

Noelia COLLADO-RODRÍGUEZ

***La obligación del prestamista de evaluar
la solvencia del consumidor de crédito¹***

José Manuel Busto Lago

Catedrático de Derecho Civil
Universidad de La Coruña

A finales del mes de julio del año 2019 se ha publicado la monografía de la que ahora doy noticia, *La obligación del prestamista de evaluar la solvencia del consumidor de crédito*, resultado de la Tesis Doctoral defendida por la autora el día 15 de marzo del mismo año en la Facultad de Derecho de la UDC, de cuyo Tribunal, junto con la Prf^a Dr^a BARBARA POZZO, de la *Università degli Studi dell'Insubria* y con el Prof. Dr. M. J. MARÍN LÓPEZ, de la UC-LM, tuve el honor de formar parte. Estamos, por lo tanto, ante una obra académica, fruto del estudio, del trabajo y de la reflexión propia de una memoria de doctorado, pero estamos, fundamentalmente, ante una obra jurídica de lectura recomendable para cualquier profesional que quiera obtener un conocimiento especializado en materia de contratación bancaria de préstamos a consumidores y para cualquier profesional que pretenda formarse en el ámbito del Derecho de consumo.

La obra de la que esta reseña pretende dar cuenta es la primera en la que, con carácter monográfico en el Derecho español, se estudia la obligación de la evaluación de la solvencia del consumidor de crédito en todas sus dimensiones y en el marco normativo vigente. En orden a enmarcar adecuadamente el contexto de su elaboración y publicación, ha de ponerse de relieve que la fecha de defensa de la referida Tesis Doctoral tuvo lugar un día antes de la publicación en el BOE de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, *reguladora de los contratos de crédito inmobiliario*, cuyos arts. 11 y 12 están destinados a regular la obligación de evaluar la solvencia del potencial prestatario en el

¹ COLLADO-RODRÍGUEZ, Noelia, *La obligación del prestamista de evaluar la solvencia del consumidor de crédito (Adaptado a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario)* Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019 (1^a edic.) 332 páginas.

caso de contratos de préstamo o de crédito sometidos a su aplicación. Esta circunstancia determina que la Tesis Doctoral se defendiese en un momento especialmente adecuado para realizar un tratamiento sosegado y reflexivo de su objeto, pero también que la autora hubiera de acometer algunas modificaciones en su contenido para dar cuenta de la regulación de la obligación de evaluar la solvencia en el ámbito de los préstamos con garantía hipotecaria concedidos a consumidores finalmente contenida en la referida Ley 15/2019. Esto es así, por cuanto en la elaboración de la Tesis Doctoral la autora tomó en consideración los distintos Anteproyectos elaborados para la transposición de la Directiva 2014/17/UE, así como la procelosa tramitación parlamentaria del *Proyecto de Ley* de 17 de noviembre de 2017, pero, por evidentes razones temporales, no pudo dar cuenta de la redacción finalmente aprobada del contenido de la obligación de evaluación de la solvencia en este tipo de créditos. De esta adaptación, realizada antes de la publicación, la autora da cuenta en el propio título de la monografía y la lleva al tratamiento de las distintas cuestiones en las que la vigente *Ley de contratos de crédito inmobiliario* tiene incidencia.

La autora enmarca sistemáticamente el estudio específico que realiza de la obligación de evaluación de la solvencia del consumidor de crédito tanto en los créditos o préstamos (personales) al consumo, como en los préstamos con garantía hipotecaria en los instrumentos y normas de protección del consumidor en los contratos de financiación, realizando una exposición de éstos, previstos tanto en normas de carácter general o transversal, como son los casos de la *Ley de Usura* de 1908 –y cuya virtualidad es puesta de manifiesto, *v.gr.*, la STS 149/2020, de 4 de marzo, en relación con los llamados créditos *revolving*- y de la *Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles*; como en normas del ámbito propio de las relaciones de consumo –Leyes reguladoras de los contratos de crédito al consumo, de comercialización a distancia de servicios financieros y de contratación con consumidores de préstamos o créditos hipotecario y servicios de intermediación para la celebración de estos contratos-, que constituye el objeto del Capítulo I.

El Capítulo II tiene por propósito la exposición y la evaluación de las técnicas utilizadas para la protección del consumidor de crédito con carácter previo a la implantación de la obligación de evaluación de la solvencia, así como la explicación de su incapacidad para evitar el sobreendeudamiento de los consumidores y los efectos, sociales y económicos, perversos que ello conlleva. En particular, la autora identifica estas técnicas con la previsión normativa del carácter cogente de las normas de Derecho privado que atribuyen determinados derechos y facultades al consumidor, las normas reguladoras de las denominadas cláusulas abusivas, la previsión de obligaciones

precontractuales de información y el carácter disuasorio de la utilización de condiciones contractuales y de prácticas contractuales que supongan la contravención de las normas tuitivas de los derechos del consumidor a través de su tipificación como infracciones administrativas. Expone la autora, de manera adicional, otros instrumentos que tienen la virtualidad de prevenir el sobreendeudamiento del consumidor y, entre éstos, incluye las previsiones acerca de la obligación de realizar determinados desembolsos iniciales –ejemplificando con el que se preveía en la derogada LVPBM de 1965–, las facultades de integración judicial del contrato o la inembargabilidad de ciertos bienes de titularidad del deudor. Pero, sin duda, el aspecto más relevante de este Capítulo II es el tratamiento que la Dr^a Collado-Rodríguez realiza de las obligaciones de información a cargo del empresario prestamista y la exposición de las razones en virtud de las que las previsiones de este tipo de obligaciones resultan inhábiles para prevenir el sobreendeudamiento del consumidor de crédito. La anterior afirmación no puede sino ser compartida, frente a las acríicas voces que, cual Bobo de *El Criticón* de B. Gracián –que todo halla perfecto, todo lo aprueba, pero que repele por sus majaderías–, reiteran que el cumplimiento de las obligaciones precontractuales de información se erigen en un adecuado remedio en orden al equilibrio jurídico del contrato y ello aun sin llegar a asumir también que los inacabables listados de obligaciones precontractuales y contractuales de información que se incluyen en las normas de consumo constituyen, en expresión del Maestro consumerista CARRASCO PERERA, el auténtico cáncer del Derecho de consumo. En particular, la Dr^a COLLADO-RODRÍGUEZ enuncia las tres razones que siguen para explicar la anterior afirmación: 1) Las obligaciones de información parten de premisas equivocadas acerca de cómo las personas viven, piensan y toman las decisiones (en relación con esta cuestión resulta de lectura recomendable la obra de D. KAHNEMAN, *Pensar rápido, pensar despacio*, Ed. Debate, Barcelona, 2012 [3^a edic.], en la que explica como la psicofísica de las posibilidades induce una sobrevaloración de las cosas seguras y los eventos improbables en relación con eventos de probabilidad moderadas, lo que, a su vez, explica algunas anomalías, desde la perspectiva de estricta lógica económica del comportamiento de los consumidores). 2) El establecimiento de las obligaciones que nos ocupan concibe erróneamente el funcionamiento de la toma de decisiones que pretende mejorar e, incluso, optimizar. 3) El éxito de estas previsiones está supeditado a alcanzar una serie de logros que deben acometer tanto los legisladores, como los empresarios y profesionales obligados a su cumplimiento y los receptores de la información que, difícilmente concurrirán de manera cumulativa.

Con el Capítulo III se inicia el tratamiento del fundamento del establecimiento de la obligación de evaluación de la solvencia a cargo de las entidades financieras que actúen como prestamista, cual es el principio del crédito responsable, cuyo origen se sitúa en

los trabajos preparatorios de la Directiva 2008/48/CE, *sobre los contratos de crédito al consumo*, con los antecedentes de la legislación belga en la materia, del año 1991. En esta Ley belga –de la que la autora revela tener un particular conocimiento– se contemplaba la obligación de denegar la concesión de crédito a aquellos consumidores que no se encontraran en situación económica que les permitiese afrontar el cumplimiento de las obligaciones de restitución, de manera que, como se precisa en la monografía que nos ocupa, el deber de la evaluación de la solvencia del solicitante del préstamo estaba implícito en la misma. En la Directiva 2008/48/CE la potenciación de las normas sobre información al consumidor en la fase precontractual, así como la obligación de asesoramiento y de evolución de la solvencia del consumidor que se asignan al empresario son típicas del enfoque del «*crédito responsable*». En esta misma línea, en la Comunicación de la Comisión de 4 marzo de 2009, sobre conducción de la recuperación europea [(COM 2009) 114], la Comisión manifiesta su intención de emprender la adopción de medidas a nivel de la UE sobre crédito responsable, incluyendo la creación de un entorno de fiabilidad respecto de la actividad de intermediación de créditos, con el objeto de desarrollar mercados financieros más responsables y dignos de confianza hacia el futuro. El deber de evaluar la solvencia del consumidor de crédito surge así vinculado a la idea de «*préstamo / crédito responsable*».

En el ámbito del crédito con garantía inmobiliaria, la Directiva 2014/17/UE, del Parlamento y del Consejo Europeo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, se enmarca en el movimiento regulatorio y supervisor, a nivel mundial, del sector financiero (y en particular de los conocidos como Acuerdos de Basilea III, como conjunto de propuestas de reforma de la regulación bancaria, publicadas a partir del 16 de diciembre de 2010) y tiene como uno de sus objetivos declarados prevenir crisis financieras como la acaecida a partir del mes de septiembre de 2008 una de cuyas principales causas suele imputarse a la concesión irresponsable de créditos por entidades bancarias y financieras y, más en concreto, los hipotecarios. Esta idea se recoge nítidamente en el Preámbulo de la Directiva 2014/17/UE, que reproduce literalmente en el §.II de la Exposición de Motivos de la LCCI, al declarar que «*la crisis financiera ha demostrado que el comportamiento irresponsable de los participantes en el mercado puede socavar los cimientos del sistema financiero, lo que debilita la confianza de todos los interesados, en particular los consumidores, y puede tener graves consecuencias sociales y económicas*» (Considerando 3); al tiempo que pone de manifiesto que «*la Comisión ha determinado una serie de problemas que sufren los mercados hipotecarios de la Unión en relación con la irresponsabilidad en la concesión y contratación de préstamos, así como el margen potencial de comportamiento*

irresponsable entre los participantes en el mercado, incluidos los intermediarios de crédito».

Después de analizar sus respectivos antecedentes y los trabajos y estudios prelegislativos, la autora se centra en el enfoque asumido en las Directivas 2008/48/CE y 2014/17/UE en relación con el aludido principio del crédito responsable y sus vinculaciones con los deberes de información, con el deber de proporcionar explicaciones adecuadas –que la Sala Civil del TS vinculará con las llamadas obligaciones de transparencia material- y con la consabida obligación de evaluación de la solvencia del solicitante de préstamo o crédito. A tenor de la previsión contenida en el art. 11.5 de la LCCI, la autora argumenta (págs. 244 y ss.) que se ha optado, conforme a la legislación derivada de la UE (frente a la opción representada, *v.gr.*, por el art. 6.3 de la Propuesta de Directiva de 2002), por asumir el concepto de solvencia del prestatario el sentido más estricto de los dos posibles, como «*affordability*» o capacidad de pago en sentido estricto; frente a la posibilidad representada por asumir un concepto más amplio equiparable a la «*suitability*» o idoneidad del préstamo o crédito a tenor de las características del consumidor. De acuerdo con la acepción asumida, debe considerarse que es un prestatario solvente aquel que, de conformidad con las técnicas de evaluación correspondientes, va a poder hacer frente al pago o cumplimiento de las obligaciones derivadas del crédito o préstamo con la parte disponible de su patrimonio (esto es, una vez se ha excluido lo necesario para hacer frente al pago de las necesidades vitales para subsistir); frente a la posibilidad representada por la segunda de las concepciones expuestas, a tenor de la cual la solvencia del prestatario no implica sólo que podrá devolver el crédito o préstamo porque tiene patrimonio suficiente para ello, sino que, dentro de las diversas posibilidades que ofrece el mercado de crédito, el producto contratado se ajusta a sus intereses, necesidades y preferencias –es un préstamo o crédito «*idóneo*» en la expresión que utilizó la Dr^a COLLADO-RODRÍGUEZ-

Los Capítulos IV y V constituyen el núcleo de la obra de la que se da noticia, en tanto que, en ellos, después de exponer la relación entre la gestión de riesgos propia de la actividad bancaria y la obligación de evaluación de la solvencia del prestatario, se analiza la naturaleza jurídica, el contenido y las consecuencias vinculadas al incumplimiento de esta obligación. La obligación de evaluar la solvencia del consumidor solicitante de un préstamo o crédito se impone a los profesionales del crédito, tanto si son entidades financieras o bancarias, como si son intermediarios de crédito, y está preordenada a indagar sobre las condiciones del potencial cliente en orden a concertar sólo contratos en virtud de los que adquieran productos adecuados a su capacidad de soportar riesgos y pérdidas y asumir determinados costes. Por otra parte, procede recordar que la STJUE de 5 de marzo de 2020 (asunto C-679/18), dictada

resolviendo una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Comarcal de Ostrava (República Checa), declara que los Juzgados y Tribunales tienen el deber de examinar, de oficio, el cumplimiento de la obligación de evaluación de la solvencia del consumidor prestatario por parte de las entidades financieras prestamista y, en su caso, de los intermediarios de crédito.

La autora expone con solvencia y de manera argumentada el ámbito de aplicación de la obligación de evaluar la solvencia y su contenido, tanto desde la perspectiva de los deberes de investigación de las circunstancias subjetivas del solicitante del préstamo o crédito, como desde la perspectiva del «*credit scoring*», para lo que se requiere el procesamiento adecuado de la información previamente recopilada.

En la obra se pueden encontrar las argumentadas respuestas que la autora ofrece a las dos cuestiones fundamentales que suscita la obligación de la evaluación de la solvencia del consumidor de crédito: 1ª) ¿Cuáles son las consecuencias jurídicas de un resultado negativo en la evaluación de la solvencia del prestatario? 2ª) ¿Cuáles son las consecuencias jurídico-privadas del incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia del prestatario imputable al prestamista?

En relación con la primera de estas cuestiones, la normativa sectorial previa a la LCCI no resulta clara en cuanto a las consecuencias vinculadas a un resultado negativo de la evaluación de la solvencia del potencial prestatario. En efecto, de la Orden EHA/2899/2011 (art. 18.5) y de la Ley 10/2014, *de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las entidades de crédito* (art. 5.2, rubricado «*protección de clientes de entidades de crédito*») se deriva que las disposiciones en ella reguladas lo son «*sin perjuicio de la libertad contractual*». Significativo resulta que la STC 54/2018, de 24 de mayo, haya declarado inconstitucional el art. 263-2.4 del *Código de Consumo de Cataluña* que expresamente contenía la prohibición de conceder el crédito en caso de evaluación negativa, en tanto que «*difiere radicalmente de la libertad de contratar sancionada en la normativa estatal que regula la evaluación de la solvencia sin perjuicio de la libertad de contratación*»; frente al argumento esgrimido por el Letrado del Parlamento de Cataluña que sostenía que la prohibición de concesión del préstamo o crédito si hubiera evaluación negativa de la solvencia no es contradictoria con la normativa estatal, puesto que el artículo 18.2 de la Orden EHA/2899/2011 acepta expresamente que la libertad de contratación está sujeta a las limitaciones que puedan emanar de otras disposiciones legales y que, por esta razón, no cabe excluir que sea el legislador autonómico el que, ejerciendo su competencia en materia de protección de los consumidores, las establezca condicionando razonable y motivadamente dicha libertad de contratación teniendo en cuenta, especialmente, que el orden público y, en

particular, el orden público económico se erige como un límite al ámbito de la autonomía privada a tenor de lo dispuesto en el art. 1255 del CC.

En el ámbito del crédito al consumo, y a pesar de que la LCCC no establezca expresamente que si la evaluación de solvencia es negativa el crédito no se podrá conceder –como tampoco lo hace la Directiva 2008/48/CE, ni la Circular del Banco de España 4/2016–, dicha consecuencia parece derivarse de la propia finalidad, fundamento, así como de la toma en consideración de los intereses jurídicos que pretenden preservarse con el establecimiento de la obligación de la evaluación de la solvencia del potencial prestatario antes de la concesión del préstamo que pretende. Es cierto que podría defenderse que, en este caso, y apelando a la libertad de contratación, el prestamista puede decidir y asumir el riesgo de incumplimiento del consumidor; pero esto iría claramente en contra del propio principio y de la norma cuyos objetivos trascienden de la estabilidad financiera de la entidad en concreto y, además, habría de complementarse con una norma clara en la que se estableciera, sin duda, la responsabilidad del prestamista por la concesión irresponsable del crédito. La protección del consumidor de la operación de crédito y la prevención del sobreendeudamiento, así como la evitación de los indeseables efectos de la concesión de préstamos irresponsables son, por otra parte, los verdaderos objetivos de la medida, que se verían defraudados en caso de obviar resultados negativos. En palabras de la Directiva 2008/48/CE, *«en un mercado crediticio en expansión, en particular, es importante que los prestamistas no concedan préstamos de forma irresponsable o sin haber evaluado previamente la solvencia del prestatario, y que los Estados miembros lleven a cabo el control necesario para evitar tales comportamientos, así como los medios necesarios para sancionar a los prestamistas en caso de que ello ocurra»*. Otra cosa es que se atienda a las características del consumidor en concreto en las frecuentes hipótesis de informes dudosos: no se trata de denegar el crédito a quien no tenga categoría de buen deudor sino de ofrecer al consumidor un producto que se ajuste a sus necesidades y posibilidades de repago.

En materia de contratos de crédito inmobiliario, la Directiva 2014/17/UE parece más clara en relación con la consecuencia vinculada a un resultado negativo de la evaluación de solvencia del prestatario, estableciendo, en su art. 18.5, que los Estados miembros velarán por que : *«a) Siempre que la evaluación de la solvencia del consumidor arroje un resultado negativo en cuanto a la capacidad de este para reembolsar el crédito durante el periodo de vigencia del contrato, el prestamista deniegue el crédito»*. Esta previsión de la Directiva es incorporada en el art. 11.5 de la LCCI en los siguientes términos: *«El prestamista solo pondrá el préstamo a disposición del prestatario si el resultado de la evaluación de la solvencia indica que es probable*

que las obligaciones derivadas del contrato de préstamo se cumplan según lo establecido en dicho contrato». El referido precepto de la LCCI ha sido interpretado de manera diversa; a saber:

a) Si el resultado de la evaluación de solvencia del solicitante del préstamo es negativo, la entidad financiera no podrá concederlo, de manera que la norma es interpretada en el sentido de que, en este supuesto, está imponiendo una prohibición de contratar. Esta interpretación, considerada conforme con el tenor del correlativo precepto de la Directiva 2014/17/UE, se argumenta sobre la consideración de que si la entidad financiera que ha evaluado la solvencia del potencial prestatario sólo puede conceder el préstamo cuando el resultado de la evaluación es positivo, tiene prohibido hacerlo en aquellos casos en los que el resultado de aquélla sea negativo. Los autores que se adhieren a esta interpretación se plantean también cuál es la consecuencia jurídica vinculada a la conducta de la entidad financiera que, a pesar del resultado negativo de la evaluación de solvencia del prestatario, concierta el contrato con éste, indicado que, en este caso, la sanción jurídico-privada debe ser la misma que para el caso de incumplimiento de la obligación misma de evaluar la solvencia que establece el art. 11.1 de la LCCI, aun cuando el incumplimiento se refiera al art. 11.5 de la propia LCCI .

b) La segunda interpretación que se sostiene del precepto considera que éste no establece el deber de denegar la concesión del préstamo aún en el caso de un resultado negativo de la evaluación de solvencia, de manera que seguiríamos en el ámbito de la autonomía privada y de la libertad de empresa.

En todo caso, aun cuando se asuma, como se hace en la obra que nos ocupa (especialmente en el §.III.3 del Capítulo IV), que la entidad financiera sólo puede conceder el préstamo o el crédito en aquellos casos en los que el resultado de la evaluación de la solvencia sea positivo –en los términos de la necesaria adecuación del préstamo o crédito al prestatario expuestos en la págs. 241 a 250-, los argumentos acogidos por el TS en las Sentencias 628/2015, de 25 de noviembre y 149/2020, de 4 de marzo, permiten amparar las concesiones de crédito a estos consumidores que no superen la evaluación de la solvencia en el caso de que el préstamo/credito se conceda con un tipo de interés remuneratorio que se cohoneste con el normal del dinero en el tipo de operación de que se trate, pero impide que, para el caso de clientes de mayor riesgo crediticio, pueda incrementarse. Esta forma de argumentar conduce inexorablemente a un incremento generalizado del coste de estos créditos y, de esta manera, a una mutualización del riesgo de impago entre sus clientes.

La segunda de las cuestiones trascendentes que la obra suscita y resuelve ante el silencio de las normas al respecto (que el prologuista de la obra imputa a la voluntad, acaso deliberada del legislador –y que yo señalaría simplemente como casual-, de no incrementar el arsenal jurídico-privado del que disponen los clientes bancarios fruto de pronunciamientos jurisprudenciales especialmente decididos en la protección de los intereses de éstos), como adelantaba es la atinente a la determinación de las consecuencias jurídico-privadas del incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia del prestatario, sin perjuicio de la tipificación de este incumplimiento como una infracción administrativa (a la respuesta a esta pregunta dedica la autora el Capítulo V en su integridad). La cuestión tiene una especial relevancia, toda vez que la ya citada STJUE de 5 de marzo de 2020 (asunto C-679/18) determina que si el Tribunal concluye que el prestamista incumplió la obligación de evaluar la solvencia del prestatario, debe deducir las consecuencias jurídico-privadas previstas en la ley para el caso de incumplimiento, siendo así que ni en la LCCC, ni en la LCCI se establecen, de manera expresa, estas consecuencias jurídico-privadas, considerando el TJUE que la calificación de la conducta del prestamista como una infracción administrativa no cumple con las exigencias de los arts. 8 y 23 de la Directiva 2008/48/CE, en tanto que la sanción administrativa no afecta «a la situación de un consumidor concreto» (ap. 38), no siendo una sanción efectiva y disuasoria, tal como requiere el art. 23 de la Directiva 2008/48/CE.

En efecto, en el ámbito de los contratos de crédito al consumo, el art. 14 de la LCCC, fruto de la transposición de la Directiva 2008/48, no contempla las consecuencias jurídico-privadas derivadas del incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia del consumidor, sino que se limita a establecer la obligación para el prestamista, transponiendo literalmente la Directiva en este aspecto, sin más precisiones. Así las cosas, al margen de las sanciones administrativas –el incumplimiento de esta obligación constituye infracción en materia de consumo y se le aplica el régimen sancionador general previsto en los arts. 46 y ss. del TRLGDCU- no se prevén sanciones jurídico-civiles de manera particular, al igual que acontece en la LCCI/2019 (cuyo art. 44 remite a la aplicación de la LOSSEC, calificando la infracción como muy grave, salvo que el incumplimiento tenga un carácter meramente ocasional, en cuyo caso la tipificación de la conducta es de infracción leve) y de modo diverso a lo que han realizado otros legisladores nacionales, como en el caso del francés, que ha previsto la sanción de privación de intereses para el prestamista –en su totalidad o en la proporción que el Juez determine- (art. L341-28 del *Code de la Consommation*, tras su reforma por la *Ordonnance* 2016-351, de 25 de marzo) y cuya adecuación al Derecho de la UE ha sido expresamente bendecida, para el caso de contratos de crédito al consumo, por la STJUE de 27 de marzo de 2014 (*LCL Le Crédit Lyonnais*, C 565/12) ; y para el caso de

Eslovaquia la STJUE (Sala Tercera), de 9 de noviembre de 2016 (asunto C-42/15), resolviendo una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el *Okresný súd Dunajská Streda* (Tribunal de Distrito de Dunajská Streda, Eslovaquia).

El argumento esencial que subyace en los pronunciamientos del TJUE radica en la consideración de que la sanción del incumplimiento de evaluar la solvencia ha de tener una función preventiva y disuasoria del incumplimiento, de manera que para verificar este efecto se hace necesario comparar entre los efectos de cumplir con la obligación de comprobar la solvencia y de no hacerlo en el momento en el que la entidad financiera decide conceder el crédito y no en el momento en el que se ha producido el incumplimiento por el prestatario, puesto que, en este momento temporal, la norma no puede tener efectos disuasorios (así lo expone la Dr^a Collado-Rodríguez en las págs. 278-279 de la obra objeto de la presente reseña). En efecto, si realizando algunas simulaciones la entidad financiera llega a la conclusión de que le resulta rentable omitir el cumplimiento de la obligación de evaluar o comprobar la solvencia del deudor, la norma que impone tal obligación no va acompañada de sanciones disuasorias. En efecto, la norma que contemple las consecuencias jurídicas-privadas del incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia debe provocar incentivos para comprobar la solvencia de los consumidores a los que presta dinero. El TJUE tiene en cuenta que cuando el prestatario no devuelve el préstamo y la entidad financiera prestamista procede a su reclamación judicial, el incumplimiento por parte del prestatario provoca el vencimiento anticipado del crédito y, en consecuencia y a partir de la fecha de la Sentencia, el pago de intereses legales incrementados sobre la cantidad a cuyo pago se ha condenado al prestatario. Esta obligación de devolver inmediatamente el principal más los intereses judiciales y los coercitivos (tras la condena sin que el prestatario proceda a su pago) reduce significativamente el efecto útil de la normativa que impone al prestamista la obligación de evaluar la solvencia del consumidor.

Pero, como se expone en la monografía de la que trae causa esta reseña, el caso del legislador francés no es el único de los que han contemplado sanciones jurídico-privadas específicas para el caso del incumplimiento de la obligación de evaluación de la solvencia del consumidor, como analiza la autora en el §.I del Capítulo V, en el que se da cuenta de las soluciones dadas por los legisladores belga, italiano y de UK. En particular, como expone ampliamente la Dr^a Collado-Rodríguez, el art. VII.209, apartado 2^o, del *Code de Droit Économique* belga faculta al juez para sancionar al prestamista a indemnizar al prestatario por daños cuyo importe puede ascender hasta el 40% de la cuantía total de los intereses del crédito si el importe total del mismo es

igual o inferior a 20.000,00 €; rebajándose aquel límite máximo al 30% en el caso de que el importe del préstamo sea superior a la referida cifra. En el Reino Unido, el consumidor prestatario puede acudir a remedios de naturaleza administrativa proporcionados por la FCA –que contempla sanciones que incluyen medidas dirigidas a la restitución y a la reparación de daños que se hayan ocasionado al consumidor- y por el *Financial Ombudsman*; así como a remedios jurisdiccionales que permite al consumidor prestatario resarcirse de los daños padecidos y ello con apoyo en la *Financial Services and Markets Act* de 2000, así como en la *Consumer Credit Act* de 1974. En la primera de estas normas, su art. 138.D permite al consumidor prestatario solicitar una indemnización por los daños sufridos como consecuencia de la infracción por el prestamista de alguna de las normas de la FCA, sin perjuicio de que se trate de un mecanismo complejo, al tiempo que se aprecia cierta reticencia de los órganos jurisdiccionales a conceder indemnizaciones en este ámbito. En cuanto a la *Consumer Credit Act*, su art. 140A permite que el consumidor prestatario pueda hacer uso de la prueba de la relación desleal –«*unfair relationship test*»-, de manera que si resulta acreditada, el Juez dispone de diversos mecanismos que permiten el resarcimiento del consumidor prestatario, incluida la posibilidad de ordenar la restitución de cualquier suma abonada por éste o la reducción, total o parcial, del importe debido .

En esencia, al plantear la cuestión atinente a la relevancia en el ámbito estrictamente contractual del incumplimiento de la obligación de evaluación de la solvencia del prestatario y cuando este incumplimiento le resulte imputable –y no lo será, en particular en los supuestos en los que el solicitante del préstamo o crédito haya omitido o falsificado, de manera consciente la información facilitada al prestamista para realizar la evaluación de la solvencia (las consecuencias de este comportamiento son analizadas en el §.II.2.2 del Capítulo V)-, la clave de la respuesta radica en si, en este supuesto, el prestamista puede sufrir, de algún modo, el riesgo de impago del prestatario si ha incumplido la obligación de evaluación de su solvencia. Ante el silencio del legislador español, las respuestas posibles que se han formulado doctrinalmente, son las siguientes (el lector podrá examinar su detallada exposición en las págs. 272 a 300):

1ª) Permitir al prestatario su desvinculación del contrato de crédito si no ha sido evaluada su solvencia, en tanto que dicha obligación se configura como esencial en la regulación del crédito al consumo y del crédito inmobiliario, cuyo incumplimiento, además de serlo de una obligación esencial, pone en riesgo el fin económico del contrato. Así pues, en este caso cabe defender el remedio de la resolución del contrato, como forma de conseguir su ineficacia, conectándola con el propio incumplimiento del prestamista o, en su caso, del intermediario de crédito, por aplicación de las reglas del

CC, en tanto que cumplirían los requisitos jurisprudenciales para que tuviera cabida la acción del art. 1124 del CC. Aun así, la resolución contractual no es la sanción más efectiva para salvaguardar los intereses del consumidor –*vid.* la letra A.a) del §.II.2.1 del Capítulo V (pág. 287), expresivamente rubricada «*la inidoneidad de la recíproca restitución de las contraprestaciones para satisfacer al consumidor de crédito*»-, ni tampoco se puede considerar una sanción disuasoria, como exigen las Directivas UE en este ámbito. Estos mismos problemas plantea la anulabilidad por error del contrato basada en que el consumidor contrató sin saber de su insolvencia –en este sentido, la jurisprudencia suele manejar este argumento a mayor abundamiento para fundamentar el error-, también tratada en la obra (págs. 282 y ss.).

Entiéndase, en todo caso, que la posible admisión de cualquiera de estos remedios (resolución del contrato por incumplimiento esencia de la prestamista o anulabilidad por error) sólo el consumidor prestatario podrá desvincularse del contrato. Expresamente, la Directiva 2014/17/UE establece que los prestamistas no podrán rescindir o modificar el contrato cuando posteriormente a su celebración descubran que la información facilitada por el consumidor fue incompleta (art. 20.4). Esta regla se ha transpuesto en el art. 11.4 de la LCCI de manera más amplia en los términos que siguen: «*La incorrecta evaluación de la solvencia no otorgará al prestamista la facultad de rescindir o modificar unilateralmente el contrato, salvo que se demuestre que el prestatario ha ocultado o falsificado conscientemente información. Tampoco podrán los prestamistas resolver, rescindir o modificar el contrato de préstamo debido a que la información facilitada por el prestatario antes de celebrarse dicho contrato fuera incompleta*».

2ª) Asimismo, se plantea la posible responsabilidad del prestamista por los daños causados por la concesión irresponsable de crédito y vinculados al incumplimiento de la obligación precontractual que nos ocupa. Algunas ideas interesantes se han esbozado acerca de este tema en relación con los acuerdos de refinanciación en el marco de la Ley concursal, en atención a los daños que le puedan causar a los acreedores el hecho de que la entidad financiera conceda o mantenga la financiación al deudor claramente insolvente, creando una apariencia de solvencia o incrementando el pasivo y disminuyendo, correlativamente, sus expectativas de cobro. Al margen de otras cuestiones, la cuestión esencial aquí sería determinar cuándo estaríamos ante una concesión no responsable de crédito o lo que es lo mismo cuál habría de ser la situación del deudor para considerar abusiva la concesión del crédito.

3ª) Se ha postulado también el remedio de la responsabilidad civil extracontractual: el art. 1902 del CC se aplicaría (las acciones restitutorias con fundamento en la «*culpa in*

contrahendo» de la entidad financiera prestamista que la autora estudia en las págs. 288-290), y el consumidor prestatario podría pedir (o, más probablemente, atendiendo a la previsible dinámica procesal, oponer como excepción) que se redujese la cuantía reclamada por el banco prestamista en el caso de incumplimiento por el prestatario de su obligación restitutoria para tener en cuenta el incumplimiento por parte de éste de su obligación de comprobar la solvencia del deudor (obsérvese que supone tratar al consumidor como un “incapaz” de evaluar su propia solvencia). Para calcular en cuánto podría reducirse la reclamación, es un indicativo razonable el constituido por la condena al consumidor prestatario a devolver el capital, pero no a pagar intereses, que es la solución prevista legalmente para el caso de los contratos de préstamo con intereses usurarios. Una solución equivalente es la constituida por privar al banco prestamista del derecho al vencimiento anticipado del crédito por impago de alguna de las cuotas lo que, en la práctica significaría que no podría reclamar el pago de intereses moratorios ni los legales – desde la sentencia – durante el período que va desde la fecha de la reclamación al consumidor hasta la fecha en la que el consumidor habría tenido que devolver el capital de acuerdo con el contrato.

4ª) También se ha postulado como sanción la imposición, a la entidad crediticia que conceda crédito de manera irresponsable, la exoneración al deudor de buena fe por las deudas que no pueda pagar, lo que internacionalmente se conoce como *fresh start*, *discharge* o, entre nosotros, segunda oportunidad. Por un lado, esta sanción permitiría rescatar de la exclusión social a los grandes sufridores de la crisis y, por otro, crear un importante incentivo a favor de la prudencia a la hora de conceder nuevos créditos. En relación con la bondad intrínseca de esta sanción, el Banco Mundial señala que «los acreedores que saben que sus deudores tienen acceso a una “salida de emergencia” tienen también incentivos para adoptar prácticas más cuidadosas en la concesión de crédito».

Aunque esa liberación de deudas existe ya en prácticamente todos los países desarrollados, en España existe una evidente resistencia a consagrarla de manera efectiva, pese a las recomendaciones y advertencias del Banco Mundial, del FMI y de la UE. A través de un largo y desesperante iter legislativo -que empieza con la reforma concursal del 2011, sigue con la *Ley de Emprendedores* de 2013 y culmina con la denominada *Ley de Segunda Oportunidad*-, se ha restringido hasta el máximo su ámbito de aplicación y dificultado su procedimiento, ya sea, como ocurre en el caso de la *Ley de Segunda Oportunidad* (Ley 25/2015, de 28 de julio), introduciendo la idea de que si el deudor mejora sustancialmente de fortuna los créditos, supuestamente extinguidos, resucitarán transcurrido un plazo de cinco años (*ex art. 178.bis.3.5º* de la LC), apoyando esta idea, a tenor de lo referido en su Exposición de Motivos en la

autoridad y precedente de *Las Partidas* de Alfonso X El Sabio, más sabio en recesiones y burbujas, sin duda alguna, que el FMI o el Banco Mundial.

No son pocas las voces que sostienen que el coste que pagamos por la ausencia de una previsión como la postulada no se mide únicamente en riesgo de sobreendeudamiento de los consumidores y prestatarios, sino también en falta de competitividad. Los emprendedores y consumidores que han fracasado no tienen ningún incentivo para intentarlo de nuevo, al menos mientras subsista esa espada de Damocles de la resurrección del crédito impagado y ello por cuanto el éxito en la segunda oportunidad conlleva recuperar un pasivo supuestamente olvidado, mientras que la pasividad o la economía sumergida no suponen riesgo alguno.

Podría pensarse que la entidad bancaria prestamista ya tiene suficiente sanción cuando no le devuelven su crédito, sin necesidad de tener que exonerar además expresamente al deudor. Esta idea olvida que un buen sistema de segunda oportunidad incentiva al deudor de buena fe que no puede pagar a acudir rápidamente al concurso, con el fin de rehabilitarse para la economía productiva cuanto antes, lo que posibilita una negociación con el banco, si no en plano de igualdad, al menos con más margen que la actual. Esta sanción para las entidades financieras prestamistas en forma de empoderamiento de la posición del deudor no conlleva en absoluto un deterioro de la cultura de pago, pese a que se pueda sugerir lo contrario y ello por cuanto la experiencia internacional demuestra lo falaz del argumento en todos aquellos casos en los que solo el deudor de buena fe puede optar al beneficio.

En el ámbito de los posibles remedios concursales en este ámbito, se han sugerido, también de *lege ferenda*, otras medidas interesantes para sancionar la concesión irresponsable del crédito y, al tiempo, incentivar el cumplimiento de la obligación de evaluación de solvencia por el prestamista. Una de ellas es la degradación de la calificación de ciertos créditos (su calificación como subordinados), cuando el acreedor no hubiera cumplido sus deberes de evaluación de solvencia y concediera el crédito pese a conocer o tener que conocer la situación del deudor

5ª) Otro grupo de autores considera que el planteamiento de la responsabilidad del prestamista por la concesión de crédito irresponsable y frente al consumidor ha de discurrir por los cauces de la responsabilidad contractual –no necesariamente incompatible con el planteamiento de la acción resolutoria, dependiendo de los daños que se pidan–. Se trata de vincular el incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia con los daños que la concesión del crédito irresponsable le pueda reportar al consumidor prestatario. Al margen de la prueba y acreditación de los daños

contractuales, la cuestión fundamental radica en determinar cuándo efectivamente se ha incumplido dicha obligación. Fácil será cuando estemos ante una omisión clara de la obligación de evaluación de solvencia (no se ha realizado o es claramente deficitaria la realizada por el prestamista) y más complicado cuando nos hallemos ante una concesión irresponsable o abusiva del crédito en los casos de evaluaciones de solvencia realizadas pero que arrojen resultados negativos o irregularidades en su realización.

Algunos pronunciamientos judiciales han abordado tangencialmente la cuestión atinente a la responsabilidad civil contractual en los supuestos de concesión de crédito sin observar las normas que establecen estándares de diligencia en este ámbito para evitar daños a la contraparte contractual (son los casos, *v.gr.*, de responsabilidad civil de auditores de cuentas como consecuencia de daños producidos por informes inexactos o erróneos por los daños a terceros; responsabilidad civil de tasadores inmobiliarios por los daños ocasionados a terceros -sobre todo, los concedentes del crédito que se basan en tales informes para evaluar la solvencia del consumidor-, objeto de las SSTs 1148/2007, de 23 de octubre [RJ 20107\8635] y 14/2020, de 16 de enero [JUR 2020\22901]). En todos estos casos se ventila la responsabilidad extracontractual de un deudor contractual como consecuencia de daños puramente económicos causados a terceros. Por este mecanismo se derivarán, en nuestro caso las demandas de responsabilidad interpuestas por el prestamista que concede el crédito tras la evaluación de solvencia realizada por datos o informes erróneos de los responsables de ficheros de datos o de las agencias de «*credit reporting*» por los daños que la posterior insolvencia del consumidor les cause, pero no la responsabilidad contractual vinculada a incumplimientos imputables al propio prestamista.

Pues bien, la Dr^a COLLADO-RODRÍGUEZ, después de exponer de manera argumentada y detallada la posible aplicación del remedio constituido por la aplicación de la responsabilidad contractual de la entidad financiera o de crédito que ha omitido el cumplimiento de su obligación de evaluación de la solvencia del consumidor y, en particular, la forma de calcular el daño resarcible, concluye que la mejor opción que ofrece al consumidor el Derecho español es el constituido por 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 [Directiva 2014/104/UE]*», ante la ausencia de un remedio «*efectivo, proporcionado y disuasorio*» (*cfr.*, pág. 303). Avala la autora la aplicación de este remedio en el pronunciamiento contenido en la STJUE de 27 de marzo de 2014 (asunto *LCL Le Crédit Lyonnais*, C 565/12), a tenor del cual se considera contrario al Derecho de la UE un régimen nacional en virtud del cual se posibilite que el prestamista que incumpla su obligación de evaluación de la solvencia se vea privado de su derecho a la percepción de los intereses convencionales que devengue el préstamo, pero se beneficie de la

percepción de un interés remuneratorio al tipo legal. En tanto que la aplicación de esta solución permitiría al consumidor prestatario recuperar lo pagado en exceso, en la obra se concluye postulando la previsión de una sanción legal específica del tenor de la contemplada en las Propuestas de 2002 y de 2004 de la DCC, cual sería la pérdida del derecho del prestamista a percibir los intereses y gastos derivados del préstamo concedido previo incumplimiento de la obligación de evaluación de la solvencia, conservando el consumidor prestatario su derecho a devolver el préstamo en los plazos previstos en el contrato.

Concluyo augurando a la autora una fructífera trayectoria en el estudio del Derecho de consumo, ámbito en el que ya ha realizado otras aportaciones de mérito (en las obras colectivas *El nuevo paradigma de la solvencia del consumidor de crédito en la UE* [Ed. Atelier, 2018] y *Reclamaciones de consumo. Materiales para la construcción de un Tratado de Derecho de consumo* [Ed. Aranzadi, 4ª edic., 2020]), para lo cual me permito aconsejarle, para su mejor obtención, que siga de la mano de su Director de Tesis, el Prof. Dr. PEÑA LÓPEZ, jurista analítico y reflexivo y del que, o con el que, aprendo a diario en nuestras cotidianas conversaciones sobre mil y una cuestiones jurídicas. También la autora, cual aplicada discípula, ha aprendido felizmente de él y ello me congratula.

Fecha de recepción: 04.05.2020

Fecha de aceptación: 03.06.2020