la DCC y DCH, como, por otra parte, viene siendo habitual en la legislación de consumo española⁷¹⁴. Sin embargo, al contrario de lo que ocurre en otros Estados de la Unión, no se han previsto consecuencias civiles que repercutan en la esfera privada de las partes.

A lo largo de las siguientes páginas hablaremos sobre las consecuencias administrativas del incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia y también se valorarán los mecanismos que ofrece la legislación española para resarcir al consumidor perjudicado por la concesión de un crédito no *apto*.

⁷¹⁴ El mandato constitucional previsto en el artículo 51 de la CE compele a las Administraciones Públicas a establecer un marco de protección eficaz para los consumidores. Una de las herramientas más utilizadas a este efecto es el Derecho administrativo sancionador. De hecho, es difícil encontrar en Derecho de consumo una regulación que no se remita a normas de esta índole para sancionar la contravención de sus normas, sean o no de naturaleza administrativa. Vid. BUSTO LAGO, J.M; ÁLVAREZ LATA, N.; PEÑA LÓPEZ, F: «*Reclamaciones de Consumo. Derecho de Consumo desde la Perspectiva del Consumidor*». BUSTO LAGO (Coord.). Aranzadi. Cizur Menor. 2010 (3ª Edición). Página 433.

I. DIFERENTES APROXIMACIONES A LAS CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE EVALUAR LA SOLVENCIA. POSICIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA E IMPLEMENTACIÓN DE ALGUNOS ESTADOS MIEMBROS

1. Respuesta del Derecho de la Unión

En un primer momento, el legislador de la Unión estableció en las propuestas de DCC de 2002 y 2004 una sanción específica por el incumplimiento de las normas relativas al préstamo responsable, consistente en la pérdida total o parcial del derecho al cobro de intereses del prestamista⁷¹⁵. Sin embargo, este precepto desapareció del *iter* preparatorio de la DCC en la propuesta de 2005, y tampoco se tuvo en cuenta en los trabajos preparatorios de la DCH. Por tanto, ninguna de las Directivas objeto de análisis proporciona una respuesta concreta al supuesto de incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia del consumidor.

No obstante, ambas incluyen preceptos relativos a las sanciones (artículos 23 DCC y 38 DCH), pero éstos se limitan tan solo a indicar que las sanciones deben ser *efectivas, proporcionadas y disuasorias*. En este sentido, dice ARROYO que la sanción será proporcionada cuando se adecue a la gravedad de la infracción; efectiva, cuando evite que el infractor se beneficie de la comisión de la infracción; y disuasoria, cuando tiene efecto preventivo⁷¹⁶.

Estos requisitos no hacen sino procurar la consecución del principio de efectividad del Derecho de la Unión, el cual requiere del establecimiento por parte de los Estados miembros de mecanismos (sancionadores) que aseguren el cumplimiento de las normas establecidas a nivel europeo. La inclusión de sanciones en los diferentes ordenamientos estatales por el incumplimiento de deberes establecidos

⁷¹⁵ El artículo 31 de la Propuesta de directiva de 2002 dice en su párrafo segundo que: «Si el prestamista no respetara las disposiciones relativas al préstamo responsable, las sanciones podrán suponer que pierda el derecho a cobrar intereses y gastos y que el consumidor mantenga el beneficio del pago fraccionado del importe total del crédito». Vid. Propuesta de Directiva de crédito al consumo de 2002. [COM (2002) 443 final].

⁷¹⁶ ARROYO AMAYUELAS, E.: «Comentario del artículo 21», *op. cit.* página 813.

por el legislador de la Unión debe asegurar, con carácter general, que estos deberes sean cumplidos⁷¹⁷. En cuyo caso, podrá afirmarse la efectividad de las soluciones previstas por el derecho interno. Esta consideración implica que el remedio previsto por la legislación nacional debe garantizar una tutela judicial real y eficaz, y debe tener un efecto disuasorio. Estas consideraciones, trasladadas al terreno de la compensación que corresponda, determinan que el resarcimiento debe ser adecuado al daño infringido⁷¹⁸.

Cabe señalar, además, que el principio de efectividad determina, en el marco de la obligación de evaluar la solvencia del consumidor, que la carga de la prueba de la correcta observancia de los deberes que le son exigibles recaiga sobre el prestamista⁷¹⁹.

A la hora de establecer las sanciones correspondientes en los ordenamientos nacionales, además del principio de efectividad, debe tenerse en cuenta el principio de equivalencia. Es virtud de este principio no debe existir discriminación entre los derechos de carácter nacional y europeo, de manera que, los tribunales nacionales deben aplicar el Derecho de la Unión como si estuvieran aplicando el derecho nacional. En el ámbito sancionador, el principio de equivalencia conlleva que las consecuencias que deberían derivarse del incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia, deben ser como mínimo «similares» o «equivalentes» a las que serían aplicables según el derecho interno⁷²⁰.

⁷¹⁷ Lo que permitirá, a su vez, que el ejercicio de estos derechos no sea prácticamente imposible –*practically impossible*– o, excesivamente difícil –*excessively difficult*–. Cfr. REICH, N.: «*General Principles of EU Civil Law*». Intersentia. Cambridge. 2014. Páginas 91 y 92. Y, SCHÜTZE, R.: «*An Introduction to European Law*», *op. cit.* página 170.

⁷¹⁸ Vid. SCHÜTZE, R.: «*An Introduction to European Law*», *op. cit.* página 168. Y la jurisprudencia ahí citada.

⁷¹⁹ Vid. STJUE de 18 de diciembre de 2014, asunto C-499/13, apartado 27. Antes del pronunciamiento del TJUE, ÁLVAREZ LATA había defendido que, aunque la LCCC no recogiese este extremo expresamente, debía entenderse que la carga de la prueba correspondía al prestamista en virtud de los principios recogidos en el artículo 217.7 LEC de disponibilidad y facilidad probatoria. Vid. ÁLVAREZ LATA, N.: «Comentario al artículo 11», *op. cit.* página 544. Y, también en «Notas a la STJUE de 18 de diciembre de 2014...», *op. cit.* página 248.

⁷²⁰ Vid. SCHÜTZE, R.: «*An Introduction to European Law*», *op. cit.* página 165 y 167. Y, cfr. ARROYO AMAYUELAS, E.: «Comentario del artículo 21» en *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo*. MARÍN LÓPEZ, M.J. (Director). Aranzadi. Cizur Menor. 2014. Página 811.

Los principios de efectividad y de equivalencia deben conjugarse con el principio de autonomía procedimental o «*national procedural autonomy*». De conformidad con éste, los Estados miembros deben adoptar las medidas oportunas para asegurar la protección de los derechos otorgados y el cumplimiento de los deberes impuestos por el Derecho de la Unión, pero acomodándose a sus instituciones y procedimientos judiciales y administrativos internos⁷²¹. Así, la incorporación de la legislación de la Unión se lleva a cabo respetando las peculiaridades de los ordenamientos nacionales⁷²².

De acuerdo con el principio de autonomía procedimental, el legislador europeo ha encomendado a los Estados miembros que sean ellos quienes establezcan las sanciones que consideren. Como se observa en los artículos dedicados al régimen sancionador de la DCC y la DCH.

2. Estado de la cuestión en otros Estados de la Unión

2.1. Bélgica

Bélgica es uno de los países que recoge una sanción de corte jurídico-privado por el incumplimiento de la obligación de evaluar a solvencia. La sanción privada será aplicable tanto si el incumplimiento se da en el crédito al consumo, como en el crédito hipotecario; aunque el régimen sancionador será diferente en función de si el incumplimiento se da en uno u otro ámbito.

⁷²¹ En palabras de REICH: «*In the absence of Community rules on this subject, it is for the domestic legal system of each Member State to designate the courts having jurisdiction and to determine the procedural conditions governing actions at law intended to ensure the protection of the rights which citizens have from the direct effect of Community law*». Vid. REICH, N.: «*General Principles of EU Civil Law*», *op. cit.* página 92. También, cfr. SCHÜTZER, R.: «*An Introduction to European Law*». Cambridge University Press. Cambridge. 2015. Página 163.

⁷²² Vid. REICH, N. *op. cit.* página 163. Y MANGAS MARTÍN, A.: «Los principios del Derecho comunitario en sus relaciones con los ordenamientos internos (II)» en *Instituciones y Derecho de la Unión europea*. Tecnos. Madrid. 2002 (3ª Edición). Página 422.

En el ámbito del crédito al consumo, el juez está facultado⁷²³ para rebajar total o parcialmente el derecho del prestamista a percibir intereses remuneratorios y de demora⁷²⁴, conservando el consumidor su derecho a pagar en los plazos convenidos. Esta sanción civil no supone una novedad en la legislación belga ya que en la Ley de crédito al consumo de 1991 se establecía esta misma sanción en el caso de que el prestamista ofreciera el crédito a sabiendas de que el consumidor no podría afrontarlo económicamente⁷²⁵. De hecho, como se ha mencionado, una sanción de estas características fue la que se trató de incorporar a la DCC en sus primeras versiones⁷²⁶.

El consumidor también puede ser sancionado si contraviene la obligación de suministrar la información que previamente le haya requerido el prestamista o intermediario de crédito, ya sea porque la haya omitido o por haber suministrado información falsa. En este caso, el juez está facultado para resolver el contrato en perjuicio del consumidor⁷²⁷.

Por otra parte, si el incumplimiento se da en el marco del crédito con garantía hipotecaria, el texto de la Ley faculta al juez a sancionar al prestamista a indemnizar al prestatario por daños de hasta el 40% de la

⁷²³ Aunque el tenor literal del precepto no lo indica, las facultades que se atribuyen al Juez en virtud de los artículos VII.201, VII.204 y VII.209 del «Code de Droit Économique», se entiende que el juez podrá hacerlo a petición de parte.

⁷²⁴ Así lo contempla el artículo VII.201 del «Code de Droit Économique»: «Sans préjudice des autres sanctions de droit commun, le juge peut relever le consommateur de tout ou de partie des intérêts de retard et réduire ses obligations jusqu'au prix au comptant du bien ou du service, ou au montant emprunté lorsque :

1° le prêteur n'a pas respecté les obligations visées aux articles VII. 69, VII. 70, VII. 72, VII. 74, VII. 75 et VII. 77;

2° l'intermédiaire de crédit n'a pas respecté les obligations visées aux articles VII. 69, § 1er, alinéa 1er, VII. 70, VII. 71, VII. 74, VII. 75 [2 VII.112 et VII.113, § 1er];

3° les formalités prévues à l'article VII. 76 concernant la conclusion du contrat de crédit n'ont pas été respectées.

Dans ces cas le consommateur conserve le bénéfice de l'échelonnement des paiements».

⁷²⁵ Artículo 15 de la Ley belga de crédito al consumo.

⁷²⁶ vid. artículo 31 de la Propuesta de DCC de 2002 y 2004.

⁷²⁷ Vid. artículo VII.69 del «Code de Droit Économique».

La sanción se establece en el artículo VII.204 de este mismo Código, que dice: «Lorsque le consommateur a omis de communiquer les informations visées à l'article VII. 69 ou a communiqué des informations fausses, le juge peut, sans préjudice des sanctions de droit commun, ordonner la résolution du contrat aux torts du consommateur».

cuantía total de los intereses del crédito, si el importe total del mismo fuese igual o inferior a 20.000€. Si fuera superior a dicha cantidad, dicho límite máximo se rebaja al 30%⁷²⁸.

2.2. Francia

En el país galo, al igual que en Bélgica, se sanciona el incumplimiento de los deberes relativos a la evaluación de la solvencia a través de sanciones de corte jurídico-privado. El incumplimiento de las obligaciones relativas a la evaluación de la solvencia⁷²⁹ se sanciona con la pérdida total o parcial, en la porción determinada por el juez, del derecho a intereses⁷³⁰.

En cambio, si el incumplimiento se refiriese a la obligación relativa al cuestionario de información que ha de aportar el prestatario del artículo L316-17 del «*Code de la consommation*», el prestamista perderá el derecho al cobro de intereses⁷³¹. La infracción tendrá lugar cuando el prestamista haya concedido el crédito sin haberle entregado al prestatario la ficha donde se estipula la información requerida para la evaluación o ésta no haya sido firmada o verificada electrónicamente por éste.

2.3. Italia

El legislador italiano ha optado por sancionar las conductas relativas a la evaluación de la solvencia a través de sanciones de carácter administrativo. El artículo 144 del «*Testo Unico Bancario*» dispone que la

⁷²⁸ Así lo dispone el artículo VII.209 apartado 2º : «*pour un crédit hypothécaire avec une destination immobilière, condamner le prêteur au paiement unique de dommages et intérêts de 40 p.c. maximum de tous les intérêts du crédit lorsque le montant du crédit prélevé est inférieur ou égal à 20.000 euros, de 30 p.c. maximum de tous les intérêts du crédit lorsque le montant du crédit prélevé est supérieur à 20.000 euros*».

⁷²⁹ Cfr. Artículo L312-16 del «*Code de la consommation*» francés.

⁷³⁰ En este sentido se pronuncia el artículo L341-2 del «*Code de la consommation*»: «*Le prêteur qui n'a pas respecté les obligations fixées aux articles L. 312-14 et L. 312-16 est déchu du droit aux intérêts, en totalité ou dans la proportion fixée par le juge*».

⁷³¹ Así lo dispone el artículo L341-3 del «*Code de la consommation*», que estipula: «*le prêteur qui accorde un crédit sans remettre et faire signer ou valider par voie électronique la fiche mentionnée à l'article L. 312-17 est déchu du droit aux intérêts*».

infracción, entre otros, de los artículos relativos a la evaluación de la solvencia⁷³² se sancionará con una multa económica de entre 30.000€ con el límite de hasta el 10% de la facturación de la entidad que haya incumplido con este deber.

Sin embargo, la legislación no recoge ninguna sanción de derecho privado. No obstante, parece que tanto la doctrina como la jurisprudencia están de acuerdo en que esta infracción determina el derecho del consumidor a ser compensado por los daños que le causare el incumplimiento⁷³³. En este sentido, cabe observar un pronunciamiento del «*Arbitro Bancario Finanziario*» de Roma que, en 2013, ya se mostró favorable a considerar que el consumidor debía ver reparado el daño originado por la infracción del deber de evaluar la solvencia⁷³⁴.

2.4. Reino Unido

De acuerdo con la legislación británica, los consumidores tienen a su disposición una amplia variedad de mecanismos para resarcirse por la infracción de los deberes relativos a la evaluación de la solvencia, algunos de ellos de naturaleza administrativa y otros, de índole jurisdiccional.

Entre las opciones de carácter administrativo están las proporcionadas por la FCA y por el «*Financial Ombudsman*» (en adelante, FOS). La FCA dispone de amplias facultades para imponer sanciones, entre las que se incluyen aquellas dirigidas a la restitución y a la reparación de los daños que se hubieren ocasionado al consumidor⁷³⁵. El

⁷³² Vid. 124 y 120-*undecies* de la ley mencionada. En este sentido debe apuntarse que el mencionado artículo 144 sí que se refiere expresamente al incumplimiento del deber recogido en el artículo 120-*undecies* en su apartado e-bis), mientras que, en el caso del artículo 124-*bis*, no está recogido expresamente, sino que se hace referencia al artículo 124.

⁷³³ Vid. VENCHIARUTTI, A. en «*El nuevo paradigma de la solvencia del consumidor de crédito en la UE*». BUSTO LAGO, J.M. (Dir.). Atelier. Barcelona. 2018 (en prensa).

⁷³⁴ Cfr. Decisión N.4440 del 20 de agosto de 2013 del *Arbitro Finanziario Bancario*.

⁷³⁵ En este sentido WILLETT y FEJOS señalan que esta medida adquirió gran popularidad a raíz del escándalo de la venta abusiva de seguros de protección de pagos («*payment protection insurance*» o PPI) ya que se obligó a los empresarios a compensar a los consumidores afectados. Vid. WILLETT, C; FEJOS, A. en «*El nuevo paradigma de la solvencia del consumidor de crédito en la UE*». BUSTO LAGO, J.M. (Dir.). Atelier. Barcelona. 2018 (en prensa).

consumidor también puede acudir al FOS, que cuenta con un procedimiento rápido y gratuito para los consumidores⁷³⁶. En cuanto a la legislación aplicable ha de señalarse que el FOS no se encuentra sujeto a la aplicación de ninguna norma en particular, ni la utilización de unos determinados mecanismos de resarcimiento, sino que puede tomar decisiones basadas en la equidad⁷³⁷.

En el ámbito jurisdiccional, el consumidor puede acudir, o bien a la «*Financial Services and Markets Act*» del 2000, o bien a la «*Consumer Credit Act*» de 1974 para poder resarcirse del daño sufrido a través de mecanismos de derecho privado. La primera, a través de su artículo 138D, permite a los consumidores solicitar una indemnización por los daños sufridos derivados de la infracción de alguna norma de la FCA. No obstante, no parece probable que éste se convierta en el mecanismo principal para los consumidores, ya que se trata de un procedimiento complejo y, además, existe una cierta reticencia de los tribunales a conceder indemnizaciones en ámbitos donde temen que pueda haber una avalancha de reclamaciones⁷³⁸.

Conforme a la Ley inglesa de crédito al consumo, el consumidor puede hacer uso de la *prueba de la relación desleal* o «*unfair relationship test*» del artículo 140A, consistente en examinar si la relación surgida a raíz del contrato entre el consumidor y el empresario es, de algún modo, inequitativa para el consumidor. La amplitud de este concepto posibilita su alegación en el supuesto de incumplimiento de la obligación relativa a la evaluación de la solvencia del consumidor de crédito. En virtud de este mecanismo, el juez dispone de diversos mecanismos para resarcir al consumidor, como ordenar la devolución de cualquier suma abonada por

⁷³⁶ En opinión de WILLETT y FEJOS, que sea un procedimiento rápido y gratuito para los consumidores ha convertido esta opción en un mecanismo de resolución alternativa de conflictos de gran éxito. WILLETT, C; FEJOS, A. en «*El nuevo paradigma de la solvencia del consumidor de crédito en la UE*». BUSTO LAGO, J.M. (Dir.). Atelier. Barcelona. 2018 (en prensa).

⁷³⁷ En cuanto al procedimiento que sigue el FOS desde que recibe una consulta vid. <https://www.financial-ombudsman.org.uk/publications/consumer-leaflet.htm>.

⁷³⁸ Vid. WILLETT, C; FEJOS, A. en «*El nuevo paradigma de la solvencia del consumidor de crédito en la UE*». BUSTO LAGO, J.M. (Dir.). Atelier. Barcelona. 2018 (en prensa).

el consumidor, o reducir total o parcialmente el importe debido por el consumidor⁷³⁹.

II. POSIBLES CONSECUENCIAS ATENDIENDO A LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

El legislador de nuestro país ha optado por la implantación de sanciones administrativas por el incumplimiento de la legislación contenida en la LCCC y en el PLCCI. El Derecho administrativo sancionador ha sido el mecanismo o herramienta elegido habitualmente en nuestra legislación como el *procedimiento eficaz* para la salvaguarda de los intereses de los consumidores⁷⁴⁰. Es demostrativo de esta afirmación que sea casi imposible encontrar una norma de consumo (sea o no de naturaleza administrativa), que no contemple la contravención de sus preceptos como infracciones de carácter administrativo⁷⁴¹.

⁷³⁹ *Ibidem*, página 12.

⁷⁴⁰ En opinión de MARTÍN-RETORTILLO, la referencia constitucional a los *procedimientos eficaces* se configura como un incentivo para la utilización del Derecho administrativo sancionador. Vid. MARTÍN-RETORTILLO BÁQUER, L.: «Las sanciones administrativas en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios» en *Estudios sobre Consumo*, número extraordinario. 1987. Página 138.

⁷⁴¹ Vid. BUSTO LAGO, J.M; ÁLVAREZ LATA, N.; PEÑA LÓPEZ, F.: «*Reclamaciones de Consumo. Derecho de Consumo desde la Perspectiva del Consumidor*», *op. cit.* página 433.

También, cfr. PEÑA LÓPEZ, F.: «La indemnización de los daños y perjuicios causados al consumidor en el marco del procedimiento administrativo sancionador» en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, Nº17/2007, BIB2007/2320. Aranzadi. Cizur Menor. Páginas 17 y 18. Igualmente, se pronuncia con rotundidad en este sentido CORDERO LOBATO al señalar que «*la gran aportación del Derecho administrativo sancionador en materia de consumo ha sido, precisamente, el haber convertido la lesión de derechos contractuales en ilícito administrativo*». Vid. CORDERO LOBATO, E.: «Resolución y liquidación de la responsabilidad civil jurídico privada en los procedimientos administrativos de consumo» en <https://previa.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/17/2003/17-2003-1.pdf>. Enero de 2003. Página 3. Y, vid. ORDÁS ALÓNSO, M.: «*Los Contratos de Crédito al Consumo en la Ley 16/2011...*», *op. cit.* página 36.

1. Responsabilidad administrativa

1.1. Crédito al consumo

El régimen sancionador aplicable a la infracción del deber de evaluar la solvencia en el ámbito del crédito al consumo, se contiene en el artículo 34 de la LCCC. Este artículo es una mera norma de remisión a dos regímenes sancionadores distintos en función de quien haya sido el sujeto incumplidor. Si el infractor es una entidad de crédito se aplicará el régimen sancionador de Derecho bancario. Si, en cambio, el incumplimiento lo acometen personas físicas o jurídicas distintas de éstas que concedan crédito como parte de su actividad profesional o empresarial⁷⁴² corresponderá entonces la aplicación del régimen sancionador de Derecho de consumo.

1.1.1. Doble régimen sancionador

Como se desprende del citado artículo 34 LCCC, el incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia del consumidor puede sancionarse en virtud de la regulación bancaria o, a través de la normativa de protección de los consumidores dependiendo de quién sea el sujeto infractor. Ello supone una ruptura de la regla general contenida en el artículo 47.3 TRLGDCU⁷⁴³, que atribuye a las autoridades competentes en materia de consumo la sanción de los incumplimientos conforme a la normativa de protección de los consumidores⁷⁴⁴, como es el caso de la LCCC. De ello se infiere que el legislador prioriza la aplicación de la legislación bancaria sobre la de consumo en este ámbito⁷⁴⁵.

⁷⁴² Vid. artículo 2.2 LCCC.

⁷⁴³ El tenor literal del artículo 47.3 TRLGDCU dispone: «Las autoridades competentes en materia de consumo sancionarán, asimismo, las conductas tipificadas como infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios de los empresarios de los sectores que cuenten con regulación específica y las prácticas comerciales desleales con los consumidores o usuarios».

⁷⁴⁴ Cfr. IZQUIERDO CARRASCO, M.: «Comentario del artículo 34», *op. cit.* página 1175.

⁷⁴⁵ Entre las razones han podido llevar al legislador español a establecer dos regímenes sancionadores distintos, IZQUIERDO CARRASCO señala las siguientes:
- Que el régimen sancionador bancario goza de mayor especialidad frente al de protección de los consumidores, lo cual, no es determinante ya que la especialización depende del elemento que se tome como referencia.

Sin embargo, la aplicación prioritaria del régimen sancionador bancario sobre las entidades de crédito incumplidoras no resulta coherente con el régimen de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (en adelante, Orden EHA/2899/2011). Esta Orden se remite a las normas de disciplina y transparencia bancaria, sin perjuicio de la aplicación de la legislación de consumo cuando proceda⁷⁴⁶.

Otro supuesto paradójico es que la Orden EHA/2899/2011 es de aplicación supletoria a los contratos de crédito al consumo⁷⁴⁷ lo que puede resultar en que la entidad de crédito sea sancionada conforme la Ley 10/2014, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito (en adelante, LOSSEC) por el incumplimiento de las normas incluidas en la LCCC, mientras que, el incumplimiento de los preceptos recogidos en la Orden EHA/2899/2011, sería sancionada en virtud del TRLGDCU⁷⁴⁸.

-
- Que el régimen sancionador bancario es más riguroso que el de protección del consumidor, sin embargo, ello no puede afirmarse con carácter general.
 - Que, las relaciones existentes entre las obligaciones de la LCCC y la normativa bancaria, avala la decisión de que tengan un mismo régimen sancionador.
 - Que exista la voluntad de que sanción prevista en la normativa bancaria, consistente en la revocación de la autorización de la entidad de crédito, se aplique en el ámbito de los créditos al consumo.
 - O, la voluntad de excluir a las entidades de crédito de la competencia de los órganos autonómicos de protección al consumidor.

Éste último criterio es el que, en realidad, ha determinado, a juicio del citado autor, la configuración de un régimen sancionador de carácter dual. No obstante, a modo de crítica, señala que *«lo que no tiene sentido es insistir en atribuirle esa tarea –y, además, de manera excluyente–, cuando no puede ejercerla correctamente u hay otros órganos administrativos que la tienen atribuida con carácter general y la ejercen con mayor ahínco»*. *Ibidem*, páginas 1181 a 1185.

⁷⁴⁶ Vid. artículo 14 de la Orden.

⁷⁴⁷ Bajo el título, *«normativa de transparencia de los créditos al consumo»*, el artículo 33 de la Orden dispone que *«la transparencia de los servicios bancarios de crédito al consumo celebrados por los clientes se rige por lo previsto en la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo. Asimismo, en lo no previsto por la citada Ley 16/2011, de 24 de junio, les resultará aplicable lo establecido en el título I y en el capítulo I del título III de esta orden»*.

⁷⁴⁸ Cfr. IZQUIERDO CARRASCO, M.: *«Comentario del artículo 34»*, *op. cit.* páginas 1178 y 1179. En este sentido, el autor apunta que este régimen sancionador de carácter dual deja *«un panorama escasamente congruente y sistemático»*. En su opinión, la opción más coherente hubiese sido *«someter a todos los prestamistas e intermediarios de crédito al régimen sancionador de la legislación general de protección al consumidor y ello sin*

Es decir, el régimen sancionador de la LCCC da lugar a que normas de consumo sean sancionadas conforme al Derecho bancario; mientras que normas de Derecho bancario se declaran supletorias del Derecho de consumo en el caso de que el incumplimiento se circunscribiera a una relación de esta índole, aplicándose, por consiguiente, el régimen sancionador consumerista.

1.1.2. Sanciones

La sanción aplicable a los sujetos distintos a las entidades de crédito por contravención de la obligación de evaluar la solvencia la infracción será grave de acuerdo con el artículo 14 LCCC⁷⁴⁹. El importe de la sanción será de «entre 3.005,07 euros y 15.025,30 euros, pudiendo rebasar dicha cantidad hasta alcanzar el quíntuplo del valor de los bienes o servicios objeto de la infracción».

Si el incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia tiene carácter ocasional o aislado, se calificará como leve⁷⁵⁰, en cuyo caso la sanción podrá ascender hasta 3.005,07 €.

Si el incumplimiento de evaluar la solvencia cumple los requisitos del artículo 50 del TRLGDCU⁷⁵¹, la sanción se calificará como será muy grave. De esta manera, la cuantía de la sanción pecuniaria podrá ascender hasta los 601.012,10 € y podrá venir acompañada de otras sanciones como el cierre del establecimiento, en caso de infracción muy grave; o, como sanción accesoria, la Administración competente, tras la firmeza del acto administrativo, podrá acordar la publicidad de la sanción⁷⁵².

perjuicio de que [...] las entidades de crédito también pudieran ser sancionadas conforme a la legislación bancaria». Vid. IZQUIERDO CARRASCO, M.: «Comentario del artículo 34», op. cit. página 1179.

⁷⁴⁹ Vid. artículo 51.1 b) TRLGDCU.

⁷⁵⁰ Vid. artículo 51.1 a) TRLGDCU.

⁷⁵¹ Debe señalarse que el párrafo 1º del artículo 50 TRLGDCU fue declarado nulo a través de la STC de 2 de febrero de 2015. Es por ello que, a efectos de este artículo, para que la infracción pueda calificarse de *muy grave* debe cumplir los requisitos, más específicos, del párrafo 2º (deben ser infracciones relativas a contrataciones a distancia o fuera del establecimiento mercantil en las que exista reincidencia o donde el volumen de facturación relacionado con el incumplimiento sea superior a 601.012,10 €).

⁷⁵² La cuantía de la sanción oscilará «entre 15.025,31 y 601.012,10 euros, pudiendo rebasar dicha cantidad hasta alcanzar el quíntuplo del valor de los bienes o servicios

Cuando el incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia lo lleva a cabo una entidad de crédito, se aplicará el régimen sancionador establecido en la LOSSEC. La sanción relativa a la contravención de la obligación que nos ocupa⁷⁵³ será, con carácter general, grave. En este caso la sanción podrá consistir en *«el doble y el triple del importe de los beneficios derivados de la infracción, cuando dichos beneficios puedan cuantificarse; o de entre el 3% y el 5% del volumen de negocios neto anual total, incluidos los ingresos brutos procedentes de intereses a percibir e ingresos asimilados, los rendimientos de acciones y otros valores de renta fija o variable y las comisiones o corretajes a cobrar que haya realizado la entidad en el ejercicio anterior; o multa de entre 2.000.000 y 5.000.000 de euros, si aquel porcentaje fuera inferior a esta cifra»*. Además, *«cuando la entidad infractora fuese una filial de una empresa matriz, se tendrán en consideración, a efectos de determinar el importe de la multa, los recursos propios de la empresa matriz en el ejercicio anterior»*. Vid. artículo 98.1 LOSSEC. Como sanciones complementarias a la anterior, se podrá requerir *«al infractor para que ponga fin a su conducta y se abstenga de repetirla»* y amonestar públicamente *«con publicación en el “Boletín Oficial del Estado” de la identidad del infractor y la naturaleza de la infracción, y las sanciones o medidas accesorias impuestas; o amonestación privada»*⁷⁵⁴.

No obstante, si el incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia *carácter ocasional o aislado*, la sanción será leve. La multa podrá ser de: *«entre el doble y el triple del importe de los beneficios derivados de la infracción, cuando dichos beneficios puedan cuantificarse»*, o *«de entre el 0,5% y el 1% del volumen de negocios neto anual total, incluidos los ingresos brutos procedentes de intereses a percibir e ingresos asimilados, los rendimientos de acciones y otros valores de renta fija o variable y las comisiones o corretajes a cobrar que haya realizado la*

objeto de infracción». Además, en este caso, la Administración pública competente está facultada para *«acordar el cierre temporal del establecimiento, instalación o servicio por un plazo máximo de cinco años»*. Vid. artículo 51.1 c) y 52 TRLGDCU.

⁷⁵³ Y de cualquier otra no excluida expresamente por el propio artículo 34.2, ya que no hace una mención expresa a la calificación de la sanción relativa al incumplimiento de la evaluación de la solvencia, como ocurre si la entidad infractora es distinta de una entidad de crédito (vid. artículo 34.1 LCCC).

⁷⁵⁴ Vid. artículo 98 LOSSEC.

entidad en el ejercicio anterior; o multa de entre 100.000 euros y 1.000.000 de euros, si aquel porcentaje fuera inferior a esta cifra». Además, «cuando la entidad infractora fuese una filial de una empresa matriz, se tendrán en consideración, a efectos de determinar la multa, los recursos propios de la empresa matriz en el ejercicio anterior». Como sanciones accesorias se podrá hacer un «requerimiento al infractor para que ponga fin a su conducta y se abstenga de repetirla», y se le podrá imponer una amonestación privada⁷⁵⁵.

1.2. Crédito inmobiliario

El régimen sancionador del PLCCI se remite directamente al contenido en la LOSSEC ya que, como aclara su artículo 44, la regulación contenida en el Proyecto, como las normas que lo desarrollen, tiene carácter de normas de ordenación y transparencia bancaria.

Como se desprende del artículo 45.2 a) PLCCI⁷⁵⁶, con carácter general, el incumplimiento de los deberes relativos a la evaluación de la solvencia conforme al PLCCI será calificado como *grave*. No obstante, si el incumplimiento fuese especialmente relevante, ya sea por el número de afectados, por tratarse de una conducta reiterada, o por su repercusión en la confianza del cliente y en la estabilidad del sistema financiero⁷⁵⁷, éste se calificará como *muy grave*. Si, en cambio, el incumplimiento tuviese carácter ocasional o aislado, la sanción será *leve* conforme al propio 45.2 a) que, al excluir los incumplimientos con carácter ocasional o aislado, hace aplicable el apartado 3º.

Para determinar si estamos antes una infracción leve o grave, debe dilucidarse cuándo se entiende que un hecho tiene carácter ocasional o aislado. Parece claro que el incumplimiento de una obligación deja de tener carácter ocasional o aislado cuando se produce más de una vez. Sin

⁷⁵⁵ Vid. artículo 99 LOSSEC.

⁷⁵⁶ El apartado 2º a) del artículo 45 PLCCI, dispone que será grave «la realización de actos u operaciones por parte de un prestamista, intermediario o representante designado o una sucursal en España [...], con incumplimiento de las obligaciones señaladas en esta Ley y en su normativa de desarrollo, si no se dan las circunstancias descritas en el artículo 45.1.a), salvo que tales hechos tengan carácter ocasional o aislado».

⁷⁵⁷ Vid. artículo 45.1 a) PLCCI.

embargo, no se ha concretado cuánto tiempo debe mediar entre las contravenciones de la norma para que dejen de ser ocasionales o aisladas⁷⁵⁸.

A estos efectos, parece aplicar analógicamente el límite temporal de un año establecido para la reincidencia⁷⁵⁹ para determinar también cuando se está ante un hecho ocasional o aislado, aunque se trate de conceptos distintos⁷⁶⁰. De manera que, en mi opinión, un incumplimiento dejará de tener carácter ocasional o aislado cuando haya tenido lugar dos o más veces en el plazo de un año.

1.3. Efectividad de las sanciones administrativas

El mandato recogido en el artículo 51 de la Constitución compele a los poderes públicos a proteger los intereses de los consumidores a través de «*procedimientos eficaces*», concretamente protegiendo su «*salud, seguridad y sus legítimos intereses económicos*».

Desde el punto de vista del derecho europeo no existe ningún problema en que las infracciones de las normas relativas al crédito con consumidores estén tipificadas a través del derecho administrativo sancionador, siempre que reúnan los requisitos de proporcionalidad, efectividad y carácter disuasorio.

La inclusión de cláusulas que ajustan el importe de la sanción al beneficio obtenido por el ente infractor permite calibrar el importe de la sanción a la gravedad de la infracción cometida, lo que posibilita que la sanción sea proporcionada. La inclusión de estas cláusulas de ajuste de la sanción también ayuda a que la sanción sea efectiva, en tanto impide al sujeto infractor beneficiarse con el incumplimiento cometido; y

⁷⁵⁸ El tiempo es, a juicio de IZQUIERDO CARRASCO, un elemento esencial para determinar el carácter ocasional o aislado de la conducta. Vid. IZQUIERDO CARRASCO, M.: «Comentario del artículo 34» en *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo*. MARÍN LÓPEZ, M.J. (Director). Aranzadi. Cizur Menor. 2014. Página 1998.

⁷⁵⁹ Vid. artículo 29.3 d) de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público, en adelante, LRJSP.

⁷⁶⁰ Vid. IZQUIERDO CARRASCO, M.: «Comentario del artículo 34», *op. cit.* página 1197 y 1998.

disuasoria, por el efecto preventivo que de ello pudiera derivarse⁷⁶¹. Por lo tanto, desde el punto de vista teórico, parece que el régimen regulatorio establecido por el legislador español garantiza el cumplimiento de los criterios exigidos por la legislación europea.

El principal problema, a mi modo de ver, no se encuentra en la regulación, sino en la pasividad del órgano supervisor, en este caso, el Banco de España, a la hora de detectar o, habiendo detectado, actuar contra aquellas entidades que incumplen sistemáticamente las normas que les son aplicables⁷⁶². La inacción del Banco de España repercute negativamente en la efectividad y carácter disuasorio del régimen sancionador administrativo. A la vista de las Memorias de *Supervisión Bancaria en España* de los años 2015⁷⁶³, 2016⁷⁶⁴ y 2017⁷⁶⁵, puede observarse que se han incoado 1, 7 y 6 expedientes sancionadores, respectivamente, relativos a la protección del cliente bancario. Estos datos contrastan con los miles de procedimientos iniciados en el ámbito jurisdiccional por litigios relacionados con esta temática. Es difícil negar que estamos ante un indicio evidente de que la protección del cliente bancario a través de Derecho administrativo sancionador es ineficaz y, por consiguiente, muy poco disuasoria.

Otro problema importante que plantea la sanción de carácter administrativo desde el punto de vista disuasorio es que el contrato de crédito sigue desplegando sus efectos, con lo que el prestamista sigue beneficiándose de un contrato que no debía haberse celebrado⁷⁶⁶.

Si a ello unimos que al consumidor, la multa administrativa no le resarce de ningún modo el perjuicio que ha sufrido por la colocación de

⁷⁶¹ Estas consideraciones se han hecho sobre la definición de *proporcionalidad, efectividad y disuasoriedad* que proporciona ARROYO AMAYUELAS. Vid. ARROYO AMAYUELAS, E.: «Comentario del artículo 21», *op. cit.* página 813.

⁷⁶² Cfr. ÁLVAREZ OLALLA, P.: «La obligación de evaluar la solvencia y su incumplimiento», *op. cit.* página 780.

⁷⁶³ BANCO DE ESPAÑA. «*Memoria de la Supervisión Bancaria en España 2015*». Madrid. 2016. Página 74.

⁷⁶⁴ BANCO DE ESPAÑA. «*Memoria de la Supervisión Bancaria en España 2016*». Madrid. 2017. Página 70.

⁷⁶⁵ BANCO DE ESPAÑA. «*Memoria de la Supervisión Bancaria en España 2017*». Madrid. 2018. Página 73.

⁷⁶⁶ Cfr. CUENA CASAS, M.: «Evaluación de la solvencia y créditos hipotecarios», *op. cit.* (no paginado).

un crédito que sobrepasa su capacidad económica, se hace palmaria la ineficacia de las sanciones administrativas en este ámbito⁷⁶⁷.

En este particular es especialmente contundente ARROYO AMAYUELAS que, tras poner de relieve la ineficacia de las sanciones administrativas para satisfacer los intereses del consumidor afectado, afirma que «*las medidas sancionatorias de Derecho público nunca pueden sustituir la pretensión individual del consumidor a obtener una respuesta de Derecho privado; pueden coexistir con éstas, pero nunca reemplazarlas*»⁷⁶⁸.

2. Sustanciación de las reclamaciones civiles en la vía administrativa

2.1. Crédito al consumo

El TRLGDCU, en su artículo 48, permite al consumidor obtener la reparación del daño sufrido por la infracción de una norma de consumo en la vía administrativa sancionadora, en sintonía con lo dispuesto en el artículo 130.2 de la Ley 30/1992 (ahora artículo 28.2 de la Ley 40/2015). Sin entrar a valorar las dudas que suscitó acerca de su posible inconstitucionalidad⁷⁶⁹, lo cierto es que su inclusión legal vino a colmar una petición practicada por la doctrina consumerista, que consideraba frustrados los intereses de los consumidores al no poder exigir en la vía administrativa la reparación de los daños que la infracción le hubiese causado en su esfera privada⁷⁷⁰. En este sentido, además, se había

⁷⁶⁷ Cfr. ÁLVAREZ OLALLA, P.: «La obligación de evaluar la solvencia y su incumplimiento», *op. cit.* página 781. Y CUENA CASAS, M.: «Evaluación de la solvencia y créditos hipotecarios», *op. cit.*

⁷⁶⁸ ARROYO AMAYUELAS, E.: «Comentario del artículo 21», *op.cit.* páginas 808 y 809.

⁷⁶⁹ Vid. PEÑA LÓPEZ, F.: «La indemnización de los daños y perjuicios causados al consumidor en el marco del procedimiento administrativo sancionador», *op. cit.* páginas 4 a 8.

⁷⁷⁰ «*Mientras que el sistema legal aplicable no prevea la posibilidad de liquidar las indemnizaciones debidas a particulares en el mismo procedimiento administrativo sancionador, toda protección jurídico pública en materia de consumo será incapaz de satisfacer las exigencias legítimas de los particulares*». «[...] una de las más nefastas carencias de nuestro sistema administrativo sancionador, al menos en el nivel de las normas generales, consiste en no haber previsto la posibilidad de que en el mismo procedimiento administrativo se puedan determinar, liquidar y exigir, las compensaciones y responsabilidades a que tienen derecho los particulares afectados por la infracción». Vid.

pronunciado el Consejo Económico y Social en su Informe de 17 de febrero de 1999 que lleva por título «*Los derechos del consumidor y la transparencia del mercado*», donde recomienda la sustanciación conjunta del expediente administrativo con el resarcimiento de los intereses privados de los consumidores⁷⁷¹.

Sin embargo, el artículo 34 LCCC en su párrafo 3º impide la sustanciación en vía administrativa. Desde un punto de vista estrictamente formal, no supone ningún problema en tanto la norma prevista en la LCCC tiene el mismo rango y es posterior⁷⁷². Este impedimento obliga a los consumidores a acudir a la jurisdicción civil para exigir la reparación del daño causado por el incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia. El inconveniente principal es que el consumidor no verá satisfechos sus intereses en la vía administrativa, debiendo dirigirse a los tribunales civiles con el esfuerzo en términos de tiempo y dinero que ello supone. Además, también se eliminaría cierto carácter disuasorio a la sanción administrativa⁷⁷³.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que, en vía administrativa, el órgano competente (el Banco de España *ex* artículo 90 LOSSEC; y la administración competente en materia de consumo *ex* artículo 47

AAVV: «*El Derecho de consumo en España: Presente y futuro*». CARRASCO PERERA, A. (Dir.). Instituto Nacional del Consumo. Madrid. 2002. Páginas 296 y 411.

En este sentido también se pronuncia CORDERO LOBATO señalando que «*la posibilidad de restitución interprivados en el seno del procedimiento administrativo de consumo es altamente conveniente para que el sistema legal sea capaz de satisfacer las exigencias y expectativas legítimas que los consumidores puedan haber puesto en el compromiso de las Administraciones públicas en la tutela de los intereses*». Vid. CORDERO LOBATO, E.: «*Resolución y liquidación de la responsabilidad civil jurídico privada en los procedimientos administrativos de consumo*». <https://previa.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/17/2003/17-2003-1.pdf>. Enero de 2003. Página 27.

⁷⁷¹ CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL. «*Los derechos del consumidor y la transparencia del mercado*». Informe de 17 de febrero de 1999. Páginas 57 y 58.

⁷⁷² IZQUIERDO CARRASCO, M.: «Comentario del artículo 34», *op. cit.* página 1200.

⁷⁷³ En este sentido, CORDERO LOBATO observa que «*en todo caso, es indudable que la posibilidad real de ser obligado en vía administrativa a restaurar el interés particular lesionado sería un importante factor de prevención frente a la comisión de infracciones*». CORDERO LOBATO, E.: «*Resolución y liquidación de la responsabilidad civil jurídico privada en los procedimientos administrativos de consumo*». <https://previa.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/17/2003/17-2003-1.pdf>. Enero de 2003. Página 15.

TRLGDCU⁷⁷⁴) sólo puede satisfacer los intereses particulares del consumidor a través de dos vías (*ex* artículo 48 TRLGDCU): la reposición de la situación alterada por el incumplimiento a su estado inicial, y la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados al consumidor, que se hayan probado y cuya cuantía haya fijado el órgano competente para fijar la sanción. La primera opción, no suele ser la preferida por el consumidor, ya que implica la restitución de las prestaciones y, la segunda requiere la determinación de los daños y perjuicios causados, lo cual reviste gran complejidad. Es por ello que resulta comprensible que se obligue a su sustanciación en la jurisdicción civil.

2.2. Crédito hipotecario

El Proyecto de ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario no contiene ninguna mención similar al apartado 3º del artículo 34. Con lo que, si se está ante una relación de consumo, parece que no existe óbice en afirmar la posible sustanciación en vía administrativa de las reclamaciones civiles con las limitaciones apuntadas (el consumidor sólo podrá obtener la reposición de la situación alterada y la indemnización de daños y perjuicios). En todo caso, el consumidor tendrá expedita la vía judicial.

3. Sanciones de Derecho privado

Como acabamos de ver, el Derecho Administrativo sancionador presenta graves deficiencias a la hora de proteger a un consumidor afectado por el incumplimiento de evaluación de la solvencia. Estas deficiencias se deben, principalmente, a la situación de desprotección en que queda el consumidor. La multa administrativa no resarce al consumidor el daño que le ha causado la falta de *aptitud* del crédito y,

⁷⁷⁴ Los órganos competentes para sancionar las infracciones relativas a la normativa de consumo son los órganos autonómicos a los que se les hubiere atribuido esta función (STC 15/1989, de 26 de enero [RTC 1989/15]); o incluso la administración local, cuando así lo disponga la Comunidad Autónoma (STS de 3 de noviembre de 1994 [RJ 1994/8986]). Vid. BUSTO LAGO, J.M; ÁLVAREZ LATA, N.; PEÑA LÓPEZ, F., *op. cit.* páginas 436 y 437.

además, el consumidor debe seguir soportando las consecuencias del incumplimiento en tanto el contrato sigue desplegando sus efectos.

Habida cuenta de esta realidad cabe preguntarse si el ordenamiento ofrece algún remedio de Derecho privado que permita al consumidor aliviar las consecuencias del incumplimiento de la evaluación de la solvencia. La atribución de consecuencias privadas a la obligación de evaluar la solvencia es procedente, aunque no las establezca la Ley⁷⁷⁵. En esta línea se pronuncia el Tribunal Supremo en la Sentencia 20 de marzo de 2002⁷⁷⁶, admitiendo la atribución de consecuencias civiles al incumplimiento de una norma a la que se le han atribuido sanciones administrativas.

En este sentido cabe destacar la posición de MARÍN LÓPEZ, quien se refiere particularmente a los efectos civiles que se derivan de la contravención de las normas contenidas en la Orden EHA/2899/2011⁷⁷⁷. De la misma opinión es ÁLVAREZ OLALLA apunta que «*en la medida que dicha actividad [la bancaria] tiene repercusión frente a terceros, en nuestro caso los clientes, también incide en la relación contractual entablada con éstos*»⁷⁷⁸. ARROYO AMAYUELAS, señala la incidencia que sobre el Derecho privado tiene la DCC⁷⁷⁹. ORDÁS ALONSO que, a pesar de que considera que, tanto el Ministerio de Economía y Hacienda, como el Banco de España, carecen de potestad reglamentaria para establecer normas reguladoras

⁷⁷⁵ Cfr. BUSTO LAGO, J.M; ÁLVAREZ LATA, N.; PEÑA LÓPEZ, F.: «*Reclamaciones de Consumo. Derecho de Consumo desde la Perspectiva del Consumidor*», *op. cit.* página 147. En el mismo sentido se pronuncia BUSTO LAGO al analizar el incumplimiento de los deberes de información y de protección al inversor en los contratos de permuta financiera. Cfr. BUSTO LAGO, J. M.: «*El contrato de permuta financiera como instrumento de cobertura del riesgo del tipo de interés. Una revisión crítica de los equívocos de la jurisprudencia*». Aranzadi. Cizur Menor. 2018. Páginas 136 y 137.

⁷⁷⁶ Que dice en su FJ 6º que «*la “ratio decidendi”, no se apoya en la existencia de una infracción administrativa, que comporta una sanción administrativa, sino en la repercusión de dicha infracción en el contrato civil que no excusa las responsabilidades de orden civil*». [RJ 2002, 2852].

⁷⁷⁷ MARÍN LÓPEZ, M. J.: «Comentario a la Disposición Adicional 2ª» en *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo*. MARÍN LÓPEZ, M.J. (Director). Aranzadi. Cizur Menor. 2014. Página 1298.

⁷⁷⁸ ÁLVAREZ OLALLA, P.: «La obligación de evaluar la solvencia y su incumplimiento», *op. cit.* página 754.

⁷⁷⁹ ARROYO AMAYUELAS, E.: «Comentario del artículo 21» en *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo*. MARÍN LÓPEZ, M.J. (Director). Aranzadi. Cizur Menor. 2014. Página 808.

de las relaciones entre las entidades de crédito y sus clientes, reconoce la trascendencia jurídico-privada de las normas de transparencia bancaria⁷⁸⁰. Y, por último, BUSTO LAGO que atribuye consecuencias civiles a la infracción de las normas de conducta en los contratos de permuta financiera sancionados a través del Derecho administrativo sancionador⁷⁸¹.

A la hora de buscar soluciones de Derecho privado, cabe preguntarse cuál puede ser el interés del consumidor afectado por el incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia. Con carácter general, el consumidor al que se le haya concedido un crédito no *apto* podría estar sufriendo dificultades para afrontar los pagos de los compromisos financieros asumidos. En consecuencia, entiendo que el interés del consumidor será resarcirse recuperando lo pagado de más como consecuencia de haber recibido un crédito no *apto* para su situación económica, es decir, que se le devuelva lo pagado en exceso. Para ello, se habrán de reconfigurar las condiciones del crédito para reconvertirlo en *apto*. La reconversión del crédito inepto en *apto* requerirá, necesariamente, la reducción de los tipos de interés aplicados para que los compromisos financieros adquiridos cumplan los parámetros DTI y de ganancia residual. El consumidor tendrá derecho a recuperar la diferencia entre lo efectivamente pagado y lo que se debía de haber pagado en el caso de haber sido el crédito *apto*.

A efectos de determinar qué cantidad ha pagado en exceso el consumidor debe, por tanto, acudir a los umbrales objetivos que deben actuar como criterio mínimo para decidir sobre la *aptitud* del crédito: DTI y «*residual income*». Estos límites, aunque aportan objetividad a la decisión, no son tan fáciles de aplicar como en principio podría pensarse. En España, con carácter general, los créditos se articulan a través del sistema de amortización francés, con lo que, aunque en cada cuota se

⁷⁸⁰ ORDÁS ALONSO, M.: «El nuevo marco normativo para la contratación de préstamos y créditos. Especial consideración a los costes asociados y la obligación de transparencia». Bosch. Hospitalet de Llobregat. 2014. Página 110.

⁷⁸¹ No obstante, puntualiza que «la eficaz protección del cliente/contratante exige que aquellos incumplimientos lleven aparejadas consecuencias civiles propias del Derecho civil contractual en el caso de que efectivamente se hayan verificado daños y perjuicios para el cliente como consecuencia de la contratación realizada». Vid. BUSTO LAGO, J. M.: «El contrato de permuta financiera...», *op. cit.* página 139.

satisfagan parte de los intereses y se amortice capital, lo cierto es que la proporción entre una y otra partida, cambia⁷⁸². De manera que, durante los primeros años del crédito la proporción de los intereses será mayor y, al final, la cuota será principalmente de amortización del capital. Además, la cuantía de los intereses también obedece al periodo de amortización fijado, con lo que, cuanto más se prolongue el periodo de amortización, mayor será la suma de intereses a satisfacer. Es por ello que no puede entenderse, sin más, que la cuantía que sobrepase los criterios antedichos será indebidamente pagada ya que, en ningún caso, podrá considerarse indebido el pago relativo a la amortización del capital, sino que únicamente podrá ser referido al interés aplicado.

Por tanto, a mi juicio, la determinación del importe excesivamente pagado se debe llevar a cabo a través de una nueva evaluación de la solvencia que tome en consideración todas aquellas circunstancias que se debieron tener en cuenta en la fase precontractual. En esta segunda evaluación se deberán hacer las comprobaciones oportunas para determinar si, el cambio en las condiciones económicas de crédito, es decir, la bajada del tipo de interés aplicado, es susceptible reconvertir el crédito en *apto*. El sobrecoste pagado por el consumidor será la diferencia resultante de aplicar el tipo de interés correspondiente al crédito *apto* al tipo de interés efectivamente satisfecho en virtud del crédito *inepto*.

Aun así, puede ocurrir que, incluso con la reconfiguración del crédito, éste siga sin ser *apto* y el consumidor siga teniendo problemas a la hora de afrontar las obligaciones económicas del contrato. De darse este supuesto deberían de ponerse en marcha los procedimientos de alivio del consumidor sobreendeudado⁷⁸³. No hay que olvidar que la obligación de evaluar la solvencia es una medida de prevención que, por sí sola, no es

⁷⁸²

Vid. <http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAA AAAEAMtMSbF1jTAAASNDsXMDtbLUouLM DxbIwMDS0MDIwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAwjSnmDUAAAA=WKE>.

⁷⁸³ El consumidor podrá, por ejemplo, declararse en concurso de acreedores y beneficiarse, si se dan los requisitos estipulados por el artículo 178bis de la *Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal*, de la exoneración del pasivo insatisfecho en los casos de finalización del concurso por liquidación o insuficiencia de la masa activa.

suficiente para aliviar al consumidor cuando se haya en situación de endeudamiento excesivo.

Teniendo en mente cuál es la pretensión del consumidor, es posible plantearse la viabilidad e idoneidad de una serie de remedios generales de Derecho privado para tutelar su interés. A lo largo de las siguientes páginas analizaremos sucesivamente los diversos mecanismos restitutorios que ofrece el Derecho y que, en principio, podían servir a esta finalidad. Igualmente, también se examinará la posible eficacia de algunos mecanismos resarcitorios que podrían resultar de aplicación.

3.1. Acciones restitutorias

Partiendo de la premisa apuntada, esto es, que el interés primordial del consumidor es recuperar lo pagado en exceso, en este epígrafe se analizarán las diferentes acciones restitutorias contenidas en nuestro ordenamiento de las que dispone el consumidor para resarcirse por el incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia.

3.1.1. La acción de nulidad

Dentro de los diversos mecanismos que pueden dar lugar a una nulidad contractual hemos encontrado dos que pueden, en principio, servir para declarar nulo el contrato de crédito. En concreto, analizaremos en los apartados siguientes la posibilidad de que el contrato sea nulo: (1) por el establecimiento de un precio ilícito y (2) por contravenir el orden público económico.

El problema que se deriva de la utilización de la acción de nulidad, como veremos, no es tanto la imposibilidad de acreditar sus presupuestos como la inidoneidad para satisfacer los intereses del consumidor.

A. Nulidad del contrato de crédito por ser contrario al orden público económico

La infracción de los deberes relativos a la evaluación de la solvencia no determina la nulidad radical del contrato, en tanto el contrato en su conjunto no transgrede los límites de la autonomía de la voluntad.

Como hemos afirmado, la obligación de evaluar la solvencia del consumidor es una norma de orden público económico en tanto es una manifestación del principio de crédito responsable. Sin embargo, en mi opinión, la contravención de la obligación de evaluar la solvencia del consumidor no determina la nulidad radical del contrato en su conjunto⁷⁸⁴. Proclamar la nulidad del contrato es, en mi opinión, una solución *demasiado radical*⁷⁸⁵. Especialmente si se tiene en cuenta que los efectos de la nulidad no serán los deseados por el consumidor⁷⁸⁶, como se verá más adelante.

Quedaría la posibilidad de alegar la nulidad parcial del contrato, sin embargo, ello no tiene sentido ya que la obligación de evaluar la solvencia no se incorpora al contrato, sirve a su configuración, pero nada más. En todo caso, deberían declararse nulas las cláusulas afectadas por la evaluación de la solvencia, es decir, aquellas que quedaron configuradas, o debieron quedar configuradas por el procedimiento de evaluación, entre las que se encontrarían necesariamente las relativas al precio. Esta posibilidad parece difícil admitir dado que no existe una norma legal que ampare este remedio.

B. Nulidad contractual por precio ilícito

Otra opción que parece interesante barajar es considerar que la obligación de evaluar la solvencia, en tanto prohíbe conceder el crédito si el resultado de la evaluación es negativo, conduce a una suerte de limitación legal de la libertad del prestamista en la fijación de precios: el precio del contrato debe ser *apto* para la capacidad financiera del consumidor. No se trataría de un límite estático, sino flexible, resultado de ponderar la carga económica del contrato y la capacidad financiera del consumidor a partir de la aplicación de los umbrales DTI y ganancia

⁷⁸⁴ Ex artículo 1255 y 6.3 Cc. Cfr. GORDILLO CAÑAS, A.: «La nulidad parcial del contrato con precio ilegal» en *Anuario de Derecho Civil*. Nº1. 1975. Páginas 114 y 115.

⁷⁸⁵ Con estas mismas palabras se expresa ATAZ LÓPEZ respecto de la nulidad total del contrato por la inclusión de una cláusula contraria al orden público. Incluso afirma que tal efecto puede llegar a ser desproporcionado. Vid. ATAZ LÓPEZ, J.: «Los límites a la libertad contractual» en *Tratado de Contratos. Tomo I*. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.). MORALEJO IMBERNÓN, N.; QUICIOS MOLINA, S. (Coords.). Tirant lo Blanch. Valencia. 2013 (2ª Edición). Página 171. En el mismo sentido, vid. GORDILLO CAÑAS, A.: «La nulidad parcial del contrato con precio ilegal», *op. cit.* página 132.

⁷⁸⁶ Cfr. ATAZ LÓPEZ, J.: «Los límites a la libertad contractual», *op. cit.* página 172.

residual. El carácter de orden público económico que tiene esta obligación legitimaría esta posibilidad. El incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia determinaría que el precio estipulado, en tanto, sobrepasa los parámetros establecidos, sería ilegal.

La consideración de que el precio es contrario a la Ley podría permitir la declaración de nulidad parcial de aquellas cláusulas declaradas ilegales⁷⁸⁷. La declaración parcial de nulidad no parece plantear ningún problema en el supuesto que nos ocupa. La eliminación de las cláusulas relativas al precio permite, en el caso del contrato de crédito, la supervivencia del negocio, ya que éste no es un elemento natural del contrato⁷⁸⁸. La supervivencia del negocio, por otro lado, es coherente con el principio de conservación de los negocios⁷⁸⁹.

Puede pensarse que la nulidad parcial de las cláusulas relativas al precio podría dar lugar a la integración judicial del contrato. Sin embargo, el juez está facultado a integrar el contrato cuando una norma le habilita para ello⁷⁹⁰, extremo que no se da en este caso.

Esta vía permitiría al consumidor recuperar cualquier cantidad que se considere como parte del precio del crédito, manteniéndose el contrato en lo subsistente. Esta opción, de prosperar, sería un remedio idóneo para los intereses del consumidor. El contrato de crédito subsistiría en los términos convenidos, manteniendo el consumidor la posibilidad de devolverlo en los plazos preestablecidos; pero viéndose liberado de la obligación de abonar el precio estipulado por ser este ilegal.

⁷⁸⁷ DE CASTRO Y BRAVO, F.: «*El Negocio Jurídico*». Civitas. Madrid. 1971. Páginas 493 y 494. Cfr. GORDILLO CAÑAS, A.: «La nulidad parcial del contrato con precio ilegal», *op. cit.* páginas 168, 179 y 185.

Respecto de la procedencia de la aplicación de la nulidad parcial respecto de consumidores vid. ATAZ LÓPEZ, J.: «Los límites a la libertad contractual», *op. cit.* página 172.

⁷⁸⁸ Cuando se habla de elemento natural del contrato hacemos referencia a que no es un elemento imprescindible para que exista, en tanto puede existir un préstamo en el que no se estipulen intereses (*ex* artículo 1740 Cc).

⁷⁸⁹ Vid. GORDILLO CAÑAS, A.: «La nulidad parcial del contrato con precio ilegal», *op. cit.* página 195. BUSTO LAGO, J. M.: «Comentario del artículo 7», *op. cit.* página 393.

⁷⁹⁰ Vid. MARÍN LÓPEZ, M.J.: «La formación del contrato con consumidores», *op. cit.* página 819.

No obstante, esta opción restitutoria no está exenta de inconvenientes. El primer escollo que puede aducirse respecto de este remedio es que su aplicabilidad queda condicionada a la declaración de ilegalidad del precio. Conforme a los principios de libertad de precios y de economía de mercado consagrados en el artículo 38 CE, parece complicado admitir sin reservas que sea posible declarar ilegal el precio del crédito por el incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia. Sin embargo, el TS no ha tenido problemas en admitir, en relación con la libertad de precios en las relaciones de consumo, que *«el sistema de economía de mercado no puede significar la falta de protección para los que en él operan como consumidores y usuarios, y la libertad en la fijación de los precios no es el valor central que haya que salvaguardar a todo trance con sacrificio de otros intereses personales y sociales»*⁷⁹¹.

El segundo y principal inconveniente se encuentra en la doctrina jurisprudencial sobre los efectos de una contravención a los límites normativos de la libertad de precios. Esta jurisprudencia se ha creado al hilo de la resolución de supuestos en los que las partes habían fijado un precio superior al establecido en viviendas de protección oficial. El alto Tribunal ha mantenido *«que los contratos de compraventa de Viviendas de Protección Oficial, en los que las partes fijan libremente un precio superior al oficial no son nulos, puesto que tal sanción de nulidad, no aparece prevista en la legislación específica de este tipo de viviendas, siendo la existencia de sobreprecio, únicamente determinante de sanciones administrativas y pérdida de beneficios; del mismo modo, no es procedente, dice reiterada Jurisprudencia, sostener la nulidad parcial de la cláusula, puesto que el precio pactado fue el decisivo para el acuerdo de voluntades»*⁷⁹².

Como hemos visto en la LUs, en el ordenamiento jurídico español, cuando se superan los límites fijados por el legislador la consecuencia es

⁷⁹¹ STS de 7 de julio de 1999 [R] 1999, 4988], FJ 3º. Y, en el mismo sentido vid. SJPI Nº 46 de Madrid de 20 de marzo de 2004 [AC 2004, 280]. FJ 6º.

⁷⁹² Vid. Sentencia de 12 de diciembre de 2007 [R] 2007, 8923], FJ 5º. En el mismo sentido también se pronuncian las Sentencias de 16 de julio de 2001 [R] 2001, 5225], FJ 3º; y, Sentencia de 19 de noviembre de 2002 [R] 2002, 9771], FJ 4º.

la nulidad del contrato y no la integración del mismo operada por una nulidad parcial.

3.1.2. La acción de resolución

Otro mecanismo resarcitorio del que puede valerse el consumidor es la acción de resolución contractual. El artículo 1124 Cc otorga al acreedor la posibilidad de resolver el contrato cuando una de las partes no cumpliera con lo que le incumbe. Ciertamente, el tenor literal de este artículo permite al consumidor escoger entre la acción de cumplimiento y la acción de resolución en caso de que la otra parte haya incumplido. Sin embargo, la acción de cumplimiento no es aplicable en el caso de la contravención de la obligación de evaluar la solvencia del consumidor de crédito. Esto se debe a que las conductas derivadas de la obligación que nos ocupa conducen a determinar la elegibilidad del consumidor para el contrato de crédito en un importe determinado, así como los intereses aplicados. Exigir el cumplimiento de la evaluación una vez concedido el crédito carecería de sentido, ya que no es posible cumplir con esta obligación una vez se ha formalizado el contrato.

Quedaría expedita, entonces, la posibilidad de que el consumidor invoque la acción de resolución contractual conforme al 1124 Cc. Para ello debe verificarse la concurrencia de los requisitos establecidos por la jurisprudencia, a saber: un contrato con prestaciones recíprocas, que el incumplimiento sea *grave* y, que el demandante haya cumplido con la prestación que le es exigible (excepto si su incumplimiento se debe al incumplimiento previo del demandado)⁷⁹³. En el caso que nos ocupa, la obligación de evaluar la solvencia se encuentra con varios obstáculos para hacer valer la acción de resolución.

En primer lugar, a pesar de no ser una cuestión pacífica en la doctrina, la mayor parte de los autores considera que el contrato de préstamo constituye una relación obligatoria de carácter unilateral, conforme al tenor literal del artículo 1740 Cc⁷⁹⁴, *ergo* no se enmarcaría dentro de una

⁷⁹³ GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: «Comentario al artículo 1124» en *Comentarios al Código Civil. Tomo IV*. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.). Tirant lo Blanch. Valencia. 2013. Página 8216.

⁷⁹⁴ Puede leerse una revisión sobre este tema en ORDÁS ALONSO, M.: «*El nuevo marco normativo ...*», *op. cit.* páginas 21 a 28.

relación obligatoria recíproca o sinalagmática. No obstante, la más reciente jurisprudencia del TS se ha pronunciado acerca de esta cuestión considerando que, en el caso del préstamo con interés⁷⁹⁵ el contrato tendrá carácter sinalagmático ya que «*el simple hecho de que el contrato de préstamo devengue intereses es un indicio de que el contrato se perfeccionó por el consentimiento, con independencia de que tal acuerdo se documente con posterioridad, [...]. De este modo, quien asume el compromiso de entregar el dinero lo hace porque la otra parte asume el compromiso de pagar intereses, y quien entregó el dinero y cumplió su obligación puede resolver el contrato conforme al art. 1124 CC si la otra parte no cumple su obligación de pagar intereses*»⁷⁹⁶.

Por tanto, de acuerdo con la jurisprudencia, puede afirmarse que se trata de un contrato sinalagmático. En cuanto a si la contravención de la obligación de evaluar la solvencia puede calificarse de incumplimiento *grave*, es una cuestión que también suscita dudas. Si bien la infracción de la evaluación de la solvencia no frustra la finalidad económica del contrato, sí que puede estimarse que frustra las legítimas expectativas del consumidor, en tanto espera del profesional que le conceda un crédito *apto*. Otro motivo para calificar la infracción de la obligación de evaluar la solvencia como *grave* es que no puede darse su cumplimiento *in natura* una vez se ha concluido el contrato, tratándose así de un incumplimiento definitivo⁷⁹⁷.

No obstante, en tanto el carácter *resolutorio* implica el incumplimiento grave de una obligación principal, parece difícil que pueda afirmarse de manera absoluta la concurrencia de este requisito⁷⁹⁸.

Por último, la alegación de la facultad resolutoria del 1124 Cc requiere que el acreedor no haya incumplido con la obligación que le incumbe, en

⁷⁹⁵ Los contratos de crédito que nos ocupan serán en todo caso con interés, ya que tanto la DCC y la DCH excluyen de su ámbito de aplicación los préstamos gratuitos.

⁷⁹⁶ STS 432/2018 de 11 de julio de 2018. ECLI: ES:TS:2018:2551.

⁷⁹⁷ Vid. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. *op. cit.* páginas 8217 a 8219. No obstante, cabe señalar respecto de la *gravedad* que debe revestir el incumplimiento para que la relación obligatoria sea susceptible de resolución a través del artículo 1124 Cc, que la doctrina entiende que el incumplimiento será grave «*cuando, o bien ya no sea posible el cumplimiento in natura, o cuando siendo posible, ya no sirve para satisfacer el interés del acreedor, de modo que constituye incumplimiento "definitivo"*». *Ibidem*, página 8220.

⁷⁹⁸ Cfr. *Ibidem*, página 8218.

este caso, el pago de las obligaciones pecuniarias derivadas de la vigencia del contrato de crédito. En este sentido, cabe pensar que el consumidor que ha recibido el crédito solicitado para adquirir un bien de consumo o una vivienda, casi con toda probabilidad, no va a cuestionar la adecuación del crédito (al fin y al cabo, ha consentido al pago de las cuotas fijadas en la tabla de amortización) hasta que se encuentre en una situación en la que le sea difícil atender los pagos derivados del crédito conjuntamente con los gastos de su vida familiar. Por lo tanto, puede preverse que, en la mayoría de las ocasiones, el incumplimiento del consumidor va a ser el detonante de la reclamación por el incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia. En este estado de cosas, la aplicación de la acción resolutoria podría alegarse aun habiendo incumplido el consumidor, puesto que dicho incumplimiento sería consecuencia del incumplimiento previo del prestamista (por la concesión de un crédito no *apto*)⁷⁹⁹.

3.1.3. La inidoneidad de la recíproca restitución de las contraprestaciones para satisfacer al consumidor de crédito

Independientemente de la vía resolutoria escogida, lo cierto es que la consecuencia prevista no resulta favorable al consumidor, en caso de que alguna llegue a prosperar. Los efectos que se derivan, tanto de la acción de nulidad como de la acción de resolución contractual, consisten en la restitución de las contraprestaciones (artículo 1303 Cc)⁸⁰⁰.

La restitución con efectos *ex tunc*, lejos de beneficiar al consumidor, puede ocasionarle un perjuicio aún mayor si cabe, puesto que va a tener que reunir el importe total del crédito que reste por pagar en una suma única en un corto periodo de tiempo y restituirlo⁸⁰¹.

⁷⁹⁹ CARRASCO PERERA, A.: «Derecho de contratos». Aranzadi. Cizur Menor. 2017 (2ª Edición). Página 1083.

⁸⁰⁰ *Ibidem*, páginas 8249 a 8255.

⁸⁰¹ En esta línea se pronuncia también ÁLVAREZ OLALLA afirmando que «*aunque consideremos que la obligación de evaluar la solvencia, una vez perfeccionado el préstamo, es contractual, e incluso, aunque consideremos que el incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia constituye un incumplimiento "esencial", la resolución por incumplimiento, no es una opción sancionatoria efectiva, esto es, favorable para el prestatario. [...] difícilmente el prestatario estará interesado en ejercitar una acción que, volviéndose en su contra, le fuerce a perder el derecho al plazo y, consecuentemente, devolver el préstamo en su totalidad*». ÁLVAREZ OLALLA, P.: «La obligación de evaluar la

3.2. Acciones resarcitorias

Como acabamos de ver, las acciones dirigidas a la restitución no tienen un encaje perfecto en el problema propuesto y, tampoco proporcionan al consumidor una solución que satisfaga sus intereses. Por tanto, cabe sopesar si las acciones por culpa «*in contrahendo*» y de responsabilidad por daños puede resultar útil al consumidor para ver satisfecho su interés.

3.2.1. La acción por culpa «in contrahendo»

La primera de las medidas que permitiría al consumidor recuperar lo pagado en exceso es la acción por culpa «*in contrahendo*». En tanto las conductas relativas a la evaluación de la solvencia deben realizarse antes de la perfección del contrato, parece necesario aclarar que la responsabilidad que se deriva de su incumplimiento no tiene carácter de responsabilidad precontractual o por culpa «*in contrahendo*» en sentido estricto. La figura de la responsabilidad precontractual o por culpa «*in contrahendo*» contempla aquellos casos en los que una de las partes sufre un daño como consecuencia de la infracción de los deberes derivados de las exigencias de la buena fe⁸⁰² y del deber de lealtad que deben presidir la relación de las partes en el marco de la elaboración o preparación de un contrato que, o bien no llega a celebrarse, o bien, habiéndose celebrado, es nulo⁸⁰³.

solvencia y su incumplimiento», *op. cit.* página 793 y 794. Y, aunque refiriéndose a los efectos de la nulidad o anulabilidad del contrato, también señala la inconveniencia de la restitución de las prestaciones por la devolución con la pérdida, precisamente, del beneficio del plazo. Vid. ARROYO AMAYUELAS, E.: «Comentario del artículo 21», *op. cit.* página 812.

⁸⁰² GARCÍA RUBIO, M. P.; OTERO CRESPO, M. *op. cit.* página 54.

⁸⁰³ Cfr. ASÚA GONZÁLEZ, C. I.: «*La culpa in contrahendo (Tratamiento en Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos)*». Servicio Editorial UPV. Bilbao. 1989. Páginas 246 a 250. GARCÍA RUBIO y OTERO CRESPO también incluyen la posibilidad de la celebración de un contrato válido en el que una de las partes ve perjudicados sus intereses por la infracción de deberes precontractuales. Aunque reconocen que este caso es controvertido y que «*los remedios propiamente indemnizatorios ante violaciones precontractuales se conjugarían con remedios propiamente contractuales*». GARCÍA RUBIO, M. P.; OTERO CRESPO, M.: «La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo» en *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, N°2/2010. Abril de 2010. Barcelona. http://www.indret.com/pdf/731_es.pdf. Página 56. En contra, cabe destacar

La obligación de evaluar la solvencia, más allá de imponer una serie de deberes que deben ser llevados a cabo antes de la perfección del contrato⁸⁰⁴, no tiene encaje en este supuesto por varias razones:

1. Como he apuntado en el párrafo relativo a la nulidad, considero que la infracción de las conductas que componen esta obligación no determina la nulidad radical del contrato.
2. La obligación de evaluar la solvencia puede fundamentarse en los postulados de la buena fe; pero éste no es su fundamento único ni último. El principio de crédito responsable es el informador directo de la obligación que nos ocupa, con el objetivo mediato de proteger al consumidor e instaurar un mercado de crédito europeo, así como la salvaguarda de su estabilidad.
3. Si bien, efectivamente, las conductas conducentes a la evaluación de la solvencia se ejecutan previamente a la perfección del contrato, su incumplimiento no se produce hasta que el contrato no se perfecciona. La infracción se produce con la conclusión del contrato, concretamente, con la concesión de crédito a aquellos consumidores que no tienen la capacidad económica para hacer frente a las obligaciones que se derivan de éste. En el supuesto de que el contrato no llegue a concluirse, la mala praxis del prestamista en este sentido carece de repercusión sobre el consumidor y ni en el mercado.
4. Además de los argumentos expuestos, cabe apuntar que el acogimiento legal de la evaluación de la solvencia ha «*contractualizado*» la conducta. Ello en el mismo sentido que el expuesto por GARCÍA RUBIO y OTERO CRESPO al hablar de los deberes de

que ASÚA considera que «no cabría invocar la idea de responsabilidad precontractual cuando se trate de un contrato válido que resulte insatisfactorio, independientemente de si el mismo se ejecuta o termina por resolverse pues, aun entonces, la indemnización se haría desde una óptica contractual». Y añade que, tiene sentido hablar de responsabilidad precontractual, a la vista de la casuística, cuando se produce una interrupción de las negociaciones y cuando el contrato resulta inválido, puesto que «los demás supuestos nos llevarían siempre al terreno del contrato». ASÚA GONZÁLEZ, C. I. «*La culpa in contrahendo...*», *op. cit.* páginas 248. 249.

⁸⁰⁴ En este sentido, ASÚA considera *rechazable* la creación de una amplia categoría de lo que debiera considerarse responsabilidad precontractual, donde lo determinante fuese, únicamente, que el acto lesivo tuviera lugar en el momento precontractual. ASÚA GONZÁLEZ, C. I. «*La culpa in contrahendo...*», *op. cit.* página 248.

información y de cómo éstos entrarán dentro del ámbito de la responsabilidad precontractual siempre y cuando no se hayan *contractualizado*⁸⁰⁵. No obstante, al no ofrecer las autoras notas sobre lo que entienden por deberes *contractualizados*, parece inferirse que se refieren a aquellos deberes que se han incorporado al contrato por existir disposiciones que contemplen qué información ha de proporcionarse y cómo. En este sentido, la evaluación de la solvencia es una conducta preceptiva en la fase de formación del contrato por lo que puede afirmarse su incorporación al contenido del contrato y, por tanto, su *contractualización*.

En vista de las razones aducidas no puede afirmarse que la acción por responsabilidad precontractual sea una herramienta efectiva para satisfacer los intereses del consumidor.

3.2.2. La acción de responsabilidad contractual

La segunda de las vías resarcitorias que podrían ser de utilidad al consumidor es la acción de responsabilidad por daños del artículo 1101 Cc. El éxito de esta acción depende de la concurrencia de dos requisitos. El primero es la presencia del incumplimiento de una obligación que, en el caso de la evaluación de la solvencia tendría lugar como consecuencia de la concesión de un contrato *no apto*. El segundo de los requisitos es la existencia de un daño que traiga causa del incumplimiento.

En el ámbito contractual, el concepto clásico de *daño* es «*cualquier lesión de un interés*»⁸⁰⁶. Desde esta perspectiva puede afirmarse, con carácter objetivo, que el consumidor ve lesionados sus intereses cuando adquiere un crédito *no apto*. En el plano fáctico el daño consiste en que, como consecuencia del incumplimiento de la evaluación, el consumidor está destinando al pago del crédito un mayor porcentaje de sus ingresos de los que debería (por la aplicación de los límites DTI y «*residual income*»), es decir, está pagando un sobre coste. La asunción de estos

⁸⁰⁵ GARCÍA RUBIO, M. P.; OTERO CRESPO, M. *op. cit.* páginas 48 y 56.

⁸⁰⁶ Vid. CARRASCO PERERA, A.: «*Derecho de contratos*», *op. cit.* página 1137. Para Díez-PICAZO, el daño es «*toda situación desventajosa en que el acreedor se vea colocado como consecuencia de la lesión de su derecho de crédito*». Vid. Díez-PICAZO, L.: «*Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Volumen II. Las relaciones obligatorias*». Civitas. Madrid. 1993 (4ª Edición). Página 683.

sobrecostes se traducirá, con carácter general, en que el consumidor no va a poder hacer frente al cumplimiento de las obligaciones económicas del contrato; o, va a tener que destinar una parte de sus ingresos a atender sus compromisos financieros mayor que la debida. Con las consecuencias que de ello podrían derivarse como para su capacidad de ahorro o de reacción ante situaciones imprevistas que repercutan en la generación de ingresos, así como la incapacidad para la atención adecuada de sus necesidades familiares y personales.

Pero, ¿es cierto que el incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia causa siempre un daño al consumidor⁸⁰⁷? Con carácter general, esta pregunta merece una respuesta negativa. En efecto, sólo si el incumplimiento tiene su origen en la concesión de un crédito no *apto* genera un daño.

Desarrollando la idea anterior podemos afirmar que estamos ante un incumplimiento dañoso cuando: (1) el prestamista haya concedido un crédito a pesar de que la evaluación de la solvencia se haya obtenido un resultado negativo; (2) en el caso de la no ejecución o ejecución errónea del procedimiento de la evaluación, existirá un daño cuando, de la correcta evaluación de la solvencia, se obtenga un resultado negativo, indicativo de que el prestamista no debió haber concedido el crédito.

⁸⁰⁷ Con carácter general, tanto la doctrina como la jurisprudencia, han afirmado que el incumplimiento en sí mismo, no genera un daño. Vid. STS núm. 567/2004 de 18 junio [RJ 2004\3629], FJ 2º «*Es doctrina jurisprudencial recogida en Sentencias de 9 de mayo (RJ 1984, 2403) y 27 de junio de 1984 (RJ 1984, 3438) y 5 de junio de 1985 (RJ 1985, 3094) que la doctrina de que el solo incumplimiento contractual no genera de suyo una obligación de indemnizar, no excluye la idea de que el incumplimiento no constituya "per se" un perjuicio o daño, una frustración en la economía de la parte, en su interés material o moral, pues lo contrario equivaldría a sostener que el contrato opera en el vacío y que sus vicisitudes, en concreto, las contravenciones de las partes, no habrán de tener ninguna repercusión, contradiciendo así la realidad normativa de la fuerza vinculante del contrato y de sus consecuencias. (Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1989 [RJ 1989, 6393]). En parecidos términos las (Sentencias de 16 de marzo de 1999, 31 de diciembre de 1998, 29 de diciembre de 1998 [RJ 1998, 9760], 22 de octubre de 1993 [RJ 1993, 7762] y 3 de junio de 1993 [RJ 1993, 4383])».*

En cuanto a la doctrina, cabe señalar a DIEZ-PICAZO, L.: «*Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Volumen II. Las relaciones obligatorias*» *op. cit.* página 688 y 689. En el mismo sentido, vid. ASÚA GONZÁLEZ, C.: «Comentario al artículo 1101» en *Comentarios al Código Civil*. Tomo IV. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.). Tirant lo Blanch. Valencia. 2013. Página 8059. CARRASCO PERERA, A.: «*Derecho de contratos*», *op. cit.* páginas 1154 y 1155. Y, busto lago, J. M.: «*El contrato de permuta financiera...*», *op. cit.* página 139.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe preguntarse si, en el momento que adquiere el crédito, el consumidor no está asumiendo igualmente el riesgo que lleva aparejada su concesión⁸⁰⁸, de manera que el prestamista quedase liberado de responsabilidad en el ámbito contractual por aplicación del principio «*volenti non fit inuria*».

En mi opinión, el consumidor al adquirir el crédito lo percibe como un riesgo, en el sentido de que es consciente de que puede ocurrir un imprevisto que le impida cumplir con los pagos. Pero ello no significa que haya consentido en la adquisición de un crédito no *apto*. En efecto, en mi opinión, con la adquisición del crédito, el consumidor que presta su consentimiento no está aceptando el riesgo derivado de la *ineptitud* del crédito. Por el contrario, de entenderse que el consumidor acepta algo, habría que presumir que lo que consiente es la adquisición de un crédito *apto*. Efectivamente, el consumidor, al prestar su consentimiento en la perfección del contrato de crédito, no está aceptando *libre, verdadera, expresa o tácitamente e inducible de las circunstancias concluyentes del caso* la exposición al posible daño⁸⁰⁹, ya que presupone que el crédito es *apto* en virtud del principio de crédito responsable y, en última instancia, del principio de buena fe negocial.

⁸⁰⁸ Sobre la teoría de la asunción del riesgo, vid. la SAP de Islas Baleares 96/2010, de 19 de marzo [AC 2010/1319], FJ 3º, donde señala que «*cuando en materia de responsabilidad civil se habla de la asunción del riesgo se alude específicamente no a los supuestos de autopuesta en peligro en sentido estricto, sino a lo que la doctrina alemana denomina consentimiento en la puesta en peligro propia por un tercero; es decir, al consentimiento de la víctima en participar de una acontecer arriesgado y controlado por otro, a la asunción autorresponsable de un riesgo de creación ajena*». Además, los supuestos de «*asunción del riesgo se caracterizan porque la conducta de la víctima no tiene eficacia causal en la generación del hecho dañoso, pero si en el daño padecido*». En el mismo sentido, vid. también la SAP Ávila 277/2010, de 23 de noviembre [JUR/2011/35334], FJ 4º.

⁸⁰⁹ Los requisitos de relativos a que el consentimiento sea libre, verdadero y expreso o tácito, y pueda deducirse de las circunstancias concluyentes del caso para distinguir la asunción del riesgo de su simple conocimiento son los establecidos por la jurisprudencia inglesa al abordar la teoría de la asunción de riesgos a través de la aplicación de la máxima «*volenti non fit iniuria*». Cfr. SAP de Islas Baleares 96/2010, FJ 3º.

A. Daños patrimoniales

La siguiente cuestión que debe abordarse es si el daño que hemos definido en el apartado anterior tiene encaje en algunas de las categorías de daño resarcible incluidas en el daño contractual. El artículo 1106 Cc establece que la indemnización de daños y perjuicios «*comprende no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor*». Así, el daño contractual debe comprender lo que doctrina denomina «interés positivo», esto es, que a través de la indemnización se debe colocar al acreedor en la situación en que estaría si no se hubiese producido la lesión, como si esta no se hubiese producido y el derecho de crédito se hubiese desarrollado correctamente⁸¹⁰.

Teniendo en mente lo anterior, la pérdida sufrida por el acreedor o el daño emergente que ha sufrido el consumidor que ha pagado por su crédito más de lo que objetivamente debería⁸¹¹, puede consistir, siguiendo a CARRASCO⁸¹², en:

1. Daños de indemnidad, dado que la falta de dinero disponible puede derivar en la falta de conservación o mantenimiento de otros intereses del consumidor.
2. Costes de cobertura, si el consumidor, para minimizar o neutralizar las consecuencias del incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia tiene que realizar alguna gestión que suponga un desembolso económico. Ello tendría lugar si el consumidor adquiriese otro producto de crédito (o bien para superar una situación coyuntural, bien un producto crediticio que sustituya el que ha sido objeto de incumplimiento), aunque difícilmente podría darse, ya que su evaluación sería negativa y, por lo tanto, debería ver denegado su acceso al crédito. Otro

⁸¹⁰ En este sentido, DÍEZ-PICAZO aclara que la lesión no puede cuantificarse solo en base a la teoría de la diferencia (entre el valor del patrimonio antes y después del incumplimiento), sino que debe hacerse desde una perspectiva más amplia. Vid. DÍEZ-PICAZO, L. *op. cit.* página 683.

⁸¹¹ Ello consiste en que las cuotas, junto con el resto de compromisos financieros, supongan más 40% de sus ingresos; o de otro modo, tenga disponible para satisfacer sus necesidades personales y familiares un importe inferior al SMI.

⁸¹² Vid. CARRASCO PERERA, A.: «*Derecho de contratos*», *op. cit.* páginas 1163 a 1173.

supuesto de esta naturaleza tendría lugar si el consumidor accediera a los ahorros depositados en productos de ahorro o inversión y ello le supusiera el desembolso de gastos o penalizaciones⁸¹³. En el caso de que el consumidor emplee recursos propios para atender a los pagos que le corresponden, podría reclamar también la utilidad perdida respecto de ese dinero. Volviendo al ejemplo del consumidor que recupera dinero depositado en un producto de depósito o de ahorro, podría reclamar los intereses dejados de percibir.

3. Costes de defensa.
4. El coste del incumplimiento del consumidor respecto de terceros. Y es que no resultaría extraño que un consumidor inmerso en una situación de sobreendeudamiento, se vea compelido a decidir qué compromisos financieros atender cuando sea consciente de que no puede hacer frente a todos ellos. No obstante, el prestamista debería asumir únicamente los costes de incumplimiento del consumidor respecto de compromisos financieros asumidos previamente a la conclusión del contrato de crédito, puesto que son los que ha tenido (o ha debido tener) en cuenta en la evaluación.

El lucro cesante o la ganancia dejada de obtener por el consumidor con ocasión del incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia, no parece que pueda ser demasiado importante en relación con la infracción de esta obligación. Sea como fuere, es indudable que podría pedirse cuando el consumidor sea capaz de probar que, por la falta de liquidez originada por el incumplimiento de la evaluación, no ha podido invertir en un negocio rentable⁸¹⁴.

⁸¹³ CARRASCO PERERA, A.: «*Derecho de contratos*», *op. cit.* páginas 1164 y 1165. Y, Díez-PICAZO, L. *op. cit.* página 686.

⁸¹⁴ En relación con el daño contractual, ha de tenerse en cuenta que el artículo 1107 Cc contiene una cláusula que matiza la responsabilidad del deudor en función de si actúa de buena o mala fe. La naturaleza de la obligación de evaluar la solvencia del consumidor de crédito excluye, con carácter general, la posibilidad de que el deudor (el prestamista) actúe de buena fe. Considerando que la obligación de evaluar la solvencia es de medios, si el prestamista la ejecuta de acuerdo con los postulados de la buena fe y la correcta *praxis* bancaria, la obligación se reputará cumplida en todo caso. La cuestión

Del elenco de daños resarcibles en el marco de la responsabilidad contractual que se acaba de relacionar e desprende que, conforme a la legislación española, la restitución del precio del contrato o de parte del mismo (y, por extensión la de cualquier prestación contractual) no puede conseguirse a través del mecanismo resarcitorio. La indemnización de daños y perjuicios se circunscribe únicamente a los daños patrimoniales (y, en su caso, al daño moral) que haya ocasionado la falta de realización de la prestación en sí.

Teniendo en cuenta que hemos definido el perjuicio causado por el incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia como el sobreprecio que el consumidor paga como consecuencia de la concesión de un crédito no *apto*, es fácil darse cuenta de que la responsabilidad contractual no es un instrumento adecuado para recuperar ese sobreprecio. El sobreprecio es, por definición, una parte del precio, y su recuperación exige el ejercicio de acciones restitutorias, no de acciones resarcitorias como la acción de responsabilidad contractual. Sin embargo, en el epígrafe anterior hemos comprobado que las acciones restitutorias que podría tener a su disposición el consumidor, no consiguen satisfacer su interés al conllevar la restitución recíproca de las contraprestaciones.

Quizá una solución a este problema podría encontrarse en la importación al ámbito de la responsabilidad contractual por incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia del consumidor

es si puede afirmarse el incumplimiento por negligencia del prestamista. A mi juicio la respuesta debería ser negativa; la posición de las entidades de crédito en el mercado y el papel que juegan en la estabilidad de la economía, además de contar con los mecanismos y herramientas necesarios para la gestión del riesgo de crédito, unido a la experiencia en este ámbito determina que su actuación deberá reputarse de mala fe siempre que exista un incumplimiento relativo a los deberes de evaluación. Sólo puede señalarse una excepción a lo afirmado, y es que el consumidor omita dolosamente o suministre información falsa. En cuyo caso, se permite expresamente al prestamista proceder a la rescisión del contrato por el incumplimiento del consumidor de sus deberes relativos al aporte de información. Por consiguiente, el prestamista deberá de responder de los daños y perjuicios que *conocidamente* tengan causa en el incumplimiento. Esta idea parece estar sustentada por el propio tenor literal de algunos artículos de la DCH (Vid. artículos 18.4 y 20.3 párrafo 3º DCH), implementados en el artículo 9.4 PLCCI, que impiden al prestamista la anulación o modificación *a posteriori* del contrato debido a, o bien un fallo en el deber de investigación (el consumidor no ha facilitado información completa), o bien un fallo en el proceso de evaluación.

del concepto extenso de daño que avalan, tanto el TJUE, como la *Directiva 2014/104/UE, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea* (en adelante, DDC)⁸¹⁵. Este concepto extenso de daño incluye indudablemente la restitución de los precios indebidamente pagados⁸¹⁶ y podría abarcar sin problema lo pagado en exceso en virtud de un crédito no *apto*. En efecto, en la responsabilidad por daños a la competencia, el daño más frecuente derivado de la actuación de cárteles o empresas que ostentan posiciones de dominio consiste en la imposición de sobrepuestos a sus clientes⁸¹⁷. Estos sobrepuestos son el componente principal de los daños resarcibles en la responsabilidad civil por daños a la competencia regulado por la DDC en sus artículos 1 y 3. El hecho de que la DDC y las DCC y DCH sean todas normas pertenecientes al ordenamiento de la Unión proporciona un argumento que podría ayudar a sostener un concepto extenso de daño en todos los casos.

En el supuesto de que la reconfiguración de las condiciones económicas del crédito para reconvertirlo en *apto* sea imposible; es decir, en el caso de que, aun eliminando el interés de crédito la evaluación muestre que éste no debió haberse concedido, debe entenderse todo lo pagado en concepto de pago de intereses es un sobrecoste, con lo que deberá procederse a la devolución de todas las cantidades cobradas en este concepto. No obstante, no parece probable que este tipo de supuestos tenga demasiada incidencia en la práctica de los operadores de crédito.

B. Daños no patrimoniales o daño moral

Además del concepto extenso de daño que se acaba de proponer podría ayudar a la eficacia de las normas sobre la obligación de evaluar

⁸¹⁵ Ex artículos 1 y 3 Directiva 2014/104 y 72.2 de la *Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia* (en adelante, LDC).

⁸¹⁶ Vid. artículo 12 DDC. Y, PEÑA LÓPEZ, F. «*La responsabilidad civil por daños a la competencia*», *op. cit.* página 162.

⁸¹⁷ PEÑA LÓPEZ, F. «*La responsabilidad civil por daños a la competencia*», *op. cit.* página 165.

la solvencia del consumidor la consideración de las indemnizaciones por daño moral. Debe entenderse por daño no patrimonial o daño moral a aquel afecta cualquier interés jurídico del acreedor pero que carece de naturaleza patrimonial⁸¹⁸. La jurisprudencia, por su parte, ha establecido como criterio para determinar la existencia de un daño (contractual) no patrimonial *el impacto o sufrimiento psíquico* que haya sufrido el acreedor⁸¹⁹, lo que ha provocado, como apunta CARRASCO PERERA, que su existencia dependa de las *más sutiles circunstancias del caso* y obligue a observar la casuística jurisprudencial. Ello hace harto difícil anticipar *a priori* si, con carácter general, el incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia va a ocasionar un impacto emocional de suficiente entidad para que proceda una indemnización por este motivo. Sin embargo, a causa de la crisis se ha puesto de relieve la repercusión que, para la salud mental de las personas, tienen las situaciones de sobreendeudamiento⁸²⁰. El hecho de no poder afrontar el pago de los compromisos financieros, que puede derivar en la pérdida de la vivienda familiar, o no poder atender las más básicas necesidades familiares es claramente susceptible de provocar en el consumidor sobreendeudado ansiedad, angustia, estrés, etc., que pueden encajar en el criterio anteriormente mencionado del *impacto psíquico*.

Además de lo anterior, la doctrina del daño moral en sede de contratos desempeña una serie de funciones, apuntadas por CARRASCO PERERA⁸²¹, que serían útiles en el supuesto del incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia. En primer lugar, a pesar de contar con criterios objetivos de determinación del daño, estos son susceptibles de concretar una parcela del daño sufrido, es decir, una mera aproximación al daño

⁸¹⁸ CARRASCO PERERA, A.: «Derecho de contratos», *op. cit.* página 1193.

⁸¹⁹ *Ibidem*, página 1193. Vid. también ASÚA GONZÁLEZ C.: «Comentario del artículo 1106» en *Comentarios al Código Civil. Tomo IV*. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.). Tirant lo Blanch. Valencia. 2013. Página 8114. Y, SSTS 533/2000 de 31 de mayo [RJ 2000/5089]; 530/2011 de 15 julio [RJ 2011/5123]. ECLI:ES:TS:2011:4900; 222/2005 de 28 de marzo [RJ 2005/2614]; entre otras.

⁸²⁰ En los últimos años no ha sido extraño ver en prensa artículos relacionados con el impacto emocional que las situaciones de sobreendeudamiento han tenido sobre la población. Vid.

https://elpais.com/politica/2013/01/03/actualidad/1357250566_838103.html;

https://elpais.com/politica/2013/12/27/actualidad/1388176018_072390.html;

https://elpais.com/politica/2014/11/04/actualidad/1415118885_260641.html;

⁸²¹ CARRASCO PERERA, A.: «Derecho de contratos», *op. cit.* páginas 1196 y 1197.

efectivamente causado. La extensión del daño producido va a ser un extremo muy difícil de determinar, en el sentido de conocer realmente a qué ha tenido que renunciar el consumidor y su familia por no tener una situación financiera adecuada y estable. En este sentido, CARRASCO puntualiza que «*instalarse en una sistemática de la infracompensación no sólo lesiona la justicia conmutativa, sino que crea poderosos incentivos para no respetar los acuerdos*», añadiendo que ello tiene especial incidencia en las relaciones de consumo⁸²². Es por ello que la figura del daño moral o no patrimonial podría servir como cláusula de ajuste de la indemnización al daño que efectivamente ha sufrido pero que no es susceptible de ser demostrado.

En segundo lugar, la indemnización por daño moral desempeña una función punitiva respecto de deudores *gravemente incumplidores, desconsiderados, o que se aprovechan de su prepotencia en el mercado de referencia para prescindir de cualquier consideración hacia las necesidades de su acreedor*⁸²³, promoviendo la ejecución de la prestación en las condiciones adecuadas respecto de servicios de interés general⁸²⁴. Esta función correctora del daño moral también podría resultar de aplicación respecto del incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia, en determinados supuestos donde el incumplimiento sea especialmente reprobable. Como se ha puesto de relieve, las entidades de crédito han concedido crédito de forma irresponsable a pesar de tener experiencia, herramientas, capital humano para poder llevar a cabo una evaluación de la solvencia conforme a los estándares requeridos.

También podría servir como cláusula de resarcimiento de los daños *puramente nominales* cuando del incumplimiento no se haya podido probar que la infracción haya generado algún daño. Puesto que, como se ha mencionado, parte del daño sufrido por el consumidor es difícilmente determinable.

⁸²² *Ibidem*, página 1197.

⁸²³ Vid. STS 366/2010 de 15 junio [R] 2010/5151], ECLI: ECLI:ES:TS:2010:4384; SAP Barcelona 204/2005 de 22 marzo [JUR 2005\125185]; SSAP Madrid 535/2004 de 20 de julio [JUR 2004/299332]; 622/2004 de 30 de noviembre [JUR 2005, 15045]; y STS 473/2010 de 15 de julio [R] 2010/6049], ECLI: ECLI:ES:TS:2010:4717.

⁸²⁴ *Ibidem*, página 1197.

Parece que el mecanismo del daño moral podría constituir una suerte de remedio, que permitiría al consumidor resarcirse de los daños efectivamente causados a través del 1106 Cc y, a través del daño moral, de los daños que, como apunta CARRASCO, «*intuitivamente se está convencido de que han tenido lugar*», pero «*resultan muy altos los costes determinación del daño real sufrido*»⁸²⁵. Evitándose así que el prestamista se beneficie de la comisión de la infracción.

Sin embargo, la utilización del daño moral para resarcir al consumidor por el incumplimiento de la evaluación de la solvencia presenta dos inconvenientes principales. En primer lugar, tengo la impresión de que la jurisprudencia no va a considerar adecuado acudir a un mecanismo –el daño moral– destinado a resarcir daños no patrimoniales para resarcir daños patrimoniales pero que no se han podido probar. Aunque, en determinados casos, pueda servir indirectamente para compensar el daño sufrido por el incumplimiento de la evaluación.

En segundo lugar, el reconocimiento de los daños de esta naturaleza va a depender de las circunstancias del caso concreto y, en última instancia, del juez que examine el litigio. En consecuencia, el consumidor, ante el incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia, podrá ver resarcido el daño ocasionado o no, dependiendo de los factores que acompañen al incumplimiento y del criterio del juez, lo que determina una falta absoluta de seguridad jurídica y, por tanto, de efectividad de la sanción, en caso de sea la acción principal de que disponga el consumidor para reclamar el daño que se le ha ocasionado.

3.3. Recapitulación

Como resultado del análisis de los diferentes mecanismos que ofrece la legislación española por el incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia puede afirmarse que el incumplimiento de esta obligación no encuentra un encaje perfecto en ninguno de los remedios previstos por la legislación española. Además, en el caso de que, algunos de ellos, llegasen a prosperar, como la acción de nulidad o la acción de resolución,

⁸²⁵ Cfr. CARRASCO PERERA, A.: «*Derecho de contratos*», *op. cit.* página 1196.

los efectos que se derivarían de su éxito (la restitución de las contraprestaciones) no beneficiaría al consumidor.

El régimen de responsabilidad contractual tampoco parece ofrecer una solución que se adecúe a los intereses del consumidor. La reclamación de los daños patrimoniales no incluye lo pagado en exceso. El daño no patrimonial tampoco garantiza que el consumidor vea reparado el daño que le haya ocasionado el incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia. Aunque la jurisprudencia haya utilizado esta figura para evitar la infracompensación del perjudicado, lo cierto es que su aplicación queda a merced del criterio jurisprudencial⁸²⁶.

La mejor opción que tenemos, a mi juicio, para satisfacer los intereses del consumidor en el ordenamiento jurídico español es, en todo caso, la utilización de la acción de responsabilidad contractual, pero interpretando de manera extensa el concepto de daño patrimonial de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE y la DDC.

La concepción amplia de lo que debe entenderse por daño, avalada por el Derecho de la Unión, permite recuperar lo pagado en exceso. En consecuencia, este mecanismo puede resultar útil, a mi juicio, como vía que posibilite el resarcimiento del consumidor que ha adquirido un crédito no *apto*. En este caso, al no contar la legislación española con remedios *efectivos, proporcionados y disuasorios*, no parece descabellado optar por interpretar un concepto nacional en consonancia con la doctrina sobre el daño emanada por el TJUE y consagrada por la DDC.

⁸²⁶ Cfr. CARRASCO PERERA, A.: «*Derecho de contratos*». Aranzadi. Cizur Menor. 2010 (1ª Edición). Páginas 1233 y 1234.

CONCLUSIONS / CONCLUSIONES

I. The Spanish legislator has used four techniques in order to protect credit consumers: granting those consumers unwaivable rights; the unfair contract terms rules that are applicable to financial contracts; disclosure duties that are widely established in this field of law; and setting deterrent sanctions. Amidst this consumer protection techniques, disclosure duties have been considered the most relevant mechanism to shield consumers of credit from overindebtedness situations.

El legislador español ha acudido a cuatro técnicas para proteger al consumidor de crédito: conceder derechos irrenunciables al consumidor; el régimen de las cláusulas abusivas; las obligaciones de información; y, la imposición de penas especialmente disuasorias. De las técnicas de protección al consumidor, la obligación de información es el mecanismo al que tradicionalmente se le ha asignado una mayor relevancia para proteger al consumidor de crédito de las situaciones de endeudamiento excesivo.

II. The economic crisis that took place in 2007 and its severe impact over consumers' indebtedness levels, revealed that the disclosure duty is ineffective to protect credit consumers against overindebtedness. Behavioural Economics scholars have pointed out the three reasons that explain why the disclosure duties are not effective. First, disclosure duties are based on wrong assumptions about how people live, think and make decisions. Second, they also wrongly assume how the decision process works. Thirdly, the success of disclosure duties relies on the assumption that the legislator, lenders and consumers will achieve an array of unrealistic objectives. To confront this situation, the European lawmaker created a collection of substantive measures to prevent consumers' over indebtedness which are intended to support disclosure duties. This ensemble of measures forms the responsible lending principle.

La crisis financiera de 2007 y las graves repercusiones que tuvo respecto al nivel de sobreendeudamiento de los consumidores, ha puesto de manifiesto que la imposición de deberes de información no ha servido para proteger al consumidor de crédito respecto de las situaciones de endeudamiento excesivo. A este respecto, la economía conductista («*behavioural economics*»), ha apuntado que las razones

determinantes de la incapacidad del deber de información para evitar el sobreendeudamiento, son fundamentalmente tres: primera, la obligación de información parte de premisas equivocadas acerca de cómo la gente vive, piensa y toma decisiones. Segunda, también concibe erróneamente cómo funciona el proceso de toma de decisiones que pretende mejorar. Y, tercera y última, su éxito depende de una larga serie de logros que deben acometer tanto los legisladores, como los obligados a suministrar información, así como los receptores de dicha información. Ante esta situación el legislador europeo incluyó un paquete de medidas sustantivas de prevención del endeudamiento excesivo, coadyuvantes de la técnica de información al consumidor. Estas medidas componen el principio de crédito responsable.

III. The responsible lending principle can be defined from two different perspectives: a broader one and a narrower one. The broader perspective comprehends rules aiming to regulate not just contractual regulations but also compelling member States to adopt economic policies through Private and Public norms. The objective of this broader outlook is to ensure that lenders act in a careful and transparent way. The narrower perspective establishes duties and burdens which affect lenders and borrowers and aim to guarantee that consumers are granted credit that they can afford.

El principio de crédito responsable puede observarse desde dos enfoques distintos: un enfoque amplio y otro enfoque reducido. El enfoque amplio de crédito responsable comprende normas destinadas a regular deberes que exceden del ámbito meramente contractual, compeliendo a los Estados miembros a adoptar medidas de política económica, a través de normas de Derecho Público y de Derecho Privado, que aseguren el comportamiento diligente y transparente de los operadores de crédito. El enfoque reducido del principio de crédito responsable establece conductas que conciernen tanto al prestamista como al prestatario, conducentes a la contratación de productos crediticios que el consumidor pueda asumir económicamente.

IV. In its narrower outlook, the responsible lending principle express itself through two duties that are placed on lenders: the duty to assess consumers' creditworthiness and the duty to provide adequate explanations which pursue that consumers may be able to perform a suitability test.

En su enfoque reducido, el principio de crédito responsable se manifiesta en la imposición de dos deberes al prestamista: la obligación de evaluar la solvencia del consumidor de crédito y la obligación de proporcionar al consumidor las explicaciones adecuadas que, en última instancia, persigue que el consumidor realice una evaluación de la idoneidad del crédito.

V. The duty to assess consumers' creditworthiness reveals itself as the most important measure arising from the responsible lending principle. The duty to provide the adequate explanations is a more sophisticated version of the traditional disclosure duties and is affected with most of the problems pointed out about the traditional disclosure duties. This circumstance explains why the DCC proposal of 2002 and the final version of the DCC link the responsible lending principle to the duty to assess consumers' creditworthiness.

La obligación de evaluar la solvencia parece ser la medida más trascendente del principio de crédito responsable en su enfoque reducido. El deber del prestamista de facilitar al consumidor las explicaciones adecuadas no deja de ser una manifestación, aunque más sofisticada, del deber de información y adolece de muchos de los problemas señalados respecto de la obligación de información tradicional. Esta circunstancia explica que, por ejemplo, la Propuesta de DCC de 2002 y la DCC identifiquen el principio de crédito responsable con la evaluación de la solvencia.

VI. In spite of lenders having access to credit risk management protocols and tools, which also aim to find out the consumers' ability to repay, the duty to assess consumers' creditworthiness has been included as a new obligation for lenders in European rules. The reasons that motivate that the creditworthiness assessment is compulsory to lenders are: the improvident extension of credit; the credit risk management is a discretionary matter; and the inefficiency of the legal instruments in force to protect credit consumers.

La obligación de evaluar la solvencia del consumidor de crédito ha sido positivizada por el legislador europeo a pesar de que las entidades de crédito cuentan con protocolos y mecanismos de gestión del riesgo de crédito, los cuales también se dirigen a determinar las perspectivas de repago del consumidor. Las razones que han dado lugar a la legalización de la obligación de evaluar la solvencia

son: la concesión indiscriminada de crédito; la consideración del riesgo de crédito como una operación discrecional de entidad financiera; y, la inoperatividad de los instrumentos legales previstos para la protección del consumidor de crédito.

VII. The improvident extension of credit determined a disproportionate growth of the credit market. The lack of adequate controls when granting credit was possible due to the relaxation of risk standards. The relaxation of standards had its origins in the combination of three mechanisms: credit scoring, risk-based pricing and securitization.

Uno de los factores que han determinado un crecimiento desmesurado del mercado de crédito ha sido la concesión indiscriminada de crédito. La concesión descontrolada de crédito ha sido posible gracias a la relajación de los estándares de riesgo de las entidades de crédito, que ha tenido su causa última en la conjunción de tres mecanismos que han permitido la dispersión del riesgo: el «*credit-scoring*»; el «*risk-based pricing*» y la titulización.

VIII. In order to comply with the duty to assess consumers' creditworthiness, lenders have to fulfill three essential duties: (1) the duty to research on the consumer financial situation, gathering the information needed to perform the assessment; (2) the duty to process the information through statistical calculation to obtain a result demonstrative of the consumer's financial ability; and (3) the duty to be coherent with the result obtained when it is negative.

La obligación de evaluar la solvencia, para su correcta ejecución, requiere del desenvolvimiento de tres deberes principales: (1), el prestamista debe investigar la situación financiera del consumidor y reunir la información necesaria para la evaluación; (2), el prestamista debe procesar la información recopilada a través de cálculos estadísticos, obteniéndose resultado demostrativo de la situación económica del consumidor; y, (3) el prestamista debe ser coherente con el resultado de la evaluación denegando la concesión del crédito cuando el resultado arrojado sea negativo.

IX. Two conditions must be involved in determining in which cases credit may not be granted. Fulfilling these two conditions will mean that the result of the assessment is positive. A credit will be considered affordable

when the consumer financial charges (included the credit which is being studied) are never over 40% percent of the consumer's periodical income (DTI). Likewise, after reducing the consumer's income in the amount of the DTI, what remains is over a minimum amount of money that allows the consumer to satisfy its familiar and personal needs. We propose to use the Spanish minimum inter-professional salary.

Para determinar cuándo nace el deber del prestamista de denegar el crédito deben establecerse unos parámetros objetivos e introducirlos en el procesamiento estadístico de los datos. Estos parámetros, o más bien la superación de los mismos, determinará que el resultado de la evaluación sea positivo. Un crédito se considerará apto y, por tanto, que existen probabilidades de cumplimiento lo suficientemente altas para que sea procedente su concesión cuando las obligaciones financieras del consumidor (incluido el contrato en estudio) no supera el cuarenta por ciento de sus ingresos periódicos –umbral DTI–. Asimismo, también se requiere conjuntamente con el requisito anterior que, una vez deducida la porción del DTI, el remanente no debe ser inferior a una cantidad que asegure un mínimo existencial –ganancia residual–. A estos efectos, nosotros hemos propuesto el *salario mínimo interprofesional*.

X. The creditworthiness assessment procedure and the credit risk management cannot be performed simultaneously, since both mechanisms have different goals. Lenders will carry out the credit risk management in the first place. Therefore, they can set out the credit conditions and ensure the profitability of the operation. Then, lenders will perform the creditworthiness assessment.

El procedimiento de evaluación de la solvencia no puede realizarse simultáneamente con la gestión del riesgo de crédito, ya que ambos procedimientos se dirigen hacia fines distintos. Las entidades de crédito llevarán a cabo en primer lugar las actividades conducentes a la gestión de riesgo de crédito, asegurándose así de que la operación es rentable y se ajusta a sus intereses. Una vez se haya determinado la viabilidad de la operación y se establezcan las condiciones del contrato acordes con el riesgo asumido, deberá llevarse a cabo la evaluación de la solvencia, que reflejará si en el momento de la concesión el crédito es *apto*.

XI. There will be a breach of the duty to assess consumers' creditworthiness when: (1) lenders extend credit without performing the

assessment, or after a wrong performance of this duty; (2) lenders grant credit in spite of a negative result in the creditworthiness assessment.

El incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia tendrá lugar, siempre que se dé una de las siguientes circunstancias: cuando el prestamista conceda el crédito sin haber evaluado la solvencia o la hubiera evaluado erróneamente; cuando el prestamista conceda el crédito a pesar de haber obtenido un resultado negativo en la evaluación.

XII. The consumer who faces the breach of the duty to assess consumers' creditworthiness and is granted an unaffordable credit suffers harm. This loss consists in the assumption of financial obligations which are over the DTI and residual income parameters.

El consumidor que padece el incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia, adquiriendo un crédito no apto, sufre un perjuicio consistente en asumir obligaciones financieras por encima de los límites DTI y «*residual income*».

XIII. Spanish legislation sets administrative penalties in order to sanction the breach of the duty to assess consumers' creditworthiness. However, the lack of appropriate response from the Bank of Spain against lenders which systematically failure to fulfill their duties makes administrative sanctions ineffective according to European Law.

La legislación española ha establecido consecuencias de Derecho Administrativo sancionador por el incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia. La pasividad del Banco de España a la hora de detectar o, habiendo detectado, actuar contra aquellas entidades que incumplen sistemáticamente las normas que les son aplicables ha determinado que esta sanción no cumpla los requisitos de *eficacia* y *carácter disuasorio* requerido por el Derecho de la Unión.

XIV. Consumers which are harmed by a breach of the duty to assess consumers' creditworthiness may use Private Law mechanisms to get reimbursement of the loss suffered. Nevertheless, the breach of this duty does not fit perfectly in any of the remedies settled in our legislation. Nullity and termination, even when successfully alleged, are no useful for

consumers, since they lead to the restitution of everything paid or received in the transaction), which is something that consumers will not surely want. Contractual liability also does not offer a proper solution to consumers. Economic damages do not include the surplus paid by consumers. Moral damages, on the other side, do not guarantee consumers' reimbursement either. Even though the Spanish case law has used this mechanism to avoid under-compensation, it is not reliable since its application is from time to time.

El consumidor perjudicado por el incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia puede valerse de los mecanismos restitutorios previstos en el ordenamiento español. Sin embargo, la contravención de la obligación de evaluar la solvencia no encuentra un encaje perfecto en ninguno de los mecanismos resarcitorios que ofrece la legislación española. En el caso de que llegasen a prosperar la acción de nulidad o la acción de resolución, los efectos que se derivarían de su éxito (la restitución de las contraprestaciones) no beneficiaría ni resarciría al consumidor. El régimen de responsabilidad contractual tampoco parece ofrecer una solución adecuada al consumidor, ya que la reclamación de los daños patrimoniales no incluye lo pagado en exceso. La figura del daño no patrimonial tampoco garantiza que el consumidor vea reparado el daño sufrido como consecuencia del incumplimiento de la evaluación (aunque la jurisprudencia haya acudido en ocasiones a la figura del daño moral para evitar la infracompensación del perjudicado, lo cierto es que queda a merced del criterio jurisprudencial).

XV. Another possibility, foreseen by European Law, that may be useful for allowing consumers to be reimbursed of the overprice paid is the broader concept of damage settled in DDC. If we consider that the overprice satisfied by consumer due to an unaffordable credit is an actual loss as this is defined in DDC, consumers might claim a compensation in an amount equal to the excessive price charged by the lender.

Otra vía prevista por el Derecho europeo que podría resultar útil al consumidor para obtener la restitución de las prestaciones indebidamente satisfechas es el concepto amplio de daño que prevé la DDC. Concebir el sobreprecio abonado por el consumidor como un daño en sentido amplio puede funcionar como vía que posibilite el resarcimiento del consumidor que ha adquirido un crédito no *apto*. Esta traslación del concepto de daño establecido por el legislador de la Unión para el Derecho de la competencia al ámbito del mercado de crédito parece plausible, a mi juicio, dado que la aplicación de este enfoque amplio de lo que debe considerarse como un daño se va a realizar respecto de la evaluación de la solvencia, obligación

enmarcada en el principio de crédito responsable que también tuvo origen en la legislación de la Unión. En este caso, al no contar la legislación española con remedios *efectivos, proporcionados y disuasorios*, no parece descabellado optar por interpretar un concepto nacional en consonancia con la doctrina sobre el daño emanada por el TJUE y consagrada por la DDC.

BIBLIOGRAFÍA

I. OBRAS DOCTRINALES

- AAVV: «La gestión de los riesgos en las entidades de crédito» en *Las entidades de crédito: funcionamiento y gestión*. GARRIDO BUJ, S. (Coords.) Universidad Nacional de Educación a Distancia. Madrid. 2001.
- AAVV: «*The Cost of Credit Regulation, Preemption and Industry Abuses*». National Consumer Center. 2009 (4ª Edición).
- AAVV: «*El nuevo paradigma de la solvencia del consumidor de crédito en la UE*». BUSTO LAGO, J.M. (Dir.). Atelier. Barcelona. 2018 (en prensa).
- AALBERTS, M.B.: «The Financialization of Home and the Mortgage Market Crisis». *Competition & Change*. Vol. 12. No. 2. 2008. Páginas 148 a 166.
- ALBADALEJO, M.: «La nulidad de los préstamos usurarios» en *Anuario de Derecho Civil*. Nº1. 1995. Páginas 33 a 49.
- ÁLVAREZ LATA, N.: «Notas a la STJUE de 18 de diciembre de 2014 (asunto C-449-13, CA Consumer Finance SA vs I. Bakkaus; Mr.&Ms. Bonato). Obligaciones derivadas del principio de crédito responsable: primeras interpretaciones del TJUE» en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*. Nº 13. 2015. Páginas 245 a 256.
- «Comentario al artículo 14» en *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo*. MARÍN LÓPEZ, M.J. (Director). Aranzadi. Cizur Menor. 2014. Páginas 578 a 615.
- «Comentario al artículo 11» en *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo*. MARÍN LÓPEZ, M.J. (Director). Aranzadi. Cizur Menor. 2014. Páginas 522 a 549.
- «Sobreendeudamiento del consumidor: Análisis del marco actual del problema y apuntes sobre su previsible reforma» en *Homenaje a Víctor Manuel Garrido de Palma*. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J.C.; GARDEAZÁBAL DEL RÍO, F.J.; GARRIDO CHAMORRO, P.J. (Coords.). Civitas. Cizur Menor. 2010 (1ª Edición). Páginas 155 a 188.

— «*Invalidez e ineficacia en Derecho Contractual de Consumo Español. Análisis de los supuestos típicos de ineficacia en los contratos con consumidores*». Aranzadi. Cizur Menor. 2004.

ÁLVAREZ OLALLA, P.: «*El TC en Sentencia 15/2017, de 19 de junio, ampara al particular que garantiza hipotecariamente con su vivienda un préstamo mercantil, frente al órgano judicial nacional que desoye la doctrina del TJUE sobre el concepto de consumidor*», publicado en http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/STC_75_2017_19_junio_ampara_al_particular_que_garantiza_hipotecariamente_con_su_vivienda_un_prestamo_mercantil.pdf el 26 de noviembre de 2017.

— «*La obligación de evaluar la solvencia y su incumplimiento*» en *La prevención del sobreendeudamiento privado. Hacia un préstamo o consumo responsables*. CUENA CASAS, M. (Directora). Aranzadi. Cizur Menor. 2017. Páginas 681 a 810.

— «*Contratos de financiación. Préstamo civil y mercantil*» en *Tratado de Contratos Tomo IV*. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Director). MORALEJO IMBERNÓN, N.; QUICIOS MOLINA, S. (Coord.). Tirant lo Blanch. Valencia. 2013. Páginas 4469 a 4513.

ÁLVAREZ VEGA, M.I.: «*La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente*». Civitas. Cizur Menor. 2010.

ALTER, C.; VAN MUYLEM, L.: «*Responsabilité du banquier dispensateur de crédit hypothécaire*» en *Le Crédit Hypothécaire*. Anthemis. 2015. Páginas 203 a 238.

ANDREU MARTÍ, M.M.: «*La reciente normativa sobre protección del prestatario hipotecario*» en *RDBB*. Nº57. 1995. Páginas 103 a 118.

ARROYO AMAYUELAS, E.: «*Comentario del artículo 21*» en *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo*. MARÍN LÓPEZ, M.J. (Director). Aranzadi. Cizur Menor. 2014. Páginas 807 a 829.

ASÚA GONZÁLEZ C.: «*Comentario del artículo 1101*» en *Comentarios al Código Civil. Tomo IV*. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.). Tirant lo Blanch. Valencia. 2013. Páginas 8058 a 8070.

— «Comentario del artículo 1106» en *Comentarios al Código Civil. Tomo IV*. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.). Tirant lo Blanch. Valencia. 2013. Páginas 8102 a 8116.

— «*La culpa in contrahendo (Tratamiento en Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos)*». Servicio Editorial UPV. Bilbao. 1989.

ATAZ LÓPEZ, J.: «Los límites a la libertad contractual» en *Tratado de Contratos. Tomo I*. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.). MORALEJO IMBERNÓN, N.; QUICIOS MOLINA, S. (Coords.). Tirant lo Blanch. Valencia. 2013 (2ª Edición). Páginas 153 a 185.

AVGOULEAS, E.: «The Global Financial Crisis and the Disclosure Paradigm in European Financial Regulation: The Case for Reform» en *6 European Company and Financial Law Review* 440. 2009. Páginas 440 a 475.

BADOSA COLL, F.: «*La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*». Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia. 1987.

BALBUENA RIVERA, M.: «Análisis del riesgo financiero de las personas físicas y su impacto en el coste crediticio» en *Préstamo Responsable y Ficheros de Solvencia*. CUENA CASAS, M.; PRATS ALBENTOSA, L. (Coords.). Aranzadi. Cizur Menor. 2014. Páginas 117 a 179.

BAR-GILL, O.: «*Seduction by contract*». Oxford. 2012.

BEN-SAHAR, O.; SCHNEIDER, C.E.: «The Failure of Mandated Disclosure» en *159 University of Pennsylvania Law Review* 647 2011. Páginas 647 a 749.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Comentario del artículo 1» en *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.; SALAS HERNÁNDEZ, J. (Directores). Civitas. Madrid. 1992 (1ª Edición).

— «*Comentarios a la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles*». Montecorvo. Madrid. 1977.

— «Las ventas a plazos de bienes muebles» en *Anuario de Derecho Civil, N.º1*. 1966. Páginas 117 a 186.

- BESSIS, J.: «*Risk Management in Banking*». John Wiley & Sons, LTD. West Sussex (England). 2002 (2ª Edición).
- BUSTO LAGO, J. M.: «*El contrato de permuta financiera como instrumento de cobertura del riesgo del tipo de interés. Una revisión crítica de los equívocos de la jurisprudencia*». Aranzadi. Cizur Menor. 2018.
- «Comentario del artículo 7» en *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo*. MARÍN LÓPEZ, M.J. (Director). Aranzadi. Cizur Menor. 2014 (1ª Edición). Páginas 353 a 414.
- «Contrato de agencia» en *Tratado de Contratos. Tomo III*. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Director). MORALEJO IMBERNÓN, N.; QUICIOS MOLINA, S. (Coordinadoras). Tirant Lo Blanch. 2013 (2ª Edición).
- BUSTO LAGO, J.M; ÁLVAREZ LATA, N.; PEÑA LÓPEZ, F.: «*Reclamaciones de Consumo. Derecho de Consumo desde la Perspectiva del Consumidor*». BUSTO LAGO, J.M. (Coord.). Aranzadi. Cizur Menor. 2010 (3ª Edición).
- CARRASCO PERERA, A.: «*Derecho de contratos*». Aranzadi. Cizur Menor. 2017 (2ª Edición).
- «*El Derecho de consumo en España: Presente y futuro*». Instituto Nacional del Consumo. Madrid. 2002.
- CASTAÑO MARTÍNEZ, M.S.: «La eficacia de la política de la vivienda en España» en *Revista ICE*. N° 867. Julio-agosto 2012. Páginas 7 a 21.
- CATARINEU, E.; PÉREZ, D.: «La titulación de activos por parte de las entidades de crédito: el modelo español en el contexto internacional y su tratamiento desde el punto de vista de la regulación prudencial», en *Revista de Estabilidad Financiera*. N°14. Banco de España. Mayo 2008.
- CHATER, N.; HUCK, S.; INDERST, S.: «*Consumer Decision-Making in Retail Investment Services: a Behavioural Economics Perspective*». Final Report. Noviembre 2010.
https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/retail_investment_services_2010_en.pdf (accedido el 03/10/2018).

- COLLADO-RODRÍGUEZ, N.: «El principio de crédito responsable» en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, N.20, 2016. Páginas 526-531.
- CORDERO LOBATO, E.: «Resolución y liquidación de la responsabilidad civil jurídico privada en los procedimientos administrativos de consumo». <https://previa.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/17/2003/17-2003-1.pdf>. Enero de 2003.
- CRISTÓBAL MONTES, A.: «El incumplimiento de las obligaciones». Tecnos. Madrid. 1989.
- CUENA CASAS, M.: «Préstamo responsable, información crediticia y protección de datos personales». *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Anales de Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*. Nº20. 2014.
- «El sobreendeudamiento privado como causa de la crisis financiera y su necesario enfoque multidisciplinar» en *Préstamo Responsable y Ficheros de Solvencia*. PRATS ALBENTOSA, L.; CUENA CASAS, M. (Coordinadores). Aranzadi. Cizur Menor. 2014.
- «Evaluación de la solvencia y crédito hipotecarios» en *Notario del Siglo XXI*, núm. 56, julio-agosto. Colegio Notarial de Madrid. Madrid. 2014. [<http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-56/3813-evaluacion-de-la-solvencia-y-creditos-hipotecarios>].
- DE CASTRO, F.: «Limitaciones intrínsecas a la autonomía de la voluntad» en *Anuario de Derecho Civil*. Volumen 35. Nº4. 1982. Páginas 987 a 1086.
- «El Negocio Jurídico». Civitas. Madrid. 1971.
- DÍAZ ALABART, S.: «Comentario del artículo 10.1 c)» en *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.; SALAS HERNÁNDEZ, J. (Directores). Civitas. Madrid. 1992 (1ª Edición).
- «Contratación de créditos hipotecarios y protección del consumidor» en *Nuevas orientaciones del Derecho civil en Europa*. Aranzadi. Cizur Menor. 2015 (1ª Edición).

— «Evaluación de la solvencia del consumidor, tasación de inmuebles y consultas en ficheros de solvencia» en *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE)*. DÍAZ ALABART, S. (Dir.); REPRESA POLO, M. P. (Coord.). Reus. Madrid. 2015 (1ª Edición). Páginas 223 a 276.

DÍEZ PICAZO, L.: «*Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial I. Introducción al Teoría del Contrato*». Civitas. Cizur Menor. 2007 (6ª Edición).

— «*Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Volumen II. Las relaciones obligatorias*». Civitas. Madrid. 1993 (4ª Edición).

— «Doctrina del enriquecimiento injustificado» en *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*. Civitas. Madrid. 1988.

DIMARTINO, D.; DUCA, J.V.: «The Rise and Fall of Subprime Mortgages» en *Economic Letters Vol. 2 N°11*. Federal Reserve Bank of Dallas. Noviembre de 2007. Páginas 1 a 8.

DYMSKI, G.A.: «*From financial exploitation to global banking instability: two overlooked roots of the subprime crisis*». Working paper. Sacramento: University of California Center Sacramento. 2007.

ESTEVE, F; MUÑOZ DE BUSTILLO, R.: «*Conceptos de Economía*». Alianza Editorial. 2005.

FERNÁNDEZ MORALES, A.: «Modelos para la determinación del riesgo de crédito» en *El préstamo hipotecario y el mercado de crédito en la UE*. FLORES DOÑA, M. S.; RAGA GIL, J. T. (Dir.). BERROCAL LANZAROT, A. I.; CALLEJO RODRÍGUEZ, C. (Coord.). Dykinson. Madrid. 2016. Páginas 289 a 309.

FLÓREZ LÓPEZ, R.: «*Análisis de los determinantes del riesgo de crédito. Aplicación de técnicas emergentes en el mercado de los acuerdos de Basilea II y Solvencia II*». Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas. Ministerio de Economía y Competitividad. 2012.

FREIXAS, X.: «*El Mercado Hipotecario Español. Situación Actual y Proyecto de Reforma*». FEDEA. Madrid. 1991.

- GARCÍA ALONSO, J.M.: «El Mercado Hipotecario en España» en *Hacienda Pública Española*. Nº 72. 1981. Páginas 71 a 85.
- GARCÍA CANTERO, G.: «Préstamo, usura y protección de los consumidores» en *Actualidad Civil*. Nº3. Semana 16. 1989. Páginas 205 a 216.
- GARCÍA CÉSPEDES, J. C.: «Nuevas técnicas de medición del riesgo de crédito» en *Revista de Economía Financiera*. Nº 5. 2005. Páginas 86 a 114.
- GARCÍA GALLEGO, A.; GUTIÉRREZ LÓPEZ, C.: «Una aproximación al riesgo de crédito en las entidades financieras: cómo analizar la morosidad» en *AECCA: Revista de la Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas*. Nº70. 2005. Páginas 16 a 21.
- GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L.: «El derecho bancario: Consideraciones generales» *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*. Nº 3. 1999. Páginas 243 a 306.
- GARCÍA MARTÍNEZ, A.: «Sinopsis del artículo 51 de la Constitución española» [actualizado por SIEIRA, S. (2011); y, RASTROLLO, A. (2017)] en <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=51&tipo=2> (accedido el 15/08/18).
- GARCÍA RUBIO, M. P.; OTERO CRESPO, M.: «La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo» en *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, Nº2/2010. Abril de 2010. Barcelona. http://www.indret.com/pdf/731_es.pdf.
- GARCÍA SOLÉ, F.: «Comentarios a la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles (Ley 28/1998, de 13 de julio)». Civitas. Madrid. 1999 (1ª Edición).
- GARCÍA VICENTE, J.R.; MINERO ALEJANDRE, G.: «Comentario al artículo 68» en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*. Aranzadi. Cizur Menor. 2015 (2ª Edición). Páginas 975 a 987.
- «Comentario del artículo 78» en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R (Coordinador). Aranzadi. Cizur Menor. 2009 (1ª Edición). Páginas 1019 a 1020.

- GÁZQUEZ SERRANO, L.: «*El contrato de mediación o corretaje*». La Ley. Madrid. 2007.
- GIMÉNEZ VILLANUEVA, T.: «Transparencia en la Contratación Bancaria» en *Crédito al Consumo y Transparencia Bancaria*. Civitas. Madrid. 1998 (1ª Edición). Páginas 651 a 702.
- GIRÓN TENA, J.: «Espagne» en *La responsabilité extra-contractuelle du donneur de crédit en droit comparé*. SIMONT, L.; BRUYNNEL, A. (Dir.). FEDUCI. Paris. 1984.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: «Comentario al artículo 83» en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.). Aranzadi. Cizur Menor. 2015. Páginas 1145 a 1173.
- «Comentario al artículo 82» en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes COMPLEMENTARIAS (Real Decreto Legislativo 1/2007)*. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.). Aranzadi. Cizur Menor. 2015. Páginas 1104 a 1145.
- «Comentario al artículo 1124» en *Comentarios al Código Civil. Tomo IV*. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.). Tirant lo Blanch. Valencia. 2013. Páginas 8213 a 8261.
- GORDILLO CAÑAS, A.: «La nulidad parcial del contrato con precio ilegal» en *Anuario de Derecho Civil*. Nº1. 1975. Páginas 101 a 204.
- GRUDMANN, S.; ATAMER, Y.: «European Contract Law and Banking Contracts after the Financial Crisis: Challenges for Contracting and Market Transactions» en *Financial Services, Financial Crisis and General European Contract Law: Failure and Challenges of Contracting*. GRUDMANN, S.; ATAMER, Y. (Eds.). Kluwer Law International. Alphen aan den Rijn. 2011. Páginas 3 a 31.
- HAVARD, C. J.: «“On the take”: The Black box of credit scoring and mortgage discrimination» en *20 Boston University Public Interest Law Journal* 241. Año 2011. Páginas 241 a 287.

- HOMER, S.; SYLLA, R.: «*A History of Interest Rates*». Rutgers University Press. 1996.
- IZQUIERDO CARRASCO, M.: «Comentario del artículo 34» en *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo*. MARÍN LÓPEZ, M.J. (Director). Aranzadi. Cizur Menor. 2014. Páginas 1171 a 1202.
- JORDANO FRAGA, F.: «*La responsabilidad contractual*». Civitas. Madrid. 1987.
- «Obligaciones de medios y de resultado. (A propósito de alguna jurisprudencia reciente)» en *Anuario de Derecho Civil*. Madrid. 1991.
- LASARTE, C.: «*Manual sobre la protección de consumidores y usuarios*». Dykinson. Madrid (3ª Edición). 2007.
- LORANCA RUILÓPEZ, A.: «Créditos al Consumo. El Problema de la Vinculación» en *Contratos Bancarios*. Ed. CGPJ. Madrid. 2004.
- MADRID PARRA, A.: «Reforma del Mercado Hipotecario a 2009 y crisis financiera» en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Nº 719. Mayo-junio 2010. Páginas 1094 a 1133
- «*El Mercado Hipotecario (EEUU-España)*». Banco Hipotecario de España. Madrid. 1988.
- MAESTRE YENES, P.: «La política de vivienda en España» en *Revista ICE*. Abril 1979. Páginas 11 a 27.
- MANGAS MARTÍN, A.: «Los principios del Derecho comunitario en sus relaciones con los ordenamientos INTERNOS (II)» en *Instituciones y Derecho de la Unión europea*. Tecnos. Madrid. 2002 (3ª Edición).
- MARCOS FRANCISCO, D.: «¿Cuál es el alcance de las facultades integradoras del juez sobre las cláusulas abusivas?» en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº905/2015 [BIB 2015/1654]. Aranzadi. Cizur Menor. 2015. **Páginas**
- MARÍN LÓPEZ, M.J.: «La formación del contrato con consumidores» en *Negociación y perfección de los contratos*. PARRA LUCÁN, M.A. (Dir.). Thomson-Aranzadi. 2014. **Páginas**

— «La causa del contrato» en *Tratado de Contratos. Tomo I*. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.). MORALEJO IMBERNÓN, N.; QUICIOS MOLINA, S. (Coords.). Tirant lo Blanch. Valencia. 2013 (2ª Edición). Páginas 668 a 689.

— «La “voluntad virtual” del consumidor, ¿un nuevo test para determinar la abusividad de una cláusula no negociada en contratos con consumidores? (STJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11)» en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 5, 2013. Páginas 35 a 43.

— «Compraventa financiada de bienes de consumo». Aranzadi. Cizur Menor. 2000.

— «Análisis de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo», en https://previa.uclm.es/profesorado/mjmarin/invest_art_10.pdf (Acceso el 03/10/2018). Páginas 1 a 86.

MARÍN LÓPEZ, J.J.: «El ámbito de aplicación de la Ley de Crédito al Consumo» en *Crédito al Consumo y Transparencia Bancaria*. Civitas. Madrid. 1998 (1ª Edición). Páginas 61 a 188.

MARTÍN BRICEÑO, M. R.: «La protección de los intereses del consumidor a través de la forma del contrato» en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, Nº 6/2001 [BIB 2001/500]. Páginas 1971 a 1996.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: «Sobre la regulación legal de la financiación del consumidor: de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles a la Ley de crédito al Consumo», en *Actualidad Civil*. Nº4. 1996. Páginas 795 a 809.

— «Trascendencia del Principio de Protección a los Consumidores en el Derecho de Obligaciones» en *Anuario de Derecho Civil*. Tomo XLVII. 1994. Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Páginas 31 a 89.

— «Las ventas a plazos de bienes muebles». Tecnos. Madrid. 1988.

- MESTER, L. J.: «What is the point of Credit Scoring» en *Business Review (Federal Reserve Bank of Philadelphia)*. Febrero 1997. <https://www.philadelphiafed.org/-/media/research-and-data/publications/business-review/1997/september-october/brso97lm.pdf?la=en> (accedido el 11/09/2018), páginas 3 a 16.
- MONTSERRAT VALERO, A.: «Los supuestos de hecho de préstamos usurarios en la jurisprudencia Tribunal Supremo» en *Revista Aranzadi Doctrinal*. Número 6/2011 [BIB 2011/1358]. Aranzadi. Pamplona. 2011. Páginas 147 a 164.
- MUÑOZ CERVERA, M.: «El Interés y la Usura» en *Crédito al Consumo y Transparencia bancaria*. Nieto CAROL, U. (Director). Civitas. 1998 (1ª Edición). Páginas 803 a 882.
- O'KEEFE, P. T.: «Qualified Mortgages & Government Reverse Redlining: How the CFPB's Qualified Mortgage Regulations Will Handicap the Availability of Credit to Minority Borrowers». *21 Fordham Journal of Corporate & Financial Law* 413, 448 (2016). Páginas 413 a 447.
- OLIVA BLÁZQUEZ, F.: «Límites a la autonomía privada en el Derecho de contratos: la moral y el orden público» en *La autonomía privada en el Derecho civil*. PARRA LUCÁN, M. A. (Dir.). Aranzadi. Cizur Menor. 2016. Páginas 295 a 359.
- ORDÁS ALONSO, M.: «La contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios en la Ley 2/2009, de 31 de marzo». Aranzadi Civil-Mercantil nº9/2009. Aranzadi. Pamplona. 2009. Páginas 2137 a 2215.
- «Los Contratos de Crédito al Consumo en la Ley 16/2011, de 24 de junio». Aranzadi. Cizur Menor. 2013 (1ª Edición).
- «El nuevo marco normativo para la contratación de préstamos y créditos. Especial consideración a los costes asociados y la obligación de transparencia». Bosch. Hospitalet de Llobregat. 2014.
- OROZCO MUÑOZ, M.: «*El enriquecimiento injustificado*». Aranzadi. Cizur Menor. 2015.

- ORTÍ VALLEJO, A.: «*Garantías de los Títulos del Mercado Hipotecario*». Civitas. Madrid. 1993 (1ª Edición).
- PAISANT, G.: «La Directiva de 23 de abril de 2008 sobre el crédito al consumo» en *Boletín del Ministerio de Justicia*, nº 2150. Enero 2013. Páginas 1 a 21.
- PEÑA, J. I.: «*La gestión de riesgos financieros de mercado y crédito*». Financial Times – Prentice Hall. Madrid. 2002.
- PEÑA LÓPEZ, F. «*La responsabilidad civil por daños a la competencia*». Tirant lo Blanch. Valencia. 2018.
- «Comentario del artículo 10» en Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias. Aranzadi. Cizur Menor. 2015 (2ª Edición). Páginas 102 a 115.
- «Comentario del artículo 8» en Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y Otras Leyes Complementarias”. Aranzadi. Cizur Menor. 2015 (2ª Edición). Páginas 83 a 95.
- «Comentario del artículo 33» en Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo. Marín López, M.J. (Director). Aranzadi. Cizur Menor. 2014. Páginas 1147 a 1169.
- «La indemnización de los daños y perjuicios causados al consumidor en el marco del procedimiento administrativo sancionador» en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, Nº17/2007, BIB2007/2320. Aranzadi. Cizur Menor. Páginas 15 a 48.
- «La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual». Comares. Granada. 2002.
- PÉREZ CARILLO, E.F.; Gallardo OLMEDO, F.: «The EU Consumer Directive 2008 in the light of the EuSoCo Principles» en *Life Time Contracts: Social Long-term Contracts in Labour, Tenancy and Consumer Credit Law*. NOGLER, L.; REIFNER, U. (Eds.). Eleven International Publishing. The Hague. 2014. Páginas 467 a 493.

- POGRUND STARK, D.; CHOPLIN, J. M.: «Consumer Protection Initiatives in the EU Mortgage Market: A Behavioral Economics Based Critique and Proposal», *25 Temple International & Comparative Law Journal* 1 (2011). Páginas 1 a 42.
- POGRUND STARK, D.; CHOPLIN, J.M.; LEBOEUF, M.A.: «Ineffective in Any Form: How Confirmation Bias and Distractions Undermine Improved Home-Loan Disclosures», *122 Yale Law Journal Online* 377 (2013). Páginas 377 a 400.
- POLO, E.: «La Protección del Consumidor en Derecho Privado» en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Antonio Polo*. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid. 1981. Páginas 811 a 898.
- POTTOW, J. A. E.: «Private Liability for Reckless Consumer Lending» en *University of Illinois Law Review*, N.1, 2007. Páginas 405 a 465.
- PRATS ALBENTOSA, L.: «Préstamo de Consumo, Crédito al Consumo». Tirant lo Blanch. Valencia. 2001.
- PRIDGEN, D.: «2012 SYMPOSIUM: THE CONTINUING EFFECTS OF THE MORTGAGE CRISIS ON CONSUMERS: FEATURE ARTICLE: Putting some teeth in TILA: From Disclosure to Substantive Regulation in the Mortgage Reform and Anti-Predatory Lending Act of 2010» en *Loyola Consumer Law Review* 615. Páginas 615 a 639.
- PUERTAS MEDINA, R.; MARTÍ SELVA, M.L.: «Análisis del credit scoring» en *Revista de Administração de Empresas*, 53(3). Junio 2013. Páginas 303 a 315.
- QUICIOS MOLINA, S.: «Comentario del artículo 25» en *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo*. MARÍN LÓPEZ, M.J. (Director). Aranzadi. Cizur Menor. 2014. Página 898 a 923.
- QUINTÁNS EIRAS, M. R.: «Delimitación de la Agencia Mercantil en los contratos de colaboración». *Edersa*. Madrid. 2000.
- RAMOS HERRANZ, I.: «El estándar mercantil de diligencia: El ordenado empresario» en *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 59, N.1. 2006.

- RAMSAY, I.: «*SYMPOSIUM: CONSUMER BANKRUPTCY AND CREDIT IN THE WAKE OF THE 2005 ACT: COMPARATIVE CONSUMER BANKRUPTCY*», en *2007 University of Illinois Law Review* 241. Páginas 241 a 273.
- RECALDE CASTELL, A.; PETIT LAVALL, M.V.; JUAN Y MATEU, F.: «Cláusulas abusivas en los contratos bancarios» en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*. MENÉNDEZ, A.; DíEZ-PICAZO, L. (Directores). Civitas. Madrid. 2002 (1ª Edición). **Páginas**
- REICH, N.: «*General Principles of EU Civil Law*». Intersentia. Cambridge. 2014.
- REIFNER, U.; KIESILAINEN, J.; HULS, N.; SPRINGENEER, H.: «*Consumer Overindebtedness and Consumer Law in the European Union*». Septiembre 2003.
- REIFNER, U.: «Responsible Credit in the EU. National Law, the new EU-Directive and beyond» en *Evolving Legislation on Consumer Credit and Trade Practices: Stimulus or Drag on Economic Activity?* APS Bank 2007.
- RIBÓN SEISDEDOS, E.; HIDALGO MOYA, J.R.: «*El sobreendeudamiento en España: tutela judicial y protección legislativa*». CEACCU. Diciembre de 2005.
- RIVERO ALEMÁN, S.: «*Disciplina del Crédito Bancario y Protección del Consumidor*». Aranzadi. Pamplona. 1995.
- ROYO, S.: «After the fiesta: The Spanish Economy Meets the Global Financial Crisis» en *South European Society and Politics*. Vol. 14, Nº 1. Marzo 2009.
- SABATER BAYLE, I.: «Préstamo con interés, usura y cláusulas de estabilización». Aranzadi. Cizur Menor. 1986.
- SALELLES CLIMENT, J. R.: «La disciplina de los agentes económicos que operan en el mercado» en *Tratado de Contratos. Tomo I*. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.). MORALEJO IMBERNÓN, N.; QUICIOS MOLINA, S. (Coords.) Tirant lo Blanch. Valencia. 2013 (2ª Edición). Páginas 190 a 296.

- SÁNCHEZ MIGUEL, M. C.: «Responsabilidad de las entidades de crédito en su actuación profesional» en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*. Nº 38. Abril – junio 1990.
- SCHÜTZE, R.: «*An Introduction to European Law*». Cambridge University Press. Cambridge. 2015.
- STATEN, R.: «Risk-Based Pricing in Consumer Lending» en *11 Journal of Law, Economics & Policy* 33. 2015. Páginas 33 a 58.
- TAPIA HERMIDA, A.: «Evolución histórica, situación y perspectivas generales del Derecho PÚBLICO bancario español» en *Estudios de Derecho público bancario*. MARTÍN-RETORTILLO, S. (Director). Ceura. Madrid. 1987. Páginas 37 a 70.
- TOMÀS, J.; AMAT, O.; ESTEVE, M.: «*Cómo analizan las entidades financieras a sus clientes*». Gestión 2000. Barcelona. 1999.
- TRUCHARTE ARTIGAS, C.: «Nuevos requerimientos de información sobre el mercado hipotecario: un análisis del *loan to value*» en *Revista de Estabilidad Financiera*. Nº19. Banco de España. 2010. Páginas 37 a 52.
- TRUJILLO DÍEZ, I.J.: «*El sobreendeudamiento de los consumidores*». Comares. Granada. 2003.
- UBIDE, A.: «Anatomy of a modern credit crisis» en *Revista de Estabilidad Financiera*. Nº14. Banco de España. Mayo 2008.
- UREÑA MARTÍNEZ, M.: «Los intereses excesivos en los contratos de financiación con consumidores» en <https://previa.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/6/2003/6-2003-1.pdf> (acceso el 10/11/18).
- VAN Gestel, T.; BAESENS, B.: «*Credit Risk Management*». Oxford University Press. 2009.
- VAN OMMESLAGHE, P.: «La responsabilité du banquier dispensateur de crédit en droit belge» en *Revue de la Banque*. Cahier 1. 1979. Páginas 16 a 27.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.: «Consideraciones sobre la incidencia de la Ley del Consumidor en los contratos *bancarios*», en *RDBB*. Nº17. 1985. Páginas 129 a 144.

WRIGHT, J.; GINSBURG, D.: «Behavioural Law and Economics: Its origins, fatal flaws, and implications for liberty». *106 Northwestern University Law Review* 1033. Summer 2012. Páginas 1033 a 1090.

ZENNER, A.; HENRION, L.-M: «La responsabilité du banquier dispensateur de crédit en droit belge». *Journal Des Tribunaux*. V. 103 N. 5303. Larcier. Bruselas. 1984.

ZUNZUNEGUI, F.: «Evaluación de la solvencia en la concesión de créditos hipotecarios» en *Revista Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*. Nº 16. 2014.

II. JURISPRUDENCIA

1. Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Sentencia de 17 de septiembre de 2007, asunto T-201/04 [ECLI:EU:T:2007:289].

Sentencia de 3 de junio de 2010, asunto C-484/08 [ECLI:EU:C:2010:309].

Sentencia de 30 de noviembre de 2011, asunto T-208/06 [ECLI:EU:T:2011:701].

Sentencia de 2 de marzo de 2012, asuntos T-29/10 y T-33/10 [ECLI:EU:T:2012:98].

Sentencia de 14 de junio de 2012, asunto C-618/10 [ECLI:EU:C:2012:349].

Sentencia de 21 de febrero de 2013, asunto C-472/11 [ECLI:EU:C:2013:88].

Sentencia de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11. [ECLI:EU:C:2013:164]

Sentencia de 21 de marzo de 2013, C-92/11. [ECLI:EU:C:2013:180].

Sentencia de 30 de mayo de 2013, asunto C-488/11 [ECLI:EU:C:2013:341].

Sentencia de 27 de marzo de 2014, asunto C-565/12. [ECLI:EU:C:2014:190].

Sentencia de 18 de diciembre de 2014, asunto C-499/13 [ECLI:EU:C:2014:2464].

Sentencia de 13 de septiembre de 2018, asunto C-176/17 [ECLI:EU:C:2018:711].

Sentencia de 20 de septiembre de 2018, asunto C-51/17 [ECLI:EU:C:2018:750].

2. Tribunal Constitucional

Sentencia de 1 de julio de 1986 [RTC 1986, 88].

Sentencia de 26 de enero de 1989 [RTC 1989, 15].

Sentencia de 10 de febrero de 1992 [RTC 1992, 14].

Sentencia de 2 de febrero de 2015 [RTC 2015, 10].

3. Tribunal Supremo

Sentencia de 23 de septiembre de 1958.

Sentencia de 15 de diciembre de 1965.

Sentencia de 5 de abril de 1966.

Sentencia de 31 de diciembre de 1979 [RJ 1979,4499].

Sentencia de 30 diciembre de 1987.

Sentencia de 8 de octubre de 1994.

Sentencia de 7 de julio de 1999 [RJ 1999, 4988].

Sentencia de 31 de mayo de 2000 [RJ 2000,5089].

Sentencia de 16 de julio de 2001 [RJ 2001, 5225].

Sentencia de 5 de febrero de 2002 [RJ 2002,1600].

Sentencia de 19 de noviembre de 2002 [RJ 2002, 9771].

Sentencia de 11 de abril de 2003 [RJ 2003,3017].

Sentencia de 18 junio de 2004 [RJ 2004,3629].

Sentencia de 28 de marzo de 2005 [RJ 2005,2614].

Sentencia de 12 de diciembre de 2007 [RJ 2007, 8923].

Sentencia de 14 de julio de 2009 [RJ 2009, 4467].

Sentencia de 1 de julio de 2010 [RJ 2010, 6554].

Sentencia de 15 junio de 2010 [RJ 2010,5151]. ECLI:ES:TS:2010:4384.

Sentencia de 15 de julio de 2010 [RJ 2010,6049]. ECLI:ES:TS:2010:4717.

Sentencia de 15 julio de 2011 [RJ 2011,5123]. ECLI:ES:TS:2011:4900.

Sentencia de 18 de junio de 2012 [RJ 2012, 8857].

Sentencia de 22 de febrero de 2013 [RJ 2013, 1609].

Sentencia de 1 de marzo de 2013 [RJ 2013, 2280].

Sentencia de 9 de mayo de 2013 [RJ 3088,2013].

Sentencia de 25 de noviembre de 2015 [2015, 5001].

Sentencia de 11 de julio de 2018 [RJ 2018,2793]. ECLI: ES:TS:2018:2551.

4. Jurisprudencia menor

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia N° 46 de Madrid de 20 de marzo de 2004 [AC 2004, 280].

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de julio de 2004 [JUR 2004/299332].

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 24 de mayo de 2004 [JUR 2005,36597].

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 22 marzo de 2005 [JUR 2005,125185].

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de noviembre de 2005[JUR 2005, 15045].

Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 22 de septiembre de 2008 [AC 2008/1960].

Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares de 19 de marzo de 2010 [AC 2010/1319].

Sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila de 23 de noviembre de 2010 [JUR/2011/35334].

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 9 de mayo de 2013 [AC 2013, 1486].

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de enero de 2015 [JUR 2015,79489].

III. OTROS DOCUMENTOS

1. Comisión europea

Informe de la Comisión de 11 de mayo de 1995 sobre la aplicación de la Directiva 87/102/CEE [COM (1995) 117 final].

Informe resumido de reacciones y comentarios de 24 de septiembre de 1997, sobre la aplicación de la Directiva 87/102/CEE [COM(1997)465 final].

Comunicación de la Comisión sobre el «*Plan de acción sobre política de los consumidores para el trienio 1999 - 2001*» de 1 de diciembre de 1998 [COM (1998) 696 final].

Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Consejo Económico Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre el Proyecto de Informe conjunto sobre la Integración Social de 10 de octubre de 2001, [COM (2001) 565 final].

Libro Verde «*El crédito hipotecario en la UE*», de 19 de julio de 2005 [COM(2005) 327 final].

Libro Blanco «*La Integración de los Mercados Hipotecarios en la UE*» de 18 de diciembre de 2007. [COM (2007) 807 final].

«*Communication to the Spring European Council Driving European Recovery*» de 4 de marzo de 2009. [COM(2009)114].

«*Public Consultation on Responsible Lending and Borrowing in the EU*» de 15 de junio de 2009.

«*Hearing on responsible lending and borrowing*» de 3 de septiembre de 2009.

«*Summary of Responses to the Public Consultation on Responsible Lending and Borrowing in the EU*» de 30 de noviembre de 2009.

«*Working Paper on Responsible Mortgage Lending & Borrowing*» de 22 de julio de 2010.

«*Commission staff working paper. Impact assessment*», de 31 de marzo de 2011. [COM (2011) 356 final]. Volúmenes I y II.

2. Consejo europeo

Resolución del Consejo de 13 julio 1992.

Resolución del Consejo de 26 de noviembre de 2001.

Resolución del Consejo de Ministros de los Consumidores 13 abril 2000.

Resolución del Consejo de Ministros de Justicia de 8 de abril de 2005.

Recomendación del Consejo a los Estados miembros del Consejo de 20 de junio de 2007.

Posición Común del Consejo 14/2007, de 20 de septiembre de 2007, con vistas a la adopción de la Directiva 2007/.../CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo.

3. Documentación emanada por la Comisión y el Consejo conjuntamente

Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito a los consumidores (en adelante, propuesta de Directiva de crédito al consumo de 2002). [COM (2002) 443 final]

Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito a los consumidores que deroga la Directiva 87/102/CE y modifica la Directiva 93/13/CE. [COM (2004) 747 final].

Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los contratos de crédito al consumo por la que se modifica la Directiva 93/13/CE del Consejo. [COM (2005) 483 final/2].

Propuesta de Directiva sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial, de 31 de marzo de 2011 [COM(2011)142final].

4. Consejo Económico y Social europeo

Dictamen «*El consumidor y el mercado interior*» de 26 de noviembre de 1992.

Documento Informativo relativo a «*el sobreendeudamiento de los hogares*» de 12 de julio de 2000.

Dictamen sobre «*el sobreendeudamiento de los hogares*» de 24 de abril de 2002, [CESE 511/2002].

Dictamen de 17 de julio de 2003, en relación con la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de crédito a los consumidores de 11 de septiembre de 2002.

Dictamen de 14 y 15 de febrero de 2006, en relación con la «*Propuesta de Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece un Programa de acción comunitaria en el ámbito de la salud y la protección de los consumidores (2007-2013)*» de 6 de abril de 2005.

Dictamen sobre «*El crédito y la exclusión social en la sociedad de la abundancia*» de 25 de octubre de 2007 [CESE 1459/2007].

Dictamen sobre «*Protección de los consumidores y tratamiento adecuado de sobreendeudamiento para evitar la exclusión social*» de 29 de abril de 2014 [CESE 791/2014].

5. Miscelánea

BANCO DE ESPAÑA. «*Memoria de la Supervisión Bancaria en España 2015*». Madrid. 2016. Página 74.

BANCO DE ESPAÑA. «*Memoria de la Supervisión Bancaria en España 2016*». Madrid. 2017. Página 70.

BANCO DE ESPAÑA. «*Memoria de la Supervisión Bancaria en España 2017*». Madrid. 2018.

BANCO CENTRAL EUROPEO: «*Tendencias del Endeudamiento y la Morosidad en los Hogares de la Zona Euro*» en *Boletín Mensual marzo 2005* (03/2005). Traducción del Banco de España.

COMITÉ DE SUPERVISIÓN BANCARIA DE BASILEA: «*Principles for the Management of Credit Risk*». Basilea. Septiembre de 2000.

Conclusiones del Abogado General Sr. Paolo MENGOZZI presentadas el 30 de mayo de 2017, asunto C-122/16 [ECLI:EU:C:2017:406].

Consumer credit: report of the Committee on Consumer Credit. Chairman, Lord Crowther. H.M.S.O, Lond. March 1971.

CONSUMERS INTERNATIONAL: «*Responsible Lending: An international Landscape*» de noviembre de 2013.

European MORTGAGE FEDERATION: «*Proposal for EU Responsible Lending standars for home loans*», de 11 de mayo de 2009.

FINCONET: «*FinCoNet report on responsible lending. Review of supervisory tools for suitable consumer lending practices*». Julio de 2014.

«*Rapport fait au nom de la Commission de l'Economie par MM. De Cooman et De Wasseige*», de 7 de febrero de 1991.

«*Rapport fait au nom de la Commission de l'Économie et de la Politique Scientifique par M. Bartholomeeussen*», 6 de mayo de 1991.

WORLD BANK: «*Responsible Lending. Overview of Regulatory Tools*». Octubre 2013.