

Fernando Gómez Pomar
Sheila Canudas Perarnau

Universitat Pompeu Fabra

Sumario

-
La naturaleza puramente financiera de los contratos de crédito presenta particularidades tanto económicas como jurídicas que los distinguen de los contratos que corresponden a otras funciones y esquemas. Una comprensión adecuada de las características diferenciadoras de estos contratos resulta esencial para diseñar políticas jurídicas que no solo se adapten a la realidad económica, sino que además sean capaces de abordar satisfactoriamente las cuestiones centrales del Derecho de contratos para las relaciones crediticias, incluyendo los aspectos relativos a la protección de los consumidores y a las cláusulas abusivas.

Abstract

-
The purely financial nature of credit contracts entails distinctive features that set them apart from agreements serving other functions. A clear understanding of these features is essential to designing legal policies that are responsive to economic realities and that effectively address the core tasks of Contract law in credit agreements, including those linked to consumer protection and unfair contract terms.

Title: Legal Consequences of the Distinctive Nature of Credit Contracts

-
Palabras clave: contratos de crédito, Derecho de contratos

Keywords: credit contracts, Contract Law

-
DOI: 10.31009/InDret.2025.i4.02

4.2025

Recepción
07/07/2025

-

Aceptación
26/08/2025

-

Índice

-

1. Introducción

2. *Contratos de crédito, naturaleza puramente financiera y mercados de selección*

3. *La trascendencia jurídica de los rasgos singulares de los contratos de crédito*

3.1. Su encuadre como contratos de crédito

3.2. Los contratos de crédito como intercambios intertemporales de flujos de dinero

4. Conclusiones

5. Bibliografía

-

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

1. Introducción¹

Cualquiera que haya observado la litigación civil española de los últimos quince años podrá fácilmente observar cómo los contratos de financiación –los de hipoteca, de forma destacada– han sido protagonistas de distintas oleadas de reclamaciones judiciales que aún hoy persisten². Este ha sido uno de los fenómenos más importantes y costosos para el Derecho privado, la administración de justicia y, en definitiva, para el bienestar económico del país en los últimos años. Desde luego, también en otros países europeos la litigación en materia de crédito ha alcanzado niveles elevados tras la crisis financiera del 2007-2008 y la posterior crisis de deuda en nuestro continente. En lo que toca a la pieza destacada del Derecho contractual europeo de este período –la Directiva 93/13³, sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores–, los contratos de financiación hipotecaria en un puñado de países –España, Hungría, Polonia– han jugado un papel muy destacado como impulsores de las cuestiones prejudiciales que han dado ocasión al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) para elaborar su prolija y a menudo tortuosa jurisprudencia interpretando la Directiva de cláusulas abusivas en contratos con consumidores. Con todo, es dudoso que la magnitud y las consecuencias de todo ello alcancen los graves tintes que han tenido para nosotros.

Creemos que buena parte –aunque no la totalidad, pues otros factores institucionales han tenido también su papel– de las dudas y perplejidades que los tribunales y los analistas jurídicos han mostrado en estos años en cuanto al modo de afrontar las numerosísimas demandas en este sector se explican en cierta medida por la falta de atención prestada a los rasgos básicos de los contratos de crédito en términos económicos. Es claro que el sustrato material del conflicto jurídico viene dado por operaciones o transacciones económicas. Tomar seriamente en cuenta los elementos esenciales de las mismas en el plano económico y sus implicaciones parecería, intuitivamente, aconsejable como medida para entender más cabalmente cómo afrontar los problemas contractuales planteados y cómo ofrecer soluciones jurídicas sensatas a las controversias del presente y con ello orientar adecuadamente los contratos, la conducta de los contratantes y las disputas que vendrán en el futuro en el sector del crédito. Además, las características económicas singulares de los contratos de crédito van a permitir, como

¹ Fernando Gómez Pomar (fernando.gomez@upf.edu). Sheila Canudas Perarnau (sheilacanudas@gmail.com).

Agradecemos el apoyo financiero del Ministerio de Ciencia e Innovación español con cargo a los proyectos PID2021-126354OB-I00/MICIN/AEI/10.13039/501100011033/FEDER, UE, sobre «Responsabilidad contractual y extracontractual de las plataformas en línea» y PID2021-127258NA I00/AEI/10.13039/501100011033, UE RYC2018-026249-I, sobre «iConsumers: Protecting Consumers in Digital Platform» financiados por el Ministerio de Ciencia e Innovación, la Agencia Estatal de Investigación y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional.

² Desde su creación en junio de 2017, los juzgados especializados en cláusulas abusivas hipotecarias recibieron, hasta el final del primer trimestre de 2023, un total de 797.191 demandas (fuente: CGPJ). A este número hay que sumar las anteriores y posteriores a estas fechas y las presentadas en otros órganos, pues no en todas las provincias han operado estos juzgados especializados durante todos esos años. Esta carga de los juzgados se ha trasladado a las Audiencias y al propio Tribunal Supremo, que lleva años dedicando un porcentaje elevado de sus sentencias a la contratación hipotecaria. Sin ánimo de exagerar, este fenómeno de litigación sobre los contratos de crédito hipotecario no tiene parangón en el ámbito comparado, ni siquiera en aquellos países del Este de Europa en que también se ha producido tras la crisis financiera una oleada de reclamaciones judiciales en el ámbito crediticio, singularmente en relación con los créditos en divisa: véase, GÓMEZ POMAR/CANUDAS PERARNAU, «La naturaleza de los contratos de financiación y su incidencia en los problemas contractuales relativos a la restitución e integración de lagunas derivadas de abusividad: el caso de los préstamos en divisa en Europa», *InDret*, vol. 2, 2023.

³ Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

elaboraremos en este trabajo, que la variedad de conceptos y soluciones jurídicas, existentes y propuestas, para las patologías o problemas en el nacimiento, desarrollo y ejecución de las relaciones de crédito, sean susceptibles de una radical simplificación que necesariamente desdibuja perfiles y fronteras entre categorías conceptuales y alternativas de tratamiento jurídico.⁴

El punto de partida para entender los contratos de crédito es bien sencillo. Los agentes económicos, independientemente de su naturaleza, tamaño y actividad (tanto individuos como entidades, empresas o gobiernos), piden crédito -dinero anticipado- esencialmente para realizar acciones de inversión o de consumo en ese momento y que no serían factibles de otra manera dados sus flujos ordinarios de ingresos o rentas⁵. Otros agentes económicos, que disponen de dinero para realizar el anticipo de los fondos requeridos toman la decisión financiera de concederlos a cambio de una remuneración dineraria que, a la vista de todas las circunstancias y alternativas disponibles, les resulta provechosa. De aquí resulta un intercambio intertemporal de flujos de dinero entre quien recibe crédito y es financiado y quien da crédito financiando a la contraparte. De este simple esquema se derivan importantes implicaciones económicas, pero también jurídicas, cuya elaboración constituye el núcleo de este trabajo.

La estructura del artículo es la siguiente: en la sección 2 se examinan las características especiales de la configuración jurídica de los contratos de crédito como intercambios de flujos de dinero que se insertan en mercados de selección. En la sección 3 se presentan los rasgos principales que resumen la trascendencia jurídica de las características propias de los contratos de crédito. Finalmente, la sección 4 cierra el artículo con unas breves conclusiones.

⁴ Nótese que nuestra perspectiva, que aproxima los distintos remedios o modos de intervención sobre los contratos de crédito, no está inspirada por un propósito sistematizador, que persigue ofrecer un tratamiento unitario a categorías próximas de efectos jurídicos (restitución, sea cual sea su origen, indemnización de daños, cualquiera que constituya su fundamento). Nuestro intento está inspirado en la idea de que, funcionalmente, la intervención sobre los contratos de crédito entraña siempre una modificación del montante y el tiempo de los flujos de dinero pactados. La simplificación o resistematización que resulta no es un objetivo buscado con afán de coherencia sistemática, sino la consecuencia natural de las propiedades unificadoras de las propiedades económicas de los contratos de crédito.

Esta clase de inspiración late, por ejemplo, en propuestas como la de HELLWEGE (HELLWEGE, *Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge als einheitliches Problem*, Mohr Siebeck, 2004, p. 521 y ss. y HELLWEGE, «Effects of Termination and Restitution», en JANSEN y ZIMMERMANN (eds.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford University Press, 2018, pp. 1375 ss.), quien aboga por un enfoque unificado para la resolución de contratos fallidos por motivos conceptuales y sistemáticos. Según HELLWEGE, la existencia de múltiples regímenes de restitución puede generar problemas de coordinación, por lo que propone un modelo unificado que no solo simplificaría el proceso, sino que también permitiría una mejor adaptación a las consideraciones políticas subyacentes en cada caso. Este enfoque busca restaurar a las partes a su estado anterior al contrato, con independencia de la causa de la terminación, y aborda de manera integral aspectos como la asignación de riesgos y la valoración de las prestaciones recibidas. En contraste, nuestra aproximación subraya la importancia –también para las cuestiones de restitución de contratos bilaterales– de la naturaleza y objeto del contrato, de tal manera que cualquier solución jurídica aplicada a un contrato de crédito sustancialmente comporta, aunque en distinta forma, la modificación del tiempo y la cuantía de los flujos monetarios pactados en el contrato.

⁵ Anticipar la inversión o el consumo es uno de los principales objetivos de la contratación (junto con otros como la transferencia de bienes y servicios para que sean disfrutados por el comprador que presumiblemente los valora más que el precio pagado por ellos, o la asignación o redistribución de riesgos a los que se enfrenta al menos alguno de los contratantes). Véase, SHAVELL y KAPLOW, «Contracting», en JACKSON, KAPLOW, SHAVELL, VISCUSI y COPE, *Analytical Methods for Lawyers*, 2ª ed., Foundation Press, 2010. Para las empresas, los fundamentos de la contratación de crédito en TIROLE, *The Theory of Corporate Finance*, Princeton University Press, 2006.

2. Contratos de crédito, naturaleza puramente financiera y mercados de selección

A lo largo de la historia, las cuestiones ligadas a los contratos de crédito y más en general a la idea de financiación o anticipo de liquidez, se han visto relegadas dentro del Derecho privado y del régimen de las obligaciones y contratos. Probablemente, este papel marginal es el producto de la incidencia acumulada de distintos factores. Uno de ellos, sin duda, remite a la notable hostilidad, religiosa, cultural y jurídica, con que muchas sociedades en el pasado han contemplado la actividad de financiar con interés. A ello se añade que la formación de los modos de pensar, los conceptos y las reglas jurídicas sobre el entorno contractual y el crédito que han prevalecido históricamente, y aún perviven, se han desarrollado a espaldas⁶ de la teoría económica y financiera, y por tanto han quedado radicalmente desacompañados en relación con las visiones comúnmente aceptadas en el mundo de la economía y las finanzas.

Desde luego, el factor histórico tiene importancia no desdeñable. El Derecho es una disciplina que en su propio núcleo cultural encierra una valoración ferviente y en ocasiones reverencial, de la tradición y el pasado. Por ello, no es sorprendente que en el ámbito del crédito y su regulación jurídica no haya logrado desprenderse por completo de las actitudes prevalentes en el pasado. Ello ha contribuido a mantener y consolidar una comprensión defectuosa de la naturaleza y función de la financiación y el crédito.

Las raíces históricas del rechazo se pueden reconducir a la tajante y severa condena de la usura, entendida no como la exigencia de intereses abusivos o leoninos a personas necesitadas de dinero sino como cualquier obtención de lucro a consecuencia del préstamo de dinero. Este sentido amplio de usura como equivalente a interés en el crédito es el que ha permeado toda la aproximación a los contratos de financiación durante siglos. Y esta visión dominó no solo los discursos de moralistas y teólogos, sino también se tradujo en la legislación positiva. Las leyes, en España y en otros países de nuestra tradición, han condenado severísimamente la posibilidad de pactar intereses -en cualquier importe- por conceder crédito, llegando a imponer graves penas a quienes percibían intereses por prestar dinero.

Concretamente en España esta actitud restrictiva perduró hasta bien entrado el siglo XIX. Solo con la Ley de 14 de marzo de 1856 se autorizó la libertad de contratación en materia de interés sobre cualquier cantidad prestada o anticipada. Aún en ese momento se mantenían límites legales al interés convencional, reflejando una herencia normativa que se prolonga hasta hoy. De hecho, es llamativo tanto el Código Civil (artículo 1755) como el Código de Comercio (artículo 314) españoles presuponen, salvo pacto expreso, la gratuidad del préstamo. En otros ordenamientos jurídicos, como el alemán, el italiano o el portugués, de manera opuesta se presume su carácter oneroso.

El Derecho de la UE también tiene normalizada la idea de la financiación como un intercambio contractual en que el interés -el «precio» de la financiación- y asocia la existencia de interés con

⁶ Ciertamente es que el Derecho de obligaciones y contratos como disciplina intelectual y su reflejo en reglas y soluciones jurídicas es muy anterior a la economía como ciencia social y a las finanzas como sector especializado dentro de la misma. Pero tampoco en las últimas décadas, en las que la teoría económica y financiera han alcanzado importantes cotas de desarrollo, ha cambiado la tradicional actitud jurídica de desinterés hacia lo que la economía podía aportar a la comprensión y tratamiento jurídico de un fenómeno, como es el contractual, y singularmente el de los contratos de crédito, que es intrínsecamente «económico».

la naturaleza misma de los contratos de crédito, como se evidencia en las Directivas 2008/48⁷ (artículo 2.2.f) y 2014/17⁸ (artículo 3.c). La más reciente Directiva 2023/2225⁹, aunque establece ciertas exclusiones relativas a créditos sin interés, no elimina completamente su aplicación a contratos en que no media interés por la financiación concedida (artículos 2.2.d, 2.2.h y 2.5).

Sin embargo, la sombra del pasado es alargada. Por otra parte, como ya se ha apuntado, el desarrollo incluso reciente de la reflexión de Derecho privado ha seguido discurriendo por cauces bien alejados del conocimiento económico y financiero. En el caso español, no es aventurado considerar que predomina una aplicación rígida e inflexible de las reglas y principios del Derecho de contratos y del Derecho de consumo, muy alejada de la realidad económica. Esta rigidez se une a una actitud desconfiada, cuando no hostil, hacia la función social del crédito y la financiación. Estas aproximaciones ignoran en gran medida la naturaleza y complejidad económico-financiera de los contratos de crédito y con ello dificultan el funcionamiento eficiente del mercado de crédito y exacerban sus problemas y sus manifestaciones patológicas, como prueba entre nosotros la masiva litigación en materia hipotecaria.

Como ya se advirtió en la introducción de este trabajo, sin una comprensión adecuada de las características económicas de estos contratos es difícil diseñar y aplicar una política jurídica adecuada para abordar los problemas contractuales del crédito.

Vamos a centrarnos en dos características especialmente relevantes de los contratos de crédito, cuya trascendencia jurídica –diferenciada– intentaremos argumentar que es grande. Primero, la naturaleza puramente monetaria de las conductas de las partes –de las obligaciones contractuales asumidas por los contratantes, si se prefiere– en virtud del contrato. En segundo lugar, la idea del mercado de crédito como mercado de selección.

En primer lugar, el rasgo económico más importante, al menos por lo que atañe al Derecho de contratos, es la caracterización de los contratos de crédito como transacciones financieras o monetarias. Esto puede parecer obvio, pero en gran medida se pasa por alto cuando se analizan jurídicamente los contratos de crédito y se les aplican los conceptos y las soluciones del Derecho de contratos.

Un contrato de crédito no es una transferencia ordinaria de bienes o servicios por parte de un vendedor o proveedor a cambio de dinero pagado por el comprador, que permite que los bienes y servicios pasen de un agente económico (el productor u oferente) a otro diferente (el comprador, el cliente) que puede suponerse o presumirse que los valora más, mejorando así el bienestar conjunto de los contratantes –pues de lo contrario no ocurriría voluntariamente la transacción, y el contrato se funda en la voluntad común–. Un contrato de crédito implica esencialmente un intercambio en el tiempo de flujos de dinero entre las partes. En el esquema más sencillo de contrato de crédito el prestamista proporciona al prestatario una suma de dinero ahora, y el prestatario promete realizar en favor del prestamista un flujo de pagos monetarios en

⁷ 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.

⁸ 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) n.º 1093/2010.

⁹ Directiva (UE) 2023/2225 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de octubre de 2023, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 2008/48/CE.

el futuro, a menudo un futuro lejano (bien sea un pago de una sola vez al llegar la fecha de amortización o, como es más habitual, una serie de pagos periódicos por una serie de semanas, meses o años).

Este intercambio de flujos monetarios tiene implicaciones para ambas partes. Para el prestamista supone una inversión de su dinero quien, en condiciones ideales, la adoptará siempre y cuando el valor neto presente de la inversión, dada la información y las expectativas de desenvolvimiento del contrato y de las alternativas de que dispone en ese momento, sea positivo. A su vez, para el prestatario supone el otorgamiento de financiación, esto es, el anticipo o disposición inmediata de dinero del que no dispone de otro modo. Y la financiación recibida por el prestatario le permite a este llevar a cabo decisiones de inversión o de consumo que no podría afrontar en ese momento dado el curso de sus ingresos.

Es claro, a la vista de lo anterior, que las acciones –principales y caracterizadoras del contrato¹⁰– de las partes en virtud de una relación contractual de crédito tienen naturaleza puramente monetaria: son solo transferencias de dinero y no implican bienes¹¹ o servicios¹² de los que los agentes económicos obtengan un valor intrínseco. La visión dominante y extendida en la teoría económica considera que el dinero no es un bien ni un servicio del que los seres humanos obtengan un valor intrínseco o una utilidad. Sin embargo, de acuerdo con la visión común y muy

¹⁰ Sin duda pueden existir y con frecuencia existen en la realidad otras acciones designadas como obligadas en el contrato, generalmente para el prestatario, pero que tienen carácter accesorio o complementario de las acciones puramente monetarias de las partes: obligaciones de ofrecer información sobre la situación financiera y contable –muy habituales en los contratos de crédito a empresas–, cumplimiento de ciertos parámetros o ratios financieros, mantenimiento de ciertos activos o de celebrar ciertos contratos combinados con el de crédito (como los vinculados o combinados a que hace referencia el art. 17 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario).

¹¹ Puede encontrarse un resumen de la teoría económica en KIYOTAKI/WRIGHT, «On Money as a Medium of Exchange», *Journal of Political Economy*, vol. 97-4, 1989, p. 927; KIYOTAKI/WRIGHT, «A Contribution to the Pure Theory of Money», *Journal of Economic Theory*, vol. 53-2, 1991, p. 215. Para más referencias, PEACOCK, «The Ontology of Money», *Cambridge Journal of Economics*, vol. 41-5, 2017, p. 1471 se interesa por los enfoques filosóficos del dinero.

Sin duda, la teoría económica sobre el dinero es muy consciente del hecho de que sus funciones económicas dependen esencialmente de las creencias colectivas –reforzadas o no por el apoyo del Estado– sobre su papel como medio de intercambio y depósito de valor.

Aunque los supuestos sobre las principales funciones del dinero pueden matizarse o relajarse en determinados contextos, creemos que proporcionan un punto de partida útil y factible para explorar las implicaciones de la naturaleza económica de los contratos de crédito para una serie de cuestiones de Derecho de contratos. También cabe mencionar que lo anterior no excluye que las preocupaciones distributivas sean relevantes en el análisis, ya que la falta de valor intrínseco del dinero no se traduce en la ausencia de diferencias interpersonales en las preferencias por cestas de bienes y servicios.

En cambio, defiende el dinero como bien, LÓPEZ, *El dinero y las obligaciones de dinero*, Marcial Pons, 2024, pp. 179 ss.

¹² Eventualmente, un prestamista en una operación de crédito puede prestar asesoramiento financiero o de inversión o algún otro servicio (de estudio y concesión de una solicitud de contratación o, en otros planos, de pago, de depósito o de otro tipo) al prestatario, por lo que el contrato incluirá un componente de servicio adicional al mero anticipo de dinero. Sin embargo, estos servicios, aunque se relacionan con el elemento financiero fundamental del anticipo de liquidez, son típicamente accesorios en la inmensa mayoría de los casos y además no están presentes en buen número de contratos de crédito. A título ilustrativo, el TJUE en su Sentencia de 3 de diciembre de 2015, *Banif Plus Bank Zrt.*, C-312/14, consideró que el artículo 4, apartado 1, punto 2, de la Directiva 2004/39 debe interpretarse en el sentido de que un servicio o actividad de inversión no engloba determinadas operaciones de cambio de divisas efectuadas por una entidad de crédito en virtud de cláusulas de un contrato de préstamo denominado en divisas.

mayoritariamente aceptada en la teoría económica¹³, el dinero desempeña varias funciones clave en el funcionamiento de una sociedad económicamente evolucionada: el papel de medio de pago de bienes y servicios en una economía (al menos de los que se intercambian por dinero en los mercados y fuera de ellos), sirve de numerario (unidad de cuenta) para comparar entre cestas de consumo alternativas de bienes y servicios, para determinar la contraprestación de bienes y servicios y puede utilizarse como depósito –más que como fuente intrínseca– de valor económico (junto a otros activos, indiscutiblemente, pues el dinero no es ni de lejos el único repositorio de valor y riqueza empleado en una sociedad, incluso en las economías monetarias desarrolladas del presente).

En este sentido, el dinero asume una pluralidad de papeles de gran importancia en la vida económica de las sociedades, pero como entidad debe mantenerse (económica pero también jurídicamente) conceptual y prácticamente diferenciada de los bienes y servicios de toda clase que satisfacen directamente las necesidades, preferencias y gustos de los agentes económicos. Y la contratación que supone intercambio de dinero tiene por ello características diferenciales respecto de la que se refiere a bienes y servicios que los sujetos producen, intercambian y transmiten. La naturaleza distinta a la monetaria de al menos una de las acciones o prestaciones caracterizadoras de esos contratos –producir un bien, tangible o intangible, ejecutar un servicio, entregar un bien, etc. – determina que la panoplia de intervenciones jurídicas sobre el contrato cuando el plan previsto por los contratantes, por una u otra razón, no se desenvuelve enteramente según lo deseado y pactado no pueda limitarse –a diferencia de lo que sucede en los contratos meramente financieros– en un reajuste de flujos de dinero.

Por ello, cuando se tratan de construir representaciones (bien conocidas, incluso más allá de la teoría económica *stricto sensu*) de la función de utilidad del dinero de los individuos, hemos de ser conscientes de que son eso, meras representaciones simplificadas de las preferencias sobre las distintas cestas de consumo de toda clase de bienes y servicios (que el sujeto puede adquirir con dinero).

En otras palabras, y utilizando la terminología de MARKOVITS y SCHWARTZ, un contrato puramente financiero solo afecta a derechos sobre el valor y no a los derechos sobre las cosas (o acciones)¹⁴.

¹³ MANKIW, *Principles of Economics*, 8ª ed., Cengage Publishing, 2017, pp. 605 y ss.; AWREY, *Beyond Banks. Technology, Regulation, and the Future of Money*, Princeton University Press, 2024, cap. 1. Esta concepción del dinero y sus funciones, hoy asentada en la teoría económica, no es ni mucho menos nueva, pues procede esencialmente de JEVONS, *Money and the Mechanism of Exchange*, Appleton and Company, 1875, cap. 3. Sin embargo, la influencia de esta visión prevalente en la economía sobre la reflexión y la regulación jurídica de los contratos de crédito ha sido, de manera acaso sorprendente, prácticamente nula.

¹⁴ MARKOVITS/SCHWARTZ, «Who Owns What? Re-thinking Remedies in Private Law», Working Paper, Yale Law School, 2022, pp. 37-38. Como ellos mismos explican, «el propósito del dinero no es, de hecho, ser una mercancía en absoluto, sino más bien ser un índice de las relaciones de intercambio entre todas las demás mercancías. Es decir, el dinero es una criatura de los precios; y el valor del dinero está constituido por los precios. En realidad, este punto se presupone en el pensamiento económico moderno, que trata el dinero no como un bien independiente, sino como el vector de los precios relativos de todos los demás bienes de una economía. Esta idea también puede expresarse en términos de nuestra teoría de los derechos: poseer un ET [derecho a una cosa o conducta de alguien] en una suma de dinero es una imposibilidad conceptual; el dinero simplemente es - constitutivamente - un EV [derecho al valor]. Además, el valor del dinero se construye a su vez a partir de los términos de intercambio de todas las mercancías reales de la economía cuyos intercambios el dinero contabiliza y facilita». Nuestra afirmación en el texto es, sin embargo, independiente de la de MARKOVITS y SCHWARTZ (véase, MARKOVITS/SCHWARTZ, pp. 33 ss.), en el sentido de que los derechos de origen contractual –excepto cuando las partes los han definido nítidamente en forma de ET– deben caracterizarse siempre como protegidos por un remedio de responsabilidad o consistente en el pago de una suma de dinero. Esto es cierto en el caso de los contratos puramente financieros, pero no necesariamente en otros

Desde luego, esta simple caracterización de los contratos de crédito –cuyo objeto es exclusivamente dinero– no es una panacea o una fórmula milagrosa que pueda iluminar y dar respuesta a todas las cuestiones relevantes sobre el crédito y los mercados de crédito. Por ejemplo, caracterizar el crédito como un mercado puramente financiero no permite explicar y predecir las magnitudes de equilibrio (precios y volúmenes de crédito) con independencia de su relación con otros factores o variables de naturaleza no financiera¹⁵.

Sin embargo, y esto es de especial importancia para el Derecho privado y el Derecho de contratos, de esa caracterización de los contratos de crédito como intercambio en el tiempo de flujos de dinero se deriva una consecuencia importante: la naturaleza financiera de la actuación de las partes introduce notables y útiles cauces de flexibilidad para el diseño y aplicación de determinadas soluciones del Derecho de contratos a los problemas que aquejan al proceso contractual. Esta característica de los contratos de crédito permite abordar de forma más sencilla y eficaz algunas actuaciones ligadas a las consecuencias jurídicas que, según el Derecho de contratos, han de seguir ante ciertas contingencias o cuestiones contractuales. Como señalábamos más arriba, esto es así a diferencia de lo que sucede con contratos en los que, si bien alguna de las prestaciones es monetaria –y en la mayoría de los contratos en una economía monetarizada, una de las prestaciones es dineraria– sin embargo el intercambio no es puramente financiero y existen acciones de las partes de notable relevancia que implican y tocan directamente a activos reales: bienes existentes, inputs para producir bienes, recursos reales, también los humanos, precisos para fabricar, transportar o entregar bienes o preparar y ejecutar servicios. Esta «realidad» de las conductas que constituyen el contenido del contrato o parte de él es el elemento determinante para hacer más compleja y problemática la aplicación de las soluciones y remedios contractuales a las distintas vicisitudes del contrato.

No es la naturaleza de intercambio monetario del contrato de crédito la única nota relevante para entender mejor esta clase de contratos y orientar su tratamiento jurídico. La segunda dimensión importante que hay que tener en cuenta es que los contratos de crédito operan en mercados de selección. Un mercado de selección¹⁶ es aquel en el que las empresas que atienden el mercado no solo están interesadas –como ocurre de ordinario en los mercados de bienes y servicios– en vender más unidades y cada una al precio más alto posible. En los mercados de selección los operadores económicos también se preocupan de manera destacada por otra dimensión de la contratación: con quién contratan. En un mercado de este tipo los consumidores no solo difieren –como suele suponerse en los mercados de consumo– en la «intensidad de su demanda por el bien o servicio», en otras palabras, en su disposición a pagar, sino también en lo costosos que

contratos que, referidos a bienes y servicios, aunque las partes no hayan dejado constancia necesariamente de que las pretensiones de las partes no se refieren a las cosas o servicios en sí, y por tanto pueden traducirse siempre en su valor monetario.

¹⁵ Por ejemplo, en el crédito hipotecario, la evidencia empírica (MIAN/SUFI, «House Prices, Home Equity-Based Borrowing, and the US Household Leverage Crisis», *American Economic Review*, vol. 101-5, 2011; AHLFELDT *et al.*, «Housing-Consumption Channel of Mortgage Demand», *Working Paper, CESifo*, 2024) indica que el mercado de vivienda y el mercado de crédito hipotecario se influyen mutuamente. Cuando el precio de la vivienda sube –por falta de oferta, por ejemplo, o por incremento de la población que busca vivienda– aumenta la demanda de crédito hipotecario, esto es, los hogares demandan créditos más elevados. Esto no tendría que ser así de forma inevitable; por ejemplo, las familias podrían aumentar su demanda de viviendas más pequeñas o de peor calidad, sin incrementar su demanda de crédito para acceder a la vivienda. A la vez, si aumenta la demanda de crédito –por caída de tipos de interés, incremento de competencia bancaria o relajación de los estándares de concesión de crédito– la demanda de vivienda aumenta, pues las familias pueden financiar compras a precios más altos.

¹⁶ Véase, EINAV/FINKELSTEIN/MAHONEY, «The IO of selection markets», en HO/HORTAÇSU/LIZZERI (eds.), *Handbook of Industrial Organization*, vol. 5, Elsevier (online edition), 2021.

resultarán para el vendedor. Los resultados –beneficios y pérdidas y su importe– para la empresa derivados de celebrar y realizar su prestación en un cierto contrato no dependen únicamente de sus funciones de costes de producción y distribución –cuanto le cuesta preparar y realizar su prestación– y de sus ingresos según los términos del contrato –el precio previsto–, sino que también se ven afectados decisivamente por quién es la contraparte.

De hecho, en los mercados de selección, el elemento «idiosincrático» asociado al contratante individual constituye en muchos casos la mayor parte del coste del contrato para la empresa, pues los demás ingredientes (costes de publicidad, de contratación, de prestación, etc.) son típicamente reducidos por cada contrato. Así, las empresas deben preocuparse por «seleccionar» a uno u otro consumidor y desearían quedarse solo con aquellos que les suponen menores costes. De ahí la etiqueta de «mercado de selección»¹⁷.

El crédito que se concede a consumidores (y el crédito en general) se enmarca con claridad en esta categoría¹⁸. A los prestamistas no les importa únicamente firmar el mayor número posible de contratos de crédito, sino que les interesa seleccionar como prestatarios a aquellos con mayores probabilidades de devolver el préstamo con puntualidad, y excluir a aquellos con más alto riesgo de impagar¹⁹. El impago, es evidente, comporta costes para el prestamista: de cobro, de ejecución en caso de préstamos hipotecarios, legales, en definitiva, un saldo financiero negativo en el préstamo. El impago puede incluso convertir el contrato en una operación a

¹⁷ Que un consumidor arroje al final costes altos o bajos a la empresa no es observable al contratar, por lo que existe información asimétrica. Esta asimetría de información sobre las características relevantes que inciden en términos esperados sobre el coste del contrato para la empresa tiene como consecuencia los problemas de selección adversa: los «peores» riesgos contratan más, los precios suben y los «mejores» riesgos son expulsados del mercado. La evidencia empírica sobre estos efectos es nutrida. Véase, EINAV/FINKELSTEIN, «Empirical analyses of selection and welfare in insurance markets: a self-indulgent survey», *The Geneva Risk and Insurance Review*, vol. 48, 2023, pp. 167 ss.

Para afrontar esos problemas es frecuente que las empresas empleen en la selección de la contraparte factores observables estadísticamente correlacionados con las características de interés (en el caso de los contratos de crédito, variables como la edad, los ingresos, el patrimonio, el endeudamiento existente, el historial crediticio, etc.). En los contratos de crédito también se acude a los seguros de amortización del crédito, lo que desplaza en parte el problema de selección del potencial prestamista al asegurador. Lo anterior, desde luego, no excluye que en los mercados de selección (y en los demás mercados, dicho sea de paso) las empresas estén interesadas en identificar ciertos rasgos de sus contrapartes que les permitan maximizar beneficios seleccionando o dirigiendo sus ofertas a consumidores más vulnerables, más manipulables o que simplemente estén dispuestos a pagar más por el contrato. Pero eso no quita que, en los mercados de selección, además de estas motivaciones «indeseables» para seleccionar a la contraparte estén presentes también las ligadas a la reducción de costes para las empresas que operan en ellos por haber seleccionado adecuadamente a las contrapartes contractuales y no presentar estas riesgos excesivos o injustificados.

¹⁸ No es el crédito el único ejemplo, desde luego. El seguro es el otro caso paradigmático de mercado de selección. Una excelente y asequible introducción al seguro como mercado de selección en EINAV/FINKELSTEIN/FISMAN, *Risky Business. Why Insurance Fails and What to Do About It*, Yale University Press, 2022.

¹⁹ Un impago puede producirse, qué duda cabe, en todas o casi todas las relaciones contractuales. Sin embargo, es un problema mucho más grave en un contrato de préstamo, especialmente cuando el crédito es a largo plazo, como el crédito inmobiliario: normalmente el prestamista transmite por adelantado el importe total del capital prestado a cambio de recibir a largo plazo un flujo de pagos del prestatario. En el contexto comercial habitual, el crédito es solo a corto plazo y los riesgos se ven claramente atenuados por la naturaleza repetida de la interacción –en un suministro continuado o periódico de bienes y servicios del que puede surgir el crédito a quien ha de pagar por tales bienes o servicios, la generación de crédito que puede resultar impagado tiene lugar no una vez, sino varias o muchas a lo largo del tiempo–. Asimismo, en estos entornos de interacciones contractuales reiteradas, está bien comprobado que las sanciones relacionales o basadas en la reciprocidad (si el cliente no paga las cantidades pendientes, el proveedor dejará de suministrar bienes o servicios que el cliente necesita) reducen claramente los incentivos a incumplir: GANUZA/GÓMEZ POMAR, «Designing relational sanctions in buyer-supplier relationships», *Journal of Economics and Management Strategy*, 2021, p. 1.

pérdida para el prestamista, de modo que la inversión de dinero que para el prestamista ha supuesto conceder el crédito sea una inversión con retorno negativo, algo que cualquier sujeto racional hubiera preferido no hacer.

Esto hace que la selección adversa sea una característica omnipresente y fundamental –y una fuente de ineficiencia– en el mercado crediticio. Ello afecta naturalmente al precio, como variable endógena (no determinada puramente por factores externos) más relevante del contrato, pero también puede afectar a las demás condiciones financieras del mismo: duración del préstamo, cuantía de la financiación, ratio préstamo/valor, denominación en moneda nacional o extranjera, etc. Todo lo anterior pone de relieve la importancia de las cuestiones de selección en los mercados de crédito.

La caracterización anterior no significa que los prestamistas tengan siempre los incentivos adecuados para tomar las decisiones apropiadas sobre la selección de prestatarios. Aunque es obvio que los oferentes de crédito tienen interés en realizar tareas de selección de los prestatarios, pues los primeros asumen costes, acaso muy elevados, de una inadecuada elección de contrapartes contractuales, hay buenas razones para pensar que los incentivos privados de los prestamistas a la hora de realizar la selección de personas que recibirán financiación no coinciden con los incentivos que serían ideales teniendo en cuenta el bienestar de todos los interesados y, en último extremo, el bienestar social. Puede haber factores macroeconómicos (una política monetaria laxa por parte del banco central o autoridad monetaria, la existencia de expectativas sesgadas al alza sobre el valor futuro de las garantías), microeconómicos (la mayor competencia en el mercado de crédito, la presencia de estimaciones o percepciones erróneas sobre los riesgos de impago de la población de solicitantes de crédito o de ciertos grupos dentro de ella, la incidencia del riesgo moral -falta de prevención suficiente frente a eventos negativos- en los prestamistas originado por la posibilidad de transferir los efectos negativos de los riesgos asociados a los impagos a través del mercado secundario hacia inversores poco avisados), así como razones institucionales y regulatorias (deficiencias en el marco normativo y la supervisión efectiva sobre la evaluación de la solvencia que hacen las entidades de crédito, el apoyo público implícito al sector financiero y su solvencia que puede inducir a políticas agresivas y expansivas de concesión de crédito por los prestamistas) que afecten negativamente a la calidad de la «selección» por parte de los prestamistas. Los resultados serán –aún más– gravemente ineficientes en presencia de este conjunto de elementos que minan los incentivos y la eficacia de la adecuada selección de riesgos de crédito.

Estas razones explican y permiten justificar la eficiencia de imponer a las entidades activas en la concesión de crédito deberes legales de examinar la solvencia y la capacidad de repago de los prestatarios. Si actuando únicamente en su propio interés los concedentes de crédito ya tuvieran los incentivos y la motivación necesarios para seleccionar adecuadamente a quienes solicitan crédito, la imposición de estos deberes legales de examen y evaluación serían esencialmente redundantes o superfluos.

3. La trascendencia jurídica de los rasgos singulares de los contratos de crédito

3.1. Su encuadre como contratos de crédito

No es nuestra pretensión en este trabajo explorar en su totalidad y de forma exhaustiva el conjunto de consecuencias o aplicaciones jurídicas que la adecuada caracterización de los contratos de crédito hace posible. En particular, no vamos a analizar todas las implicaciones del grado adicional de libertad que permite la naturaleza financiera del contrato y de las prestaciones que este contempla (por ejemplo, en cuanto a la distinción entre cumplimiento forzoso e indemnización de daños como remedios por incumplimiento). Pero sí es relevante subrayar que las características ya señaladas de los contratos de crédito –canalización de financiación al prestatario y el carácter de mercado de selección que singulariza a los mercados de crédito– resultan de gran importancia, tanto conceptual como práctica.

La «selección» inherente a la contratación de crédito tiene efectos directos sobre las personas, afectando en gran medida su acceso a bienes esenciales, como la vivienda. Es igualmente determinante para acceder a los recursos necesarios para emprender y desarrollar actividades económicas. Pero la selección de prestatarios no solo condiciona el acceso al crédito y, con él, a bienes o actividades de enorme importancia. La financiación que se obtiene por medio de la contratación de crédito supone un endeudamiento de quien recibe aquella. Y el endeudamiento asumido puede alcanzar niveles que comprometen el bienestar futuro del prestatario, especialmente en situaciones en que circunstancias sobrevenidas reducen los ingresos o generan o incrementan costes y gastos. El sobreendeudamiento es un fenómeno real y de graves consecuencias económicas y sociales.

En España, este problema ha sido en años pasados particularmente acuciante. A las consecuencias del reventón de la burbuja inmobiliaria e hipotecaria y a las crisis financiera y económica que la siguieron, se añadían hasta hace bien pocos años los tintes más dramáticos que sumaba la ausencia entre nosotros de mecanismos de *fresh start* que mitigaran los efectos del sobreendeudamiento. Ahora, los concursos de persona física y la eventual exoneración de pasivo que puede acompañarlos desempeñan un papel muy relevante en cuanto a la canalización *ex post* de las consecuencias del exceso de endeudamiento de los individuos. Tanto es así que estos concursos constituyen la inmensa mayoría de los instados ante los tribunales. En 2024, se declararon 41.099²⁰ concursos en España, de los cuales 35.510 lo fueron de personas físicas, frente a 5.589 de personas jurídicas. Antes de la introducción del mecanismo de segunda oportunidad, el número de concursos de persona física era, en términos absolutos, relativos y comparados con otros países de nuestro entorno, insignificante – de manera esperable, pues no había ventajas, pero si costes, asociados a la decisión de los consumidores o los autónomos de solicitar el concurso voluntario –. En 2014, en una situación en la que el sobreendeudamiento alcanzaba niveles más elevados, antes de la introducción de la posibilidad de exoneración de deuda, por obra del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, había aproximadamente 700 concursos de consumidores y 180 de empresarios individuales.

²⁰ Datos obtenidos de la Estadística del procedimiento concursal recopilada por el Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España (Estadísticas Concursales).

Pero los contratos de crédito y su doble vertiente de contrato de financiación y mercado de selección, además de proyectarse sobre la realidad social y económica de forma intensa, condiciona numerosas cuestiones jurídicas fundamentales relacionadas con los mismos, directa e indirectamente. El impacto de los rasgos característicos de este tipo de contratos sobre la configuración y los efectos de estos elementos jurídicos constituye el núcleo del presente análisis.

Hay varios de ellos que queremos destacar. Para comenzar, la importancia de las cuestiones de «selección», sobre distintas dimensiones del régimen jurídico del crédito y aún más allá: la trascendencia y el sentido de la evaluación de la solvencia o probabilidad de repago del prestatario, las especialidades normativas sobre no discriminación en relaciones contractuales y la protección de datos personales²¹ en el ámbito de la contratación de crédito²².

En primer lugar, la evaluación de la solvencia del potencial prestatario es un aspecto crucial en el régimen europeo del crédito al consumo²³ y, muy destacadamente, en la más reciente versión de la normativa europea en la materia, la Directiva 2023/2225²⁴. Para comprender cabalmente y evaluar críticamente las medidas adoptadas al respecto es necesario considerar la trascendencia y la finalidad que la dimensión de selección tiene para el funcionamiento de los mercados de crédito.

La Directiva 2023/2225 establece en su artículo 18 la obligación de los prestamistas de evaluar la solvencia en interés del consumidor, con el objetivo de prevenir el préstamo irresponsable y el endeudamiento excesivo. Esta evaluación ha de basarse en información pertinente y exacta, así como en circunstancias financieras y económicas adecuadas a la naturaleza, duración, valor y riesgos del contrato. Además, la evaluación de solvencia no puede incluir las categorías de datos previstas en el artículo 9.1 del RGPD²⁵, como el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, la afiliación sindical, los datos genéticos, biométricos, de salud, vida u orientación sexuales, o los recabados de redes sociales. El examen previo de solvencia debe ajustarse a procedimientos documentados y, en caso de utilizar algoritmos, el solicitante tiene derecho a una explicación clara de la lógica y riesgos del sistema, así como a expresar su opinión y solicitar una revisión²⁶. Si la evaluación no revela que es probable que el

²¹ La conexión del uso de datos personales en la evaluación crediticia es una cuestión esencial en el funcionamiento de los mercados de crédito, y lo será más con el previsible incremento del empleo de sistemas algorítmicos -generalmente de mayor capacidad predictiva pero también con sesgos más difíciles de detectar desde fuera- en esa tarea. Pero abordar estas cuestiones excede con mucho del propósito de este trabajo.

²² Sobre el *credit scoring*, evaluación de solvencia y datos personales, véase, CAMPOS RIVERA, «Tratamiento de datos para *credit scoring* y uso secundario de datos. Examen desde la presunción de compatibilidad del art. 5.1.b RGPD», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, vol. 50, 2024, pp. 37 ss.

²³ El TJUE ha subrayado la importancia de la obligación de evaluar la solvencia en el crédito al consumo: Sentencias del TJUE de 10 de junio de 2021, *Ultimo Portfolio Investment (Luxembourg)*, C-303/20, de 11 de enero de 2024, *Nakorny*, C-755/22 y de 24 de octubre de 2024, *Horyzont*, C-339/23.

²⁴ Directiva (UE) 2023/2225 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de octubre de 2023, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 2008/48/CE.

²⁵ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE.

²⁶ El Anexo III. 5 b) del Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de junio de 2024 por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.o 300/2008, (UE) n.o 167/2013, (UE) n.o 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE)

prestatario atienda a los pagos previstos en el contrato –así lo expresa, enfáticamente, el expositivo (55) de la Directiva–, el prestamista no concederá el préstamo.

Por otro lado, el artículo 19 de la Directiva 2023/2225 establece los criterios que deben cumplir las bases de datos utilizadas en estas evaluaciones, incluyendo requisitos de contenido, acceso transnacional europeo y exactitud de datos. Asimismo, otorga derechos de información, reclamación e impugnación al solicitante de crédito al consumo en relación con la evaluación sustentada en el uso de bases de datos, que no podrá fundamentarse exclusivamente en su historial crediticio.

Por lo que toca al crédito inmobiliario, la Directiva 2014/17 regula la evaluación de la solvencia de manera algo menos exigente en sus artículos 18 y 20: la evaluación se formula en términos más atenuados y no se especifica que deba realizarse en interés del consumidor (el expositivo (55) no aclara la finalidad única o prioritaria de la evaluación). Ahora bien, deben tenerse en cuenta factores pertinentes para determinar la probabilidad de cumplimiento futuro y solo se puede solicitar información proporcionada y limitada a lo necesario²⁷. En este sentido, se permite dar un peso relevante a la valoración del inmueble que constituye la garantía, siempre que no se base predominantemente en esa valoración²⁸. También en este instrumento la evaluación debe ajustarse a procedimientos estipulados, actualizados y documentados, y el prestamista no habrá de conceder el préstamo si los resultados no revelan que es probable que el prestatario atienda a los pagos previstos en el contrato²⁹.

Aunque la contratación de crédito se inserta en un mercado de selección, en el cual los prestamistas poseen en general incentivos a vigilar la solvencia para reducir sus costes o cubrirse frente a los efectos negativos del impago mediante seguros de amortización, ya hemos indicado que hay buenas razones económicas que abonan la imposición de deberes legales de evaluación adicionales a los que derivan del propio interés de los prestamistas en realizar una selección de prestatarios que maximice sus ingresos y reduzca sus pérdidas. El elemento esencial se relaciona con la constatación de que los prestamistas no soportan todos los costes del sobreendeudamiento de los prestatarios, por lo que sus incentivos a tomar medidas para detectarlo y reducirlo son menores a los óptimos desde el punto de vista del bienestar social y, sin medidas legales de refuerzo, se evaluaría menos de lo socialmente deseable.

Es dudoso, con todo, que se pueda afirmar, a pesar de las proclamaciones de la Directiva 2023/2225 en ese sentido, que la evaluación se hace únicamente para prevenir las consecuencias perjudiciales para el consumidor del endeudamiento excesivo. Si ese fuera el objetivo exclusivo del régimen de la Directiva, uno esperaría que se hubieran introducido explícitamente medidas

2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 clasifica los sistemas de IA utilizados para evaluar la solvencia como de alto riesgo, excepto aquellos destinados a detectar fraudes financieros.

²⁷ En este texto no se excluyen expresamente ciertos datos del proceso de evaluación (tan solo se remite a que la información relativa al consumidor se recabar y verificará sin perjuicio de la Directiva 95/46, antecedente del RGPD).

²⁸ Se indica en el expositivo (55) que el alto valor de la garantía «no debe constituir por lo general una condición suficiente para conceder el crédito».

²⁹ En este sentido, la Sentencia del TJUE de 6 de junio de 2019, *Michel Schyns*, C-58/18 entiende *obiter* que existe un deber de no conceder el crédito en caso de evaluación que arroja que la probabilidad de impago es inferior a la probabilidad de pago, pero el contraste entre los expositivos (55) de la Directiva 2023/2225 y (57) de la Directiva 2014/17 es claro.

que comprobadamente sirven para reducir ese sobreendeudamiento. Por ejemplo, se habrían adoptado reglas u orientaciones sobre niveles máximos de endeudamiento permitido³⁰ y se habría autorizado explícitamente el uso de todos los factores comprobables ligados al riesgo de sobreendeudamiento, sean cuales sean y vengan de donde vengan³¹. Asimismo, se habría promovido -con las cautelas pertinentes, desde luego- el uso de modelos de IA para la evaluación de la solvencia, pues hay ya nutrida evidencia acerca de su mayor poder predictivo de la probabilidad de insolvencia que los modelos estadísticos tradicionales o las herramientas simples de *credit scoring*³².

Por otro lado, si los objetivos de la evaluación de la solvencia estuvieran exclusivamente relacionados con la prevención de las consecuencias perjudiciales para el consumidor del endeudamiento excesivo, se daría un peso inferior a la consideración de los activos del prestatario (en el crédito hipotecario, al valor del inmueble dado en garantía), pues esos elementos, si bien pueden mejorar la probabilidad de repago del crédito -permitirán más fácilmente una refinanciación, con el mismo o distinto prestamista-, suponen consecuencias más negativas para el consumidor si el impago se termina produciendo³³.

Del mismo modo, la maximización de la protección del prestatario frente a los riesgos de sobreendeudamiento traería consigo, igualmente, que en la evaluación de solvencia se diera un peso a la existencia de seguros de amortización, los cuales cubren típicamente el fallecimiento, la incapacidad o enfermedad y el desempleo, principales factores involuntarios de impago del crédito por los consumidores y que, de este modo, protegen a estos de los escenarios más probables de sobreendeudamiento. En este sentido, el artículo 18.4 de la Orden EHA/2899/2011 prevé que la suscripción de seguros de amortización de créditos no sustituya, en ningún caso, la

³⁰ Nos referimos a límites o condiciones relativos, entre otros, al peso que representa ese préstamo concreto en la renta del prestatario (*loan-to-income ratio*) o todos sus préstamos (*debt-to-income ratio*), el endeudamiento máximo que puede obtenerse en función del valor de las garantías aportadas (*loan-to-value ratio* o *loan-to-price*, según se utilice el valor de tasación del inmueble o el valor de la transacción) o la parte de la renta disponible que debe destinar el prestatario al pago de su deuda de ese préstamo concreto (*loan-service-to-income ratio*) o de todos sus préstamos (*debt-service-to-income ratio*). Las Directivas 2023/2225 y 2014/17 (expositivos (54) y (55), respectivamente) autorizan a los EEMM a preverlas como orientaciones, pero la falta de imposición indica que se preocupan de no cercenar, mediante criterios rígidos y generales, el acceso de los consumidores al crédito y no solo de minimizar el riesgo de sobreendeudamiento de los consumidores.

³¹ La evidencia sugiere que muchos datos adicionales accesibles online mejoran la predicción de probabilidad de impago. Véase, ALBANESI/VAMOSSY, «Predicting Consumer Default: A Deep Learning Approach», *Working Paper, National Bureau of Economic Research*, 2019; BERG et al., «On the Rise of FinTechs: Credit Scoring Using Digital Footprints», *The Review of Financial Studies*, vol. 33(7), 2020, pp. 2845 ss.

³² Véase, ALBANESI/VAMOSSY, «Credit Scores: Performance and Equity», *Working Paper, National Bureau of Economic Research*, 2024; ALONSO-ROBISCO y CARBÓ, «Inteligencia artificial y finanzas: una alianza estratégica», *Banco de España, Documentos Ocasionales*, vol. 2222, 2022, que con datos anonimizados de 75.000 operaciones de crédito de Banco Santander demuestran el notable avance en poder predictivo de las herramientas de ML respecto de los modelos tradicionales de evaluación de la solvencia y estiman que el despliegue de aquellos modelos supondría un ahorro en coste de provisiones regulatorias por insolvencia de un 17%. Una posición más crítica acerca del uso de este tipo de herramientas en la evaluación de la solvencia puede encontrarse en TIGGES et al., «Who gets the money? A qualitative analysis of fintech lending and credit scoring through the adoption of AI and alternative data», *Technological Forecasting and Social Change*, vol. 205, 2024.

³³ Por ejemplo, el artículo 18.3 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios en línea con el artículo 11.3 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, establece que en los créditos o préstamos con garantía real, los criterios para determinar la concesión o no del crédito deben fundamentarse, preferentemente, en la capacidad estimada del cliente para hacer frente a sus obligaciones de pago previstas a lo largo de la vida del crédito o préstamo, y no exclusivamente en el valor esperado de la garantía.

necesaria y completa evaluación de la solvencia del cliente y de su capacidad para cumplir con sus obligaciones de pago por sus propios medios. Además, el expositivo (57) de la Directiva 2014/17 prevé que la capacidad del prestamista de transferir parte del riesgo crediticio a un tercero no debe llevarle a ignorar las conclusiones de la evaluación y a dar crédito a un consumidor con pocas posibilidades de devolverlo.

Asimismo, si se intentara exclusivamente el prevenir las consecuencias perjudiciales para los consumidores derivadas del endeudamiento excesivo, se habría enfatizado la exigencia de evaluación en aquellos casos en que son más débiles los incentivos interesados del prestamista para evaluar la solvencia con el fin de reducir sus propios costes. Cuanto mayor es el importe adelantado sin posibilidad posterior de reducir costes por impago, más elevado es el incentivo del prestamista, mirando solo a su interés propio, a seleccionar al prestatario. Al contrario, cuanto menor es la exposición inicial del prestamista, más fácil es cortar las pérdidas por impago y cuanto mayor peso tienen los intereses en el coste financiero del crédito para el consumidor, menor es el incentivo que seleccionar (como ocurre con las tarjetas *revolving*, los préstamos a corto plazo o los descubiertos en cuenta³⁴).

En definitiva, la obligación de evaluar la solvencia tiene como objetivo principal reducir el sobreendeudamiento a niveles aceptables, pero no necesariamente minimizar a toda costa los riesgos y los efectos adversos asociados al endeudamiento excesivo de los consumidores. De hecho, el propósito exclusivo o claramente dominante de minimizar el coste del sobreendeudamiento para el consumidor puede tener como contrapartida el restringir seriamente el acceso al crédito del conjunto de los consumidores y singularmente la provisión de crédito a los segmentos de población con riesgo de impago más elevado. Es claro que, en esto, como en tantas cosas, hay dos platos en la balanza, y los objetivos de facilitar el acceso al crédito y la prevención del sobreendeudamiento apuntan con frecuencia en direcciones opuestas.

Por otro lado, la evaluación de la solvencia está muy lejos de tener un impecable valor predictivo, pues es inevitable que este proceso genere falsos positivos (personas con bajo riesgo de sobreendeudamiento que aparecen como de alto riesgo) y falsos negativos (personas con alto riesgo mal clasificadas como de bajo riesgo)³⁵.

En cuanto a la discriminación de precios y, en general, condiciones contractuales en el crédito, la obligación legal de evaluar la solvencia no impide al prestamista incluir en el contrato de financiación términos y cláusulas contractuales distintas para los prestatarios en función del resultado de dicha evaluación y del nivel de riesgo que se ha estimado en cada caso. Por el

³⁴ En este sentido, la Orden EHA/2899/2011 en el artículo 18.2.e establece algunos criterios singulares para las tarjetas *revolving*, pero sin niveles de exigencia particularmente más elevados.

³⁵ La evidencia indica que los modelos tradicionales (usando datos puramente financieros y sin IA) de estimación de riesgo de crédito de consumidores tienen valor predictivo entre un 60 y un 70%: véase, BERG *et al.*, *The Review of Financial Studies*, 2020. El valor predictivo se obtiene mirando a pares de solicitantes de crédito, uno de los cuales efectivamente cumplió y el otro en realidad impagó, y viendo con cuánta frecuencia el primero tuvo un mejor resultado de evaluación que el segundo. Esto es muy relevante jurídicamente a la hora de aplicar sanciones o consecuencias de Derecho privado por cumplimiento defectuoso de la obligación de evaluar la solvencia, pues el riesgo de sesgo retrospectivo (el deudor ha incumplido, *ergo* se evaluó mal su solvencia) no es despreciable.

contrario, tan solo veda conceder el crédito si la probabilidad estimada de incumplir flujos de pagos es mayor que la de cumplir³⁶.

Es un resultado elemental de la economía financiera que las tasas de retorno de una inversión dependen del riesgo de no recuperar lo invertido, de modo que la tasa de retorno (intereses³⁷) prevista en un préstamo se correlaciona positivamente con el riesgo de impago. Así, la tasa de retorno para el prestamista en un préstamo con probabilidad de impago igual a 49,9% ha de ser mayor que si esa probabilidad fuera igual al 1%. Aquí es donde puede entrar en juego la legislación antidiscriminación en relaciones de Derecho privado en relación con los contratos de crédito.

La Directiva 2023/2225 contiene ahora, específicamente para el crédito al consumo, un mandato de no discriminación. El artículo 6 de la Directiva establece que las condiciones para la obtención de crédito no pueden discriminar a los consumidores por razón de nacionalidad o lugar de residencia o por cualquier factor de los incluidos en el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE³⁸. Ahora bien, la prohibición de discriminación no impide ofrecer diferentes condiciones de acceso al crédito cuando estén debidamente justificadas por criterios objetivos³⁹.

³⁶ En este sentido, el expositivo (54) de la Directiva 2023/2225 indica que la evaluación positiva se debe entender sin perjuicio de la libertad contractual del prestamista en la concesión de crédito (la contratación y sus condiciones). Por otro lado, el artículo 18.6 de la Orden EHA/2899/2011 establece que la evaluación de la solvencia prevista en este artículo se realizará sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las entidades y los clientes, y en ningún caso afectará a su plena validez y eficacia.

³⁷ Los intereses se pactan en concepto del precio por el uso y disfrute de dicho dinero y, a su vez, del coste de la privación de su uso y de la «prima de riesgo» soportada por el acreedor, esto es, la incertidumbre que implica cualquier operación económica, puesto que la parte acreedora no tiene certeza acerca de si el futuro deudor será o no un buen pagador. Un mayor desarrollo sobre el concepto de los intereses puede encontrarse en FRANK, *Microeconomía y conducta*, McGraw Hill, 1992, p. 12; JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, «Indemnización de daños en las obligaciones dinerarias», en GARCÍA LONG (ed.), *Estudios sobre los remedios en el derecho privado: perspectivas desde el derecho contractual nacional y comparado*, Instituto Pacífico, 2022, pp. 295 ss.

³⁸ La lista es extensa: sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual. Como luego veremos, las más problemáticas en el ámbito del crédito son, probablemente, en relación con las características de funcionamiento de este mercado como mercado de selección, el patrimonio, la edad y la discapacidad.

³⁹ En el ámbito español, la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, prohíbe explícitamente cualquier trato desigual basado en características personales como el origen racial, la religión, la orientación sexual, la discapacidad, la edad o el estado de salud, entre otras (artículos 2.1, 2.2, 2.3 y 4.2). La norma también contempla excepciones cuando las diferencias de trato están justificadas de forma razonable y persiguen un propósito legítimo, como mejorar las condiciones de vida de grupos vulnerables o facilitar su acceso a bienes y servicios esenciales. Sin embargo, el test de justificación es más exigente que el del artículo 6 (2) de la Directiva 2023/2225.

En idéntico sentido, el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea, ha introducido una disposición adicional única en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias prohibiendo la exclusión del acceso a la contratación a los consumidores por padecer VIH/SIDA o por haber padecido cáncer en período anterior a los últimos 5 años. No se mencionan otras condiciones de salud.

Acaso cabría preguntarse si es posible que los financiadores utilicen factores como la edad o el estado de salud para evaluar el riesgo de impago antes de conceder un crédito, o si legítimamente pueden ajustarse el precio o las garantías adicionales en función de los ingresos, estatus socioeconómico o, *a fortiori*, de la condición de salud y expectativa de vida. La respuesta es compleja. En la Directiva 2023/2225, los datos relativos a la salud no pueden emplearse en la evaluación de solvencia (artículo 18.3), mientras que la Directiva 2014/17 no contiene una exclusión expresa, por lo que la respuesta depende de si se considera un «*factor pertinente para verificar las perspectivas de cumplimiento*» (artículo 18.1) o información «*proporcionada relativa a las circunstancias económicas del consumidor*» (artículo 20.1). En cuanto a la edad, el expositivo (55) de la Directiva 2014/17 se refiere a la consideración de futuras eventualidades durante la vigencia del contrato de crédito propuesto, por ejemplo, la reducción de ingresos que se produce cuando el plazo del crédito se alarga hasta la jubilación, y el artículo 11.1 de la LCCI prevé que se valorará el nivel esperado de ingresos a percibir tras la jubilación, en el caso de que se estime que una parte sustancial del crédito o préstamo se continúe reembolsando una vez finalizada la vida laboral. Esto sin duda abre la puerta a que los prestamistas consideren la edad en relación con la percepción de ingresos, pero no resuelve el caso de los prestatarios más jóvenes, cuyo historial crediticio suele ser más corto y menos fiable. De hecho, una crítica habitual a las evaluaciones de solvencia que emplean bases de datos crediticias es la relativa a su escaso contenido y fiabilidad en relación con los jóvenes.

Por lo que se refiere al ajuste de las condiciones contractuales al riesgo de impago en función de la edad o el estado de salud, parece que sí sería posible (a salvo lo prohibido en la disposición adicional única del TRLGDCU) la diferenciación o adaptación al riesgo de impago, al menos si se puede justificar objetivamente la incidencia de aquellos factores en ese riesgo. En idéntico sentido, la disposición adicional quinta de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, introducida por el RDL 5/2023, prohíbe la imposición de condiciones más onerosas por razón de tener VIH/SIDA o por otras condiciones de salud, salvo que se encuentren fundadas en causas justificadas, proporcionadas y razonables que se hallen documentadas previa y objetivamente.

Por otro lado, la consideración de los ingresos, activos y otras características socioeconómicas del prestatario para moldear el precio y otras condiciones del contrato parece que respondería a la lógica y naturaleza de la operación económica de financiación que se realiza.

Ahora bien, esta última conclusión no es del todo incontestable. El trato diferenciado no podría ampararse en el objetivo de prevenir el sobreendeudamiento (el mayor retorno para el prestamista asociado al mayor riesgo que suponga un cierto prestatario incrementa el propio riesgo en lugar de mitigarlo). La discriminación de precios en el crédito basada en el riesgo crediticio plantea interrogantes sobre su justificación objetiva como práctica orientada a alcanzar una finalidad legítima a través de medios adecuados, necesarios y proporcionados. Resulta especialmente controvertido a estos efectos la determinación de si el mantenimiento de una tasa esperada de retorno de la inversión, justificada por el riesgo crediticio, puede considerarse una finalidad legítima en ausencia de una norma con rango de ley que la ampare: el artículo 18.6 de la Orden EHA/2899/2011, pese a regular aspectos relacionados, carece de dicho rango legal; la LCCI no contempla una disposición similar, y las Directivas europeas no proporcionan una cobertura explícita que sustente esta práctica, lo que deja abierta la discusión sobre su fundamento jurídico y proporcionalidad.

3.2. Los contratos de crédito como intercambios intertemporales de flujos de dinero

Como se ha avanzado en apartados anteriores, los contratos de crédito son en su esencia un intercambio de flujos de dinero. Esto los diferencia de manera notable de los contratos por los que se intercambian bienes o servicios de otra naturaleza (tangibles o intangibles, fungibles o infungibles, etc.).

En el esquema más simple y habitual de contrato de crédito (el préstamo, con o sin garantía), el prestamista cambia una entrega inmediata de dinero (el capital prestado) por flujos periódicos de efectivo durante el período de amortización del préstamo. Esta ordenación del importe y secuencia temporal de flujos supone, naturalmente, que recibe financiación el prestatario –quien con el anticipo de fondos puede abordar las decisiones de consumo o inversión que no tendría a su alcance dada su riqueza e ingresos– y que el prestamista percibe una remuneración –los intereses y, en su caso, comisiones– por la financiación otorgada al prestatario.

Esta simple caracterización del contrato de crédito tiene consecuencias jurídico-contractuales relevantes, en especial desde la perspectiva de cómo el contrato se ve afectado por las distintas vicisitudes a las cuales las reglas y principios del Derecho de contratos otorgan virtualidad para desencadenar efectos relevantes para el contrato. Comprobémoslo en algún ámbito más concreto.

El régimen jurídico contractual (en España y en los demás países) prevé la privación de eficacia del contrato como consecuencia de una serie de hechos o circunstancias que pueden acaecer desde la génesis hasta la consumación del contrato, e incluso tras ella: el ejercicio de un derecho de desistimiento, la resolución y la invalidez, por citar solo algunas de las modalidades de ineficacia contractual. Con algunas excepciones, todos ellos pueden resultar en que el contrato y sus prestaciones tengan que deshacerse, es decir, que las partes devuelvan lo que han recibido como consecuencia de la relación contractual que es inválida, ha sido resuelta o de la que una parte se ha retirado en virtud de una facultad legal o contractualmente otorgada. Con ello, se trata, en principio, de colocar en la situación en la que se encontraban antes de celebrar el contrato. La situación *ex ante* suele constituir el punto de referencia para hacer operativa la privación de eficacia de un contrato⁴⁰, aunque ciertas variantes son posibles en cuanto a su plasmación concreta o a determinados efectos concomitantes.

Cuando se trata de un contrato ordinario que implica el intercambio de bienes y servicios por un precio (más aún cuando el intercambio es en especie por otros bienes y servicios), el proceso de «deshacer» lo realizado para alcanzar la situación previa al contrato se enfrenta a importantes retos: los servicios no pueden devolverse en especie, o solo con notable dificultad y de modo muy imperfecto; los bienes objeto del contrato y que fueron entregados en virtud de este pueden haberse destruido, revendido o hallarse en manos de adquirentes de buena fe; esos mismos bienes pueden haberse deteriorado, depreciado por el uso o por obsolescencia, pueden haber dado lugar a gastos de conservación o haber recibido la inversión de recursos con el fin de aumentar su valor⁴¹, etc. Además, muchas de estas complicaciones no son susceptibles de respuestas generalizables, ya que las soluciones oportunas para los distintos escenarios

⁴⁰ Véase, HELLWEGE, en JANSEN/ZIMMERMANN (eds.), *Commentaries on European Contract Laws*, 2018, pp. 1393 ss.

⁴¹ Véase, en varios de ellos, HELLWEGE, en JANSEN/ZIMMERMANN (eds.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford University Press, 2018, pp. 1401 ss. y 1417 ss.

planteables se ven afectadas de manera crucial por factores idiosincrásicos relacionados con los bienes o servicios en particular, las características y naturaleza de las partes, el comportamiento concreto de los contratantes, así como por los rasgos y singularidades del entorno de contratación de que se trate. Por otro lado, la restitución en especie de un bien no puede «cancelarse» o compensarse de forma satisfactoria, en todo o en parte, con la obligación recíproca de devolver el dinero pagado como precio del contrato.

No es de extrañar, a la vista de las complicaciones apuntadas, que la restitución de prestaciones tras la pérdida de eficacia de un contrato sea casi siempre un ámbito reconocidamente complejo, críptico casi, dentro del Derecho de contratos y del Derecho privado en general. Lo es en España, donde el Código Civil contiene varios regímenes restitutorios en casos de ineficacia contractual más otro general de liquidación de estados posesorios y la jurisprudencia del Tribunal Supremo no ha tenido la habilidad –que habría habido que calificar de portentosa, en honor a la verdad– de armonizar y articular de manera coherente los distintos regímenes. Pero también en otros sistemas jurídicos de nuestro entorno es este un sector plagado de incertidumbres y de alternativas de interpretación y solución abiertamente dispares. La comparación entre distintos instrumentos internacionales, como el DCFR y el CESL, son buena muestra de la falta de un marco compartido de soluciones.

Muchas de estas dificultades, sin embargo, se disuelven o al menos se atenúan notablemente cuando las actuaciones de ambas partes son puramente monetarias, dado que entonces el contrato simplemente implica intercambios de cantidades de dinero en determinados momentos temporales entre prestamista y prestatario⁴². Las cuestiones problemáticas ligadas a la imposibilidad de restitución, la destrucción y la adquisición por terceros inmunes a las pretensiones de restitución *in natura* están, por definición, fuera de discusión.

La depreciación sí puede resultar relevante en este ámbito (en forma de reducción del poder adquisitivo del dinero), pero es relativamente fácil de abordar y resolver de forma general y uniforme mediante la adición del mecanismo de revaloración adecuado, ya que la depreciación del dinero no es, al contrario de lo que ocurre con los bienes, un fenómeno de carácter idiosincrático, singular sino, precisamente al contrario, uno de carácter macroeconómico, general para el conjunto de la economía y que afecta a todos los agentes económicos que operan en ella.

Los costes de oportunidad (o valor de uso, si se prefiere) del dinero también pueden abordarse razonablemente de forma a la vez amplia y sensata, ya que no es difícil llegar a cálculos generalmente aceptables para medir tales costes de oportunidad para todos los casos que suceden en un momento y lugar determinados. Además, dado que las obligaciones de restitución

⁴² No pretendemos afirmar que nunca haya factores de complicación. Por ejemplo, considerando los préstamos hipotecarios a consumidores, el vencimiento anticipado o la resolución del contrato en caso de impago por parte del prestatario puede suponer costes para el consumidor, ya que a los particulares no les es indiferente verse sometidos a tensiones financieras y enfrentarse a procedimientos judiciales que pueden acabar con el consumidor perdiendo la vivienda o, al menos, teniendo que hacer frente de inmediato al pago de una suma de dinero al prestamista. Estas cuestiones, sin embargo, también pueden surgir en otros entornos contractuales y, lo que es más importante, pueden abordarse –de forma más sencilla, añadiríamos– en los contratos puramente financieros incluyendo en los cálculos para determinar la cantidad de dinero que acabaría sustituyendo al intercambio de flujos de dinero previsto en el contrato, los componentes relativos a la indemnización del consumidor por las consecuencias del impago y la resolución del contrato cuando las causas subyacentes de los mismos puedan atribuirse al prestamista. Estas cuestiones se desarrollan con más detalle en estas páginas.

son puramente monetarias, se cancelarán o compensarán por las cantidades concurrentes y solo será necesario realizar unidireccionalmente un pago por la cantidad resultante de una parte a la otra, sin entrega en sentido opuesto. En definitiva, todo el complejo proceso de deshacer el contrato se limita a determinar qué cantidad de dinero ha de pagar «ahora» (en el momento de adoptarse la decisión) un contratante al otro.

La relación contractual de crédito consiste de manera fundamental en un determinado esquema de ordenación en el tiempo y en su cuantía de los flujos de dinero entre las partes en el contrato. El resto de las cuestiones tiene una trascendencia subordinada o, en todo caso, de menor relieve respecto de aquella ordenación de flujos monetarios. Todas las vicisitudes «anormales» –esto es, todo aquel evento, suceso o circunstancia que se separe del cumplimiento regular del contrato según lo previsto en el plan de flujos monetarios que contiene el contrato– que puedan afectar al contrato de crédito no son sino alteraciones temporales y/o de cuantía en el intercambio pactado en el contrato. Por ejemplo, si el prestatario incumple el contrato y el prestamista lo resuelve o lo hace vencer anticipadamente, el flujo de cuotas periódicas programado inicialmente e incumplido por el prestatario se habrá de reemplazar (en principio al menos) por un pago inmediato a la fecha de efectos de la resolución, a cargo del prestatario y en favor del prestamista, consistente en el importe total debido menos la reducción de intereses que supone la menor duración de la financiación que lleva aparejado el vencimiento anticipado, a lo que se deberán añadir los intereses de demora que procedan hasta el efectivo abono por el deudor. Todo ello es simplemente una alteración del importe y el tiempo de los flujos monetarios a cargo del prestatario.

Algo muy parecido sucede con la nulidad total del contrato de préstamo y sus efectos restitutorios. La restitución *ex* artículo 1303 CC supone que los flujos fijados en el contrato se sustituyen por uno inmediato a cargo del prestatario consistente en el capital recibido más los intereses legales del capital desde que este se recibió hasta que se produce el pago al prestamista, y otro a cargo del prestamista consistente en el total de cuotas percibidas del prestatario más los intereses legales de las mismas desde que se percibieron hasta su pago al prestatario. Estos pagos, que han de ser simultáneos (artículo 1308 CC), se compensan en la cantidad concurrente y uno de los contratantes habrá de hacer un pago al otro por la cantidad neta que resulte. Si la nulidad fuera solo parcial, un ejercicio parecido de alteración de los pagos inicialmente previstos debiera producirse, ahora dirigido a hacer que los flujos de dinero entre las partes sean los que se hubieran producido en ausencia de la cláusula nula (con o sin integración de la laguna que deja la misma, según que nos hallemos fuera o dentro del alcance de la Directiva 93/13 y de la jurisprudencia *Kásler* del TJUE y su progenie).

En definitiva, cualquier intervención jurídica sobre un contrato de crédito no supone otra cosa que alterar (en su importe y/o en su tiempo de abono) el intercambio de flujos de dinero previsto en el contrato. En particular, cualquier consecuencia jurídica que suponga «deshacer» la eficacia normal del contrato según sus términos no representa sino establecer un flujo de pagos distinto al ordenado en el contrato, que habrá de corresponderse con el objetivo correspondiente al fundamento o motivo de ineficacia del contrato (resolución por incumplimiento, ejercicio de un derecho de desistimiento, nulidad parcial, nulidad total, estas últimas según cuál sea, a su vez, la causa de nulidad) que sea de aplicación en cada caso. Ese distinto fundamento de la necesidad de reajustar en tiempo y cuantía el esquema de flujos de dinero será relevante para fijar el cuánto y el cuándo del reajuste, pero no es relevante para el qué, pues siempre operará como una alteración del esquema contractual de pagos monetarios entre las partes.

En este sentido, no es casualidad que, en los contratos de préstamo, la resolución por incumplimiento o impago del prestatario adopte la forma de vencimiento anticipado⁴³, de lo que se conoce, por influencia de la nomenclatura en inglés, como una «aceleración» del préstamo, es decir, la sustitución del calendario de pagos acordado por el pago inmediato de una suma de dinero que es el equivalente financiero (en valor presente) de lo que el prestamista debía recibir desde entonces según lo previsto en el préstamo –con las consecuencias accesorias procedentes, en su caso, como los intereses de demora–.

En otras palabras, cualquier pérdida de eficacia de un contrato puramente financiero con la restitución de cantidades impuesta a las partes funcionalmente (es decir, en términos de sus resultados para las partes interesadas) se traduce necesariamente en una alteración o intervención en el flujo de intercambios monetarios entre prestamista y prestatario que afecte al momento y a las cantidades de dinero implicadas. En ambos casos, se trata simplemente de fijar quién ha de pagar, cuánto y cuándo. En otras palabras, deshacer el contrato –cualquiera que sea la conducta que lo provoca o la figura jurídica que canalice la patología contractual o el remedio jurídico– supone, ni más ni menos, que decidir cuál es la cantidad adecuada de dinero que debe pagar en un momento determinado –generalmente, el «hoy» – el deudor neto en virtud del contrato financiero –el prestamista o el prestatario, dependiendo de quién deba más al otro en concepto de restitución, tras considerar todas las circunstancias pertinentes–. La dimensión importante en la decisión jurídica reside, en última instancia, en cómo determinar la cantidad neta adecuada, lo que, a su vez, depende de los elementos u objetivos jurídicamente relevantes que se deseen incluir en dicho cálculo, y del peso que se atribuya a cada uno de ellos.

En definitiva, en los contratos puramente financieros, las vicisitudes que afectan a la continuidad del contrato –y otras más– giran en torno a quién ha de ser el deudor neto del pago actual que ha de hacerse y cuál es el importe de ese pago actual. Esto nos lleva a cuestionar, en relación con el régimen de las cláusulas no negociadas en contratos con consumidores, la separación radical que el TJUE ha construido entre el carácter abusivo de una cláusula contractual en un contrato financiero con consumidores y las consecuencias derivadas de la adaptación o revisión del contrato, incluso cuando ambas podrían conducir exactamente al mismo resultado.

En efecto, el TJUE, en una larga lista de pronunciamientos, la gran mayoría de ellos referidos a contratos de crédito, ha elaborado una densa jurisprudencia que limita la facultad de los órganos jurisdiccionales nacionales de modificar en cualquier manera el contenido de un contrato en presencia de una cláusula contractual que infrinja lo dispuesto en la Directiva 93/13 y que deba considerarse abusiva. Solo deshacer por completo el contrato en lo afectado por la cláusula abusiva –lo que puede comportar, según el caso, la nulidad parcial o la nulidad total del contrato– le parece al TJUE compatible con la Directiva 93/13 y con el principio de efectividad y la necesaria disuasión de las prácticas empresariales de insertar cláusulas abusivas en los

⁴³ Al tratarse de una relación contractual duradera, la resolución ha de entenderse con efectos *ex nunc*. Así lo ha establecido el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) con carácter general en las Sentencias núm. 164/2002, de 28 de febrero (ES:TS:2002:1430) y núm. 646/2014, de 24 de noviembre (ES:TS:2014:5696). En la misma línea, el Tribunal Supremo, en las Sentencias núm. 39/2021, de 2 de febrero (Pleno) (ES:TS:2021:233) y núm. 3763/2025, de 21 de julio (ES:TS:2025:3763) asimila sustancialmente la resolución del contrato de préstamo por impago con el vencimiento anticipado del artículo 1129 del Código Civil. En este sentido igualmente, CRUZ RIVERO, «Resolución y vencimiento anticipado en el contrato de préstamo bancario», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, vol. 171, 2023.

contratos con consumidores. Lo que se le ha escapado al Tribunal es que, en estos contratos, la modificación nominalmente tal y la *restitutio in integrum* –sea sobre los efectos de la cláusula nula o sobre los del contrato nulo en su totalidad- no son dos especies distintas, sino meramente dos modalidades de la alteración o modificación de los tiempos y cuantías de los flujos de dinero pactados en el contrato. Lo comprobamos con más detenimiento.

En virtud de esa aludida jurisprudencia, el TJUE ha declarado repetida y enfáticamente que, en presencia de una cláusula abusiva, el juez nacional tiene prohibido adaptar el contrato revisando el contenido de la cláusula abusiva⁴⁴. Según el TJUE, si los tribunales tuvieran la facultad de revisar el contenido de las cláusulas consideradas abusivas, quedaría en entredicho la consecución de los objetivos de la Directiva 93/13, ya que, en comparación con la simple y completa eliminación de la cláusula abusiva, la adaptación del contrato no enviaría una señal negativa suficientemente enérgica a las empresas para que eviten en lo venidero la inserción de cláusulas abusivas. Las empresas que hagan un cálculo de utilidad acerca de si les compensa infringir o no la prohibición de emplear cláusulas abusivas podrían anticipar que, incluso si la cláusula abusiva fuera declarada nula, el contrato podría no obstante ser adaptado, en la medida necesaria, por el juez nacional de forma que se salvaguarde el interés de la empresa que ha infringido la obligación de abstenerse de utilizar cláusulas abusivas⁴⁵. Esto debilitaría los incentivos a no insertar cláusulas abusivas en un contrato de consumo: Sentencias del TJUE *Banco Español de Crédito*, *Abanca* y *Bank BPH*⁴⁶.

Esta desconfianza en cuanto a la intervención *a posteriori* de los tribunales nacionales sobre el contrato que contiene una cláusula abusiva se extiende también a la eliminación de solo una parte (la que contiene el elemento abusivo) y a la pervivencia del resto de la cláusula, tal y como explicitó el TJUE en el asunto *Abanca*.

Así, cuando en un contrato celebrado con un consumidor (incluido un contrato de crédito con consumidores) se encuentra una cláusula abusiva, el contrato debe seguir existiendo, sin otra modificación que no sea la consistente en la supresión total de dicha cláusula, en la medida en que, de conformidad con las normas del Derecho nacional en cuestión, el contrato pueda efectivamente subsistir como contrato jurídicamente vinculante sin la cláusula afectada.

Esta posición es tan firme y rigurosa que parece que tan solo existen dos excepciones explícitamente permitidas por el TJUE. Una (recogida en la Sentencia *Bank BPH*) se refiere a situaciones en las que, si el juez nacional suprime únicamente el elemento abusivo de una cláusula contractual (y no la totalidad de la cláusula), el objetivo disuasorio perseguido por la Directiva 93/13 queda garantizado por las disposiciones legislativas nacionales que regulan el

⁴⁴ Sentencias del TJUE de 14 de junio de 2012, *Banco Español de Crédito*, C-618/10 y de 7 de agosto de 2018, *Banco Santander*, C-96/16 y C-94/17.

⁴⁵ Sentencias del TJUE *Banco Español de Crédito*, de 26 de marzo de 2019, *Abanca*, C-70/17 y de 29 de abril de 2021, *Bank BPH*, C-19/20.

⁴⁶ El TJUE parece equiparar necesariamente una adaptación o intervención sobre el contrato que contiene una cláusula abusiva con la concesión de un peso sustancial a los intereses de la empresa, y la eliminación pura y simple de la cláusula abusiva sin ninguna medida de acompañamiento como una solución necesariamente protectora de los intereses del consumidor. A continuación, mostraremos por qué este enfoque no se halla teóricamente bien fundado: es perfectamente posible que un tribunal ajuste o modifique una cláusula o el contrato en su conjunto tras la eliminación de una cláusula abusiva con el objetivo de favorecer los intereses del consumidor y también es perfectamente posible que dejar el contrato intacto (aparentemente), salvo por la supresión total de la cláusula abusiva, sea en realidad perjudicial para los intereses del consumidor.

uso de dicha cláusula –y, por tanto, la facultad del juez de imponer medidas equivalentes, o incluso disposiciones legislativas de carácter general, no dará lugar a la excepción–, siempre que el elemento en cuestión consista en una obligación contractual independiente, susceptible de ser sometida a un examen individualizado de su carácter abusivo.

La segunda comprende situaciones en las cuales, a tenor de las disposiciones del Derecho nacional de aplicación, el contrato no podría pervivir tras la supresión de la cláusula abusiva, suponiendo esto que el consumidor quedaría expuesto a consecuencias particularmente desfavorables –como el tener que hacer frente de inmediato a una restitución del importe recibido en virtud del contrato que no puede subsistir–. En este caso, además de suprimir la cláusula abusiva, el tribunal nacional puede evitar la invalidez del contrato en su conjunto mediante el recurso a la norma dispositiva nacional prevista para esa contingencia o circunstancia de la vida del contrato⁴⁷.

Sin embargo, el TJUE también ha dejado claro⁴⁸ que este recurso al Derecho supletorio, incluso en las circunstancias en las que, en principio, está permitido por la Directiva 93/13, no puede alcanzar a las disposiciones nacionales de carácter general que establezcan cláusulas implícitas o complementarias procedentes de los principios generales del Derecho de contratos o de otras fuentes para completar el contrato. Solo cabe acudir a disposiciones legales supletorias que rigen específicamente esa materia concreta⁴⁹.

Con el debido respeto al TJUE, esta posición respecto a cómo deben proceder los tribunales una vez se ha identificado y eliminado una cláusula abusiva de un contrato no resulta convincente y su fundamento teórico, aunque fuera solo a la vista de lo que ya hemos argumentado en este trabajo, es más que cuestionable. Lo es incluso aun compartiendo la preocupación –perfectamente legítima– por no debilitar el efecto disuasorio de los remedios o reacciones del Derecho privado contra el uso de cláusulas contractuales abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

El primer argumento crítico frente a la doctrina jurisprudencial del TJUE reside en que, más allá del ámbito del control abstracto de cláusulas abusivas, la alternativa patrocinada por el TJUE –esto es, suprimir la cláusula abusiva, pero mantener vivo el contrato sin el menor cambio o ajuste– es un oxímoron. Cuando un consumidor se enfrenta a un efecto jurídico adverso derivado de una cláusula determinada y alega el carácter abusivo de dicha cláusula como defensa (o, alternativamente, cuando trata de obtener un efecto jurídico favorable impedido por la cláusula), es precisamente porque las condiciones de aplicación de la cláusula han surgido en la realidad o es muy probable que lo hagan. La anulación de la cláusula abusiva es un buen punto de partida (para el consumidor, ya que de lo contrario habría preferido mantener la cláusula en el contrato),

⁴⁷ Sentencias del TJUE de 30 de abril de 2014, *Kásler y Káslerné Rábai*, C-26/13 y su progenie.

⁴⁸ Sentencia del TJUE de 3 de octubre de 2019, *Dziubak*, C-260/18.

⁴⁹ Aprovechando esta vía, el Tribunal Supremo, en relación con los préstamos en divisa, por su parte, indica en la Sentencia de 24 de mayo de 2022 que en el ordenamiento español «[...] es posible la subsistencia del contrato de préstamo hipotecario con la supresión de las cláusulas relativas a divisas, al sustituirse las cláusulas abusivas por el régimen contractual previsto en el contrato que permite que el capital y las cuotas de amortización se fijen también en euros». Esta sustitución de las cláusulas abusivas por la regulación contractual del préstamo en euros es, según el propio Tribunal, compatible con la jurisprudencia del TJUE, dado que en el caso objeto de estudio la supresión de las cláusulas relativas a las divisas suponía la aplicación del régimen previsto para la fijación del capital y de las cuotas en euros.

pero no es la estación de llegada. La situación anteriormente regulada por la cláusula abusiva está ahí, y no puede descartarse ni dejarse huérfana de solución, en el vacío. Debe haber alguna solución en términos de acciones o efectos para una o ambas partes, pues de lo contrario la relación en lo que a esa circunstancia o dimensión se refiere quedaría condenada a un limbo. La única alternativa a ese limbo es que el contrato no pueda subsistir (bajo la categoría de la nulidad total u otra modalidad de ineficacia) sin la cláusula abusiva. Con ello se daría respuesta, no a la contingencia concreta antes cubierta por la cláusula abusiva, sino a toda la relación. Pero se trataría de una solución «externa» al contrato, que conduciría necesariamente a las partes a la situación anterior a la celebración del contrato a través de las consecuencias restitutorias asociadas a la nulidad.

Pero si, como acertadamente en este punto piensa el TJUE, las soluciones «por fuera del contrato» suelen ser menos deseables, sobre todo para el consumidor, no dar ninguna solución a la circunstancia que nos ocupa –la que genera la reclamación o defensa de abusividad planteada por el consumidor contra la cláusula– simplemente no es una opción viable. Se puede argumentar razonablemente acerca de cómo encontrar el contenido de esa solución, pero no sobre la necesidad de disponer de alguna solución.

Pondremos un ejemplo. Pensemos en una cláusula de daños y perjuicios en un contrato que fija una cantidad de 100 que deberá pagar el consumidor en caso de incumplimiento por su parte. El consumidor incurre en incumplimiento y la empresa le demanda. El consumidor suscita el carácter abusivo de la cláusula de daños y perjuicios, y el tribunal nacional considera que, en efecto, es abusiva, ya que cualquier importe superior a 50 debe considerarse una indemnización desproporcionadamente elevada en perjuicio del consumidor. Así pues, el tribunal, en aplicación estricta de la Directiva 93/13 y de la jurisprudencia del TJUE, invalida la cláusula de daños y perjuicios. ¿Y ahora qué? El consumidor ha incumplido el contrato y ese es un dato de la realidad que no se puede hacer desaparecer. Hay que hacer algo. Pero ¿qué?

Una alternativa (la tradicional en muchos ordenamientos jurídicos nacionales cuando hay nulidad parcial que afecta a una cláusula contractual) es sustituir la cláusula por las normas jurídicas por defecto que rigen la materia. En nuestro ejemplo, las normas del Código Civil (o del Código Civil de Cataluña, en su caso) que determinan los efectos jurídicos del incumplimiento, más específicamente, la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento. Obsérvese que el recurso a las normas legales supletorias no estaría amparado en nuestro ejemplo por la «excepción Kásler», ya que aquí no existe el riesgo de que el contrato no pueda seguir existiendo válidamente sin la cláusula abusiva, y nada indica *a priori* que el consumidor se vea especialmente perjudicado por la eventual invalidez del contrato.

Otra posibilidad sería reducir la cláusula contractual de liquidación de la indemnización a lo que Omri Ben-Shahar denomina «el mínimo límite tolerable»⁵⁰. En nuestro ejemplo, se trataría de un importe de la pena convencional igual a 50, dado el supuesto de que los tribunales nacionales fijan en 50 el umbral para que una cláusula de liquidación de daños y perjuicios entre en el territorio de lo abusivo.

El TJUE, comprensiblemente en algunos casos, desconfía de que ambas formas de completar el acuerdo dejado sin efecto en el punto anteriormente cubierto por las cláusulas abusivas sean

⁵⁰ BEN-SHAHAR, «Fixing Unfair Contracts», *Stanford Law Review*, vol. 73, 2011, pp. 869, 896 ss.

compatibles con el efecto disuasorio de la Directiva 93/13, al menos si no computamos la eficacia preventiva de las sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias a las que están sujetos los Estados miembros, en virtud del artículo 8 ter de la Directiva 93/13, para hacer cumplir las obligaciones establecidas por la Directiva. Si la posición de repliegue de la empresa una vez que el tribunal haya constatado el carácter abusivo de la cláusula es disfrutar de una pena convencional mínimamente tolerable, o de la indemnización que se aplicaría en ausencia de una cláusula penal o liquidatoria de daños y perjuicios, tal vez el incentivo para no utilizar dicha cláusula no sea lo suficientemente poderoso.

Sin embargo, las normas legales supletorias y la cláusula mínimamente tolerable no agotan las alternativas para llenar el vacío dejado por la cláusula abusiva reclamando alguna solución a la situación en la que se encuentran realmente las partes. En nuestro ejemplo, existe una horquilla entre 0⁵¹ y 50 para una cuantía viable de la cláusula de liquidación de daños y perjuicios. En función del peso que se conceda al efecto disuasorio y también al principio de efectividad, de modo que el consumidor no se enfrente a obstáculos que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil la reparación de la cláusula abusiva, la solución adecuada puede situarse en un lugar u otro dentro de esa horquilla, eventualmente en los extremos de esta. Por ejemplo, imaginemos que la indemnización media de daños y perjuicios por incumplimiento de los consumidores de esa clase en aplicación de las normas legales supletorias sobre daños y perjuicios por incumplimiento es de 40 (la cláusula mínimamente tolerable, recuérdese, era de 50, cifra ligeramente superior a lo que arrojaría la aplicación de las reglas legales de determinación de la indemnización procedente). Si la solución prevista por el Derecho contractual nacional o por los tribunales nacionales es una liquidación de los daños y perjuicios por importe de 20, ello bien puede satisfacer las preocupaciones relativas al efecto disuasorio de la Directiva 93/13 y a las exigencias de protección jurídica efectiva de los consumidores.

Desde hace tiempo la literatura jurídica de inspiración económica ha estudiado la existencia de diversas alternativas para determinar la asignación o el resultado contractual cuando se anula una cláusula abusiva⁵². Y la tarea de encontrar una solución atractiva, como veremos a continuación, se simplifica en las relaciones puramente financieras, como son los contratos de crédito. Esto nos conduce directamente al segundo de los argumentos críticos con la doctrina jurisprudencial del TJUE, que se conecta con la naturaleza propia de los contratos de crédito como esquemas de ordenación en el tiempo de flujos de dinero, los cuales pueden en principio verse alterados con relativa facilidad en virtud de las distintas categorías de intervención sobre el contrato y su eficacia y atendiendo a los objetivos perseguidos por el sistema jurídico por medio de cada una de esas categorías en un cierto escenario contractual.

Como ya sabemos, esta aproximación reposa en el hecho de que el contrato de crédito se compone esencialmente –aunque no siempre exclusivamente– de atributos contractuales que

⁵¹ En términos estrictamente lógicos, no existe un límite inferior igual a cero, por lo que es teóricamente imaginable un pago negativo en concepto de indemnización de daños y perjuicios. Esto significaría que la empresa habría de pagar una cantidad al consumidor en caso de impago de este, lo que es un resultado difícil de digerir jurídicamente.

⁵² Véase, BEN-SHAHAR, *Stanford Law Review*, vol. 73, 2011, p. 869; BEN-SHAHAR, «A Bargaining Power Theory of Default Rules», *Columbia Law Review*, vol. 109, 2011, p. 396; GÓMEZ POMAR, «¿Qué hacemos con los créditos hipotecarios impagados y vencidos? El Tribunal Supremo ante la Sentencia Abanca del TJUE», *InDret*, vol. 2, 2019, p. 4; KATZ/ZAMIR, «Substituting Invalid Contract Terms: Theory and Preliminary Empirical Findings», *Law & Social Inquiry*, vol. 48(3), 2023, p. 1.

son de naturaleza directamente monetaria o para los que es factible estimar un equivalente en términos monetarios. A diferencia de otros contratos que implican la transferencia de bienes y servicios, la adaptación o modificación de un contrato de crédito existente que pierde una cláusula por ser abusiva suele requerir la modificación de cláusulas que son puramente financieras o para las que es plausible encontrar un equivalente financiero. Esto es más difícil en el caso de las cláusulas que no son financieras, aquellos términos del contrato que rigen la calidad, la cantidad, el plazo de entrega, las características o cualquier otra dimensión atinente a algún bien o servicio que se supone que proporcionará un valor a quien lo adquiere en virtud del contrato.

Una vez más, queremos insistir en que nuestro mensaje no es el de que encontrar una solución adecuada cuando el vacío dejado en un contrato tras una declaración de abusividad afecta a una cláusula no financiera de un contrato no financiero sea necesariamente una tarea hercúlea, de modo que resulte imposible colmar el vacío generado por la calificación de abusiva de la cláusula en cuestión⁵³. Se trata simplemente de señalar que el proceso necesario para hallar la solución que ha de regir en la circunstancia regulada por la cláusula abusiva es generalmente menos exigente, requiere menos información y resulta globalmente más satisfactoria en el ámbito de los contratos de crédito. Y esto incluye también la ponderación de los factores pertinentes planteados por el TJUE en este ámbito, a saber, el efecto disuasorio para las empresas a fin de que no inserten cláusulas abusivas y la oportunidad efectiva y real para el consumidor de encontrar tutela jurídica efectiva frente a la cláusula abusiva. Todos los elementos y dimensiones que, dada la finalidad subyacente al motivo que justifica la intervención jurídica pueden encontrar acomodo en el proceso de determinación del nuevo (o modificado, si se prefiere) esquema de flujos monetarios entre las partes que resulta de la solución jurídica que se imponga. Sea esta una de modificación del contrato propiamente tal –bien por previsión legal explícita o mediante integración judicial con uso de las fuentes de integración al alcance del juzgador–, sea otra categoría conceptual de intervención sobre el contrato o de remedio frente a alguna conducta contractual de una parte. En todos los casos nos hallaremos ante un reajuste –respecto del contenido del plan contractual– del momento y montante de los pagos monetarios entre las partes.

En este ejercicio de reajuste o modificación del esquema de flujos de dinero, si se desea, también se puede eventualmente dar entrada a consideraciones de naturaleza distributiva. En el contexto de la contratación de crédito por los consumidores, esta clase de consideraciones tenderían a asegurar que el consumidor obtenga una cierta fracción del excedente generado por la interacción. Incluso cabe tomar en consideración objetivos redistributivos de amplio alcance social (transferencia de riqueza del grupo que compone una parte en el contrato al grupo que compone la otra).

Respecto de la oportunidad de intentar alterar la distribución de recursos a través de medidas contractuales ligadas al control de cláusulas abusivas, lo cierto es, sin embargo, que albergamos dudas acerca del peso de las cuestiones distributivas en el contexto de completar un contrato que lo necesita debido a la presencia de una cláusula que se declara abusiva. Tanto por razones interpretativas (de la Directiva 93/13) como teóricas.

⁵³ Por ejemplo, uno de los casos explorados experimentalmente por KATZ/ZAMIR, *Law & Social Inquiry*, 2023, pp. 11 ss., al proporcionar a los sujetos opciones sobre una opción penalizadora, una moderada y una mínimamente tolerable, se refiere a una cláusula abiertamente no financiera (una cláusula de no competencia).

La jurisprudencia del TJUE ha dejado meridianamente claro que el sistema de protección definido por la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se encuentra en una posición de debilidad frente a la empresa, tanto en términos de poder de negociación como de nivel de conocimientos, y que el objetivo es restablecer la situación de igualdad entre las partes del contrato⁵⁴. Esto parece implicar que los instrumentos de protección desplegados por la Directiva 93/13 tienen como objetivo igualar las condiciones de la interacción contractual entre empresa y consumidor, sin el propósito definido de que una proporción del excedente contractual corresponda al consumidor, y mucho menos proporcionar un canal general para transferir riqueza de los propietarios de las empresas a la población consumidora.

La segunda razón radica en la cobertura horizontal y global de las disposiciones de la Directiva 93/13, en el sentido de que se aplican a todos los mercados de consumo de todos los bienes y servicios y a todos los entornos contractuales, siempre que se utilicen cláusulas no negociadas. En otras palabras, es una herramienta uniforme, esencialmente invariable con respecto a los factores y circunstancias de la realidad que generalmente hacen factible, viable o deseable, una política distributiva o redistributiva a través de normas jurídico-privadas. Acaso se podría confiar en que una legislación de protección del consumidor específica para cada sector y grupo pudiera perseguir e implementar una cierta política distributiva. Dificilmente se puede pensar que ello sea posible a través de una herramienta tan amplia y general como la Directiva 93/13 y la legislación civil nacional que la ha traspuesto en los distintos estados de la UE.

A lo anterior se añade el argumento general que pone en cuestión la efectiva consecución de objetivos redistributivos entre las partes por obra de reglas de Derecho de contratos por causa del carácter «reversible» de las ganancias distributivas de una parte por efecto del juego de los precios como herramienta que hace y deshace la distribución del excedente contractual. Las intervenciones que tratan de sesgar la distribución de excedente contractual que resulta de los costes y precios de mercado y de las –realmente existentes– capacidades y poderes de negociación de los contratantes, se dan de frente con la fuerza irresistible del sistema de precios. Los aumentos de costes o las reducciones de excedente contractual que para la parte contra la que se trata de redistribuir deriven de la imposición de las reglas jurídicas provocarán un aumento de precios en sentido contrario que desvirtuará la redistribución perseguida. Por eso el uso de reglas contractuales con finalidad redistributiva raramente alcanza su objetivo en realidad. En el terreno contractual, el del intercambio bilateral voluntario, los intentos de alterar el equilibrio distributivo resultante de la interacción voluntaria se ven contrarrestados sistemáticamente por el reajuste de precios que priva de consistencia efectiva a la redistribución pretendida⁵⁵.

Volviendo al reajuste en el flujo de pagos previsto en el contrato de crédito, ¿Hay elementos diferenciales en el contenido deseado de ese reajuste impuestos por la constatación de que el origen de la intervención jurídica sobre el contrato, sea técnicamente como nulidad total del

⁵⁴ Sentencias del TJUE de 3 de junio de 2010, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*, C-484/08 y *Kásler*.

⁵⁵ Para un examen más detenido de este argumento, KAPLOW/SHAVELL, *Fairness versus Welfare*, Harvard University Press, 2002; PARISI/BIX, «Fairness in Contract Law: An Impossibility Theorem?», *European Journal of Law and Economics*, 2025; PARISI/BIX, «The Limits of Efficiency in Regulatory Contract Law», Working Paper, University of Minnesota School of Law, 2025.

contrato o como nulidad parcial de la cláusula o cláusulas afectadas, tiene su origen en la presencia de una o más cláusulas abusivas? Nada más uno, diríamos: que la determinación de los importes y los tiempos de los flujos de pago habrán de satisfacer ciertas condiciones que derivan precisamente de la fidelidad a la interpretación de la Directiva 93/13 adoptada por el TJUE. Por tanto el reajuste de los flujos de pagos una vez declarada la cláusula abusiva debe (i) suponer para el consumidor el restablecimiento de la situación de hecho y de derecho en la que hubiera estado de no haber existido la cláusula abusiva en el contrato, (ii) preservar íntegramente la efectividad de los remedios concedidos al consumidor por la Directiva 93/13 de modo que no se obstaculice o se dificulte de forma relevante que el consumidor pueda reaccionar frente a la presencia de cláusulas abusivas en el contrato y (iii) que dé cumplimiento a la eficacia disuasoria de la Directiva 93/13 de manera que el resultado para el prestamista tras el reajuste de flujos de pago la empresa sea tal que se enfrente a un desincentivo apreciable a la inserción de cláusulas abusivas como las que se emplearon en el contrato y fueron declaradas nulas.

En definitiva, comprobamos una vez más que las vicisitudes y remedios contractuales en los contratos de crédito no son sino modificaciones de diferente alcance del flujo de pagos establecido en el contrato, ya sea en su cuantía, en su calendario o en ambos. Por tanto, en estos contratos las distinciones entre las diversas categorías jurídicas dejan de ser de naturaleza, esencia, función o carácter. Dejan de constituir, nos atreveríamos a decir, categorías dogmáticamente separadas. Sus diferencias se limitan a una distinta proyección sobre las dimensiones cuantitativa o temporal del reajuste en el esquema de pagos monetarios del contrato, pues en última instancia, toda gira en torno al ajuste procedente en los flujos monetarios originalmente pactados por lo que toca a su monto o tiempo. De esta manera, lo decisivo para las partes no es acudir a una u otra figura o remedio jurídico específico, sino determinar si procede o no modificar el flujo de pagos, en qué medida debe realizarse dicho ajuste (que, en casos extremos, y en un plano puramente teórico, podría llegar a ser «negativo», esto es, a revertir las posiciones acreedora y deudora) y cómo se establecerá el nuevo calendario de pagos, que con frecuencia implicará una entrega inmediata de dinero de una parte a otra en lugar de una serie de pagos a lo largo del tiempo.

Este enfoque simplifica considerablemente la identificación y formulación de soluciones jurídicas adecuadas ante las diferentes eventualidades que pueden presentarse en las relaciones crediticias. Al tratarse de diferencias de cuantía o de tiempo, se eliminan los costes diferenciales y las complejidades inherentes a muchas categorías jurídicas. En este marco no nos enfrentamos a restituciones en especie que impliquen costes intrínsecos o que sean susceptibles de constituir medidas inviables o generar pérdidas para la parte que ha de realizarla que puedan ser mayores que las ventajas para la parte que ha de recibirla.

Tampoco surgen derechos de terceros, mejoras o desmejoras, ni problemas asociados a la valoración de los bienes o servicios intercambiados. Además, no hay pretensiones de cumplimiento específico que puedan devenir notablemente costosas, materialmente imposibles o jurídicamente inexigibles. No caben discrepancias en las valoraciones de las partes, por lo que se eliminan las dificultades para determinar los efectos negativos del incumplimiento contractual. El sustrato común a todas las vicisitudes y remedios en los contratos de crédito radica en su virtualidad modificativa de la cuantía o el calendario de los flujos de dinero.

Esta idea y la radical simplificación que representa resulta aplicable, pensamos, a una amplia gama de categorías jurídicas tradicionales aplicables a los contratos de crédito. En primer lugar,

abarca la falta de eficacia del contrato de crédito por voluntad de parte en todas sus formas (desistimiento, cancelación, vencimiento anticipado, resolución o terminación) por cualquier causa, incluyendo la infracción de la normativa reguladora del contrato de crédito (expositivo (52) de la Directiva 2023/2225). En segundo lugar, comprende la invalidez contractual en sus diversas modalidades y con sus distintos orígenes o causas, lo que incluye naturalmente la presencia de cláusulas abusivas que imposibiliten la subsistencia del contrato⁵⁶.

Asimismo, creemos que comprende también las pretensiones y medidas de distinta clase ligadas al incumplimiento o el impago, como las de cumplimiento del contrato y de indemnización por daños y perjuicios, pero también las de reestructuración y refinanciación total o parcial, prórroga, suspensión del pago, aplazamiento o moratoria, la conversión de divisa o la quita (medidas todas de reestructuración o refinanciación previstas en el artículo 28.1 de la Directiva 2014/17). En todos estos casos, la esencia del de la intervención jurídica que acaece a través de estas medidas consiste, de nuevo, en el ajuste (en el tiempo y/o en la cuantía) del flujo de pagos pactado, adaptándolo a los factores relevantes, algunos de ellos impuestos por normas imperativas.

Esta asimilación entre distintas categorías jurídicas de «intervención» sobre un contrato de crédito o financiación en el que se plantea una anomalía o vicisitud no prevista en el propio contrato pone en cuestión la separación rígida entre soluciones jurídicas formalmente distintas. Por ejemplo, la ya reiterada jurisprudencia del TS que impide, cuando concurre un defecto de información precontractual, acudir a la resolución del contrato y fuerza al contratante a emplear la anulación por error o dolo omisivo o la indemnización de daños y perjuicios. Por ende, según esta jurisprudencia, la resolución como remedio legal frente al incumplimiento, debe circunscribirse a las conductas de incumplimiento que se producen en la fase de ejecución del contrato, y no puede aplicarse a las infracciones de deberes precontractuales que acaecen en la fase de formación de la voluntad contractual⁵⁷. Con esta jurisprudencia, el Alto Tribunal se aparta de decisiones anteriores en las que había admitido la resolución del contrato por omisiones en la fase precontractual en relación con informaciones legalmente exigidas o la inclusión en el contrato de ciertos elementos con una función informativa⁵⁸.

La jurisprudencia denegatoria del remedio resolutorio se produce en relación con contratos de venta de productos financieros complejos y de valores, por lo que su extensión con carácter general a toda clase de contratos no es aún del todo segura. La misma posición, más allá de la venta de productos financieros complejos, se ha expresado sobre ámbitos de relevancia de

⁵⁶ Tanto si la invalidez se acompaña de la restitución ordinaria del artículo 1303 CC, como de la penalizadora o disuasoria de la Sentencia del TJUE de 15 de junio de 2023, *Bank M.*, C-520/21, como de la (no restitución) bilateral o unilateral del artículo 1306 CC.

⁵⁷ Véanse, Sentencias del Tribunal Supremo (Sala Primera) núm. 480/2016, de 13 de julio (Pleno) (ES:TS:2016:3463), núm. 491/2017, de 13 de septiembre (ES:TS:2017:3247), núm. 172/2018, de 23 de marzo (ES:TS:2018:1110), núm. 678/2018, de 29 de noviembre (ES:TS:2018:3974), núm. 338/2019, de 12 de junio (ES:TS:2019:1891), núm. 427/2020, de 15 de julio (ES:TS:2020:2516), núm. 490/2022, de 21 de junio (ES:TS:2022:2460), núm. 1625/2023, de 22 de noviembre (ES:TS:2023:5085), núm. 1692/2023, de 4 de diciembre (ES:TS:2023:5440), núm. 452/2024, de 3 de abril (ES:TS:2024:1728) y núm. 1477/2024, de 8 de noviembre (ES:TS:2024:5528).

⁵⁸ Véanse, Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 112/2016, de 1 de marzo (ES:TS:2016:792) y núm. 549/2017, de 11 de octubre (ES:TS:2017:3533), aunque es verdad que esta jurisprudencia recaía sobre contratos de aprovechamiento por turno de inmuebles para los que la ley que entonces los regulaba (Ley 42/1998, ahora sustituida por la Ley 4/2012) preveía explícitamente la resolución en el artículo 10.2.

declaraciones que suceden en estadios precontractuales en contratación financiera (Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 731/2021, de 29 de octubre (ES:TS:2021:4069)). Sin embargo, en el mismo caso de la OPS de Bankia, el Tribunal Supremo ha considerado que la información incorrecta en el folleto supone un incumplimiento contractual esencial que permite resolver el contrato de adquisición de acciones (Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 463/2022, de 2 de junio (ES:TS:2022:2150)).

Una aplicación de esta perspectiva la podemos encontrar en el caso de los créditos hipotecarios en divisas. Como es conocido, el tratamiento de la abusividad de cláusulas relacionadas con el tipo de cambio aplicado a un contrato de hipoteca en divisa ha dado lugar a una variedad de soluciones, en ocasiones marcadamente distintas, en distintos países europeos⁵⁹. En España, el Tribunal Supremo, al apreciar la nulidad parcial por falta de transparencia en la denominación o referenciación del préstamo (criterio más habitual, aunque no exclusivo), ha optado por modificar el contrato, reemplazando desde el inicio la divisa por EUR y manteniendo el tipo de interés y calendario de pagos originales. En otros países, se ha entendido que la abusividad de la cláusula de divisa arrastraba la nulidad de todo el contrato, con restitución (del neto tras la compensación) al tipo de interés legal por defecto.

Por su parte, el TJUE, en la Sentencia *Bank M.*, ha dado por buena la nulidad total del contrato, pero ha alterado el régimen restitutorio. Según la doctrina de esta sentencia⁶⁰, el consumidor únicamente debe devolver el importe nominal recibido, sin interés alguno, y tiene derecho a ser compensado por los pagos efectuados, al interés legal y otros eventuales perjuicios. Actualmente hay una cuestión prejudicial pendiente para ventilar si la restitución del consumidor debe considerar la pérdida de poder adquisitivo del dinero.

En realidad, lo que han hecho los distintos tribunales en todos los casos anteriores no ha sido sino modificar el flujo original de pagos a cargo del consumidor. El Tribunal Supremo español ha modificado solo la cuantía, recalculando el importe prestado en EUR, y manteniendo en lo esencial las demás condiciones (interés y calendario de pagos). En otros sistemas jurídicos, las soluciones han supuesto alterar tanto el calendario (pasando de los flujos periódicos pactados a una entrega única inmediata) como la cuantía (cantidad resultante de restar al monto principal los pagos realizados por el prestatario, más el interés legal sobre el resultado de lo anterior). La solución del TJUE, además de la secuencia temporal (pasando de los flujos periódicos pactados a una entrega única inmediata), altera también la cuantía (cantidad resultante de restar a la cuantía del principal del préstamo la suma de (i) lo ya pagado por el prestatario, (ii) el interés legal sobre lo pagado y (iii) otros daños eventualmente sufridos por el consumidor).

Esto demuestra que lo que aparentan ser soluciones trazadas inexorable y distintamente por categorías jurídicas diferenciadas y que parecen conducir a consecuencias finales ineludibles y muy diversas, no son más que alternativas para modificar un contrato ante una misma vicisitud contractual, como sería, por ejemplo, el caso de una cláusula abusiva. Esta perspectiva puede extenderse a otras eventualidades: el incumplimiento por parte del prestatario, la propia voluntad del prestatario -o del prestamista, si es admisible (artículo 28 de la Directiva

⁵⁹ Véase, GÓMEZ POMAR/CANUDAS PERARNAU, *InDret*, 2023.

⁶⁰ Reiterada en las Sentencias del TJUE de 7 de diciembre de 2023, *mBank*, C-140/22 y de 12 de diciembre de 2024, *Kutxabank*, C-300/23.

2023/2225)-, las situaciones de vulnerabilidad o la aplicación de un deber de tolerancia del prestamista frente al impago del consumidor, entre otras.

Idealmente, claro es, la alternativa concreta que procedería imponer debiera ser aquella que mejor se corresponda con la vicisitud específica y los factores relevantes, permitiendo adoptar la solución más beneficiosa para el bienestar social. En términos generales, la solución elegida (la modificación en unos u otros términos) no entraña en sí misma ningún coste intrínseco *ex post*, salvo en casos excepcionales, como la ejecución de la garantía real, si la hay. Fundamentalmente, se trata de un simple reajuste de los flujos de dinero, que no altera el valor de los recursos reales subyacentes.

Lo relevante, por tanto, son los efectos *ex ante* de la modificación prevista, particularmente en términos de los incentivos que generan. Estos deben promover conductas adecuadas tanto en la formación como en la ejecución del contrato de crédito, al tiempo que desincentivan en el grado necesario los comportamientos indeseables que se tratan de prevenir o disuadir. Desde esta óptica, lo que parece teóricamente más apropiado es calibrar la modificación al conjunto de circunstancias relevantes para evaluar el carácter deseable o indeseable de las conductas de las partes. Por ello, al menos desde un punto de vista conceptual, no parece adecuado adoptar consecuencias rígidas y uniformes que prescindan de esas circunstancias (como podría ser la pérdida total de intereses por el prestamista ante cualquier vulneración de la normativa aplicable). En cambio, resulta más razonable ajustar⁶¹ la consecuencia jurídica –la modificación de cuantía en perjuicio del prestamista– a la intensidad, gravedad y trascendencia de la infracción.

Estas consideraciones, sin embargo, pueden matizarse cuando las soluciones puedan tener repercusiones sistémicas, ya que la presencia de estos efectos complica de manera notable la elección de la mejor alternativa de modificación. Estos efectos son especialmente relevantes en el ámbito de la contratación de crédito, tanto por la estandarización contractual, extensión y magnitud de los mercados involucrados, como por la influencia de variables macroeconómicas (oscilaciones de tipos de interés, recesiones, burbujas financieras o de activos). Con todo, la fluidez y carácter continuo de las soluciones que permiten los rasgos puramente financieros de los contratos de crédito ofrecen márgenes de libertad muy valiosos a los legisladores y a los tribunales a la hora de construir la mejor respuesta a cada problemática y escenario específico.

En algunos casos, la norma legal aplicable establece de manera necesaria algunos de los términos de la modificación contractual en presencia de ciertas circunstancias. Un ejemplo lo encontramos en la Directiva 2023/2225 en relación con el reembolso anticipado, que puede ejercitarse por el prestatario en cualquier momento. En este supuesto, la reducción de los flujos de dinero por la anticipación del pago alcanza a todos los costes del contrato impuestos al prestatario, siguiendo la estela de la –desafortunada– Sentencia del TJUE de 11 de septiembre de 2019, *Lexitor*, C-383/18. El incremento del monto que ha de pagar de inmediato el prestatario –con las reducciones anteriores– solo se puede incrementar en un 1% o 0,5% del crédito objeto de reembolso, dependiendo de las fechas originalmente pactadas de finalización del crédito. Excepcionalmente, los EEMM pueden autorizar un incremento adicional que refleje la diferencia

⁶¹ Véase la Sentencia del TJUE de 24 de octubre de 2024, *Horyzont*, C-339/23, que señala que no se impone que las consecuencias jurídico-privadas de la infracción legal tengan que ser uniformes para todas las infracciones.

entre el tipo deudor del contrato y el tipo de interés de mercado a la fecha del reembolso, incluyendo los gastos administrativos.

Para la misma vicisitud contractual –el reembolso anticipado por voluntad del prestatario– el régimen de la Directiva 2014/17, el régimen del reembolso anticipado resulta más permisivo de lo pactado por las partes y menos preciso en cuanto a lo que ha de ser el reajuste de pagos tras la decisión de reembolsar anticipadamente. El reembolso puede supeditarse a ciertas condiciones relacionadas con el tipo de interés (fijo o variable) o al momento en que se ejerza. La reducción de los flujos monetarios como consecuencia del pago anticipado no alcanza a todos los costes del contrato soportados por el prestatario, sino únicamente a aquellos que no están vinculados directamente a la utilización del capital durante un período determinado, ya que el reembolso anticipado reduce dicha utilización⁶². Además, la normativa permite estipular una compensación justa y objetiva al prestamista por el ejercicio del reembolso anticipado, siempre que esta no exceda su pérdida financiera⁶³.

Para otras circunstancias, la norma establece directamente una alternativa concreta dotada de un régimen simple y directo. Por ejemplo, la normativa de emergencia aprobada durante la pandemia (artículo 13 y ss. del RDL 8/2020) estableció regímenes de suspensión y moratorias aplicables a ciertos tipos de préstamos y créditos⁶⁴. De manera más abierta, en otros casos, la norma fija un marco de posibilidades para la modificación del contrato, dejando su concreción a una de las partes o al acuerdo *ex post* de estas⁶⁵.

La aproximación a las distintas soluciones y remedios jurídicos en los contratos de crédito como meras modificaciones de cuantía y/o calendario de pagos no es una casualidad, y refleja la trascendencia especial de la alteración del contrato en este sector. Esto se explica porque, en el crédito hipotecario (u otras formas de crédito garantizado), la alternativa a la modificación de los flujos de pago con frecuencia ya no es puramente monetaria o financiera, sino que implica la ejecución de la garantía. Esta última ya no es una mera transferencia monetaria, entraña de manera directa costes significativos⁶⁶, tanto por su realización como por su mera previsión como

⁶² Véase, Sentencia del TJUE de 9 de febrero de 2023, *UniCredit Bank Austria AG*, C-555/21. La carga de la prueba corresponde al prestamista: Sentencia del TJUE de 17 de octubre de 2024, *Santander Bank Polska*, C-76/22.

⁶³ La Sentencia del TJUE 14 de marzo de 2024, *VR Bank Ravensburg-Weingarten*, C-536/22, permite que la compensación incluya el lucro cesante y no tenga en cuenta el uso efectivo de lo restituido anticipadamente por el prestamista. De todos modos, los EEMM pueden establecer topes máximos a la compensación o que esta se produzca solo si el reembolso se produce en un tiempo determinado. En España, la LCCI ha aprovechado estas posibilidades (artículo 23. 5 y 7).

⁶⁴ Nótese que una suspensión o prórroga en un contrato de crédito tiene efectos puramente financieros y equivalentes –si hay intereses de por medio– a un aplazamiento o moratoria, pero en ningún caso equivale a una quita. En cambio, en un contrato no financiero (un arrendamiento, por ejemplo), la suspensión o prórroga tiene efectos idénticos a los de una quita: GANUZA/GÓMEZ POMAR, «¿Los instrumentos para intervenir en los contratos en tiempos de COVID-19: guía de uso», *InDret*, vol. 2, 2020.

⁶⁵ Así lo prevén el artículo 28.1 de la Directiva 2014/17, el Código de buenas prácticas bancarias para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre vivienda (RDL 6/2012) o el Código de buenas prácticas bancarias para aliviar la subida de los tipos de interés en préstamos hipotecarios sobre vivienda habitual (RDL 19/2022), este segundo modificado para extenderlo a las víctimas de la DANA por la Disposición Final Séptima del RDL 7/2024.

⁶⁶ Es indudable que los costes sociales de la garantía –la hipotecaria, en particular– son nutridos y cuantiosos: costes de transacción *ex ante* y *ex post*, formalización y tributación del contrato que establece la garantía, ejecución del objeto de la garantía, incluyendo subasta y venta a terceros; pérdida de valor idiosincrático, particularmente en el caso de viviendas familiares, donde el inmueble tiene un significado especial para la familia, o activos empresariales que el deudor valora más que un acreedor o tercero (por ejemplo, por ventajas de aprendizaje);

garantía real del crédito. Desde luego, ello no quiere decir que esos costes superen a los beneficios sociales de las garantías reales crediticias, pero sin duda no cabe ignorar su impacto. Y la preeminencia de la modificación de flujos de pagos en los contratos de crédito acredita que hay conciencia de los costes asociados a la realización de la garantía.

Llegados a este punto, y una vez argumentada la unidad sustancial de las intervenciones jurídicas –distintas en su origen y en su caracterización dogmática– cuando se proyectan sobre contratos de crédito, es importante delimitar correctamente el terreno de aplicación de nuestra aproximación a la cuestión. Tradicionalmente el dinero es analizado en el Derecho de obligaciones y contratos en España y en otros sistemas de nuestra tradición jurídica esencialmente como una modalidad de prestación obligatoria, la prestación dineraria. Nuestra perspectiva es muy diferente. No es la naturaleza de una prestación aisladamente considerada, y desconectada de cuál es el contenido y función del contrato lo que resulta relevante. Es la naturaleza crediticia o puramente financiera del contrato –y, por tanto, el carácter dinerario de las prestaciones de las dos partes– lo que es determinante. Por ello es importante advertir que, en contratos que no son puramente financieros, pero en los que una de las prestaciones es monetaria (y la mayoría de los contratos pertenecen a esta tipología en una economía monetaria que no se basa en la permuta de bien por bien y servicio por servicio), las consideraciones anteriores sobre los contratos de crédito no pueden trasladarse, o solo en ciertos casos y *cum grano salis*.

Esta no es la perspectiva común en el análisis del Derecho de obligaciones y contratos. En Derecho español (aunque no solo aquí⁶⁷), es habitual concebir el dinero como máxima expresión de bien fungible y siempre existente, lo que implica que las prestaciones monetarias debieran considerarse, siempre y en todo caso, posibles y exigibles (si ha llegado su vencimiento) y que, consiguientemente, puede exigirse su cumplimiento forzoso en todo caso –*pacta sunt servanda*–, con independencia de las vicisitudes de la relación contractual en su conjunto (salvo en supuestos excepcionales, como el cambio extraordinario de circunstancias).

Así se desprende, por ejemplo, del artículo 1192 de la Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos de 2009:

«El acreedor de una obligación dineraria tiene, en todo caso, el derecho a exigir el cumplimiento. En las obligaciones distintas de las de pagar dinero, el acreedor podrá exigir el cumplimiento de la prestación debida a menos que: 1.º Tal prestación sea jurídica o físicamente imposible. 2.º El cumplimiento o, en su caso, la ejecución forzosa resulten excesivamente onerosos para el deudor. 3.º La pretensión de cumplimiento sea contraria a la buena fe. 4.º La prestación sea personal del deudor.»

Lo mismo sucede en el artículo 1174 de la Propuesta de modernización de 2023:

deterioro del activo hipotecado, ya sea por falta de mantenimiento anticipada a la ejecución o por la ejecución misma; y riesgos financieros para el deudor averso al riesgo, sobre todo cuando el riesgo afecta de forma significativa a una parte relevante de sus activos, como sucede con la pérdida de la vivienda. Por descontado, la existencia de la garantía real tiene, a su vez, enormes ventajas en términos de acceso al crédito y por ello supone muy importantes efectos positivos para el bienestar social.

⁶⁷ Véase, KLEINSCHMIDT, «Art 9:101: Monetary Obligations», en ZIMMERMANN (ed.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford University Press, 2018, pp. 1189 ss.

«1. El acreedor de una obligación pecuniaria tiene, en todo caso, el derecho a exigir el cumplimiento. 2. En las obligaciones no pecuniarias, el acreedor podrá exigir el cumplimiento de la prestación debida, a menos que el deudor se oponga alegando que tal prestación es jurídica o físicamente imposible, o que no es razonable exigirla, conforme a la relación obligatoria.»

La incomodidad con esta solución no tiene solo –aunque también– un carácter económico o teórico, sino que se basa también en las referencias comparadas más reputadas. Así, el precepto equivalente en el DCFR (artículo III – 3:301) ofrece una respuesta bien distinta a la de las Propuestas de modernización y que considera no la prestación monetaria aisladamente considerada, sino en su necesaria conexión con la contraprestación. La regla del DCFR reza como sigue:

«1. El acreedor está legitimado para exigir el pago del dinero que se le debe. 2. Cuando el acreedor todavía no haya cumplido su obligación recíproca por la que le corresponda un pago y resulte claro que el deudor que tiene la obligación dineraria se negará a aceptar la prestación, el acreedor, pese a todo, puede llevar a cabo dicha prestación y reclamar el pago de la cantidad que se le deba salvo que: a) el acreedor haya podido celebrar una transacción sustitutiva razonable sin un esfuerzo o gasto significativo; o b) la prestación [la no dineraria] fuese poco razonable dadas las circunstancias.»

En la jurisprudencia del Tribunal Supremo encontramos varios casos relevantes que reflejan esta posición rígida respecto al cumplimiento forzoso del contrato en relación con las prestaciones de dinero. Por ejemplo, las Sentencias de la Sala Primera núm. 481/2018, de 23 de julio (ES:TS:2018:2800), núm. 297/2017, de 16 de mayo (ES:TS:2017:1891) y núm. 183/2016, de 18 de marzo (ES:TS:2016:1210) establecen que el arrendador puede reclamar todas las rentas contractuales hasta la finalización del contrato si el arrendatario desiste y abandona el inmueble sin estar facultado para ello mediante una cláusula contractual. Esta doctrina jurisprudencial implica que, ante un mismo hecho, el arrendador podría percibir cantidades distintas de dinero según escoja un remedio u otro, nominalmente distintos, pero de contenido idéntico al tratarse de una prestación monetaria: dinero. La cuestión no es de naturaleza, sino de cuantía, y según el TS la cuantía ha de quedar al albur de la mera decisión del arrendador: si opta por la pretensión de cumplimiento, tendría derecho a cobrar todas las rentas hasta la finalización del contrato (es dudoso si con reducción por anticipo en el cobro o sin esa deducción), mientras que si elige la indemnización de daños, deberá deducir las rentas que habría podido cobrar por la recuperación de la posesión del inmueble, por aplicación del deber –o, si se prefiere, la carga– de mitigación del daño contractual⁶⁸.

Esta divergencia de consecuencias releva un enfoque equivocado en cuanto a la comprensión de la función del pago de dinero en contratos que no son puramente financieros. Por eso esta jurisprudencia del TS resulta criticable. En realidad, e independientemente de cómo califique el arrendador su pretensión, lo que se pide es en todo caso dinero, y el importe de las rentas impagadas debería descontar las rentas efectivamente percibidas de un nuevo arrendatario o, en

⁶⁸ Sobre las distintas soluciones aplicables en estos casos, véase, SAN MIGUEL PRADERA, «¿La indemnización cuando el arrendatario restituye anticipadamente el inmueble arrendado», *Anuario de Civil*, vol. 4, 2023.

caso de no haberse arrendado nuevamente, las rentas que razonablemente se podrían haber obtenido hasta el final del período contractual incumplido, deduciendo, en ambos casos, los gastos asociados a la búsqueda y contratación de un nuevo arrendatario. El motivo para realizar estos ajustes es sencillo: los remedios contractuales –todos, incluida la pretensión de cumplimiento, sea o no de prestación dineraria– deben generar incentivos que maximicen el valor generado por el contrato para ambas partes, tanto antes como después del incumplimiento. En el caso de un inmueble destinado al arrendamiento, ello implica reintegrarlo al mercado lo antes posible para obtener la rentabilidad que las condiciones del mercado permitan en ese momento. Si le permitimos al arrendador recibir una mayor cantidad de dinero si pide el cumplimiento forzoso de la prestación de dinero a cargo del arrendatario que no desea ya el uso del inmueble, desincentivamos esta vuelta al mercado y este uso más eficiente de los recursos, pues al cumplirse una prestación –la de pagar la renta– ha de mantenerse la recíproca y debe quedar el uso del inmueble a disposición del arrendatario, aunque ya no le es de utilidad.

De nuevo tenemos aquí una muestra de cómo el entendimiento conjunto del esquema de prestaciones y conductas que el contrato crea es decisivo para construir las soluciones jurídico-contractuales más adecuadas. En los contratos de crédito, ello pasa, como hemos tratado de argumentar en este trabajo, por una correcta caracterización de estos como contratos puramente financieros y como contratos que operan en mercados de selección. Ambos rasgos suponen un elemento auxiliar de gran importancia para entender el funcionamiento y consecuencias de la contratación de crédito y con ello para mejorar el conocimiento y el tratamiento jurídicos sobre estos contratos.

4. Conclusiones

Los contratos de financiación juegan un papel esencial en la economía de un país y suponen operaciones de notable complejidad que pueden influir significativamente en el bienestar económico de quienes los celebran. En España, conocemos bien las graves consecuencias de los excesos crediticios y el elevado coste económico y social que estos implican, así como su impacto en el sistema jurídico y la administración de justicia, marcados en nuestro caso por una litigación masiva y persistente. Aún estamos recuperándonos de todo ello.

Entender el sustrato eminentemente económico de los contratos de crédito es fundamental para no repetir los errores del pasado y para diseñar mejores soluciones jurídicas a los problemas contractuales que perviven en este sector de la contratación. Probablemente, surgirán otros nuevos que hoy ni siquiera atisbamos. Aunque siempre ha sido así, lo que ha cambiado de forma extraordinaria en las últimas décadas es el rigor y el alcance con los que la ciencia económica ha llegado a comprender los fenómenos financieros y contractuales. Los avances de los últimos cuarenta años en el estudio de los contratos, y especialmente en el ámbito de los contratos de financiación, han sido enormes, proporcionando un marco más sólido para abordar los desafíos asociados a este tipo de operaciones.

Esta perspectiva es particularmente relevante y oportuna en España, donde el Derecho de contratos se cuenta entre los más arcaicos y desactualizados, si nos comparamos con los sistemas jurídicos de nuestro entorno. Por lo tanto, resulta imprescindible repensar este régimen legal desde la perspectiva de su sustancia económica, buscando soluciones que no solo beneficien a los contratantes, sino que también respondan al interés social general.

El objetivo debiera ser más bien el de construir un marco jurídico que, partiendo de una comprensión profunda de los aspectos económicos de los contratos de financiación, sea capaz de ofrecer respuestas más eficaces y sostenibles a las necesidades actuales y futuras de la economía y la sociedad en el sector del crédito.

5. Bibliografía

AHLFELDT, Gabriel, SZUMILO, Nikodem y TRIPATHY, Jagdish, «Housing-Consumption Channel of Mortgage Demand», *Working Paper, CESifo*, 2024.

ALBANESI, Stefania y VAMOSSY, Domonkos F., «Credit Scores: Performance and Equity», *Working Paper, National Bureau of Economic Research*, 2024.

ALBANESI, Stefania y VAMOSSY, Domonkos F., «Predicting Consumer Default: A Deep Learning Approach», *Working Paper, National Bureau of Economic Research*, 2019.

ALONSO-ROBISCO, Andrés y CARBÓ, José Manuel, «Inteligencia artificial y finanzas: una alianza estratégica», *Banco de España, Documentos Ocasionales*, vol. 2222, 2022.

AWREY, Dan, *Beyond Banks. Technology, Regulation, and the Future of Money*, Princeton University Press, 2024.

BEN-SHAHAR, Omri, «A Bargaining Power Theory of Default Rules», *Columbia Law Review*, vol. 109, 2011.

BEN-SHAHAR, Omri, «Fixing Unfair Contracts», *Stanford Law Review*, vol. 73, 2011.

BERG, Tobias, BURG, Valentin, GOMBOVIĆ, Ana y PURI, Manju, «On the Rise of FinTechs: Credit Scoring Using Digital Footprints», *The Review of Financial Studies*, vol. 33(7), 2020.

CAMPOS RIVERA, Gonzalo, «Tratamiento de datos para *credit scoring* y uso secundario de datos. Examen desde la presunción de compatibilidad del art. 5.1.b RGPD», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, vol. 50, 2024.

CRUZ RIVERO, Diego, «Resolución y vencimiento anticipado en el contrato de préstamo bancario», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, vol. 171, 2023.

EINAV, Liran y FINKELSTEIN, Amy, «Empirical analyses of selection and welfare in insurance markets: a self-indulgent survey», *The Geneva Risk and Insurance Review*, vol. 48, 2023.

EINAV, Liran, FINKELSTEIN, Amy y FISMAN, Ray, *Risky Business. Why Insurance Fails and What To Do about It*, Yale University Press, 2022.

EINAV, Liran, FINKELSTEIN, Amy y MAHONEY, Neale, «The IO of selection markets», en HO, Kate, HORTAÇSU, Ali y LIZZERI, Alessandro (eds.), *Handbook of Industrial Organization*, vol. 5, Elsevier (online edition), 2021.

FRANK, Robert, *Microeconomía y conducta*, McGraw Hill, 1992.

GANUZA, Juan José y GÓMEZ POMAR, Fernando, «¿Los instrumentos para intervenir en los contratos en tiempos de COVID-19: guía de uso», *InDret*, vol. 2, 2020.

GANUZA, Juan José y GÓMEZ POMAR, Fernando, «Designing relational sanctions in buyer-supplier relationships», *Journal of Economics and Management Strategy*, 2021, p. 1-23.

GÓMEZ POMAR, Fernando, «¿Qué hacemos con los créditos hipotecarios impagados y vencidos? El Tribunal Supremo ante la Sentencia Abanca del TJUE», *InDret*, vol. 2, 2019.

GÓMEZ POMAR, Fernando y CANUDAS PERARNAU, Sheila, «¿La naturaleza de los contratos de financiación y su incidencia en los problemas contractuales relativos a la restitución e integración de lagunas derivadas de abusividad: el caso de los préstamos en divisa en Europa», *InDret*, vol. 2, 2023.

HELLWEGE, Phillip, *Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge als einheitliches Problem*, Mohr Siebeck, 2004.

HELLWEGE, Phillip, «Effects of Termination and Restitution», en JANSEN, Nils y ZIMMERMANN, Reinhard (eds.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford University Press, 2018.

JEVONS, William Stanley, *Money and the Mechanism of Exchange*, Appleton and Company, 1875.

JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana, «Indemnización de daños en las obligaciones dinerarias», en GARCÍA LONG, Sergio (ed.), *Estudios sobre los remedios en el derecho privado: perspectivas desde el derecho contractual nacional y comparado*, Instituto Pacífico, 2022.

KAPLOW, Louis y SHAVELL, Steven, *Fairness versus Welfare*, Harvard University Press, 2002

KATZ, Ori y ZAMIR, Eyal, «Substituting Invalid Contract Terms: Theory and Preliminary Empirical Findings», *Law & Social Inquiry*, vol. 48(3), 2023.

KIYOTAKI, Nobuhiro y WRIGHT, Randall, «A Contribution to the Pure Theory of Money», *Journal of Economic Theory*, vol. 53-2, 1991.

KIYOTAKI, Nobuhiro y WRIGHT, Randall, «On Money as a Medium of Exchange», *Journal of Political Economy*, vol. 97-4, 1989.

KLEINSCHMIDT, Jens, «Art 9:101: Monetary Obligations», en ZIMMERMANN, Reinhard (ed.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford University Press, 2018.

LÓPEZ, Gissella, *El dinero y las obligaciones de dinero*, Marcial Pons, 2024.

MANKIW, N. Gregory, *Principles of Economics*, 8ª ed., Cengage Publishing, 2017.

MARKOVITS, Daniel y SCHWARTZ, Alan, «Who Owns What? Re-thinking Remedies in Private Law», *Working Paper, Yale Law School*, 2022.

MIAN, Atif y SUFI, Amir, «House Prices, Home Equity-Based Borrowing, and the US Household Leverage Crisis», *American Economic Review*, vol. 101-5, 2011.

PARISI, Francesco y BIX, Brian, «Fairness in Contract Law: An Impossibility Theorem?», *European Journal of Law and Economics*, 2025.

PARISI, Francesco y BIX, Brian, «The Limits of Efficiency in Regulatory Contract Law», *Working Paper, University of Minnesota School of Law*, 2025.

PEACOCK, Mark, «The Ontology of Money», *Cambridge Journal of Economics*, vol. 41-5, 2017.

SAN MIGUEL PRADERA, Lis Paula, «¿La indemnización cuando el arrendatario restituye anticipadamente el inmueble arrendado», *Anuario de Civil*, vol. 4, 2023.

SHAVELL, Steven M. y KAPLOW, Louis, «Contracting», en JACKSON, Howell E., KAPLOW, Louis, SHAVELL, Steven M., VISCUSI, W. Kip y COPE, David, *Analytical Methods for Lawyers*, 2ª ed., Foundation Press, 2010.

TIGGES, Maximilian, MESTWERDT, Sönke, TSCHIRNER, Sebastian y MAUER, René, «Who gets the money? A qualitative analysis of fintech lending and credit scoring through the adoption of AI and alternative data», *Technological Forecasting and Social Change*, vol. 205, 2024.

TIROLE, Jean, *The Theory of Corporate Finance*, Princeton University Press, 2006.