

Prohibición de dar crédito sin test de solvencia

Fernando Zunzunegui
Universidad Carlos III

La crisis ha materializado riesgos no informados a los clientes bancarios. Son comportamientos inadmisibles en la Unión Bancaria y Financiera objeto de la más reciente jurisprudencia. Los jueces españoles plantean cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea quien configura con sus sentencias el Derecho aplicable a la contratación financiera.

En este ámbito, es habitual distinguir entre la regulación y la contratación financiera. La regulación financiera cumple el objetivo de ordenar la actividad. Forma parte del Derecho administrativo. Su infracción se sanciona con multas y en los casos más graves con retirada de la licencia para operar en el mercado. A su vez, los contratos financieros se rigen por la ley especial y en su defecto por el Derecho común con las especialidades propias del Derecho del consumo. El objetivo de la regulación financiera es la estabilidad y el buen funcionamiento del mercado. El del Derecho contractual fijar los derechos y obligaciones de quienes contratan bajo el libre ejercicio de la autonomía de la voluntad (art. 1.255 Código civil).

La principal fuente de la regulación financiera es el Derecho de la Unión Europea. Las empresas financieras, ya sean bancos, empresas de servicios de inversión o de seguros, tienen un estatuto armonizado a nivel comunitario. Sus principales actividades, entre las que se encuentran el crédito al consumo o hipotecario, los servicios de inversión o la distribución de seguros, se ordenan a nivel comunitario. Esta ordenación no estaba pensada para regular cuestiones de Derecho contractual relativas a la validez de los contratos. En este ámbito, los Estados miembros pueden mantener o adoptar las disposiciones nacionales que resulten compatibles con la regulación financiera comunitaria.

Pero estas bases de reparto de competencias se han visto alteradas por la crisis. La estabilidad financiera se ve amenazada por las malas prácticas bancarias. La pérdida de confianza amenaza el buen funcionamiento del mercado. Por esta razón, se considera necesario dar un paso más en la Unión Bancaria y armonizar los efectos contractuales de la regulación financiera. Se reconoce, como ya dijera GARRIGUES, que no es posible separar la actividad del contrato. Surge un Derecho contractual regulatorio europeo. El mejor ejemplo para visualizar esta evolución lo encontramos en el deber de conocer al cliente (*Know Your Customer*). Es un deber transversal objeto de la más reciente jurisprudencia. Se aplica tanto a los servicios de inversión como a la concesión de crédito. En el mercado de valores, la evaluación del cliente está reglamentada. El sistema MiFID exige evaluar al cliente mediante el test de conveniencia o idoneidad atendiendo al servicio prestado, a la complejidad del producto y a la categoría de cliente. Es un deber profesional cuyo incumplimiento se sanciona como infracción muy grave a las normas de ordenación y disciplina del mercado (art. 284 LMV). Pero la falta de test o la oferta contraria al resultado del test también

tienen efectos contractuales. Según reiterada y constante jurisprudencia del Tribunal Supremo, el incumplimiento de las obligaciones de información, entre las que destaca la evaluación del cliente, crea la presunción de que la decisión del cliente está viciada por error en el consentimiento (por todas, STS 689/2016, de 23 de noviembre, con cita de las anteriores).

En el mercado del crédito, la concesión de crédito, al consumo o hipotecario, exige evaluar la solvencia del cliente con el fin de evitar el sobreendeudamiento. Esta medida protege al cliente y a la propia entidad al condicionar la concesión de crédito a las perspectivas de cumplimiento de las obligaciones por parte del cliente. Antes de celebrar el contrato de crédito, el prestamista debe evaluar en profundidad la solvencia del consumidor. Es una medida de regulación financiera con efectos contractuales. Así lo ha reconocido para el crédito al consumo la [sentencia del TJUE de 27 de marzo de 2014](#); doctrina reiterada por la [sentencia de 9 de noviembre de 2016](#). Es cierto que la Directiva de crédito al consumo deja a los Estados miembros determinar el régimen de la sanción aplicable al incumplimiento del deber de evaluar la solvencia, pero bajo la condición de que las sanciones que elijan sean “efectivas, proporcionadas y disuasorias”. En suma, la gravedad de las sanciones debe adecuarse a la gravedad de las infracciones garantizado un efecto disuasorio. El Derecho interno puede prever, como ocurre en Francia, que el prestamista que incumple el deber de evaluar la solvencia se vea privado del derecho a los intereses. La STJUE de 27 de marzo de 2014 considera que el rigor de esta sanción es adecuado, siempre y cuando sea disuasorio. Bajo este criterio la sanción no tiene carácter disuasorio cuando el prestamista incumplidor de la obligación de evaluar la solvencia puede considerar vencido el contrato por impago de las cuotas y reclamar el interés legal con una penalización, como ocurre en el Derecho interno francés, que supera la ventaja obtenida por el cliente de no pagar el interés contractual. De este modo la jurisprudencia comunitaria configura el Derecho contractual nacional a partir de la regulación financiera recogida en las directivas de la Unión Europea.

En la transposición de las directivas, los remedios contractuales que operen como sanciones a los incumplimientos de la regulación financiera deben interpretarse a la luz del Derecho comunitario. En este sentido, la STJUE de 9 de noviembre de 2016 reitera su respeto por la sanción de privación del derecho a los intereses del prestamista en caso de incumplimiento de la obligación de verificar la solvencia del consumidor. Según esta sentencia, habida cuenta de la importancia del objetivo de protección de los consumidores inherente a la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario “si la sanción de privación de los intereses se viera debilitada, o pura y simplemente perdiera todo efecto, de ello se deduciría necesariamente que ésta no presenta un carácter realmente disuasorio”.

De lo anterior se deduce que la jurisprudencia comunitaria considera adecuada una sanción de privación de intereses al prestamista que incumple su obligación de evaluación de la solvencia del consumidor, siempre que dicha sanción sea disuasoria por no verse debilitada por la aplicación de otras normas de Derecho interno. Pero no resuelve la cuestión de si resulta adecuado que en Derecho interno no se sancione con la privación de los intereses a las entidades que incumplan la obligación de evaluar la solvencia. En otras palabras, no deja claro cuáles deben ser las consecuencias contractuales del incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia del consumidor. Nos da algunas pistas. La jurisprudencia comunitaria al exigir la efectividad de la sanción, prohíbe la aplicación de aquellas normas de Derecho interno que pudieran debilitar la

sanción de privación de intereses. Dejar de aplicar este criterio sería ir en contra del Derecho comunitario, en la medida que el juez debe interpretar el Derecho interno “a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva aplicable en la materia para llegar a una solución conforme al objetivo perseguido por esta”. Partiendo de esta jurisprudencia, la cuestión se encuentra en decidir si un juez español puede sancionar al banco que no ha evaluado la solvencia del consumidor con la privación de los intereses, aunque en Derecho interno no exista una expresa previsión al respecto. La mejor doctrina rechaza la sanción civil (vid. [CUENA](#), para quien la sanción es meramente administrativa, lo que “tiene efecto disuasorio nulo y el consumidor no ve afectada su relación contractual por el incumplimiento del prestamista que ni siquiera ve postergado su crédito en el eventual concurso de acreedores del deudor”).

Desde la perspectiva contractual, lo cierto es que la sanción aplicable en Derecho español, ante la ausencia de una norma específica sobre las consecuencias contractuales de incumplir la obligación de evaluar la solvencia del consumidor, es indemnizatoria (ex art. 1.101 Código civil). Esa es la solución adoptada en Italia (vid [ABF, Colegio de Roma, n. 4440, 20 agosto 2013](#)). También cabe considerar que la ausencia de evaluación o la concesión de crédito contra el resultado del test es una actuación contraria al orden público económico o que, de no ser advertida, presupone el error en el cliente.

Lo anterior debe interpretarse desde una perspectiva funcional y sistemática, con especial consideración al régimen de la evaluación de la solvencia en la Directiva 2014/17/UE, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, con disposiciones relativas a la evaluación de la solvencia más estrictas que las vigentes en relación con el crédito al consumo. Lo cual indica que hay una tendencia a reforzar la concesión responsable de crédito como medida de prevención frente al sobreendeudamiento. Según esta Directiva, conocida como Directiva sobre el crédito hipotecario, la decisión del prestamista sobre la concesión o denegación del crédito debe ser coherente con el resultado de la evaluación de la solvencia. El hecho de que la evaluación de la solvencia arroje un resultado positivo no comporta para el prestamista la obligación de conceder un crédito, sin embargo, ante una evaluación negativa de la solvencia la entidad debe abstenerse de ofrecer el crédito. Según el preámbulo, “los Estados miembros pueden decidir que ciertos aspectos contemplados en la presente Directiva, como la evaluación de la solvencia del consumidor, se transpongan al Derecho nacional mediante normativa prudencial, mientras que otros, como la obligación de los prestatarios de actuar de manera responsable, se transpongan por medio del Derecho civil o del Derecho penal.” Esta es la clave para interpretar sus preceptos. La evaluación de la solvencia es una norma híbrida, prudencial y de conducta. Es una misma moneda con dos caras. Según dice la STJUE de 27 de marzo de 2014, “puede sostenerse perfectamente que el incumplimiento por parte del prestamista de su obligación de evaluación de la solvencia del consumidor podía haber contribuido al endeudamiento excesivo de éste”. Desde la perspectiva prudencial es un deber destinado a reforzar la solvencia de las entidades de crédito, [concretado](#) por la Autoridad Bancaria Europea. Desde la perspectiva de conducta, es una obligación preventiva de orden público destinada a evitar el sobreendeudamiento. Por esta razón, en la trasposición de la Directiva se puede separar el lado prudencial, que se deja a las normas prudenciales bajo la supervisión de las

autoridades financieras, del lado de la conducta, que se deja al Derecho civil, con la posibilidad de que los Estados miembros consideren las conductas más graves merecedoras de sanción penal.

El plazo de transposición de la Directiva 2014/17/UE concluyó el 21 de marzo de 2016. Entre los seis Estados miembros que no han cumplido con el este plazo de transposición se encuentra España (vid. [ALBIEZ DOHRMANN](#)). Quienes han cumplido sus obligaciones de transposición están incluyendo sanciones de Derecho contractual por la concesión irresponsable de crédito hipotecarios, en particular por no evaluar la solvencia de consumidor o darle crédito pese a la evaluación negativa (vid. art.VII.209, en relación con el art. VII.126, *Loi portant modification et insertion de dispositions en matière de crédit à la consommation et de crédit hypothécaire dans plusieurs livres du Code de droit économique*, de 22 de abril de 2016). También es España, la Comunidad Autónoma que se ha anticipado a la transposición ha prohibido dar crédito cuando no se haya verificado la solvencia del consumidor (vid. art. 252-9, a tenor del 263-2, del Código de Consumo de Cataluña, según el cual: “En ningún caso puede llevarse a cabo la contratación si el test de idoneidad, conveniencia, solvencia o cualquier otro equivalente tienen un resultado negativo con relación al perfil de la persona consumidora”, comentado por [NASARRE](#), quien considera con buen criterio que “existen argumentos para defender la sanción de nulidad de pleno derecho (art. 6.3 CC) de los contratos de préstamo y créditos concedidos contraviniendo las nuevas disposiciones del CConC (arts. 252-9.2 b y 263-2), en particular si se concede el préstamo sin realizar la preceptiva evaluación de la solvencia del consumidor o, si habiéndose llevado cabo, se concede en caso de resultado negativo”).

El [borrador](#) de anteproyecto de trasposición de la Directiva, preparado por la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera, no incluye ninguna sanción de Derecho civil a la concesión irresponsable de crédito en contra de lo que recogen las normas de transposición de otros Estados miembros. Solo aborda la cara prudencial de la evaluación de la solvencia, dejando al ministro del ramo su concreción, pero guarda silencio sobre su relevancia para prevenir el crédito irresponsable cuestión que según el preámbulo de la Directiva debe ser objeto de transposición por medio del Derecho civil o penal. En este sentido, se debería modificar dicho borrador para incluir al menos la sanción civil a la concesión irresponsable de crédito hipotecario incumpliendo la obligación de verificar la solvencia del consumidor, que por razones funcionales y sistemáticas debería extenderse al incumplimiento de la evaluación de la solvencia en el crédito al consumo, orientación seguida por el Código de Consumo de Cataluña.
