

Consecuencias civiles al incumplimiento del deber de evaluar la solvencia del consumidor por el prestamista

O, dónde la dogmática jurídica es útil y dónde no

Sumario

-

Las directivas europeas establecen la obligación de evaluar la solvencia del prestatario en los contratos de crédito al consumo e hipotecario con consumidores. Sin embargo, las consecuencias derivadas del incumplimiento de este deber quedan a discreción de los Estados Miembros. Mientras que algunos legisladores nacionales han establecido consecuencias civiles, el Derecho español no lo ha hecho. Ante esta ausencia, la doctrina española ha tratado de deducir una serie de consecuencias civil-contractuales. El trabajo defiende la tesis de que (1) el deber de evaluar la solvencia recogido en las Directivas constituye una norma de supervisión bancaria y de protección general de los consumidores, pero no reconoce una norma de protección individual al prestatario concreto (un derecho subjetivo), de la cual se puedan derivar directamente consecuencias civiles, si el legislador nacional no lo hace; y (2) dado que la introducción de este deber en el ordenamiento nacional afecta al derecho de contratos, es recomendable que el legislador nacional establezca una consecuencia civil al incumplimiento, con lo que se generaría un derecho subjetivo en favor del consumidor. En este sentido, se explicará (1) que las alternativas dogmáticas de lege lata (prohibición de contratar, nulidad, resolución y usura) no resultan convincentes; y (2) que, en este sentido, la dogmática no puede crear un derecho supliendo al legislador. Tras ello, se evaluarán las opciones del legislador español de lege ferenda. Aquí, la reducción de intereses se planteará como la opción que mejor permite conciliar los intereses en juego, junto con otras consecuencias adicionales.

Abstract

-

European directives mandate the assessment of borrower's creditworthiness in consumer credit and mortgage contracts, but leave the consequences of non-compliance to the discretion of Member States. While some national legislators have established civil consequences, Spanish law has not. In response, Spanish legal doctrine has attempted to deduce civil-contractual consequences. This paper argues that (1) the duty to assess creditworthiness as outlined in the Directives constitutes a norm of banking supervision and general consumer protection, but does not recognize an individual protection norm for the specific borrower (a subjective right), from which civil consequences can directly arise if the national legislator does not do so; and (2) since the introduction of this duty into national law affects contract law, it is advisable for the national legislator to recognize a civil consequence for non-compliance, thereby creating a subjective right in favor of the consumer. In this regard, it will be explained (1) that the dogmatic alternatives lege lata (prohibition of contracting, nullity, termination, and usury) are not convincing; and (2) that, in this sense, dogmatics cannot create a right by substituting the legislator. Following this, the options of the Spanish legislator lege ferenda will be evaluated. Here, the reduction of interest will be proposed as the option that best reconciles the interests at stake, along with other additional consequences.

Title: Civil Consequences of the Lender's Failure to Assess Consumer's creditworthiness: Or, Where Legal Dogmatics is Useful and Where it is Not.

-

Palabras clave: Evaluación de la solvencia del consumidor, sanciones, Derecho civil, dogmática jurídica, norma de protección individual, prohibición de contratar, nulidad, resolución, responsabilidad civil, reducción de intereses.

Keywords: *Consumer's creditworthiness assessment, sanctions, civil law, legal dogmatics, individual protection norm, prohibition of contracting, nullity, termination, civil liability, interest reduction*

-

DOI: 10.31009/InDret.2025.i3.01

Índice

-

1. Introducción

2. Contexto legal

- 2.1. Directivas y Derecho nacional
- 2.2. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia

3. El sentido del deber de evaluar la solvencia en el Derecho privado europeo y español

- 3.1. El deber de evaluar la solvencia establecido en las Directivas no constituye una norma de protección al consumidor individual
- 3.2. Un sistema administrativo de sanciones al incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia puede bastar para cumplir los objetivos de las Directivas
- 3.3. El deber de evaluar la solvencia como obligación de Derecho civil nacional para prevenir el incumplimiento del contrato de préstamo
- 3.4. Recapitulación y conclusión parcial

4. El sistema español: la inexistencia de sanciones civiles y la búsqueda de alternativas de lege lata

- 4.1. ¿Prohibición de contratar?
- 4.2. ¿Nulidad del contrato?
- 4.3. ¿Resolución del contrato?
- 4.4. ¿Responsabilidad civil extracontractual?
- 4.5. ¿Usura?
- 4.6. Conclusión parcial: los límites de la dogmática de lege lata

5. De lege ferenda. Las posibles consecuencias al incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia

- 5.1. Posibles escenarios
- 5.2. Los requisitos exigidos por el Derecho de la Unión Europea para las sanciones
- 5.3. Las alternativas planteadas por la doctrina española de lege ferenda
 - a. Pérdida del derecho a intereses
 - b. Pérdida de las garantías hipotecarias
- 5.4. La reducción de los intereses remuneratorios como solución equilibrada
- 5.5. Otras consecuencias admisibles
 - a. Reducción de los intereses de demora
 - b. Responsabilidad civil por incumplimiento del deber de información
 - c. Exoneración del crédito insatisfecho en concurso

6. Conclusiones

7. Bibliografía

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

1. Introducción*

Este trabajo se ocupa de dos cuestiones. La primera es si el incumplimiento del deber del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario consumidor debe tener consecuencias en el ámbito civil-contractual. La segunda, en caso afirmativo, es determinar cuál debería ser dicha consecuencia.

La trasposición de la nueva Directiva sobre contratos de crédito al consumo¹ (**Directiva 2023/2025**) representa una oportunidad para replantear las consecuencias civiles derivadas del incumplimiento del deber de evaluar la solvencia, especialmente a la luz de las soluciones adoptadas en otros ordenamientos². En países como Alemania, las consecuencias civiles derivadas del incumplimiento de este deber han sido calificadas como auténtico «material de litigio»³, lo que anticipa un potencial escenario de conflictividad judicial entre entidades financieras y consumidores⁴. Evitar que este riesgo se materialice depende del legislador español. Sin embargo, la trasposición de la Directiva 2023/2025 aún no ha abordado esta cuestión⁵.

A lo largo del trabajo se defenderá la tesis de que el deber de evaluar la solvencia, tal como lo recogen las directivas europeas, constituye una norma de supervisión del comportamiento de las entidades financieras en el mercado, orientada a la protección general de los consumidores. Sin embargo, dicha exigencia no conlleva por sí sola la existencia de un mecanismo de protección individual del consumidor en el contrato concreto, que le permita ejercer una acción civil en caso de incumplimiento. Explicado esto, se argumentará que, dado su impacto en la formación del

* Autor/a de contacto: Dr. Antonio Ruiz Arranz, abogado (antonio.ruizarranz@freshfields.com). Trabajo realizado en el marco del proyecto «La protección del consumidor en la era digital» (PID2021-122985NB-I00), del que son investigadores principales la profesora N. Fenoy Picón y el Profesor Máximo Juan Pérez García.

El trabajo se ha beneficiado, en sus diferentes versiones, de los comentarios del Prof. Bruno Rodríguez-Rosado, del Dr. Carles Vendrell Cervantes, del Prof. Fernando Pantaleón Prieto, del Prof. Jesús Alfaro Águila-Real y de la Profa. Esther Arroyo i Amayuelas. A todos ellos expreso mi agradecimiento. Los errores que restaren son solo míos.

¹ Directiva (UE) 2023/2025 del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de octubre de 2022 relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 2008/48/CE.

² Véase, Comisión Europea, «Mapping of national approaches in relation to creditworthiness assessment under Directive 2008/48/EC on credit agreements for consumers», 2018, pp. 4-5, disponible en https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/mapping_national_approaches_creditworthiness_assessment.pdf

³ HILLEMACHER, «Bonität lax prüfen wird für Banken teuer», *Immobilien Zeitung*, 9, 2016.

⁴ La cuestión prejudicial elevada por el Auto de 31 de enero de 2024 del Juzgado de Primera Instancia de Fuenlabrada (Ilmo. Sr. Jesús Alemany Eguidazu – Id Cendoj: 28058420012024200001) ofrece un buen ejemplo del potencial de este campo para una futura litigación masiva.

⁵ La Consulta Pública previa del Ministerio de Economía, Comercio y Empresa para la trasposición de la Directiva 2023/2025 no plantea ninguna cuestión relativa a las consecuencias del incumplimiento de evaluar la solvencia. El texto de la consulta puede verse aquí: https://portal.mineco.gob.es/RecursosArticulo/mineco/ministerio/participacion_publica/consulta/ficheros/2024_0904_CP_CCD_2023-2025.pdf.

Igualmente, el Anteproyecto de Ley de Administradores y Compradores de créditos y por la que se modifican la ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, y la ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, tampoco ha reparado en esta cuestión. El texto del Anteproyecto puede consultarse aquí: https://portal.mineco.gob.es/RecursosArticulo/mineco/ministerio/participacion_publica/audiencia/ficheros/ECO_Tes_20240516_AP_APL_AdmComCredito.pdf

contrato, resulta aconsejable que el legislador nacional reconozca consecuencias civiles específicas, transformando así el deber en un derecho subjetivo tutelable por el consumidor.

La estructura del trabajo será la siguiente. Primero, analizaré el estado legislativo y jurisprudencial de la cuestión (2). Tras ello, explicaré que el deber de evaluar la solvencia de las directivas no otorga directamente una acción individual civil al consumidor; que el legislador nacional no está, por ello, obligado a hacerlo; y que, sin embargo, establecer sanciones civiles es lo más recomendable jurídicamente (3). Una vez aquí, analizaré las distintas opciones dogmáticas que se han planteado en España como respuesta al incumplimiento del deber de evaluar la solvencia, no siendo ninguna convincente (4.1-4.5). Acto seguido, explicaré por qué la dogmática no puede crear por sí sola una acción, si no lo hace el legislador (4.6). Por último, plantearé las posibilidades de que dispone *de lege ferenda* el legislador español para una futura incorporación de consecuencias civiles al incumplimiento del deber de evaluar la solvencia del prestatario (5).

A los efectos de este artículo se considerarán «incumplimiento del deber de evaluar la solvencia del prestatario» los siguientes supuestos: (i) los casos en los que el prestamista omitió cualquier tipo de evaluación; (ii) los casos en que el prestamista realizó una evaluación de la solvencia con resultado positivo, pero esta fue deficiente; y (iii) los casos en que el prestamista realizó una evaluación con resultado negativo y, sin embargo, concedió el crédito.

2. Contexto legal

2.1. Directivas europeas y Derecho nacional

La evaluación de la solvencia deriva de la trasposición de la Directiva de crédito al consumo (**Directiva 2008/48**)⁶. La Directiva 2008/48 fue traspuesta al Derecho español a través de la Ley de contratos de crédito al consumo⁷ (**LCC**), cuyo Art. 14 LCC establece el deber de evaluar la solvencia en estos contratos, considerando su incumplimiento como infracción grave o muy grave (Art. 34.1 LCC).

Con posterioridad, la Ley de Economía Sostenible⁸ (**LES**) impuso un principio de responsabilidad en el crédito y de protección de los usuarios de servicios financieros que obligaba a las entidades a evaluar la solvencia antes de firmar el contrato (Art. 29.1 LES). Esta norma no imponía un deber precontractual estricto, pues respeta la libertad de contratación (Art. 29.2 LES)⁹.

⁶ Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo. El Art. 8 de este instrumento obliga a los Estados Miembros a garantizar que, antes de firmar un contrato de crédito, el prestamista evalúe la solvencia del prestatario con información suficiente, proporcionada por el consumidor. Esta obligación incluye sanciones «efectivas, proporcionadas y disuasorias» (Cdo. 47).

⁷ Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo.

⁸ Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

⁹ Se considera un principio o buena práctica, desarrollado en la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, cuyo Art. 18 especifica los procedimientos internos de evaluación de solvencia

Siguiendo la Directiva 2008/48, la Directiva sobre contratos de crédito inmobiliario (**Directiva 2014/17**)¹⁰ mantuvo la evaluación de la solvencia también para estos contratos, dejando a los Estados Miembros el régimen de sanciones aplicable en caso de incumplimiento. La Ley de contratos de crédito inmobiliario¹¹ (**LCCI**) incorporó esta obligación (Art. 11 LCCI), y estableció un sistema administrativo de sanciones (Arts. 46 y 47 LCCI).

Finalmente, la Directiva 2023/2225 obliga a los Estados Miembros a (i) evaluar la solvencia antes de firmar un contrato de crédito (Art. 18.1); y (ii) asegurar que el prestamista no conceda el crédito hasta que la evaluación indique que es probable que se cumplan las obligaciones del contrato (Art. 18.6). La Directiva 2023/2225 permite a los Estados Miembros determinar el régimen de sanciones, siempre que sean efectivas, proporcionadas y disuasorias.

2.2. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia

Hasta ahora, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (**Tribunal de Justicia**) ha resuelto siete cuestiones prejudiciales sobre el deber de evaluar la solvencia y sus consecuencias civiles¹². El

¹⁰ Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) no 1093/2010.

¹¹ Ley 5 /2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

¹² La jurisprudencia puede resumirse del siguiente modo:

(a) En *LCL Le Crédit Lyonnais SA* (STJUE 27.3.2014, C-565/12 – EU:C:2014:190, paras 30-55), el Tribunal de Justicia declaró que la sanción francesa de privar al prestamista de los intereses remuneratorios por no evaluar la solvencia era incompatible con la Directiva 2008/48. El Derecho francés permitía seguir devengando el interés legal incrementado en cinco puntos porcentuales, lo que beneficiaba al prestamista (interés remuneratorio del 5,6% frente al legal incrementado del 5,71%). El prestatario era incapaz de pagar el crédito, y el Derecho francés no reconocía sanciones administrativas por no evaluar la solvencia.

(b) En *Consumer Finance* (STJUE 18.12.2014, C-449/13 – EU:C:2014:2464, paras 33-49), el Tribunal de Justicia declaró que el deber de evaluar la solvencia es una obligación de tipo precontractual cuya prueba corresponde al prestamista; y que los prestamistas han de evaluar la solvencia sobre la base de información suficiente, respaldada por documentos, sin que el prestamista deba comprobar sistemáticamente la información facilitada por el consumidor.

(c) En *Belfius-Banque* (STJUE 06.06.2019, C-58/18 – EU:C:2019:467, paras 37-49), el Tribunal de Justicia entendió que la normativa belga que obliga al prestamista a renunciar a celebrar el contrato de crédito ante una evaluación negativa de solvencia resultaba compatible con el Art. 8.1 Directiva 2008/48.

(d) En *OPR-Finance* (STJUE 5.3.2020, EU:C:2020:167, C-679/18, paras. 33-45), el Tribunal de Justicia declaró que el juez nacional debe comprobar de oficio el cumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia. Declaró incompatible con la Directiva 2008/48 el régimen checo que establece un plazo de prescripción de tres años para la acción de nulidad por incumplimiento, aunque la nulidad implique la pérdida de intereses para el prestatario. El sistema checo ya preveía multas por incumplimiento, pero apenas se aplicaban. El Tribunal afirmó que, cuando hay sanciones civiles y administrativas, estas últimas deben aplicarse siempre por el juez, conforme al principio de eficacia.

(e) En *Ultimo Portfolio Investment (Luxembour)* (STJUE 10.06.2021, C-303/2020 –EU:C:2021:479, paras 38-45), el Tribunal de Justicia declaró compatible con la Directiva 2008/48 la normativa polaca que permite al juez aplicar (i) la pérdida del derecho a los intereses del prestamista; (ii) el fraccionamiento de la ejecución del contrato sin generar intereses; o (iii) la aplicación conjunta de la Directiva 2008/48 con la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas, o con la Directiva 2005/29 sobre prácticas comerciales desleales. El Tribunal subrayó que, si hay sanciones civiles y administrativas, las primeras deben aplicarse.

(f) En *Nárokuj* (STJUE 11.01.2024, C-755/22 - EU:C:2024:10, paras. 35, 49-52), el Tribunal de Justicia declaró que las sanciones del Derecho checo por no evaluar la solvencia no dependen del incumplimiento del contrato por el

examen de esta jurisprudencia es desalentador. Por no ser esa su función, el Tribunal de Justicia no aclara si el incumplimiento del deber de evaluar la solvencia debe conllevar una consecuencia civil-contractual ni cuál debería ser. En cambio, la jurisprudencia europea indica que prácticamente cualquier sanción civil-contractual adoptada por el legislador nacional puede ser compatible con el Derecho europeo, sin que ninguna de ellas tenga preferencia sobre las demás. Con todo, se pueden extraer algunas enseñanzas: (i) el incumplimiento de la obligación activa inmediatamente las consecuencias civiles previstas por el ordenamiento nacional, sin diferenciar entre situaciones (*Le Crédit Lyonnais*); (ii) consecuencias civiles como la prohibición de celebrar el contrato (*Belfius Banque*), la nulidad del contrato (*OPR-Finance* y *Nárokuj*) o la pérdida del derecho a intereses (*Le Crédit Lyonnais* y *Ultimo Portfolio*) son compatibles con las Directivas; (iii) si el ordenamiento nacional prevé sanciones civiles, el juez debe aplicarlas, además de las sanciones administrativas (*OPR-Finance*; *Ultimo Portfolio Investment*); y (iv) no se pueden aplicar al incumplimiento del deber de evaluar la solvencia las soluciones previstas para otras obligaciones de la Directiva, si no hay una sanción civil explícita (*Horyzont*).

3. El sentido del deber de evaluar la solvencia en el Derecho privado europeo y español

El silencio de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre si el incumplimiento del deber de evaluar la solvencia debe conllevar sanciones civil-contractuales obliga a plantearse el propósito de esta obligación en el Derecho privado. Para ello, es necesario comenzar explorando el significado que el Derecho europeo otorga a la evaluación de la solvencia.

3.1. El deber de evaluar la solvencia establecido en las Directivas no constituye una norma de protección al consumidor individual

A la vista del objetivo de evitar que, en un mercado de crédito en expansión, los prestamistas concedan crédito a consumidores insolventes, el Tribunal de Justicia afirmó en *LCL Le Crédit Lyonnais SA* que la obligación de evaluar la solvencia es una obligación «precontractual» que

[T]iene por objeto proteger a los consumidores contra los riesgos de sobreendeudamiento y de insolvencia, [...] garantizar a todos los consumidores de la Unión un nivel elevado y equivalente de protección de sus intereses y [...] facilitar el desarrollo de un mercado interior eficaz del crédito al consumo¹⁵. [T]al objetivo [...] pretende garantizar una protección efectiva de los consumidores

consumidor. Un prestamista puede ser sancionado por no evaluar la solvencia antes de firmar el contrato, aunque este no tenga consecuencias perjudiciales. Por eso, el Tribunal consideró proporcionadas las sanciones de nulidad del contrato y pérdida del derecho a los intereses.

(g) En *Horyzont* (STJUE 24.10.2024, C-339/23 – EU:C:2024:918), el Tribunal de Justicia declara que la obligación de evaluar la solvencia del consumidor tiene como objetivo evitar el sobreendeudamiento, mientras que la obligación de información permite comparar ofertas de crédito y conocer los derechos del contrato. Por ello, las sanciones por incumplimiento pueden ser diferentes, siempre que sean efectivas, proporcionadas y disuasorias. El tribunal remitente observó que el Derecho polaco carecía de sanción civil por no evaluar la solvencia, pero sí permitía una consecuencia de «crédito gratuito» por incumplir la obligación de información. También se consideró la posibilidad de declarar la nulidad del contrato por infracción de norma imperativa.

¹⁵ STJUE 27.03.2014, C-565/12 – EU:C:2014:190, párr. 42. También, STJUE 18.12.2014, C-449/13 – EU:C:2014:2464, *CA Consumer Finance SA*, para 45.

contra la concesión irresponsable de contratos de crédito que sobrepasen sus capacidades financieras y puedan entrañar su insolvencia [...]»¹⁴.

De estos párrafos, la doctrina ha deducido que la obligación de evaluar la solvencia representa una norma de protección individual al consumidor concreto en el contrato concreto, la cual requiere de consecuencias en el plano civil-contractual¹⁵. Esto es, que más allá de su carácter de obligación interna para las entidades, se trata de «una obligación precontractual frente al consumidor que responde primordialmente a la protección del consumidor de la operación de crédito y la prevención de su sobreendeudamiento»¹⁶. No hay duda de que el deber de evaluar la solvencia busca proteger los intereses generales de los consumidores, como garantía de un buen funcionamiento del mercado. Pero este argumento vale hasta donde vale¹⁷. El mandato de préstamo responsable no crea una obligación de Derecho civil (*ex Art. 1088 CC*) o, por mejor decir, no reconoce un *derecho subjetivo*. Solo una confusión entre el «interés jurídicamente protegido» y el «derecho subjetivo» permite concluir lo contrario; y un interés individual puede estar protegido por el simple efecto de una norma¹⁸. Las Directivas establecen una obligación que protege –también– el interés de los consumidores, pero no crean un derecho cuya tutela se coloque a disposición del consumidor individual. Esto es clave. Las menciones a la protección de los consumidores frente al sobreendeudamiento han de entenderse realizadas desde el punto de vista del buen funcionamiento del mercado en general y la protección que se les dispensa a aquellos. No en vano, existe un evidente punto de corte entre las normas de supervisión y las generales de protección a los consumidores¹⁹. Pero que se pretenda proteger a los consumidores

¹⁴ *Ibid.*, para 43.

¹⁵ CUENA CASAS, «Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 764, 2017, p. 2889; HOFFMANN, «Die Pflicht zur Bewertung der Kreditwürdigkeit», *Neue Juristische Wochenschrift*, 25, 2010, p. 1785; ARTZ, «§ 505a BGB. Pflicht zur Kreditwürdigkeitsprüfung bei Verbraucherdarlehensverträgen» en BÜLLOW y ARTZ, *Verbraucherkreditrecht*, 11.ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2025, nm 4; BARTA/BRAUNE, «Schadensersatz als Rechtsfolge der unzureichenden Prüfung der Kreditwürdigkeit des Verbrauchers – Konsequenzen aus der Entscheidung des EuGH in Sachen Le Crédit Lyonnais SA/Fesih Kalhan für das Verständnis des deutschen Rechts», *Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht*, 8, 2014, p. 325; ARROYO AMAYUELAS, «Responsible lending», *Revista Da Faculdade Da Universidade Do Porto De Direito*, XVII-XVIII, 2020-2021, p. 235.

Este enfoque lo comparte también el Auto de 31 de enero de 2024 del Juzgado de Primera Instancia de Fuenlabrada (Ilmo. Sr. Jesús Alemany Eguidazu – Id Cendoj: 28058420012024200001).

¹⁶ ÁLVAREZ LATA, «Artículo 14. Obligación de evaluar la solvencia del consumidor», en MARÍN LÓPEZ (ed.), *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo*, Aranzadi, 2014, sec. IV. 1.

¹⁷ No puede asumirse, sin más, que el objetivo de las Directivas de proteger a los consumidores frente al sobreendeudamiento y la insolvencia —mediante la imposición a las entidades de la obligación de evaluar la solvencia— implique automáticamente la existencia de una obligación contractual frente al consumidor. Que se imponga un deber al prestamista no significa, por sí solo, que se cree un derecho subjetivo en favor del prestatario.

¹⁸ Véase, LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9.ª ed., C. H. Beck, Munich, 2004, § 14, p. 243; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Sistema de Derecho civil*, Vol. I, 13.ª ed., reimpresión 2019, Tecnos, Madrid, 2016.pp. 344-345. Con usual claridad, el autor advierte que la clave en un derecho subjetivo no es el interés protegido, sino si se concede o no a la persona un poder jurídico. Y pone un ejemplo ilustrativo, muy propio de los tiempos actuales: la ley que establece un arancel elevado para importar productos extranjeros es una norma que protege el interés de los fabricantes interiores del mismo producto, pero no puede decirse que estos tengan por ello un derecho.

¹⁹ Se ve bien en las conclusiones AG KOKOTT 14.02.2019, C-58/18 – EU:C:2019:120, *Beilfus Banque SA*, para 77: «A este respecto, a mi juicio, debe prestarse atención también a la sintonía entre las normativas de protección de los consumidores y las de supervisión. En efecto, una adecuada gestión del riesgo del crédito por el prestamista es uno de los objetivos principales de la supervisión. (57) Una concesión responsable de los créditos constituye una aportación decisiva a tal efecto». Y en la nota al pie que complementaba a esta afirmación, puede leerse: «Véanse,

en general no permite bajar al escalón siguiente: el Derecho de contratos y la protección individual del consumidor concreto, ya que, con la obligación de evaluar la solvencia, las Directivas no crean un derecho subjetivo. No en vano, no toda norma europea que proteja a los consumidores en general determina la existencia de un remedio o acción para el consumidor individual²⁰.

Las Directivas ponen el acento exclusivo en la supervisión del comportamiento del prestamista²¹, cuando se refieren al deber de evaluar la solvencia²². Atender al prestamista y su comportamiento en el mercado explica que ninguna de las Directivas –tampoco la Directiva 2023/2225– haya declarado a tambor batiente que el incumplimiento del deber de evaluar la solvencia tenga necesariamente que llevar aparejadas consecuencias civiles en el contrato concreto²³, y no del

entre otros muchos, los “Principios Básicos para una supervisión bancaria eficaz”, desarrollados por el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, en especial el principio básico 17, relativo al “riesgo de crédito”. Disponible en <https://www.bis.org/publ/bcbs230.htm> (última actualización: 13.12.2018). También el considerando 26 de la Directiva 2008/48 llama la atención sobre esta conexión: «Sin perjuicio de lo dispuesto sobre el riesgo del crédito en la Directiva 2006/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio [...], los prestamistas deben tener la responsabilidad de controlar individualmente la solvencia del consumidor».

²⁰ Por ejemplo, la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con consumidores se centraba en garantizar el buen funcionamiento del mercado interior y en eliminar las prácticas comerciales desleales. Inicialmente, no otorgaba derechos individuales a los consumidores para reclamar daños, lo que llevó a diferencias en su implementación entre los Estados miembros, como Alemania y España. Otro ejemplo se encuentra en la derogada Directiva 97/7/CE relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia. Este instrumento se enfocaba en establecer normas para los contratos a distancia, pero no proporcionaba mecanismos individuales de reclamación para los consumidores.

²¹ SCHÜRNBRAND, «Die Neuregelung des Verbraucherdarlehensrechts», *Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft*, 20(6), 2008 p. 388; HERRESTHAL, «Unionsrechtliche Vorgaben zur Sanktionierung eines Verstoßes gegen die Kreditwürdigkeitsprüfung», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 13, 2014, p. 498, HARNOS, «Schadensersatz wegen fehlerhafter Kreditwürdigkeitsprüfung», *Juristen Zeitung*, 11, 2017, p. 554. Lo reconoce, si bien se muestra partidaria de incorporar sanciones civiles que protejan al consumidor, CUENA CASAS, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 764, 2017, pp. 2881-2882. En contra, sin embargo, BARTA/BRAUNE, *Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht*, 8, 2014, pp. 325-329, KNOPS, 2024, Rn. 23-25; ARROYO AMAYUELAS, «La política de préstamo responsable en la Unión Europea. En particular, la valoración del mérito crediticio», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 149, 2018, p. 89.

²² Por eso, las Directivas (i) pretenden que los prestamistas no «concedan préstamos de forma irresponsable» (Cdo. 53 Directiva 2023/2225; Cdo. 26 Directiva 2008/48); (ii) les imponen la «responsabilidad de controlar individualmente la solvencia del consumidor» (Cdo. 53 Directiva 2023/2225; Cdo. 26 Directiva 2008/48); (iii) desligan la obligación de evaluar la solvencia de la responsabilidad del consumidor «en caso de que este incumpla sus obligaciones en virtud del contrato de crédito» (Cdo. 56 Directiva 2014/17); y (iv) salvaguardan la «libertad contractual del prestamista en relación con la concesión del crédito» (Cdo. 54 Directiva 2023/2225). Igualmente, las Directivas advierten que el «hecho de que la evaluación de la solvencia arroje un resultado positivo no debe comportar para el prestamista la obligación de conceder un crédito» (Cdo. 57 Directiva 2014/17. Aquí, ARROYO AMAYUELAS («Crédito inmobiliario y solvencia negativa: sanciones para el prestamista y remedios para el prestatario» en SÁNCHEZ LERÍA y VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ (coords.), *Los contratos de crédito inmobiliario. Algunas soluciones legales*, Reus, Madrid, 2018, p. 162) reconoce que este Considerando solo se refiere, efectivamente, a normas de supervisión).

Tanto se basan las Directivas en el comportamiento de la entidad en el mercado que solo deducen directamente consecuencias de tipo civil-contractual para impedir que el prestamista anule o modifique el contrato ulteriormente, en caso de una evaluación incorrecta, salvo que la corrección obedeciese a un engaño del consumidor sobre su solvencia, con el fin de obtener crédito (Arts. 18.4 Directiva 2027/17 y 18.7 Directiva 2023/2225).

²³ De hecho, el Cdo. 83 Directiva 2014/17 es claro cuando dice que «los Estados Miembros pueden decidir que ciertos aspectos contemplados en la presente Directiva, como la evaluación de la solvencia del consumidor, se transpongan al Derecho nacional mediante normativa prudencial, mientras que otros, como la obligación de los prestatarios de actuar de manera responsable, se transpongan por medio del Derecho civil o del Derecho penal». Es

contrato en particular. Es decir, las Directivas no proporcionan un derecho o remedio al consumidor para hacer valer ese deber frente a la entidad. Bien leída, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no contradice esta posición.

(a) En *Le Crédit Lyonnais SA* el Tribunal de Justicia aludía a los objetivos generales (macroeconómicos) a los que la evaluación de la solvencia sirve. El caso resolvía la cuestión prejudicial sobre el deber de evaluar la solvencia según el Derecho francés, que establecía una sanción civil-contractual específica (la pérdida del derecho a percibir intereses). El Tribunal incidió en la necesidad de proteger los intereses generales de los consumidores²⁴; pero reconoció que, en su caso, la sanción civil queda a discreción de los Estados Miembros²⁵. Esto explica que no pueda atribuirse un alcance jurídico pleno a la calificación de «deber precontractual» con la que el Tribunal de Justicia describe al deber de evaluar la solvencia. Se trata de una obligación precontractual a cargo del prestamista, pero para garantizar el buen funcionamiento del mercado del crédito; no para crear un derecho en forma de pretensión a favor de los consumidores individuales²⁶. Esta distinción es crucial. Y es la que revela que sancionar el incumplimiento del deber mediante acciones individuales del consumidor quedase fuera del ámbito del entonces vigente Art. 23 de la Directiva 2008/48²⁷.

En el caso, el Tribunal de Justicia analizó la sanción civil, porque el legislador francés había otorgado a la evaluación de la solvencia un sentido adicional de protección al consumidor individual, incorporando consecuencias en el Derecho de contratos. Esto no es una obligación impuesta por las Directivas. La transposición nacional del deber de evaluar la solvencia puede transformar una obligación de control del comportamiento de las entidades de crédito en una norma adicional de protección al consumidor individual. Cuando el legislador nacional extiende esta protección al Derecho de contratos, el deber de evaluar la solvencia se convierte también en un derecho subjetivo del consumidor, que este puede tutelar. Sin embargo, esta caracterización no es impuesta por el Derecho de la Unión Europea, y el Tribunal de Justicia no lo contradijo en *Le Crédit Lyonnais SA*²⁸.

(b) En *OPR-Finance*, el Tribunal de Justicia decidía sobre la sanción de nulidad, que el Derecho checo sometía a un plazo de prescripción de 3 años y convivía con multas administrativas. En tal contexto, el Tribunal de Justicia hizo suyo el razonamiento de la AG Kokott, argumentando que las sanciones administrativas no garantizan por sí solas una protección eficaz de los

decir, la Directiva no piensa en una obligación de tipo civil, que necesariamente se trasponga a través de esas normas, cuando regula el deber de evaluar la solvencia (como sí lo hace ante otras obligaciones que reconoce).

²⁴ Literalmente, de «garantizar a todos los consumidores de la Unión un nivel elevado y equivalente de protección de sus intereses y facilitar el desarrollo de un mercado interior eficaz del crédito al consumo» (STJUE 27.03.2014 – C-565/12 – EU:C:2014:190, párr. 42).

²⁵ *Ibid*, para. 43 *in fine*.

²⁶ HERRESTHAL, «*Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 13, 2014, p. 499.

²⁷ *Ibid*.

²⁸ De este modo, cobra además sentido el párrafo 44 (que sigue a los dos anteriores) en *LCL Le Crédit Lyonnais SA*: «A este respecto, es preciso recordar que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al principio de cooperación leal, consagrado actualmente en el artículo 4 TUE, apartado 3, los Estados miembros, aunque conservan la facultad de elegir las sanciones, deben velar por que las infracciones del Derecho de la Unión sean sancionadas en condiciones de fondo y de procedimiento análogas a las aplicables a las infracciones del Derecho nacional de naturaleza e importancia similares y que, en todo caso, confieran a la sanción un carácter efectivo, proporcionado y disuasorio».

consumidores frente al sobreendeudamiento e insolvencia, ya que no afectan a la situación de un consumidor concreto con un contrato de crédito incumplido según el artículo 8 de la Directiva 2008/48²⁹. Sin embargo, esta afirmación se debe entender realizada en su contexto. Por dos razones. *Primero*, porque el punto de partida del caso era que el legislador nacional ya había previsto, junto con la sanción administrativa, una sanción civil; la cual se tenía que aplicar en virtud del principio de eficacia³⁰. Esto es, al igual que Francia, la República Checa había ido más allá y convertido al deber de evaluar la solvencia en una norma de protección. Segundo, porque en este contexto, había quedado acreditado que la aplicación de las sanciones administrativas era inexistente³¹. Así las cosas, lo máximo que puede decirse es que, en *OPR-Finance*, el Tribunal de Justicia declaró que el deber de evaluar a solvencia es una norma de protección al consumidor concreto en aquellos ordenamientos en los que el legislador nacional ha ampliado la protección, reconociendo un derecho subjetivo a favor del consumidor.

En consecuencia, el Tribunal de Justicia no declara que la obligación de evaluar la solvencia de las Directivas represente, por sí misma, una norma de protección individual al consumidor específico, más allá de la protección genérica frente al sobreendeudamiento y la insolvencia para garantizar el correcto funcionamiento del mercado de crédito³². Otra cosa es que el legislador nacional decida extender la protección (y ahí está la clave, como se ha visto en *Le Crédit Lyonnais SA* y en *OPR-Finance*).

3.2. Un sistema administrativo de sanciones al incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia puede bastar para cumplir los objetivos de las Directivas

Frente al hecho de que el deber de evaluar la solvencia no representa una norma de protección individual, surge el argumento de que las sanciones administrativas son insuficientes. Según esta perspectiva, solo reconociendo esta obligación como una norma de protección al consumidor individual se pueden alcanzar los objetivos de las Directivas³³. Dejando a un lado que esta aproximación representa una petición de principio –porque el carácter de norma de protección individual del deber de evaluar la solvencia es lo que se debe demostrar– existen dos razones en contra de esta posición:

²⁹ Conclusiones AG KOKOTT, 19.11.2019, C-616/18 y C-679/18 – EU:C:2019:975, para 82: «En cualquier caso, es cuestionable ya de por sí que la mera posibilidad de que una autoridad supervisora imponga sanciones en caso de incumplimiento de obligaciones por parte del prestamista sea suficiente para cumplir los requisitos del artículo 23 de la Directiva sobre el crédito al consumo. Habida cuenta de que, mediante la evaluación de la solvencia del consumidor, también se pretende ofrecer a este una protección individual, las sanciones mencionadas no brindan una posibilidad suficientemente efectiva de lograr la protección conferida por el artículo 8 de la Directiva sobre el crédito al consumo, dado que con medidas generales de supervisión no se ayuda en concreto al consumidor afectado». Cfr. STJUE 05.03.2020, C-679/18 – EU:C:2020:167, para 38.

³⁰ STJUE 05.03.2020, C-679/18 – EU:C:2020:167, para 39.

³¹ STJUE 05.03.2020, C-679/18 – EU:C:2020:16, para 38; Conclusiones AG KOKOTT, 19.11.2019, C-616/18 y C-679/18 – EU:C:2019:975, para 81.

³² Además de las dos sentencias hasta ahora analizadas en este apartado, véase la STJUE 20.06.2021, *Ultimo Portfolio Investment (Luxembourg)*, C-303/20 – EU:C:2021:479, paras 28-30.

³³ Así, CUENA CASAS, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 764, 2017, pp. 2879-2880; ARROYO AMAYUELAS en *Los contratos de crédito inmobiliario. Algunas soluciones legales*, 2018, p. 163. En Alemania, HOFFMANN/BARTLIZ, «Die Bonitätsprüfungspflicht bei Personenmehrheiten im Verbraucherdarlehensrecht», *Archiv für die civilistische Praxis*, 6, 2020, pp. 911-920.

(a) *Primero*, porque este enfoque se basa en la premisa de que los bancos tienen incentivos para omitir la evaluación de la solvencia³⁴. La evidencia apunta en sentido contrario: las entidades financieras tienen sólidos incentivos para verificar la solvencia de sus deudores, ya que quienes fallan sistemáticamente en esta evaluación pueden enfrentarse a restricciones operativas y a un importante riesgo reputacional³⁵. No resulta exagerado afirmar, en este contexto, que la reputación constituye uno de los activos más valiosos para las sociedades, especialmente aquellas de mayor envergadura³⁶.

(b) *Segundo*, porque un sistema de sanciones administrativas es el instrumento que generalmente servirá para garantizar el funcionamiento de mercado y la protección general de los consumidores³⁷, como lo demuestra la experiencia del Reino Unido³⁸. Las sanciones previstas por

³⁴ Véase, sin embargo, ÁLVAREZ LATA, en *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo*, 2014, sec. IV.1. La autora alude a situaciones en las que, a su juicio, no habría demasiado interés por las entidades en evaluar la solvencia. Por ejemplo, los recursos a la transferencia del riesgo a través de titulizaciones o las garantías personales ofrecidas por terceros. Pero estos ejemplos aluden, más bien, a garantías o recursos a disposición de cualquier entidad en caso de *default* de sus deudores. No constituyen incentivos –entendiendo como tales los estímulos que empujan a hacer algo o no hacerlo– de las entidades para soslayar un paso elemental de control interno. Asume la misma posición ARROYO AMAYUELAS, *Revista Da Faculdade Da Universidade Do Porto De Direito*, 2020-2021, pp. 226-227, quien también alude a la aprobación rápida de créditos, para ganar cuota de mercado y a la vinculación de los salarios de muchos empleados al volumen de operaciones. No obstante, ninguno de estos dos últimos puntos revela que las entidades tengan, por sí, un incentivo a no evaluar la solvencia, cuando su negocio depende de la capacidad de los clientes para pagar sus préstamos. Ambos puntos revelan que existen características de competencia en el mercado (aprobación rápida de créditos) u organizacionales (estructuras de incentivos) que pueden conducir a una no evaluación de la solvencia. Pero esto no implica que los bancos tengan un incentivo evidente para contratar sin evaluar la solvencia.

³⁵ El sector financiero está sometido a un elevado riesgo reputacional y escrutinio, tras la crisis financiera de 2008. Solo así se entiende la normativa internacional dedicada a la gestión de dicho riesgo, entre otros. Así, sin ánimo de exhaustividad: (i) las medidas internacionales del Comité de Supervisión Bancaria de Basilea (Basilea III); y (ii) la Dodd-Frank Wall Street Reform.

³⁶ Véase, ampliamente, MARTÍNEZ-ECHEVERRÍA, «El gobierno corporativo por medio de la reputación» en Martínez-Echeverría (dir.), *Gobierno corporativo, sostenibilidad y reputación*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2022, (versión electrónica), sec. I.

³⁷ HERRESTHAL, «*Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*», 13, 2014, p. 499.

³⁸ En el Reino Unido, la *Financial Conduct Authority* (FCA) tiene establecidas reglas a la hora de evaluar la solvencia de los prestatarios, las cuales se concretan en el *Consumer Credit Sourcebook*. La Sección 5.2A de este instrumento establece la obligación de evaluar la solvencia. Cuando un prestamista incumple esta obligación, se expone a que la FCA le imponga sanciones regulatorias, tales como multas y restricciones a sus operaciones. Fue lo sucedido en el caso *TFC Loans Limited* (Final Notice - TFS Loans Limited (In Administration) – Ref. No. 724439). TFS Loans Limited (TFS), un prestamista de avales entró en concurso en febrero de 2022. En este contexto, la FCA inició una investigación que desembocó en una sanción pecuniaria de 811.900 libras debido a una inadecuada evaluación de la solvencia de los avalistas vinculados a préstamos concedidos entre noviembre de 2015 y abril de 2018. Esta multa formaba parte de una exigencia más amplia de que TFS ofreciera reparación a los avalistas afectados, muchos de los cuales resultaron ser financieramente vulnerables e incapaces de hacer frente a las garantías que habían suscrito. En lo que interesa, la FCA estableció que TFC (i) no llevó a cabo evaluaciones adecuadas de la solvencia de aproximadamente 3.150 avalistas, lo que dio lugar a riesgos significativos de dificultades financieras cuando se pidió a estas personas que cubrieran los reembolsos de los préstamos; y (ii) no tuvo en cuenta información financiera esencial sobre los avalistas, como sus gastos domésticos, lo que podría haber influido en su capacidad para cumplir sus obligaciones como avalistas.

El Derecho inglés permite también ejercitar acciones civiles, como se aprecia en el caso *Michelle Kerrigan and 11 others v. Elevate Credit International Limited (t/a Sunny)*, [2020] EWHC 2169 (Comm), tratado más abajo en nota 99. Por el momento solo conviene advertir que un sistema de sanciones administrativas también puede ser eficaz.

Derecho español, que no ha traspuesto una norma que vaya más allá de la supervisión, sirven a este objetivo³⁹. Cuestión distinta es su grado de aplicabilidad⁴⁰.

Visto lo anterior, la razón por la cual el incumplimiento del deber de evaluar la solvencia debe llevar aparejadas (o no) sanciones de tipo civil-contractual se debe buscar en otro lugar; a saber: en el Derecho de contratos.

3.3. El deber de evaluar la solvencia como obligación de Derecho civil nacional para prevenir el incumplimiento del contrato de préstamo

El Tribunal de Justicia reconoce que el deber de evaluar la solvencia es un «deber precontractual»⁴¹. Sin embargo, esta calificación no implica consecuencias directas en el Derecho civil contractual nacional, ya que es un deber creado por el legislador europeo y debe interpretarse de manera autónoma⁴². La lógica del Derecho privado sugiere que, una vez reconocido este «deber precontractual», atribuirse una consecuencia jurídica en el plano

³⁹ En este sentido, ALFARO ÁGUILA REAL, «La obligación de comprobar la solvencia del consumidor antes de conceder un préstamo», *Blog de Derecho Mercantil*, 2014. Las sanciones administrativas en Derecho español se recogen en el Art. 34 LCC, que establece que el incumplimiento del deber de evaluar la solvencia prevista en el Art. 14 constituye una infracción grave, cuando no tiene carácter ocasional o aislado. Por su parte, los Arts. 44 y ss. LCCI reconocen una serie de sanciones administrativas, en función de la conducta, grave o muy grave, de las entidades.

⁴⁰ Habitualmente se cita el siguiente reporte del Fondo Monetario Internacional. Country Report No. 17/345 (November 2017): «Spain financial sector assessment program technical note on supervision of Spanish banks—select issues», para 179: «*Monetary fines should be used more frequently, together with other sanctioning tools. No monetary fines have been imposed or contemplated in respect of infringements of prudential rules. Also, no sanction has been imposed in the last five years for incomplete or inaccurate reporting: the procedure was initiated only once, and the bank complied immediately*». Sin embargo, se debe notar que el reporte no hace referencia expresa al incumplimiento de las normas de evaluación de la solvencia del prestatario-consumidor. Aun así, el grueso de la doctrina española considera que el sistema español de sanciones administrativas es ineficiente. Así, CUENA CASAS, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 764, 2017, pp. 2979, 2885, 2889; MARÍN LÓPEZ, «La obligación de evaluar la solvencia del prestatario en la Ley 5/2019, de contratos de crédito inmobiliario», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 50, 2019, (versión electrónica), p. 24.

⁴¹ STJUE 27.03.2014, C-565/12 – EU:C:2014:190, párr. 42.

⁴² En este sentido, HERRESTHAL, «*Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*», 13, 2014, p. 499, quien sostiene que la calificación del deber de evaluar la solvencia como «deber precontractual» por el Tribunal de Justicia no añade nada ni permite equiparar este deber dentro de las obligaciones precontractuales que el Derecho alemán reconoce en el § 311 II BGB.

contractual⁴³. En efecto, este era el enfoque de la Comisión Europea en la Propuesta de Directiva de crédito al consumo de 2002⁴⁴ (**Propuesta de Directiva de 2002**)⁴⁵:

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

Resulta evidente que el legislador europeo reconoció que introducir un deber de evaluar la solvencia implicaba también introducir un elemento en el Derecho de obligaciones y contratos. Es decir, las externalidades contractuales del deber de evaluar la solvencia no fueron ignoradas durante el proceso legislativo. Sin embargo, esto no implica que la Directiva 2008/48 estableciese una obligación de carácter civil ni una norma que otorgase protección individual al consumidor-prestatario. El objetivo era establecer una obligación del prestamista en el contexto de la supervisión de las entidades bancarias en el mercado, dejando los efectos contractuales al margen, lo cual se ha mantenido hasta la Directiva 2023/2225. Para el legislador europeo, el deber de evaluar la solvencia constituyó un saliente regulatorio en el Derecho de contratos cuya concreción quedaba en manos del legislador nacional. De esta manera, se entiende la laxitud del

⁴³ Por ejemplo, Tribunal Supremo de Países Bajos (*Hoge Raad*) tiene dicho que el deber de evaluar la solvencia ya existía en el Derecho privado holandés, como deber precontractual de cuidado al que están obligadas las entidades financieras, incluso antes de su introducción por medio de la regulación de supervisión financiera. Véase, BRASPENNING, «Mortgage credit in the Netherlands», *Journal of European Consumer and Market Law*, 4, 2017, p. 182.

En una línea similar, la Sala 1.^a del TS ha declarado en otros contextos que una evaluación defectuosa de la solvencia debe encontrar consecuencias en el Derecho privado, cuando el tipo de negocio y la posición de la parte que luego sería afectada por la insolvencia así lo aconsejan. Fue el caso de la STS 942/2003, Civil, de 12 de febrero de 2003 (Roj: STS 6362/2003 - ES:TS:2003:6362). La Sala 1.^a reconoció que la falta de comprobación de la solvencia de la sociedad con la que se contrataba impedía ejercitar la acción social de responsabilidad contra los administradores de la sociedad cuya solvencia no había sido comprobada por el acreedor: «Sería una *rémora importantísima para la rapidez de las transacciones mercantiles que hubiera que acudir al Registro Mercantil para enterarse de la solvencia de la persona con quien se quiere concertar una operación, salvo que se trate de profesionales a los que el uso de los negocios impone investigar dicha solvencia. No obstante, existen situaciones muy cualificadas en que ello es una carga inevitable en lógica comercial, y es cuando hay motivos suficientes o indicios racionales de la insolvencia. No puede amparar la norma al que se despreocupa de ello y opera sin ninguna cortapisa, por ejemplo, suministrando géneros al cliente de solvencia sospechosa. No puede pretender que jueguen entonces a su favor la imposición de la solidaridad de los administradores con la sociedad para el pago de las deudas sociales, no se actuaría entonces de la manera razonable, honesta y adecuada a las circunstancias de acuerdo con el art. 7.1 Cód. civil*».

⁴⁴ Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito a los consumidores /* COM/2002/0443 final - COD 2002/0222 */

⁴⁵ Art. 9 Propuesta de Directiva de 2002: «Artículo 9 Préstamo responsable. 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».

Tribunal de Justicia al evaluar la compatibilidad de una determinada consecuencia civil con las Directivas⁴⁶.

Que convertir el deber de evaluar la solvencia en una obligación de Derecho civil corresponda al legislador nacional es coherente con el hecho de que el Derecho de contratos no es materia armonizada en la Unión Europea⁴⁷. La cuestión que surge automáticamente es si el legislador nacional debería reconocer consecuencias civil-contractuales al incumplimiento de dicho deber. La respuesta a esta cuestión es afirmativa desde un punto de vista dogmático, como veremos a continuación.

No es ocioso detenerse en la importancia de la dogmática civil⁴⁸. La dogmática es la ordenación teórica y abstracta del derecho, que es esencial para abordar y resolver adecuadamente cuestiones prácticas relevantes. Solo con la dogmática es como se pueden garantizar soluciones jurídicas coherentes y sistemáticas, presentando las normas en su relación sistemática. De este modo, la dogmática ofrece un marco teórico que ayuda a interpretar y aplicar el Derecho efectivamente en casos concretos; a resolver problemas prácticos. Una buena dogmática precisa el sentido de las normas y sirve para aliviar y facilitar la aplicación práctica del Derecho, evitando decisiones que, en el mejor de los casos, se basan en el sentido común y, en el peor de ellos, en la equidad.

El deber de evaluar la solvencia influye en la formación del contrato de préstamo y en el reparto de riesgos desde la fase precontractual, buscando mitigar el riesgo de impago. Se pretende prevenir la celebración de contratos que el prestatario no pueda cumplir. Por ello, la imposición de la evaluación de solvencia impacta en el Derecho nacional de contratos⁴⁹. En efecto, la obligación de evaluar la solvencia transmite el mensaje de que los contratos de crédito entre entidades financieras y consumidores deben cumplirse, debido al alto coste social y económico del incumplimiento masivo. El legislador busca prevenir el incumplimiento de estos contratos, en favor de una de las partes de la relación obligatoria; un enfoque que no resulta ajeno a la tradición jurídico-privada⁵⁰. Consciente de que las causas de incumplimiento de un contrato de préstamo pueden ser variadas (despido, enfermedad, separación, divorcio, o incluso a la propia personalidad del consumidor⁵¹), el legislador se centra en el aspecto más controlable durante la

⁴⁶ Paradigmático es el caso STJUE 10.6.2021, *Ultimo Portfolio Investment (Luxembourg)*, C-303/2020 – EU:C:2021:479. En los parás 39 a 45, el TJUE evalúa las medidas de (i) pérdida del derecho a intereses; (ii) fraccionamiento de la ejecución del contrato en tramos que no generan intereses; y (iii) nulidad de determinadas cláusulas. Véase, además, análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, supra II.2.

⁴⁷ Véase, WHITTAKER, «The Optional Instrument of European Contract Law and Freedom of Contract», *European Review of Contract Law*, 7(3), 2011, pp. 371 ss.

⁴⁸ Al respecto, véase solamente, JANSEN, «Rechtsdogmatik, Rechtswissenschaft und juristische Praxis», *Archiv des öffentlichen Rechts*, 143(4), 2018, pp. 623 ss.

⁴⁹ En este sentido, FERRETTI, «Peer-to-Peer Lending and EU Credit Laws: A Creditworthiness Assessment, Credit-Risk Analysis or ... Neither of the Two?», *German Law Journal*, 22, 2021 p. 107.

⁵⁰ Así, por ejemplo, cuando establece la pérdida del deudor a su derecho a utilizar el plazo (Art. 1129 CC); la pérdida del derecho de elección del deudor, en las obligaciones alternativas, cuando solo una de las obligaciones fuera realizable (Art. 1134 CC); la pérdida de toda preferencia sobre la cosa consignada que tuviere el acreedor que autorizase al deudor para retirarla (Art. 1181 CC); o la exención al vendedor de entregar la cosa vendida, si se descubre que el comprador es insolvente, con riesgo de pérdida del precio (Art. 1467 CC). En una línea, similar, el mismo Código civil ya impone consecuencias a uno de los contratantes cuando, por el tipo de contrato y la razón de su arte y oficio, este tuvo que anticipar lo que ampliamente hoy denominamos incumplimiento.

⁵¹ ARROYO AMAYUELAS, «La directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial», *InDret*, 2/2017, p. 24, CUENA CASAS, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 764,

fase precontractual: el prestamista, imponiéndole la obligación de evaluar la solvencia. Así, el deber de evaluar la solvencia busca evitar el incumplimiento del contrato por causas imputables al prestamista⁵².

En este contexto, tiene todo el sentido que el legislador nacional reconozca incentivos en el ámbito civil-contractual, los cuales favorezcan el cumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia. Pero no está obligado a ello. Dicho de otro modo, dogmáticamente es aconsejable que el legislador nacional que incorpora esta norma –de supervisión, de garantía del buen funcionamiento del mercado, y de protección general de los consumidores– convierta al deber de evaluar la solvencia en un derecho subjetivo para el consumidor. Para ello, tiene que anudar consecuencias civiles, que permitan al consumidor reclamar en caso de incumplimiento. Las Directivas llaman a estos incentivos «sanciones», aunque bien pueden llamarse remedios⁵³.

3.4. Recapitulación y conclusión parcial

El deber de evaluar la solvencia, reconocido por las Directivas, no tiene como objetivo la protección directa del consumidor concreto en el contrato, sino la supervisión del comportamiento de las entidades de crédito en el mercado y la protección de los consumidores en general. Las Directivas no crean un derecho subjetivo, cuya protección se ponga a disposición del consumidor. Por eso, que se trate de un «deber precontractual», como tiene declarado el Tribunal de Justicia, no permite automáticamente deducir la existencia de una acción individual del consumidor. Su aplicación puede garantizarse mediante multas administrativas. Lo que ocurre, sin embargo, es que, al afectar también al Derecho civil de obligaciones en su fase precontractual –siendo su objetivo incentivar el cumplimiento de esta clase de contratos–, resulta dogmáticamente aconsejable que el legislador nacional reconozca a los consumidores un derecho subjetivo, poniendo a su disposición la protección jurídica y la tutela de su interés frente a las entidades. Es decir, aunque las Directivas no creen un derecho subjetivo a favor de los consumidores, es recomendable que la trasposición nacional así lo haga. Para ello, es necesario incorporar sanciones civiles adicionales. No ha sido el caso de España. Aquí, el legislador ha descartado la posibilidad de incorporar consecuencias civiles por el incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia⁵⁴.

2017, pp. 2880, 2896, 2895; WALSH, «La Directiva (UE) 2023/2225, Relativa a los contratos de crédito al consumo, en el derecho alemán y español: crédito responsable y evaluación de la solvencia», *Boletín Del Ministerio De La Presidencia, Justicia y Relaciones Con Las Cortes*, (2284), 2025, pp. 32-33), este último autor advierte sobre la relevancia de la estructura de la personalidad del consumidor.

⁵² Como luego se verá, esta idea es fundamental para entender cuál haya de ser la consecuencia civil más adecuada para reaccionar al incumplimiento del prestamista. *Infra*, VI. 3 y 4.

⁵³ En este sentido, ARROYO AMAYUELAS en *Los contratos de crédito inmobiliario. Algunas soluciones legales*, 2018, p 164. El problema del lenguaje de las sanciones es que conduce a un debate estéril para el asunto que nos ocupa: el de si cabe o no establecer sanciones en el Derecho privado y, en caso afirmativo, en qué medida. Este debate oscurece la cuestión elemental en todo este asunto: si el legislador puede incentivar también en el plano contractual-civil el cumplimiento (el no incumplimiento) de los contratos de crédito por el prestatario; y en qué medida.

⁵⁴ Durante el procedimiento de transposición de la Directiva 2014/17, el Grupo Parlamentario Socialista introdujo la enmienda núm. 99 al Art. 9.4 del Proyecto de Ley la cual perseguía introducir una sanción civil por la incorrecta evaluación de la solvencia del prestatario, generando una exoneración total de los intereses remuneratorios y de demora en caso de incumplimiento de la obligación de pago: «*La incorrecta evaluación de la solvencia no otorgará al prestamista la facultad de rescindir o modificar ulteriormente el contrato de préstamo en detrimento del prestatario, salvo que se demuestre que el prestatario ha ocultado o falsificado conscientemente la información.* En caso de que no

4. El sistema español: la inexistencia de sanciones civiles y la búsqueda de alternativas de *lege lata*

En España se han planteado diferentes alternativas para superar el hecho de que el legislador español no haya incorporado una consecuencia civil-contractual al incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia. Ninguna de estas opciones resulta convincente.

4.1. ¿Prohibición de contratar?

Un amplio sector doctrinal entiende que las Directivas imponen una prohibición de contratar, en el caso de que el resultado del test de solvencia sea negativo⁵⁵. Esta posición se alimenta, fundamentalmente, de la literalidad del Art. 18.6 Directiva 2014/17 (Art. 11.5 LCCI). Un punto de vista similar se atisba en otros ordenamientos, como el francés⁵⁶; y es, de hecho, la opción

haya concurrido dicha ocultación o falsificación, la incorrecta evaluación de la solvencia imputable al prestamista, con independencia de las sanciones administrativas que procedan, generará una exoneración total de los intereses remuneratorios pactados y, en caso de mora, una exoneración total de los intereses de demora» (el subrayado es mío). Esta enmienda no fue aprobada por el Congreso.

Igualmente, el Grupo Parlamentario Ciudadanos introdujo las enmiendas núm. 186, 201 y 203. La primera planteaba un Art. 9.8 en los siguientes términos: «Sin perjuicio del régimen sancionador previsto en los artículos 44 y siguientes de la presente ley, cuando el deudor se vea imposibilitado de devolver el préstamo por circunstancias que estaban presentes y eran previsibles en el momento de su concesión, podrá oponerse a la reclamación realizada por el prestamista alegando, en su caso, el incumplimiento por éste de la obligación de evaluar la solvencia o la concesión del préstamo existiendo test negativo. En este caso, el juez acordará la pérdida del derecho del prestamista al cobro de los intereses remuneratorios y moratorios, de conformidad con lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil. La carga de la prueba del cumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia corresponderá al prestamista». En relación con la norma propuesta, el mismo grupo parlamentario proponía modificar (enmienda núm. 201) el Art. 557 LEC, introduciendo como causa de oposición a la ejecución «que el ejecutante haya incumplido su obligación de evaluar la solvencia del prestatario, conforme a lo previsto en el artículo 9 de la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, siempre que el título se encuentre comprendido en su ámbito de aplicación». En caso de verificarse dicho incumplimiento, la misma enmienda proponía una modificación del Art. 561.1.4.^a LEC según la cual «cuando se apreciase que el ejecutante ha incumplido su obligación de evaluar la solvencia del prestatario, el auto que se dicte despachará ejecución únicamente por la cantidad que se reclame en concepto de principal, quedando excluidos los intereses ordinarios y moratorios, tanto los vencidos como los que puedan devengarse durante la ejecución». Esta enmienda tampoco fue objeto de aprobación durante la tramitación parlamentaria. En fin, una enmienda núm. 203 proponía aplicar el mismo régimen de sanciones civiles en el Art. 14 LCC.

⁵⁵ ÁLVAREZ LATA, en *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo*, 2014, sec. V; DÍAZ ALABART, «Evaluación de la solvencia del consumidor, tasación de inmuebles y consultas en ficheros de solvencia», en DÍAZ ALABART (dir.), *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE)*, Reus, Madrid, 2015 p. 254; ARROYO AMAYUELAS, *InDret*, 2/2017, p. 26; ANDERSON, «La Directiva 2014/17/UE, sobre créditos hipotecarios, y su previsible impacto en el Derecho español» en ARROYO AMAYUELAS, y SERRANO DE NICOLÁS (dirs.), *La europeización del Derecho privado*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2016, p. 56; ZUNZUNEGUI, «Evaluación de la solvencia», *Revista de Derecho del Mercado Financiero*, 2019, p. 8; MARÍN LÓPEZ, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 50, 2019, p. 22; VECINA AZNAR, «El Derecho español y su adecuación al ordenamiento europeo respecto del deber de evaluación de la solvencia», *CESCO*, 2024 p. 10, quien considera que la contratación tras un resultado negativo en el test de solvencia convierte en nulo al contrato en aplicación del Art. 6.3 CC; WALSH, *Boletín Del Ministerio De La Presidencia, Justicia y Relaciones Con Las Cortes*, (2284), 2025, p. 36).

Para el Derecho de Países Bajos y de Reino Unido, comparte esta posición MAK, «What is responsible lending. The EU Consumer Mortgage Credit Directive in the UK and the Netherlands», *J Consum Policy*, 38, 2015, p. 426. En Alemania, véase, sobre todo, ARTZ, «§ 505a BGB» en *Verbraucher kreditrecht*, 2025, nm 6.

⁵⁶ En Francia, AUBRY, «Mortgage credit in France», *Journal of European Consumer and Market Law*, 4, 2017, p. 175.

legislativa adoptada por Países Bajos⁵⁷, Austria⁵⁸ y Bélgica⁵⁹, que obligan al prestamista a denegar el crédito, si el resultado de la prueba de solvencia es negativo. Pero no es una solución evidente⁶⁰.

(a) *Primero*, porque si bien el TJUE ha aclarado que la obligación de evaluar la solvencia es compatible con una legislación nacional que establece la prohibición de contratar como consecuencia⁶¹, esta aproximación del Tribunal de Justicia no resuelve el problema, de cuál es la consecuencia en caso de contratar incumpliendo dicha prohibición.

(b) *Segundo*, porque tanto el Art. 18.5 Directiva 2017/14 (Art. 11.5 LCCI) como el Art. 18.6 Directiva 2023/2225 solo parecen referirse a una prohibición de contratar, cuando el resultado de la prueba de solvencia es negativo. Sin embargo, las mismas normas no establecen una prohibición similar, cuando el test se omite. Por eso, si la concesión de crédito «a ciegas» no impide contratar, la concesión de crédito con un test negativo tampoco puede hacerlo, so pena de incurrir en una grave incongruencia valorativa. De hecho, se otorga libertad contractual al prestamista para no contratar, incluso aunque el resultado del test de solvencia sea positivo⁶².

Desde el proceso de elaboración de la Directiva 2008/48, la Comisión Europea ha mostrado una orientación favorable a preservar la libertad de contratar, con el objetivo de no restringir en exceso el acceso al crédito por parte de los consumidores⁶³. En este contexto, el artículo 18.5 a) Directiva 2014/17 ciertamente supuso un cambio significativo, que el Art. 18.6 Directiva 2023/2225 parece incluso reforzar, al establecer que el prestamista «no pondrá el crédito a disposición», si la evaluación de solvencia no indica que sea probable el cumplimiento de las obligaciones contractuales. Esta redacción se puede interpretar como una manifestación clara de una prohibición de contratar en caso de evaluación negativa. Sin embargo, esta conclusión no resulta inequívoca⁶⁴. A mi juicio, la norma debe leerse a la luz de su proceso de gestación, en el que se contemplaba expresamente la posibilidad de conceder crédito incluso tras una evaluación negativa, en circunstancias

⁵⁷ BRASPENNING, *Journal of European Consumer and Market Law*, 4, 2017, pp. 181-182.

⁵⁸ § 9 (5) I Hypothekar- und Immobilienkreditgesetz.

⁵⁹ Art. VII.77 § 2 Code de Droit économique – 28 Février 2013: «*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*».

⁶⁰ NASARRE AZNAR/SIMÓN MORENO, «Un paso más en la protección de los deudores hipotecarios de vivienda: la Directiva 2014/17/UE y la reforma del Código de Consumo de Cataluña por Ley 20/2014», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 139, 2015, pp. 13 y 19.

⁶¹ STJUE 06.06.2019, C-58/18 – EU:C:2019:467, *Belfius Banque*, S.A.

⁶² Cdo. 57, Directiva 2014/17.

⁶³ Véase, Comisión Europea, Memo/02/252, Q&A on consumer credit, pregunta 3: «3) Will the new directive make it more difficult for consumers to get credit? For example, will the principle of responsible lending force credit companies to turn down loan requests from consumers with a high debt to income ratio, say over 50%? The directive is about protecting consumers against abuse, not about restricting the supply of credit. Though the directive lays down some new rules, it still leaves consumers free to apply for credit and credit companies free to grant it. We do not believe that higher standards of protection will reduce consumers' access to credit. Looking specifically at the principle of responsible lending, all this requires is that credit companies carry out an honest assessment of the consumers' ability to make repayments. There is no threshold debt to income ratio implied in the principle».

⁶⁴ En este sentido, en su momento, HOFFMANN, *Neue Juristische Wochenschrift*, 25, 2010, p. 1785; más recientemente, WEBER, «§505d BGB» en *Münchener Kommentar zum BGB*, 9.^a ed., 2023, nm 8.

justificadas⁶⁵. Aunque la versión final del precepto no recoge de forma explícita esa excepción, sí remite a los «factores pertinentes para verificar las perspectivas de cumplimiento» mencionados en el apartado primero. Esta remisión permite sostener que, bajo ciertas condiciones, el legislador europeo no ha excluido por completo la posibilidad de conceder crédito a pesar de una evaluación desfavorable. Antes bien, la idea de las Directivas sigue siendo más cercana a una fórmula más matizada («no pondrá el crédito a disposición»), que sugiere una intención de orientar la conducta del prestamista, no de imponer una prohibición absoluta, como explico en (d).

(c) *Tercero*, porque una prohibición de contratar representa una injerencia en el mercado de crédito y en la libertad contractual, no solo de la entidad financiera, sino también de aquellos ciudadanos que tengan interés en acceder al crédito y que puedan ofrecer garantías adicionales o cuyas perspectivas de ingresos puedan verse mejoradas en el futuro⁶⁶.

(d) *Cuarto*, porque no parece plausible que el legislador europeo haya querido introducir una limitación sustancial a la libertad de empresa —reconocida en el artículo 16 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea— sin hacerlo de forma expresa (cfr. Art. 17 Directiva 2023/2225, que sí habla de prohibición). Es más, la Propuesta de Directiva de Crédito Inmobiliario de 2011 incluía una norma mucho más clara en el sentido de prohibir contratar⁶⁷, que no sobrevivió al procedimiento legislativo en estos términos⁶⁸, y que se vio modificada

⁶⁵ El Art. 18.4 II de la Propuesta de Directiva de crédito al consumo de 2021, de 30 de junio de 2021 (COM(2021) 347 final) establecía: «No obstante lo dispuesto en el párrafo primero, cuando el resultado de la evaluación de solvencia indique que no es probable que las obligaciones derivadas del contrato de crédito o del contrato para la provisión de servicios de crédito de financiación participativa se cumplan de la forma requerida en dicho contrato, el prestamista o el proveedor de servicios de crédito de financiación participativa podrá, excepcionalmente, poner crédito a disposición del consumidor en circunstancias concretas y bien justificadas». Aquí, la enmienda 144 propuesta por el Parlamento Europeo al Art. 18.4 II de la Propuesta contenía, de hecho, una obligación a cargo de la entidad de informar al prestamista de que se le concedía un crédito a pesar de una evaluación negativa, y del riesgo que ello implica (véase, Informe sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los créditos al consumo, 25.8.2022 - (COM(2021)0347 – C9-0244/2021 – 2021/0171(COD)) - ***I).

Asimismo, el Dictamen del Comité Económico y Social indicaba, en su punto 3.6, que «además, a fin de garantizar una protección adecuada de los consumidores, el CESE invita a la Comisión a detallar más las situaciones en las que, en circunstancias específicas y bien justificadas, los prestamistas tienen derecho, sin ninguna obligación al respecto, a conceder préstamos a los consumidores aunque no superen la evaluación de la solvencia» (2022/C 105/14).

⁶⁶ CUENA CASAS, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 764, 2017, pp. 2894-2895.

⁶⁷ Art. 14.2(a) Propuesta de Directiva de Crédito Inmobiliario de 2011 (/ * KOM/2011/0142 endg. */): «Si la capacidad del consumidor para devolver el préstamo dentro del plazo del contrato de crédito se evalúa negativamente durante la verificación de solvencia, el prestamista denegará la concesión del crédito» (traducción propia a partir de la versión alemana).

⁶⁸ Así, el Cdo. 25 de la Propuesta de Directiva de Crédito Inmobiliario presentada por la Comisión contenía una referencia a la prohibición de contratar que fue suprimido en la fase de enmiendas en el Parlamento Europeo (Véase, Informe sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial - 11.10.2012 - (COM(2011)0142 – C7-0085/2011 – 2011/0062(COD)) - ***I. El texto era el siguiente: «(25) Toda evaluación de solvencia negativa indicará al prestamista que el consumidor no tiene la capacidad de hacer frente al crédito, por lo que no debe concedérsele».

Igualmente, el Art. 14.2(a) de la Propuesta de Directiva de Crédito Inmobiliario fue modificado en fase de enmiendas, por ser la definición propuesta demasiado restringida. La formulación remanente de esta norma pasó a ser: «Siempre que la evaluación de la solvencia del consumidor arroje un resultado negativo en cuanto a la capacidad de este para hacer frente a sus futuras obligaciones de deuda, el prestamista deniegue el crédito».

sustancialmente en el texto finalmente publicado⁶⁹. El cambio de redacción apunta a que el legislador comunitario quiso mantenerse dentro de una fórmula matizada, evitando imponer prohibiciones categóricas en esta materia, y optando en su lugar por un enfoque que incentive — a través de la legislación nacional— una concesión de crédito responsable. A mi parecer, este es el sentido que debe atribuírsele a la expresión «*los Estados Miembros velarán*», y a expresiones similares del resto de versiones⁷⁰. Tales incentivos se deben manifestar a través del régimen de sanciones, administrativas y civiles, nacionales. Prueba de ello es que, al final, los sistemas jurídicos que reconocen formalmente una prohibición de contratar no se limitan a declararla, sino que la acompañan de consecuencias jurídicas concretas.

(g) *Quinto*, porque, de entenderse que el deber de evaluar la solvencia es una norma prohibitiva, la consecuencia debería ser la nulidad del contrato (Art. 6.3 CC)⁷¹. Ello, claro está, salvo que el legislador, al incorporar el deber de evaluar la solvencia al ordenamiento nacional, reconozca expresamente una consecuencia distinta a la nulidad para el caso de contravención. Es el caso, por ejemplo, del Derecho alemán, donde la existencia de una sanción civil concreta permite a sus autores «darse el lujo» de decir al mismo tiempo que (i) se trata de una prohibición de contratar, pero (ii) que la consecuencia no es la ineficacia del contrato⁷². No es el caso del sistema español. En nuestro sistema, sin consecuencia civil legal expresa, abrazar la tesis de la prohibición de contratar obliga a reconocer la ineficacia del contrato, en caso de contravención. Como veremos a continuación, esta sanción civil no resulta adecuada.

4.2. ¿Nulidad del contrato?

La nulidad, por contravención de norma (Art. 6.3 CC), del contrato en el que se ha incumplido el deber de evaluar la solvencia fue descartada por el legislador español durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de la LCCI⁷³. Sin embargo, es una opción que cuenta con adeptos en España⁷⁴. En el terreno judicial, el Juzgado de Primera Instancia N.º 1 de Fuenlabrada representa

⁶⁹ «*Los Estados Miembros velarán porque 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*».

⁷⁰ Utilizando la literalidad de la Directiva 2023/2225, en sus diferentes versiones (Art. 18.1): «Member States shall require that, before concluding a credit agreement, the creditor carry out a thorough assessment of the consumer's creditworthiness.» (inglés); «Die Mitgliedstaaten schreiben vor, dass der Kreditgeber vor Abschluss eines Kreditvertrags eine eingehende Prüfung der Kreditwürdigkeit des Verbrauchers vornehmen muss»; «Les États membres exigent que, avant de conclure le contrat de crédit, le prêteur procède à une évaluation minutieuse de la solvabilité du consommateur» (francés); «Gli Stati membri dispongono che, prima della conclusione di un contratto di credito, il creditore debba effettuare una valutazione approfondita del merito creditizio del consumatore».

⁷¹ En este sentido, ZUNZUNEGUI, «Evaluación de la solvencia en la concesión de créditos hipotecarios», *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, 16, 2014, pp. 151-152; CUENA CASAS, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 764, 2017, p. 2895; VECINA AZNAR, *CESCO*, p. 10.

⁷² Por todos, ARTZ, «§ 505a BGB» en *Verbraucherrecht*, 2025, nm 6. Véase, también, desde España, WALSH, *Boletín Del Ministerio De La Presidencia, Justicia y Relaciones Con Las Cortes*, (2284), 2025, p. 35.

⁷³ Se trata de la enmienda a la totalidad presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Mara, como Art. 9.6 del Proyecto de Ley: «*Constituirá causa de nulidad del contrato hipotecario la negligencia demostrada que implique la concesión de un crédito hipotecario a deudores sin capacidad de pago, comprobada o evidente*».

⁷⁴ NASARRE AZNAR/SIMÓN MORENO, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 139, 2015, pp. 22 y ss., 38 ss.; VECINA AZNAR, *CESCO*, 2024, pp. 7-12; ZUNZUNEGUI, *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, 16, 2014, p. 151.

otro buen exponente de esta aproximación⁷⁵. La Sentencia *Nárokuj* ha hecho todavía más popular esta opción. Sin embargo, hay buenas razones para descartar esta posibilidad.

(a) *Primero*, porque en *Nárokuj* el demandante era una sociedad mercantil a la que el consumidor había cedido los créditos que podía reclamar frente al prestamista. La entidad prestamista había incumplido la obligación de evaluar la solvencia de acuerdo con lo dispuesto en la legislación checa en trasposición del Art. 8 Directiva 2008/48. Aunque el consumidor reembolsó el préstamo en su totalidad sin objeciones, la sociedad demandante reclamó la diferencia entre el importe del principal del crédito y el importe devuelto, más los intereses legales de demora (35.000 coronas checas, aproximadamente 1400 euros), basándose en el enriquecimiento injustificado. Fue en este contexto donde el Tribunal de Justicia sentenció que los objetivos de evitar el sobreendeudamiento del consumidor y crear un mercado interior eficaz de crédito al consumo pueden verse afectados incluso después del reembolso del crédito.

(b) *Segundo*, porque en *Nárokuj*, la sanción de nulidad era la consecuencia civil prevista expresamente por el Derecho checo⁷⁶. El Derecho español no tiene instruida una consecuencia civil expresa, consistente en la nulidad del contrato.

(c) *Tercero*, porque el Art. 6.3 CC piensa en la contravención de norma imperativa, es decir, en el incumplimiento por el contrato de una verdadera norma de policía que salvaguarda el orden público⁷⁷. Como se ha explicado, el deber de evaluar la solvencia no establece una prohibición pública de contratar⁷⁸. Algún autor ha planteado, entonces, reducir el recurso al Art. 6.3 CC solo cuando el incumplimiento del deber de evaluar la solvencia se tradujo en un incumplimiento del contrato por el prestatario⁷⁹. Pero este ejercicio se enfrenta a la objeción de que, una vez activada, la nulidad del Art. 6.3 CC no puede depender de si la transgresión de la norma vio o no actualizado el riesgo que pretendía prevenir; y el legislador no ha actuado para establecer una consecuencia distinta o modulada en caso de contravención.

(d) *Cuarto*, porque la Sala 1.^a del Tribunal Supremo ha rechazado la vía de la nulidad en incumplimientos de corte similar, a saber, ante el incumplimiento de la obligación legal de información del art. 79 bis de la Ley del Mercado de Valores⁸⁰.

⁷⁵ Auto de 31 de enero de 2024 del Juzgado de Primera Instancia de Fuenlabrada (Ilmo. Sr. Jesús Alemany Eguidazu – Id Cendoj: 28058420012024200001).

⁷⁶ Según el Derecho checo, el incumplimiento del deber de evaluar la solvencia lleva aparejada la nulidad del contrato; lo que se aprecia de oficio por el juez. Dicha nulidad implica que el consumidor tenga que devolver el principal del crédito al consumo recibido dentro de un término acorde a sus posibilidades financieras. Es decir, el incumplimiento de evaluar la solvencia del prestatario priva, en la República Checa, al prestamista de los intereses del crédito, con independencia del efecto que dicho incumplimiento haya podido tener en el desarrollo de la relación contractual.

⁷⁷ RUIZ ARRANZ, *La estructura de la restitución contractual*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2023. p. 325; CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, 4.^a ed., Aranzadi La Ley, 2024, sec. 15/2 y 15/5.

⁷⁸ Supra, IV. 1.

⁷⁹ CARRASCO PERERA, «Efectividad y disuasión en la jurisprudencia europea de consumo. A propósito de *Nárokuj*», *CESCO*, 2024, p. 4,

⁸⁰ Véanse los razonamientos de REDONDO TRIGO, «La nulidad absoluta de los derivados financieros por incumplimiento de la normativa MIFID», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 723, 2011, pp. 639, 648; RODRÍGUEZ-ROSADO, «Cinco años de jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre contratos swap», *Aranzadi Civil-Mercantil*, 4, 2018, (versión electrónica), sec. 3.b.

(e) *Quinto*, porque las Directivas ya descartan soluciones que impliquen anular el contrato en detrimento del consumidor⁸¹. Es decir, las Directivas presuponen la validez de un contrato celebrado sin evaluación de la solvencia o con test de solvencia negativo; y lo mismo ocurre en el Derecho español⁸². La razón se explica porque la consecuencia restitutoria que la nulidad llevaría aparejada –la restitución de las prestaciones– perjudica al prestatario-consumidor⁸³. En Derecho español, la nulidad del contrato por contravención de norma conduce a la restitución normal de las prestaciones prevista en el Art. 1303 CC⁸⁴.

4.3. ¿Resolución del contrato?

También se ha planteado que el incumplimiento de la obligación justifica el recurso a la resolución, en tanto que al consumidor no le resulta exigible seguir vinculado a un crédito concedido de manera irresponsable⁸⁵. En líneas generales, la resolución del contrato como consecuencia civil al incumplimiento del deber de evaluar la solvencia se debe rechazar. La principal razón para ello es que la obligación de evaluar la solvencia no constituye una obligación precontractual capaz de integrar el contenido del contrato y, con ello, el deber de prestación de la parte que incumple⁸⁶, como sucede con la información precontractual, incluida la publicidad⁸⁷. A ello se añade que la consecuencia jurídica de la resolución –la restitución integral de las prestaciones– nos sitúa en el mismo problema que se acaba de exponer para la nulidad⁸⁸.

4.4. ¿Responsabilidad civil extracontractual?

⁸¹ Arts. 18.4 Directiva 2014/17 y 18.7 Directiva 2023/2225.

⁸² El Art. 29.1 II LES establece que el deber de evaluar la solvencia se entiende sin perjuicio de la libertad de contratación. El Art. 18.6 Orden 2899/2011, que desarrolla el Art. 29 LES en este punto, establece que el incumplimiento en el deber de evaluar la solvencia no afecta a la plena validez y eficacia del contrato.

⁸³ ANDERSON, en *La europeización del Derecho privado*, 2016, p. 57, quien si bien entiende que la consecuencia dogmática sería la nulidad; BUCK-HEEB, «Rechtsfolgen fehlender oder fehlerhafter Kreditwürdigkeitsprüfung. Das neue Verbraucherkreditrecht nach Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie», *Neue Juristische Wochenschrift*, 29, 2016, p. 2067; MARÍN LÓPEZ, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 50, 2019, pp. 23, 25.

⁸⁴ RUIZ ARRANZ, *La estructura de la restitución contractual*, 2023, pp. 527-533. Aunque el Art. 1303 del Código Civil está pensado para la compraventa, puede adaptarse a los contratos de cesión de uso, como los préstamos. En estos casos, la nulidad del contrato llevaría a una compensación de las prestaciones: el uso del capital por parte del prestatario y los intereses pagados por el prestamista, además de la obligación del prestatario de devolver el capital. Este escenario puede tener consecuencias indeseables, tanto si el prestatario incumple el contrato por insolvencia como si no. En el primer caso, el prestatario no podría devolver el capital prestado. En el segundo, se terminaría un contrato en ejecución sin incumplimientos, lo que podría fomentar comportamientos oportunistas, como anular préstamos antiguos para aprovechar mejores condiciones de interés actuales.

⁸⁵ ÁLVAREZ LATA, en *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo*, 2014, sec. V.

⁸⁶ En similar sentido, MARÍN LÓPEZ, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 50, 2019, p. 25.

⁸⁷ En este sentido, véase ELIZALDE IBARBIA (2016, pp. 222 y ss., 292 y ss.).

⁸⁸ Como mucho, podría decirse que la entidad financiera no puede dar por terminado el crédito, ni resolverlo, en el caso en el que esta haya incumplido el deber de evaluar la solvencia; pero que, a contrario, el consumidor-prestatario sí puede. Así lo sugiere, ALFARO ÁGUILA REAL, «La obligación de comprobar la solvencia del consumidor antes de conceder un préstamo», *Blog de Derecho Mercantil*, 2014. El problema es que se antoja difícil pensar en un supuesto en que al consumidor le convenga esta opción, fuera de los casos en los que ya se hayan cumplido enteramente las prestaciones. Como explicaré más adelante (*infra*, 5.1), la consecuencia civil-contractual al incumplimiento del deber de evaluar la solvencia solo debería activarse cuando el objetivo perseguido por el legislador –que el consumidor no incumpla el contrato– no se cumpla.

Otro importante sector doctrinal apunta a canalizar el incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia a través de la responsabilidad civil extracontractual⁸⁹. En esta tesis, la entidad financiera incurriría en culpa *in contrahendo* que permitiría al prestatario-consumidor reclamar una indemnización daños (Art. 1902 CC). El daño sería el contrato mismo, que el prestatario no puede cumplir, y la conducta antijurídica el incumplimiento del banco de abstenerse de celebrar un contrato sin haber evaluado la solvencia o siendo el consumidor insolvente (de haberlo hecho). Sobre la base del interés negativo, la acción de responsabilidad civil buscaría colocar al consumidor en la posición que tendría si el prestamista hubiera cumplido correctamente el deber de evaluar la solvencia. Aquí, el juez tendría que determinar (i) si una (correcta) evaluación de la solvencia justifica la concesión del crédito; y (ii), en caso afirmativo, cuáles habrían sido las condiciones razonables de crédito que el consumidor habría tenido. Una vez realizado este ejercicio, la consecuencia jurídica derivada de la responsabilidad civil consistiría en (i) la completa liberación de la deuda crediticia, con restitución de las cantidades abonadas por el consumidor hasta ese momento (si se concluye que la correcta evaluación de la solvencia habría arrojado un resultado negativo); o (ii) la adaptación del contrato al nivel de endeudamiento que el cliente se habría podido permitir.

Dogmáticamente, la vía de la responsabilidad civil resulta tentadora y aparentemente sencilla de presentar. Bastaría con considerar que la obligación de evaluar la solvencia es un deber precontractual cuyo incumplimiento conduce a la responsabilidad civil⁹⁰. A diferencia de ordenamientos como el alemán⁹¹, en España, desde el momento en que se reconoce que el deber de evaluación de la solvencia incorporado por el legislador nacional constituye una «obligación precontractual⁹²» de tipo civil⁹³, la interpretación nacional autónoma del Derecho de daños –de cláusula abierta– no impediría fundar la responsabilidad civil en una conducta ilícita. Además de por obvios motivos prácticos⁹⁴, es desaconsejable recorrer este camino.

⁸⁹ En España, GARCÍA RUBIO, «La obligación a cargo del profesional de evaluar la solvencia del consumidor prestatario. Comentario a la STJUE Sala Cuarta, de 27 de marzo de 2014, Asunto c-565/2012, Le crédit Lyonnais SA v Fesih Kalan», *La Ley Unión Europea*, N.º 16, 2014, (versión electrónica). sec. II, nm 7; ALFARO ÁGUILA REAL, «La obligación de comprobar la solvencia del consumidor antes de conceder un préstamo», *Blog de Derecho Mercantil*, 2014; ARROYO AMAYUELAS, *InDret*, 2/2017, pp. 27-28; ARROYO AMAYUELAS en *Los contratos de crédito inmobiliario. Algunas soluciones legales*, 2018, pp. 170-171, aunque esta vez sin inclinarse expresamente por una consecuencia o la otra; ARROYO AMAYUELAS, *Revista Da Faculdade Da Universidade Do Porto De Direito*, 2020-2021, pp. 237-238. En Alemania: HOFFMANN, *Neue Juristische Wochenschrift*, 25, 2010, p. 1786; BARTA/BRAUNE, *Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht*, 8, 2014, pp. 326-329; KNOPS (2024, Rn. 23-25). En Italia: FERRETTI, «*German Law Journal*», 22, 2021, p. 107.

⁹⁰ Crítico con la presentación de la idea, HARNOS, *Juristen Zeitung*, 11, 2017, p. 553.

⁹¹ En Derecho alemán, su sistema de cláusula cerrada para el Derecho de daños hace que una interpretación autónoma, de acuerdo con el Derecho civil nacional alemán, no permita fundamentar, directamente la responsabilidad civil a partir de un acto ilícito. Véase, en este sentido, HERRESTHAL, «*Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*», 13, 2014, p. 499.

⁹² STJUE 27.3.2014, C-565/12 – EU:C:2014:190, paras 40-50.

⁹³ *Supra*, III.3.

⁹⁴ Cualquier demanda de responsabilidad civil por concesión de un préstamo incumpliendo el deber de evaluar la solvencia obligaría al prestatario a presentar un informe pericial económico, fundado, que determinase (i) bien el escenario contrafactual de crédito que el prestatario habría podido cumplir; o (ii), si el prestatario resulta ser insolvente, el informe debería justificar este elemento, a fin de dotar al juez de una base empírica para liberar al consumidor de la deuda. Semejante carga probatoria dificultaría el ejercicio del derecho del consumidor.

(a) *Primero*, porque es muy cuestionable que el contrato mismo sea el daño. A diferencia de los casos de usura⁹⁵ o de casos cualificados de vicios del consentimiento⁹⁶, aquí el consumidor-prestatario obtiene un crédito en condiciones de mercado que, sin embargo, no debería haber obtenido, de haberse evaluado correctamente su solvencia. Pero, como tal, el daño no es el contrato ni las condiciones de este. A lo sumo, el contrato y sus condiciones podrán ser un hecho dañoso –pero no el daño–, si se actualiza el riesgo que el deber de evaluar la solvencia pretendía conjurar: la insolvencia del prestatario. A mi juicio, es difícilmente sostenible que ello sea un daño corregible por medio de la responsabilidad civil. Y creo que este aspecto –que del incumplimiento del deber de evaluar no se derive un daño– aleja las Directivas que lo establecen del concepto de derecho subjetivo⁹⁷.

(b) *Segundo*, porque la relación de causalidad (imputación objetiva) entre el incumplimiento del deber de evaluar la solvencia y el contrato no es evidente⁹⁸. Por este motivo, los tribunales de otros países ya han desestimado acciones de daños en casos similares, como es el caso del Derecho inglés⁹⁹. La vía de la responsabilidad civil solo es factible si se concede a las normas de evaluación de la solvencia la dignidad de «norma de protección» del consumidor individual en el

⁹⁵ En estos casos de usura que sí existen buenas razones para entender que el contrato mismo irroga un daño al prestatario, cuando se concede fuera de condiciones de mercado y con independencia de si el prestatario incurre en insolvencia o si no. Aquí, el daño que representa el contrato se puede corregir por medio de una adaptación hacia condiciones de mercado. Véase, RUIZ ARRANZ (2021, pp. 215-217)

⁹⁶ Un buen ejemplo se contiene, desde el Derecho alemán, en la Sentencia del BGH de 26 de septiembre de 1997 (V ZR 29/96 (München), NJW 1998, 302) donde se declaró la posibilidad de acudir a la *culpa in contrahendo* o a la responsabilidad civil para «deshacer» el contrato celebrado por incumplimiento de deberes precontractuales de información; en ese caso, el daño es el contrato y la indemnización (§ 249 BGB) consiste en su liquidación

⁹⁷ Esto es, que no exista un daño como tal derivado del incumplimiento del deber complica sostener que el ordenamiento jurídico ha otorgado al titular del interés protegido por el deber de evaluar un poder jurídico para la defensa autónoma de dicho interés. Cfr., en este sentido, el ejemplo de LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, § 14, p. 239 sobre el incumplimiento de las normas de tráfico y la provocación de un daño.

⁹⁸ MARÍN LÓPEZ, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 50, 2019, p. 26.

⁹⁹ Se trata del caso *Michelle Kerrigan and 11 others v. Elevate Credit International Limited (t/a Sunny)*, [2020] EWHC 2169 (Comm). Doce demandantes fueron seleccionados de un grupo más numeroso para presentar una reclamación por incumplimiento del deber de evaluar la solvencia contra Elevate Credit International, más conocido como «Sunny». Sunny ofrecía préstamos a corto plazo («payday lending») a elevados intereses. Los préstamos se podían solicitar de manera rápida en línea y los fondos se recibían unos 15 minutos después de aprobada la operación. Para estos doce demandantes, Sunny no había realizado evaluaciones adecuadas de su solvencia crediticia, por no considerar el impacto acumulativo de los préstamos anteriores en la situación financiera de cada cliente. En consecuencia, los prestatarios ejercitaron, entre otras, una acción de daños. Los daños reclamados eran diferentes. Por un lado, una de las demandantes alegó que la incorrecta evaluación de su solvencia había agravado su estado depresivo y ansioso, causándole un empeoramiento de su estado psiquiátrico. Por el otro, los demandantes sostenían que se les había irrogado un daño adicional por lesión de su historial crediticio. En ambos casos, la High Court encontró dificultades para establecer un vínculo causal entre los daños reclamados (personales y financieros) y la omisión del prestamista. En particular, la High Court consideró que no estaba demostrado que, si Sunny hubiese rechazado concederles crédito, los clientes «no habrían obtenido el dinero en otro lugar» (para 152). Esto es, el tribunal necesitaba de pruebas directas sobre la relación de causalidad, que los demandantes no le ofrecieron. Igualmente, respecto a los daños personales por depresión y ansiedad, el tribunal entendió que las normas sobre evaluación de la solvencia no responden a un deber de no causar daños psiquiátricos a los consumidores. Como resultado, el tribunal desestimó la acción de daños ejercitada. Con todo, el tribunal sí consideró apropiado conceder algún tipo de remedio («some relief»), por entender que la relación resultaba abusiva. Si bien el tribunal no zanjó definitivamente el asunto del remedio, por no tratarse de casos individuales, consideró que no procedería devolver el capital prestado (pues los prestatarios se habrían beneficiado del dinero), pero sí los intereses

contrato concreto¹⁰⁰. Solo así podría desarrollarse una relación de imputación causal basada en el fin de protección de la norma fundamentadora de responsabilidad¹⁰¹. Ya se ha explicado que la obligación de evaluar la solvencia no tiene como fin proteger al consumidor concreto en el contrato concreto, sino garantizar el buen funcionamiento del mercado de crédito y supervisar el comportamiento de las entidades financieras en él¹⁰².

(c) *Tercero*, porque las consecuencias derivadas de la responsabilidad civil se antojan quiméricas, tanto en un escenario donde la correcta evaluación de la solvencia habría determinado la no concesión del crédito como en otro en el que la correcta evaluación de la solvencia habría arrojado otro contrato diferente con condiciones distintas. *En el primer caso*, la responsabilidad civil produciría una quita del contrato dañoso, en favor del consumidor. Sin embargo, una vez se reconoce que el deber de evaluar la solvencia no lleva consigo una prohibición de contratar en caso de que el test sea negativo¹⁰³ –y que, por tanto, el prestamista y prestatario pueden decidir concluir un contrato a un riesgo más elevado para ambos– resulta contradictorio afirmar que ese contrato celebrado en condiciones de mercado representa un daño para el consumidor, y que se tiene que eliminar¹⁰⁴. *En el segundo caso*, una adaptación del contrato hacia las condiciones que la correcta evaluación de la solvencia obligaría al juez a determinar dicho contenido contractual, sin que exista una referencia evidente, como sí ocurre en otros supuestos¹⁰⁵.

(d) *Cuarto*, porque la responsabilidad civil conduciría, en abstracto, bien a la adaptación del contrato, bien a la liberación del deudor. Sin embargo, hay otros daños adicionales que el consumidor debe poder reclamar, una vez situamos el problema en el contexto de la responsabilidad civil¹⁰⁶.

4.5. ¿Usura?

¹⁰⁰ En este sentido, HOFFMANN, *Neue Juristische Wochenschrift*, 25, 2010, pp. 1784 ss.; BARTA/BRAUNE, *Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht*, 8, 2014, p. 326.

¹⁰¹ Respecto de esta teoría para el Derecho español de daños véase PANTALEÓN PRIETO, «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», *Centenario del Código Civil: (1889.1989)*, t 2, 1990. pp. 1561 ss.

¹⁰² *Supra*, III.1.

¹⁰³ *Supra*, IV.1.

¹⁰⁴ Véase, ROTT/TERRY/TWIGG-FLESNER, «Kreditwürdigkeitsprüfung: Verbraucherschutzverhinderung durch Zuweisung zum Öffentlichen Recht?», *Verbraucher und Recht*, 5, 2011, p. 168), quienes, sin embargo, terminan abogando por reconocer la responsabilidad civil del prestamista.

¹⁰⁵ Por ejemplo, en los casos de incumplimiento de los deberes de información por parte de la entidad financiera en la contratación de productos financieros, el daño se suele calcular atendiendo a la diferencia entre la financiación concedida y la que el cliente habría concluido de haber sido correctamente informado. En este sentido, véase, para el Derecho alemán, HOFFMANN, *Neue Juristische Wochenschrift*, 25, 2010, p. 1786.

¹⁰⁶ Por ejemplo, si el prestatario devino completamente insolvente como consecuencia de haber celebrado el contrato, el prestamista habría de responder de otros daños que se deriven de esa situación. En este sentido, FERRETTI/SALOMONE/SUSTSCHET/TSIAFOUTIS, «The Regulatory Framework of Consumer Over-Indebtedness in the UK, Germany, Italy, and Greece: Comparative Profiles of Responsible Credit and Personal Insolvency Law», *Business Law Review*, 37(2), 2016, pp. 64 ss.

También se ha propuesto enmarcar el problema dentro del objetivo de evitar el sobreendeudamiento en condiciones usurarias de los consumidores¹⁰⁷. Desde esta perspectiva, la evaluación de la solvencia solo se cuestionaría después de conceder el crédito, cuando el deudor ya es insolvente. El control debería centrarse en detectar si el prestamista incurre en «prácticas irresponsables» de manera *ex post*. En este contexto, además de las sanciones administrativas, el incumplimiento del deber de evaluar la solvencia implicaría la aplicación de la ley de la usura (LU) y la normativa que prohíbe los intereses moratorios usurarios (Art. 88.1 TRLGDCU). Canalizar el incumplimiento del deber de evaluar la solvencia a través de la normativa de usura no es convincente. *Primero*, porque el incumplimiento del deber de evaluar la solvencia puede ser problemático incluso si el deudor ha cumplido con el reembolso del préstamo y no es insolvente, como se observa en la Sentencia *Nárokuj*. *Segundo*, porque aplicar la ley de usura a casos de «prácticas irresponsables» añade un reproche moral o subjetivo a la conducta del prestamista, lo cual es complicado de justificar, especialmente cuando se trata de entidades bajo la supervisión de reguladores financieros¹⁰⁸. *Tercero*, porque aplicar la ley de usura a casos de «prácticas irresponsables» resultaría en la nulidad del contrato de préstamo (Art. 3 LU). Esta norma nos coloca en el mismo problema esbozado para la nulidad.

4.6. Conclusión parcial: los límites de la dogmática *de lege lata* y su potencialidad *de lege ferenda*

Las alternativas planteadas *de lege lata* por los autores españoles tienen un mínimo común denominador: se trata de intentos muy loables para ofrecer una respuesta civil en un ordenamiento cuyo legislador no ha incorporado sanciones de este tipo. De algún modo, este es el límite de todas ellas. En el apartado anterior (3.1) se ha explicado que la obligación de evaluar la solvencia no crea un derecho subjetivo del que se derive una acción individual del consumidor. Por eso, el legislador no está obligado a establecer esta clase de protección, como ha ocurrido en España. Y se ha indicado también que es recomendable que el legislador nacional anude una sanción civil al incumplimiento del deber de evaluar y, con ello, reconozca la existencia de un derecho subjetivo en favor del consumidor (3.3). El margen es amplio, como confirma el Tribunal de Justicia¹⁰⁹. Esta flexibilidad se debe a la necesidad de diferenciar entre política legislativa y alternativas dogmáticas¹¹⁰. Si quiere, el legislador nacional puede vincular el incumplimiento del deber de evaluar la solvencia con una acción de daños, la nulidad del contrato o una prohibición general de celebrar el contrato. Sin embargo, esto no es lo mismo que alcanzar dogmáticamente esa solución para ordenamientos cuyo legislador ha optado por no establecer ninguna. No se puede hacer dogmática jurídica para construir un derecho subjetivo que el legislador ha decidido no reconocer. Además de eludir al legislador y subvertir su intención, ello generaría una inseguridad jurídica que, tarde o temprano, tendría que ser resuelta por el Tribunal Supremo.

¹⁰⁷ SUÁREZ PUGA, «El deber de las entidades de crédito de evaluar la solvencia de sus deudores», *Almacén de Derecho*, 2024.

¹⁰⁸ Respecto del sentido del Art. 1 de la ley de usura y RUIZ ARRANZ (2021, pp. 192-197).

¹⁰⁹ *Supra*, II.2.

¹¹⁰ Las decisiones de política legislativa no dependen de su corrección dogmática, y el Tribunal de Justicia evalúa su efecto disuasorio y su coherencia con las Directivas. Por otro lado, las alternativas dogmáticas no dependen del reconocimiento legislativo. Sin embargo, es común cometer el error de considerar que una consecuencia civil específica (como la nulidad del contrato) es procedente basándose en un fallo del Tribunal de Justicia que solo determina la compatibilidad de una sanción civil ya establecida por otro Estado Miembro con las Directivas.

La dogmática jurídica no tiene como objetivo proteger a la sociedad de la falta de regulación estatal. Su función es formular el aparato conceptual y el marco funcional-teleológico que permiten comprender las normas y decisiones de un orden jurídico desde una perspectiva jurídica¹¹¹. Además, la dogmática contribuye al desarrollo de estas normas y decisiones, sirviendo a largo plazo como una herramienta valiosa para un legislador civil (como el español) demasiado acostumbrado a positivar irreflexivamente la práctica común de su Tribunal Supremo. En materia de sanciones civiles al incumplimiento del deber de evaluar la solvencia, los límites de la dogmática se vuelven muy nítidos. Y explican –junto con las razones de índole práctico identificadas en este apartado para descartar cada alternativa *de lege lata*– que resulte necesaria la acción legislativa¹¹². Cuando eso suceda, la dogmática podrá explicar mejor ese efecto civil querido por el legislador nacional¹¹³. Pero solo entonces.

5. *De lege ferenda*. las posibles consecuencias al incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia

5.1. Posibles escenarios

Al principio de este trabajo, se ha señalado que el «incumplimiento del deber de evaluar la solvencia del prestatario» incluye tres situaciones: (i) cuando el prestamista omite la evaluación; (ii) cuando realiza una evaluación deficiente con resultado positivo; y (iii) cuando concede el crédito pese a una evaluación negativa. Cuando llegamos al terreno de las consecuencias civiles, sí es importante diferenciar si el incumplimiento de esta obligación se traduce en un incumplimiento del contrato por parte del consumidor. Solo cuando el incumplimiento del deber de evaluar la solvencia actualiza el riesgo que el legislador pretende evitar (que el prestatario incumpla), se deben activar los remedios civiles, como ocurre en el Derecho alemán¹¹⁴. Este enfoque también ayuda a evitar comportamientos oportunistas por parte del consumidor, quien podría ceder un crédito reparatorio potencial contra la entidad que incumplió el deber de evaluar su solvencia, una vez cumplidas todas las obligaciones de reembolso del crédito (como sucedió, por cierto, en *Nárokuj*).

5.2. Los requisitos exigidos por el Derecho de la Unión Europea para las sanciones

¹¹¹ JANSEN, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 143(4), 2018, pp. 648, 654, 658.

¹¹² Al final, esta conclusión es donde convergen las distintas posiciones doctrinales en España: la necesidad de incorporar sanciones específicas mediante legislación. En este sentido, ÁLVAREZ LATA, en *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo*, 2014, sec. V; CUENA CASAS, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 764, 2017, pp. 2898-2899; JARAMILLO SIERRA, «Sanciones proporcionales, eficaces y disuasorias ante el incumplimiento del principio del préstamo responsable», *Revista e-Mercatoria*, 16(1), 2017, p. 78; MARÍN LÓPEZ, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 50, 2019, p. 26; WALSH, *Boletín Del Ministerio De La Presidencia, Justicia y Relaciones Con Las Cortes*, (2284), 2025, p. 40.

¹¹³ Este ejercicio es especialmente útil al abordar normas de Derecho privado europeo, a veces poco o deficientemente desarrolladas en comparación con el Derecho nacional, ya que permite alcanzar construcciones adecuadas y coherentes con los intereses en juego. Véase, a propósito de la STJUE 04.07.2023, C-252/21 – EU:C:2023:537, *Meta v Bundeskartellamt* y sobre la necesidad de entablar una dogmática del sistema europeo de protección de datos que distinga entre el consentimiento individual y el masivo, MCCOLGAN, «Rechtmäßigkeitsdogmatik der Datenschutzgrundverordnung», *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 3, 2024, pp. 707-716.

¹¹⁴ RANK/SCHMIDT-KESSEL, «Mortgage credit in Germany», *Journal of European Consumer and Market Law*, 6(4), 2017, p. 178.

El Derecho europeo exige tres requisitos al establecimiento de sanciones derivadas de infracciones a obligaciones impuestas por las Directivas. *Primero*, las sanciones deben ser «efectivas». Una sanción efectiva tiene un impacto real en la conducta del infractor, ofreciendo una protección jurídica eficaz y efectiva de los derechos que se quieren garantizar¹¹⁵. *Segundo*, las sanciones han de ser «disuasorias», es decir deben prevenir la repetición de conductas indebidas; y ser lo suficientemente severas para desincentivar comportamientos indeseables y fomentar el cumplimiento de la norma¹¹⁶. *Tercero*, las sanciones deben ser «proporcionadas», esto es, ajustadas a la gravedad del incumplimiento y no exceder lo necesario para alcanzar los objetivos perseguidos¹¹⁷. De ser desproporcionada, la sanción puede producir soluciones arbitrarias, cuando no injustas¹¹⁸.

De lege ferenda, la sanción ha de ser además dogmáticamente convincente. Considerando los tres requisitos del Tribunal de Justicia, es la condición de proporcionalidad la que más guía la dogmática jurídica. Esto significa que las sanciones deben ser adecuadas, necesarias y equilibradas en relación con la gravedad del incumplimiento y los intereses involucrados.

5.3. Las alternativas planteadas por la doctrina española *de lege ferenda*

a. Pérdida del derecho a intereses

La pérdida de los intereses remuneratorios y moratorios –el prestatario solo queda obligado a restituir el capital prestado– es una sanción defendida por algunos autores en España¹¹⁹, que de hecho estaba recogida en la Propuesta de Directiva de crédito al consumo de 2002¹²⁰ y que el legislador español descartó durante la tramitación parlamentaria de la LCCI que transponía la

¹¹⁵ Véase, JARAMILLO SIERRA, *Revista e-Mercatoria*, 16(1), 2017, p. 63.

¹¹⁶ GARCÍA RUBIO, *La Ley Unión Europea*, N.º 16, 2014, (versión electrónica), sec. III.

¹¹⁷ Véase, JARAMILLO SIERRA, *Revista e-Mercatoria*, 16(1), 2017, p. 63.

¹¹⁸ Por ello, el Tribunal de Justicia insiste en evaluar las sanciones caso por caso, considerando todas las circunstancias y evitando soluciones abstractas que no tengan en cuenta las particularidades de cada infracción. Véase, SSTJUE 06.11.2003, C-101/01 – EU:C:2003:596, *Lindqvist*, paras 87-89; 5.7.2007; STJUE 05.07.2007, C-430/05 – EU:C:2007:410, *Ntónik Anonymi Etaireia Emporias H/Y u.a./Epitropi Kefalaiaogoras*, para 53.

¹¹⁹ En este sentido, ATAMER, «Duty of responsible lending: Should the European Union take action?», en GRUNDMANN/ATAMER, *Financial Services, Financial Crisis and General European Contract Law - Failure and Challenges of Contracting*, Kluwer Law International, 2011, p. 202; ALFARO ÁGUILA REAL, «La obligación de comprobar la solvencia del consumidor antes de conceder un préstamo», *Blog de Derecho Mercantil*, 2014; CUENA CASAS, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 764, 2017, pp. 2899-2900; JARAMILLO SIERRA, *Revista e-Mercatoria*, 16(1), 2017, p. 78; MARÍN LÓPEZ, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 50, 2019, p. 27.

¹²⁰ Propuesta de Directiva del Parlamento y el Consejo relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito a los consumidores. Bruselas, 11.9.2002 com (2002) 443 final. 2002/0222 (cod).

El artículo 31 de la presente propuesta de Directiva dispone que los Estados miembros podrán adoptar sanciones apropiadas cuando los profesionales en cuestión no respeten las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la Directiva. Nos referimos en particular a la pérdida de los intereses o a las sanciones, así como a la retirada de la autorización o la licencia».

Directiva 2014/17¹²¹. Esta sanción se prevé en Derecho suizo¹²² y en el belga¹²³. También es la solución contemplada por el Derecho francés, si bien aquí se permite que el juez reduzca los intereses proporcionalmente¹²⁴. Tal como lo veo, nada aconseja introducir esta posible consecuencia civil al Derecho español.

(a) *Primero*, porque resulta dudoso que esta sanción sea compatible con el requisito de proporcionalidad. Imponerla convertiría un contrato oneroso en un préstamo gratuito, similar al Art. 3 LU, a pesar de que el prestatario haya utilizado el capital. La consecuencia reconocida por el Art. 3 LU es anacrónica, ya que su propósito era castigar el comportamiento inmoral de quienes se aprovechaban de la necesidad ajena para lucrarse excesivamente¹²⁵. Por eso, el Art. 3 LU no ofrece un modelo aconsejable para el prestamista que incumple el deber de evaluar la solvencia. Aquí, una correcta evaluación de esta habría determinado, bien la no celebración del contrato, bien la celebración de un contrato de préstamo distinto, pero siempre sometido a interés. Ninguno de esos dos escenarios contempla que la situación del prestatario de no haber contratado fuese un derecho gratuito de uso sobre el capital¹²⁶.

A una conclusión similar llegó la High Court de Birmingham en *Michelle Kerrigan and 11 others v Elevate Credit International Limited (t/a Sunny) (in administration)*¹²⁷. El tribunal rechazó conceder una indemnización de daños, pero admitió la posibilidad de una compensación basada en la injusticia de la relación contractual. Dado que los prestatarios se habrían beneficiado del capital recibido y el remedio no podría reconocer beneficios caídos del cielo, el tribunal aceptó como apropiada la restitución del interés abonado, pero sin el capital recibido.

(c) *Segundo*, porque convertir un préstamo oneroso en uno gratuito a través de la sanción al prestamista por incumplir su deber de evaluar la solvencia plantea problemas valorativos en el Derecho nacional. Esta contradicción se evidenció en el caso *Le Credit Lyonnais*¹²⁸. El caso enseña

¹²¹ Supra, nota 54.

¹²² Art. 32 Bundesgesetz über den Konsumkredit (KKG): «*Verstößt die Kreditgeberin in schwerwiegender Weise gegen die Artikel 28, 29 oder 30, so verliert sie die von ihr gewährte Kreditsumme samt Zinsen und Kosten. Die Konsumentin oder der Konsument kann bereits erbrachte Leistungen nach den Regeln über die ungerechtfertigte Bereicherung zurückfordern*».

¹²³ Este Derecho prohíbe expresamente la celebración del contrato incumpliendo el deber de evaluar la solvencia y, al mismo tiempo, se conceden amplios poderes al juez para condenar al prestamista a la pérdida de los intereses remuneratorios, la reducción de los de demora y, tratándose de un préstamo hipotecario, la nulidad contractual en su caso. Todo ello, además, sin perjuicio de las sanciones de «Derecho común». Véanse los Arts. VII.201 1.º y VII.209 1.º del Code de droit économique.

¹²⁴ Art. L341-2: «*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*». La misma consecuencia se prevé para el crédito hipotecario (Art. L341-27).

¹²⁵ RUIZ ARRANZ (2021, pp. 233-235).

¹²⁶ BUCK-HEEB, *Neue Juristische Wochenschrift*, 29, 2016, p. 2069; HARNOS, *Juristen Zeitung*, 11, 2017, pp. 554-556.

¹²⁷ Los hechos del caso y el resultado se han explicado supra en nota 99.

¹²⁸ El Tribunal de Justicia abordó la obligación de evaluar la solvencia del prestatario según el Art. 8 de la Directiva 2008/48. En ese momento, el Derecho francés ya contemplaba la sanción civil de privar al prestamista de los intereses remuneratorios, avalada por la Cour de Cassation. Sin embargo, permitía que se siguiera devengando el interés legal incrementado en cinco puntos porcentuales si el prestatario no pagaba la deuda en dos meses tras la resolución judicial. En este caso, el interés legal incrementado (5,71%) era mayor que el interés remuneratorio pactado (5,6%), beneficiando al prestamista. El litigio se desarrolló en un contexto donde el prestatario no podía

que privar al prestamista de cualquier derecho a percibir intereses por incumplir el deber de evaluar la solvencia presenta el riesgo de que el sistema nacional civil reaccione de forma adversa y termine construyendo un sistema no solo incompatible con el Derecho de la Unión Europea, sino todavía más beneficioso para el prestamista a corto plazo.

b. Pérdida de las garantías hipotecarias

Otro sector doctrinal se inclina por el control del cumplimiento, por parte del registrador, del deber de evaluar la solvencia con carácter previo a la inscripción de la hipoteca al registro, habida cuenta del enorme efecto disuasorio que esta medida tendría¹²⁹. Hay buenas razones para cuestionar este enfoque. *Primero*, porque solo sería aplicable a los créditos garantizados con hipoteca, excluyendo los créditos al consumo. *Segundo*, porque supondría trasladar el control efectivo del cumplimiento de la obligación a un cuerpo que no se ocupa en general de evaluar cuestiones precontractuales. *Tercero*, porque sancionar con la pérdida de la garantía el incumplimiento de la obligación –si bien podría ser disuasorio– perjudicaría al prestatario, quien vería eliminada su garantía en caso de impago.

5.4. La reducción de los intereses remuneratorios como solución equilibrada

Se trata de la opción prevista en el Derecho alemán que merece algún comentario. El §505d BGB establece un sistema en cascada para el incumplimiento de la obligación de verificar la solvencia. La norma incorpora un sistema de «sanciones civiles» en cascada que pretende asegurar un adecuado equilibrio entre los intereses en conflicto de las partes implicadas¹³⁰.

(a) Si el prestamista no evaluó adecuadamente la solvencia, pero el contrato de préstamo podría haberse celebrado con una comprobación adecuada (el prestatario era objetivamente solvente), el contrato permanece inalterado. Para el Derecho alemán, la correcta evaluación de la solvencia no es un fin en sí mismo. Por eso, el consumidor solo debe quedar protegido frente a una financiación que no se puede permitir¹³¹; y las consecuencias solo se activan, cuando una correcta evaluación de la solvencia hubiera supuesto la denegación del préstamo. Así, la regla alemana queda patrocinada por un estándar de causalidad¹³². Para su legislador, la regla del §505d I BGB «constituye una concreción legalmente normada y, al mismo tiempo, una tipificación de los principios generales del Derecho civil de la prohibición del ejercicio ilícito del derecho»¹³³. Por eso –

pagar el crédito. El órgano remitente preguntó sobre la efectividad y el efecto disuasorio de la sanción de privación de intereses. El Tribunal de Justicia dictaminó que el Art. 23 de la Directiva 2008/48 se oponía a este sistema de sanciones civiles

¹²⁹ ANDERSON, en *La europeización del Derecho privado*, 2016, pp. 57-58, quien reconoce, sin embargo, que esta opción sería «radical»; MARÍN LÓPEZ, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 50, 2019, p. 26.

¹³⁰ WEBER en *Münchener Kommentar zum BGB*, 2023, nm 2.

¹³¹ BUCK-HEEB, *Neue Juristische Wochenschrift*, 29, 2016, p. 2068.

¹³² ARZT, «§ 505d BGB. Verstoß gegen die Pflicht zur Kreditwürdigkeitsprüfung», en BÜLOW y ARTZ, *Verbraucherkreditrecht*, 11.ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2025, nm 2.

¹³³ Deutscher Bundestag Drucksache 18/5922 de 7.9.2015, p. 101.

continúa diciendo su legislador— solo es necesaria la sanción cuando los riesgos que una correcta evaluación de la solvencia pretendía conjurar se han materializado¹³⁴.

(b) Si el contrato se celebra con un prestatario objetivamente insolvente para obtener crédito, el tipo de interés deudor se reduce (§505d I 1) y 2) BGB). Semejante reducción se produce al tipo deudor estándar del mercado¹³⁵. Eso sí, cuando excepcionalmente el tipo de interés de mercado sea inferior al acordado, se debe estar al tipo de interés acordado (y no al de mercado)¹³⁶. En el escenario de reducción, el prestatario puede terminar anticipadamente el contrato, sin preaviso y sin necesidad de abonar una penalización por este motivo¹³⁷.

(c) Si se materializa el riesgo que representaba la no evaluación de la solvencia —impago del crédito—, el prestamista pierde la posibilidad de ejercitar cualquier acción para instar el cumplimiento. En concreto, el prestamista no podrá reclamar intereses de demora, costas judiciales, etc.¹³⁸. La lógica es que el consumidor incumple, porque el banco incumplió primero. O, en palabras de su legislador, «el prestatario no será responsable de dicho incumplimiento y el prestamista no podrá hacer valer ningún derecho a partir de este incumplimiento»¹³⁹.

(d) Ninguna de las consecuencias previstas para los escenarios (b) y (c) se aplican, cuando el prestatario ha facilitado, con dolo o culpa grave, información incorrecta para evaluar su solvencia; tampoco cuando el prestatario ocultó información al prestamista relativa a la evaluación de la solvencia.

(e) Finalmente, la reducción de intereses prevista para el incumplimiento del deber de evaluar la solvencia trae consigo una posible acción restitutoria del prestatario, por los intereses abonados en exceso¹⁴⁰. Es decir, la reorganización del contrato se produce con efectos *ex tunc*.

Hay buenas razones para que el Derecho español incorpore una solución similar:

¹³⁴ Deutscher Bundestag Drucksache 18/5922 de 7.9.2015, p. 102.

¹³⁵ Si en el contrato de préstamo se acordó un tipo deudor fijo, el interés se reduce al tipo de interés estándar del mercado de capitales para inversiones en deuda hipotecaria y bonos públicos con el mismo plazo que tuviere el tipo deudor fijo. Si se acordó un tipo variable, este se reduce al tipo de interés estándar del mercado al que los bancos europeos se prestan mutuamente dinero en euros a tres meses (Euribor a tres meses). A la hora de determinar el tipo de interés estándar del mercado, debe tenerse en cuenta la fecha de celebración del contrato de préstamo o la fecha de los ajustes del tipo de interés acordados contractualmente.

¹³⁶ Así lo expresa, ciertamente, la exposición de motivos de la norma que incorporó el parágrafo § 505d BGB (Deutscher Bundestag Drucksache 18/5922 de 7.9.2015, p. 102). Y es lo que comparte toda la doctrina. Por todos, WEBER en *Münchener Kommentar zum BGB*, 2023, nm 11.

¹³⁷ La posibilidad ha sido objeto de críticas, pues supone invertir las posiciones y reconocer que el banco, que incumplió el deber de evaluar solvencia a un consumidor insolvente, tiene derecho al reembolso inmediato del préstamo. En este sentido, BUCK-HEEB, *Neue Juristische Wochenschrift*, 29, 2016, pp. 2068-2069.

¹³⁸ BUCK-HEEB, *Neue Juristische Wochenschrift*, 29, 2016, p. 2069; HARNOS, *Juristen Zeitung*, 11, 2017, p. 553.

¹³⁹ Deutscher Bundestag Drucksache 18/5922 de 7.9.2015, p. 102.

¹⁴⁰ BUCK-HEEB, *Neue Juristische Wochenschrift*, 29, 2016, p. 2068.

(a) Primero, que incorpora la idea –correcta y presente en algunos autores españoles¹⁴¹– según la cual el incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia no debe llevar aparejada *per se* ninguna consecuencia, cuando el riesgo que el legislador pretende conjurar con esta institución precontractual –que el consumidor no incumpla el contrato– no se actualiza.

(b) *Segundo*, porque permite graduar las sanciones en función de la influencia que el incumplimiento del deber de evaluar la solvencia haya tenido en el incumplimiento posterior del consumidor-prestatario. De nuevo, es una idea no desconocida entre nosotros¹⁴².

(c) *Tercero*, porque esta vía se compadece mejor con los intereses en juego, si se compara con la solución «dura» de pérdida de cualquier interés¹⁴³. La regla parte de que ni el prestamista ni el prestatario deben obtener una ventaja adicional de la no evaluación de la solvencia¹⁴⁴. Y el legislador tuvo precisamente en cuenta esta ponderación adecuada de intereses a la hora de establecer dicha sanción¹⁴⁵. Por un lado, se mantiene la onerosidad del préstamo, sin convertirlo en un mutuo, pero reduciéndose el beneficio del prestamista. Por el otro, la reducción del derecho a los intereses hace menos atractiva la adquisición del crédito para potenciales cesionarios o, por mejor decir, reduce los ingresos que el prestamista podría obtener mediante una cesión del crédito, cuando este es dudoso¹⁴⁶.

(d) *Cuarto*, porque una regulación similar a la alemana permite entender como definitivamente excluida la posibilidad –incierta, por su potencial de incrementar la litigiosidad– de que el incumplimiento del deber de evaluar la solvencia justifique una acción de responsabilidad civil contra el prestamista, basada en la *culpa in contrahendo*¹⁴⁷.

¹⁴¹ En este sentido, PALOMINO MORALEDA, «Solicitud de nulidad de un crédito al consumo reembolsado íntegramente y sin consecuencias perjudiciales para el consumidor: la respuesta del TJUE cuando el prestamista omitió la evaluación de la solvencia», *CESCO*, 2024, p. 5.

¹⁴² Nótese, en cualquier caso, que la enmienda núm. 186 planteada por el grupo parlamentario Ciudadanos durante la tramitación parlamentaria de la LCCI (supra nota 54), proponía una sanción civil consistente en la pérdida de intereses remuneratorios y moratorios «cuando el deudor se vea imposibilitado de devolver el préstamo por circunstancias que estaban presentes y eran previsibles en el momento de su concesión».

¹⁴³ El modelo alemán ha sido descrito como la «expresión de un compromiso político» (WEBER en *Münchener Kommentar zum BGB*, 2023, nm 18).

¹⁴⁴ BUCK-HEEB, *Neue Juristische Wochenschrift*, 29, 2016, p. 2068.

¹⁴⁵ Así en la Exposición de Motivos a la incorporación del § 505d BGB (Deutscher Bundestag Drucksache 18/5922 de 7.9.2015, p. 101) puede leerse: «La reducción de los intereses crea una sanción efectiva que elimina el incentivo económico principal para que el prestamista, en aras de la rentabilidad, incumpla la obligación de comprobar la solvencia y conceda un préstamo a un prestatario insolvente. Al mismo tiempo, se ofrece al prestatario afectado un incentivo tangible para hacer valer sus derechos» (traducción propia).

¹⁴⁶ Esto no es baladí, tan pronto como se tiene en cuenta que mucha de la litigación en esta materia involucra, no al prestamista originario, sino al cesionario posterior.

¹⁴⁷ En efecto, hoy es moneda común en Alemania que la sanción prevista en su ordenamiento excluye a los daños. Así, ARTZ, «§ 505d BGB», en *Verbraucher kreditrecht*, 2025, nm 213; BUCK-HEEB, *Neue Juristische Wochenschrift*, 29, 2016, p. 2069; HARNOS, *Juristen Zeitung*, 11, 2017, p. 555; WEBER en *Münchener Kommentar zum BGB*, 2023, nm 18. En contra, por todos, HOFFMANN/BARTLITZ, *Archiv für die civilistische Praxis*, 6, 2020, pp. 920 ss.

Se debe tener en cuenta igualmente que, durante el trámite parlamentario de la Ley de complementaria supervisión financiera (Deutscher Bundestag Drucksache 18/11774 de 29.3.2017, p. 32), ya se barajó la posibilidad de que el BGB excluyera expresamente las reclamaciones por responsabilidad civil derivadas del incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia. Sin embargo, los grupos SPD y CDU/CSU rechazaron esta modificación del BGB con el argumento de que el §505d BGB es lo suficientemente claro y excluye esta clase de acciones. Lo

5.5. Otras consecuencias admisibles

La reducción del tipo de interés remuneratorio puede ir acompañada de otros efectos.

a. Reducción de los intereses de demora

Si se recuerda, en *Le Credit Lyonnais*, el Tribunal de Justicia dejó claro que el incumplimiento del deber de evaluar la solvencia no permite compensaciones a favor del prestamista por otras vías. Según el Tribunal, la sanción del Derecho francés que priva al prestamista de los intereses remuneratorios quedaría «en papel mojado» si se permitiera al banco reclamar intereses de demora. Desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, este enfoque no es adecuado¹⁴⁸. Como fuere, el legislador nacional puede reconocer una reducción proporcional de estos intereses si el incumplimiento del deber de evaluar la solvencia ha llevado al impago. Esta sería una consecuencia civil adicional a la reducción del interés remuneratorio.

b. Responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes de información

Un sector de la doctrina alemana sostiene que la exclusión de la responsabilidad civil por incumplimiento del deber de evaluar la solvencia no aplica cuando la entidad de crédito ofrece o aconseja un producto financiero que es claramente contrario a los objetivos o necesidades del consumidor¹⁴⁹. Se trata de un supuesto de responsabilidad civil distinto, que se asemeja a los casos de daños por defecto de información en la contratación de productos financieros. Las Directivas no vinculan la evaluación de la solvencia con una obligación adicional de información precontractual al consumidor. Sin embargo, si el prestamista obtiene un resultado negativo en la evaluación de solvencia, debe comunicarlo de manera transparente al prestatario si decide asumir el riesgo de impago y celebrar el contrato. Así, la decisión final de contratar recae en un prestatario bien informado¹⁵⁰. Si no se comparte esta información y se celebra un contrato de crédito que un consumidor bien informado sobre su solvencia habría rechazado, se abre la posibilidad de una acción de daños.

hizo de la siguiente forma: «Con ello, el legislador ha dejado claro que sanciona la situación de un préstamo excesivo para el prestatario con una reducción de intereses y la posibilidad de rescindir el contrato con efecto futuro. Por lo tanto, las reclamaciones de indemnización por daños y perjuicios basadas en otros fundamentos jurídicos que tengan por objeto la rescisión del contrato *ex tunc* deben quedar claramente excluidas por el artículo 505d del BGB» (traducción propia).

¹⁴⁸ Generalmente, no hay una conexión directa entre el incumplimiento del deber de evaluar la solvencia y el incumplimiento del contrato por parte del prestatario. Por lo tanto, extender las consecuencias del incumplimiento de esta obligación hasta impedir que el prestamista reclame otros conceptos que normalmente le corresponderían puede ser excesivo. Véase, en este sentido, HERRESTHAL, «*Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*», 13, 2014, p. 499, quien entiende que la decisión del Tribunal de Justicia en aquel caso representa una intromisión no aceptable en el Derecho contractual de los Estados Miembros. Para este autor, la resolución no es razonable tampoco, en la medida en que, mezcla el incumplimiento del prestatario con el del banco; lo que hace cualquier penalización por demora del Derecho nacional incompatible con la Directiva (y más aún cuanto más se prolongue el incumplimiento)

¹⁴⁹ RANK/SCHMIDT-KESSEL, *Journal of European Consumer and Market Law*, 6(4), 2017 p. 178; HARNOS, *Juristen Zeitung*, 11, 2017, pp. 558-557.

¹⁵⁰ Véase en este sentido, GRUNDMANN/HOFMANN, «EC Financial Services and Contract Law – Developments 2007-2010», *European Review of Contract Law*, 4, 2010, p. 481.

c. *Exoneración del crédito insatisfecho en concurso*

Esta consecuencia se aplicaría solo cuando el prestatario, persona física, se encuentra en concurso de acreedores. Si uno de los acreedores incumple su obligación de evaluar la solvencia, debería ser posible aplicar la exoneración del pasivo insatisfecho (Art. 486 TRLC). Es una consecuencia civil proporcionada¹⁵¹, ya que se materializa el riesgo que la obligación de evaluar la solvencia pretendía conjurar¹⁵². Solo si el prestatario hubiera proporcionado datos falsos o erróneos que condujesen a la concesión del crédito con solvencia positiva, sería aplicable la excepción prevista en el Art. 487.1 6º TRLC.

6. Conclusiones

1. El deber de evaluar la solvencia establecido por las Directivas constituye una norma de supervisión del comportamiento de las entidades financieras en el mercado, y también una norma general de protección a los consumidores. Sin embargo, a pesar de que las Directivas protegen el interés de los consumidores para evitar el sobreendeudamiento, el deber de evaluar la solvencia de las Directivas no es un derecho subjetivo, cuya tutela jurídica se pone a disposición del consumidor individual. Es decir, el deber de evaluar la solvencia creado por las Directivas no es una norma específica de protección individual al consumidor concreto en el contrato concreto, permitiéndole ejercitar una acción frente a la entidad financiera.

2. La potencial ineficacia del sistema de sanciones administrativas al incumplimiento del deber de evaluar la solvencia no representa un argumento a favor de establecer un sistema de sanciones civil-contractuales para reaccionar frente al incumplimiento.

3. Si bien las Directivas no obligan a los Estados Miembros a reconocer consecuencias civiles al deber de evaluar la solvencia, su incidencia en el proceso de formación del contrato y los objetivos a los que sirve hacen recomendable la introducción de sanciones civiles. O, lo que es lo mismo, la trasposición nacional de este deber debería implicar también la modificación del orden civil, de tal suerte que se reconozca al consumidor concreto en el contrato un derecho subjetivo, para cuya tutela puede ejercitar una acción. Esto no implica que la transposición española sea incompleta, sino que resulta altamente aconsejable incorporar sanciones civiles, desde una perspectiva práctica y de ponderación de intereses.

4. Las consecuencias civiles propuestas por los autores españoles ante el incumplimiento del deber de evaluar la solvencia no son convincentes. La acción de responsabilidad civil es problemática, ya que las Directivas no reconocen una norma de protección individual al consumidor. Asimismo, la prohibición de contratar, la nulidad del contrato y la usura se encuentran con obstáculos que no las convierten en opciones viables. A ello se añade que el desarrollo dogmático no puede suplir, *de lege lata*, la falta de actuación del legislador, creando un derecho subjetivo en favor del consumidor. *De lege ferenda*, la dogmática puede ayudar al legislador a elegir la opción más adecuada.

¹⁵¹ ÁLVAREZ LATA, en *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo*, 2014, sec. V; CUENA CASAS, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 764, 2017, p. 2899).

¹⁵² Véase, ALFARO ÁGUILA-REAL, «Exoneración del pasivo insatisfecho: “sobreendeudamiento temerario”», *Blog de Derecho Mercantil*, 2024

5. La pérdida total del derecho a intereses remuneratorios del prestamista no es una opción proporcionada, ya que convertiría el contrato de crédito en un préstamo sin intereses, lo cual no se habría planteado si el prestamista hubiera evaluado correctamente la solvencia. En cambio, la reducción del derecho a percibir intereses remuneratorios, siguiendo el modelo alemán, es una solución prudente y equilibrada. Esta solución podría incluir la reducción de los intereses de demora, responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes de información y exoneración del crédito insatisfecho en concurso.

6. El sistema de consecuencias civiles que se establezca debe ser claro y transparente, dejando poco espacio a la interpretación del juez o de las partes, a fin de evitar una nueva fuente de litigación bancaria masiva.

7. Bibliografía

ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, «La obligación de comprobar la solvencia del consumidor antes de conceder un préstamo», *Blog de Derecho Mercantil*, 2014.

- «Exoneración del pasivo insatisfecho: “sobreendeudamiento temerario”», *Blog de Derecho Mercantil*, 2024.

ÁLVAREZ LATA, Natalia, «Artículo 14. Obligación de evaluar la solvencia del consumidor», en MARÍN LÓPEZ, Manuel (ed.), *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo*, 2014 (versión electrónica)

ANDERSON, Miriam «La Directiva 2014/17/UE, sobre créditos hipotecarios, y su previsible impacto en el Derecho español» en ARROYO AMAYUELAS, Esther y SERRANO DE NICOLÁS, Ángel (dirs.), *La europeización del Derecho privado*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2016, pp. 45-64.

ARROYO Y AMAYUELAS, Esther, «La directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial», *InDret*, 2/2017.

- «La política de préstamo responsable en la Unión Europea. En particular, la valoración del mérito crediticio», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 149, 2018, pp. 65-94.
- «Crédito inmobiliario y solvencia negativa: sanciones para el prestamista y remedios para el prestatario» en SÁNCHEZ LERÍA, Reyes y VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, Lucía (coords.), *Los contratos de crédito inmobiliario. Algunas soluciones legales*, Reus, Madrid, 2018, pp. 149-176.
- «Responsible lending», *Revista Da Faculdade Da Universidade Do Porto De Direito*, XVII-XVIII, 2020-2021, pp. 209-239.

ARTZ, Markus, «§ 505a BGB. Pflicht zur Kreditwürdigkeitsprüfung bei Verbraucherdarlehensverträgen» en BÜLOW, Peter y ARTZ, Markus, *Verbraucher kreditrecht*, 11.^a ed., C. H. Beck, Múnich, 2025.

- «§ 505d BGB. Verstoß gegen die Pflicht zur Kreditwürdigkeitsprüfung», en BÜLOW, Peter y ARTZ, Markus, *Verbraucher kreditrecht*, 11.^a ed., C. H. Beck, Múnich, 2025.

ATAMER, Yeşim, «Duty of responsible lending: Should the European Union take action?», en GRUNDMANN, Stefan/ATAMER, Yeşim, *Financial Services, Financial Crisis and General European Contract Law - Failure and Challenges of Contracting*, Kluwer Law International, 2011, pp. 179-202.

AUBRY, Hélène, «Mortgage credit in France», *Journal of European Consumer and Market Law*, 4, 2017, pp. 173-176.

BARTA, Sebastian/BRAUNE, Ulrike, «Schadensersatz als Rechtsfolge der unzureichenden Prüfung der Kreditwürdigkeit des Verbrauchers – Konsequenzen aus der Entscheidung des EuGH in Sachen Le Crédit Lyonnais SA/Fesih Kalhan für das Verständnis des deutschen Rechts», *Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht*, 8, 2014, pp. 324-329.

BRASPENNING, Jorgen, «Mortgage credit in the Netherlands», *Journal of European Consumer and Market Law*, 4, 2017, pp. 180-184.

BUCK-HEEB, Petra, «Rechtsfolgen fehlender oder fehlerhafter Kreditwürdigkeitsprüfung. Das neue Verbraucherkreditrecht nach Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie», *Neue Juristische Wochenschrift*, 29, 2016, pp. 2065-2070.

CARRASCO PERERA, Ángel, «Efectividad y disuasión en la jurisprudencia europea de consumo. A propósito de Narojuk», *CESCO*, 2024, pp. 1-10.

- *Derecho de contratos*, 4.^a ed., Aranzadi La Ley, 2024, sec. 15/2 y 15/5.

CUENA CASAS, Matilde, «Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 764, 2017, pp. 2871-2924.

DÍAZ ALABART, Silvia, «Evaluación de la solvencia del consumidor, tasación de inmuebles y consultas en ficheros de solvencia», en DÍAZ ALABART (dir.), *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE)*, Reus, Madrid, 2015, pp. 223-276.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Sistema de Derecho civil*, Vol. I, 13.^a ed., reimpresión 2019, Tecnos, Madrid, 2016.

FERRETI, Federico, «Peer-to-Peer Lending and EU Credit Laws: A Creditworthiness Assessment, Credit-Risk Analysis or ... Neither of the Two?», *German Law Journal*, 22, 2021, pp. 102-121.

FERRETTI, Federico/SALOMONE, Riccardo/SUTSCHET, Holger/TSIAFOUTIS, Victoras, «The Regulatory Framework of Consumer Over-Indebtedness in the UK, Germany, Italy, and Greece: Comparative Profiles of Responsible Credit and Personal Insolvency Law», *Business Law Review*, 37(2), 2016, pp. 64-71.

GARCÍA RUBIO, María Paz, «La obligación a cargo del profesional de evaluar la solvencia del consumidor prestatario. Comentario a la STJUE Sala Cuarta, de 27 de marzo de 2014, Asunto c-565/2012, Le crédit Lyonnais SA v Fesih Kalan», *La Ley Unión Europea*, N.º 16, 2014, (versión electrónica).

GRUNDMANN, Stefan/HOFMANN, Christian, «EC Financial Services and Contract Law – Developments 2007-2010», *European Review of Contract Law*, 4, 2010, pp. 467-484.

HARNOS, Raphael, «Schadensersatz wegen fehlerhafter Kreditwürdigkeitsprüfung», *Juristen Zeitung*, 11, 2017, pp. 552-559.

HERRESTHAL, Carsten, «Unionsrechtliche Vorgaben zur Sanktionierung eines Verstoßes gegen die Kreditwürdigkeitsprüfung», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 13, 2014, pp. 497-500.

HILLEMACHER, Monika, «Bonität lax prüfen wird für Banken teuer», *Immobilien Zeitung*, 9, 2016.

HOFFMANN, Christian, «Die Pflicht zur Bewertung der Kreditwürdigkeit», *Neue Juristische Wochenschrift*, 25, 2010, pp. 1782-1786.

HOFFMANN Jochen/BARTLITZ, David, «Die Bonitätsprüfungspflicht bei Personenmehrheiten im Verbraucherdarlehensrecht», *Archiv für die civilistische Praxis*, 6, 2020, pp. 893-927.

JANSEN, Nils, «Rechtsdogmatik, Rechtswissenschaft und juristische Praxis», *Archiv des öffentlichen Rechts*, 143(4), 2018, pp. 623-658.

JARAMILLO SIERRA, Camila, «Sanciones proporcionales, eficaces y disuasorias ante el incumplimiento del principio del préstamo responsable», *Revista e-Mercatoria*, 16(1), 2017, pp. 59-80.

LARENZ, Karl/WOLF, Manfred, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9.^a ed., C. H. Beck, Munich, 2004.

MARÍN LÓPEZ, Jesús, «La obligación de evaluar la solvencia del prestatario en la Ley 5/2019, de contratos de crédito inmobiliario», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 50, 2019 (versión electrónica).

MARTÍNEZ ECHEVERRÍA, Alfonso, «El gobierno corporativo por medio de la reputación» en MARTÍNEZ-ECHEVERRÍA, Alfonso (dir.), *Gobierno corporativo, sostenibilidad y reputación*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2022, (versión electrónica).

MAK, Vanessa, «What is responsible lending. The EU Consumer Mortgage Credit Directive in the UK and the Netherlands», *J Consum Policy*, 38, 2015, pp. 411-430.

MCCOLGAN, Peter, «Rechtmäßigkeitsdogmatik der Datenschutzgrundverordnung», *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 3, 2024, pp. 700-717.

NASARRE AZNAR, Sergio/SIMÓN MORENO, Héctor, «Un paso más en la protección de los deudores hipotecarios de vivienda: la Directiva 2014/17/UE y la reforma del Código de Consumo de Cataluña por Ley 20/2014», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 139, 2015, pp. 11-55.

PALOMINO MORALED A, Helena, «Solicitud de nulidad de un crédito al consumo reembolsado íntegramente y sin consecuencias perjudiciales para el consumidor: la respuesta del TJUE cuando el prestamista omitió la evaluación de la solvencia», *CESCO*, 2024, pp. 1-5.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», *Centenario del Código Civil: (1889.1989)*, t 2, 1990. pp. 1561-1592.

RANK, Alisa/SCHMIDT-KESSEL, Martin, «Mortgage credit in Germany», *Journal of European Consumer and Market Law*, 6(4), 2017, pp. 176-179.

REDONDO TRIGO, Francisco, «La nulidad absoluta de los derivados financieros por incumplimiento de la normativa MIFID», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 723, 2011, pp. 625-655.

RODRÍGUEZ-ROSADO, Bruno, «Cinco años de jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre contratos swap», *Aranzadi Civil-Mercantil*, 4, 2018 (versión electrónica).

ROTT, Peter/TERRY N, Evelyne/TWIGG-FLESNER, Christian, «Kreditwürdigkeitsprüfung: Verbraucherschutzverhinderung durch Zuweisung zum Öffentlichen Recht?», *Verbraucher und Recht*, 5, 2011, pp. 163-169.

RUIZ ARRANZ, Antonio, *La estructura de la restitución contractual*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2023.

SCHÜRNBRAND, Jan, «Die Neuregelung des Verbraucherdarlehensrechts», *Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft*, 20(6), 2008, pp. 383-391.

SUÁREZ PUGA, Ernesto, «El deber de las entidades de crédito de evaluar la solvencia de sus deudores», *Almacén de Derecho*, 2024.

VECINA AZNAR, Álvaro, «El Derecho español y su adecuación al ordenamiento europeo respecto del deber de evaluación de la solvencia», *CESCO*, 2024, pp. 1-16.

WALSH, Samuel Miguel, «La Directiva (UE) 2023/2225, Relativa a los contratos de crédito al consumo, en el derecho alemán y español: crédito responsable y evaluación de la solvencia», *Boletín Del Ministerio De La Presidencia, Justicia y Relaciones Con Las Cortes*, (2284), pp. 7-49.

WEBER, Andreas, «§505d BGB» en *Münchener Kommentar zum BGB*, 9.^a ed., 2023.

WHITTAKER, Simon, «The Optional Instrument of European Contract Law and Freedom of Contract», *European Review of Contract Law*, 7(3), 2011, pp. 371-396.

ZUNZUNEGUI, Fernando, «Evaluación de la solvencia en la concesión de créditos hipotecarios», *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, 16, 2014, pp. 141-161.

- «Evaluación de la solvencia», *Revista de Derecho del Mercado Financiero*, 2019, pp. 1-20.