

Evaluación de la solvencia

Fernando Zunzunegui

Profesor de Derecho del Mercado Financiero, Universidad Carlos III de Madrid
fernando.zunzunegui@uc3m.es

RESUMEN

Hay normas de gobierno de productos, que condicionan la producción y distribución de los préstamos a la satisfacción de las necesidades de los clientes a los que se destinan, y unas normas de conducta, de conocer al cliente, evaluarle y suministrarle por personal cualificado información clara y comprensible sobre el producto ofrecido. En este capítulo nos vamos a ocupar de la obligación de evaluación de la solvencia del potencial prestatario. La correcta evaluación requiere conocer al cliente y para conocer al cliente es necesario evaluarlo con profesionalidad.

Palabras clave: Crédito inmobiliario, MiFID II, cliente, evaluación de la solvencia

ABSTRACT

There are rules of product governance which condition the design and distribution of loans to meet the needs of targeted customers. There are also conduct of business rules to know the customer, assess him and provide him clear and comprehensible information on the product by qualified staff. This chapter addresses the obligation to carry out the creditworthiness assessment of the potential borrower. The correct assessment requires to know the client, and to know the client it is necessary to assess him in a professional manner.

Keywords: *Immovable credit, MiFID II, client, creditworthiness assessment*

Sumario

1.	Planteamiento	3
2.	Obligación de evaluación de la solvencia	3
A.	Noción y alcance	4
B.	Sujetos obligados.....	5
C.	Régimen jurídico	6
D.	Naturaleza jurídica	8
E.	Iter contractual.....	10
F.	Función del notario.....	10
G.	Protocolo aplicable a la evaluación	12
H.	Deber de información sobre la evaluación	14
I.	Estándar de diligencia	15
J.	Incumplimiento de la obligación.....	16
K.	Remedios frente al incumplimiento	16

1. Planteamiento

La concesión de crédito inmobiliario está reglamentada. Se concibe como un servicio de acceso al crédito en interés del prestatario persona física.¹ Se sigue el modelo del sistema MiFID aplicado en los servicios de inversión.² Al igual que en el sistema MiFID, en la prestación del servicio de crédito hay un doble filtro para garantizar que el producto comercializado satisface las necesidades del cliente. Hay normas de gobierno de productos, que condicionan la producción y distribución de los préstamos a la satisfacción de las necesidades de los clientes a los que se destinan,³ y unas normas de conducta, de conocer al cliente, evaluarle y suministrarle por personal cualificado información clara y comprensible sobre el producto ofrecido.

En este capítulo nos vamos a ocupar de la obligación de evaluación de la solvencia del potencial prestatario. La correcta evaluación requiere conocer al cliente y para conocer al cliente es necesario evaluarlo con profesionalidad.

2. Obligación de evaluación de la solvencia

La crisis financiera ha servido para constatar que el remedio habitual de la transparencia de las condiciones económicas en que se contrataban los créditos no sirve para prevenir el sobreendeudamiento. Se hacían necesarias medidas adicionales más efectivas. Surge así el principio de crédito responsable según el cual es el profesional concedente del crédito quien debe verificar la adecuación del crédito a la solvencia del cliente.⁴ Y la principal medida destinada a garantizar una concesión responsable de crédito es la obligación profesional de evaluar la solvencia del cliente. Vamos a examinar el régimen legal de esta obligación, su naturaleza, el ámbito subjetivo de la evaluación, y su inserción en la fase preliminar de la contratación del crédito; para analizar, a continuación, su contenido, incluyendo los procedimientos de evaluación y las consecuencias del incumplimiento de la evaluación de la solvencia.

¹ “Crédito” es el término genérico que comprende al préstamo. No obstante, la normativa utiliza de forma indistinta estos términos, con referencias ocasionales a “préstamo o crédito”.

² Por “sistema MiFID” nos referimos al Reglamento UE 600/2014 (MiFIR) y a la Directiva 2014/65/EU (MiFID II) y a sus normas de desarrollo, incluidos los criterios técnicos de ESMA, en forma de directrices, dictámenes, y preguntas y respuestas. En contra Esperanza Gallego Sánchez, “La obligación de evaluar la solvencia del deudor. Consecuencias derivadas de su incumplimiento”, en *Préstamo responsable y ficheros de solvencia*, 2014, quien considera que no resulta conveniente trasladar con carácter general al mercado del crédito los deberes establecidos en la normativa de servicios de inversión (pág. 227).

³ Véase Disposición adicional quinta, sobre los requisitos de gobernanza relativos a los contratos de crédito inmobiliario del Real Decreto 309/2019, de 26 de abril, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario y se adoptan otras medidas en materia financiera.

⁴ De tradición anglosajona, la primera mención que localizamos al crédito responsable se recoge en el Informe de la Comisión Europea sobre la Directiva 87/102/ECC, sobre el crédito al consumo, según el cual: “*Professionals must identify the optimum type and amount of credit taking into account the consumer’s financial circumstances at the time the agreement is concluded. On the basis of this information the creditor may only make an offer in respect of which he is reasonably sure that the consumer will be able to meet the obligations arising from the agreement*” [COM (95) 117 Final, pág. 52].

A. Noción y alcance

La ley define la «Evaluación de la solvencia» como “la evaluación de las perspectivas de cumplimiento de las obligaciones vinculadas a la deuda que se deriven del contrato de préstamo.”⁵ Es una obligación que protege al cliente, previniendo el sobreendeudamiento, pero también protege al prestatario cuya solvencia se vería afectada por la concesión irresponsable de crédito, y también protege la integridad y buen funcionamiento del mercado del crédito.

El art. 11 de la LCCI hace recaer en el prestamista la obligación de evaluar la solvencia del cliente, prohibiendo dar créditos irresponsables.⁶ La contratación responsable de crédito interesa tanto al prestamista como al prestatario. Pero el foco de la ley se sitúa sobre el prestamista.⁷ No podemos poner en el mismo plano al banco prestamista y al cliente prestatario. Tradicionalmente la protección del cliente se limitaba a la transparencia de las condiciones contractuales. Según esta doctrina, con información suficiente el cliente puede superar la asimetría que le separa del banco que ofrece el crédito. En teoría, la información convierte al cliente en una persona autónoma y responsable, capaz de tomar sus propias decisiones con conocimiento de causa y asumir los riesgos asociados a las mismas. Con la obligación de evaluar al cliente se viene a reconocer la insuficiencia de la transparencia informativa para lograr esos objetivos y la necesidad de evaluar la solvencia del cliente por parte del prestamista profesional.⁸

El primer interesado en conceder crédito solo a quien tenga capacidad de reembolsarlo es el prestamista. Pero la crisis ha demostrado que en la concesión profesional de crédito surgen múltiples conflictos de intereses que pueden incentivar la concesión irresponsable de crédito. Así lo reconoce el preámbulo de la Directiva 2014/17/UE («MCD», por sus siglas en inglés): “La crisis financiera ha demostrado que el comportamiento irresponsable de los participantes en el mercado puede socavar los cimientos del sistema financiero, lo que debilita la confianza de todos los interesados, en particular los consumidores, y puede tener graves consecuencias sociales y

⁵ Art. 2.16 de la LCCI.

⁶ Según Silvia Díaz Alabart, esta opción se sigue implícitamente de la MCD “sin la cual perdería gran parte de su utilidad”, en “Evaluación de la solvencia del consumidor, tasación de inmuebles y consultas en ficheros de solvencia”, *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios:(directiva 2014/17/UE)*. 2015, pág. 256. La comunidad catalana, anticipándose a la transposición estatal, prohibió dar crédito sin verificar la solvencia del consumidor. Véase art. 263-4 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 Simón y Nasarre, quienes consideran 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”, en Héctor Simón Moreno y Sergio Nasarre Aznar, “Un paso más en la protección de los deudores hipotecarios de la vivienda la Directiva 2014/17/UE y la Reforma del Código de Consumo de Cataluña por Ley 20/2014”, *Revista de derecho bancario y bursátil*, N° 139, 2015, págs. 11-55. Este precepto ha sido anulado por la STC 54/2018, de 24 de mayo de 2018, por una discrepancia radical con el art. 18 de la Orden EHA/2899/2011, en estos términos: “La norma catalana introduce en efecto una prohibición de contratar que desborda el ámbito competencial autonómico.”

⁷ Como dice Matilde Cuenca, el riesgo asumido por la entidad crediticia estará en función de su grado de diligencia a la hora de conceder crédito, en “Préstamo responsable, información crediticia y protección de datos personales”, *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, N° 20, 2014, págs. 161-185 (*passim*).

⁸ Como dice Iain Ramsay: “Given the limits of consumer decision-making, the concept of responsible lending may be justified as a response to the limits of information disclosure to consumers as a technique for avoiding over-indebtedness”, en “From Truth in Lending to Responsible Lending”, G. Howells, A. Janssen & R. Schulze, *Information Rights and Obligations*, Ashgate, 2005, pág. 11.

económicas.⁹ Lo cual lleva a considerar “unos niveles mínimos por debajo de los cuales no se consideraría aceptable ningún crédito”.¹⁰ No se reconoce el derecho al crédito, pero surge un derecho al no crédito. Hay que adoptar las medidas que “resulten necesarias para prevenir el endeudamiento excesivo de los hogares”.¹¹ Puede parecer paternalista. Limita la autonomía de la voluntad. Pero hay un interés general que lo justifica: implantar “mercados responsables y fiables, y restablecer la confianza de los consumidores.”¹²

B. Sujetos obligados

El obligado a evaluar la solvencia del prestatario es el prestamista.¹³ Los intermediarios de crédito inmobiliario y sus representantes no están obligados a evaluar la solvencia. Tan sólo deben colaborar con el prestamista en recabar la información para que pueda cumplir con su obligación de evaluar al prestatario.¹⁴ Tiene lógica, pues la evaluación debe realizarla quien tiene el incentivo de conocer la capacidad del prestatario para hacer frente a sus obligaciones, y es el prestamista quien soporta en su patrimonio los impagos. El intermediario estará más interesado en generar negocio promoviendo la contratación que en evaluar la solvencia dado que no va a sufrir en su patrimonio las consecuencias de los impagos. El intermediario solo se encarga de recabar y remitir al prestamista la información obtenida del prestatario. Es una actividad de colaboración en interés del prestamista para que pueda desarrollar su negocio de concesión de crédito. La evaluación requiere obtener determinadas informaciones del prestatario y sin evaluación no puede dar crédito. Como se trata de una relación intermediada, debe recurrir al intermediario para obtener la información del prestatario. Desde la perspectiva del prestatario, la labor del intermediario es una asistencia en la carga de informar al prestamista para que pueda evaluarlo.

En caso de subrogación del deudor en el contrato de préstamo, el prestamista queda obligado a evaluar la solvencia del nuevo deudor hipotecario. En caso de evaluación negativa del deudor subrogado, debe abstenerse de suscribir la operación y, en cualquier caso, debe advertirle del resultado negativo de la evaluación.

El prestamista debe evaluar la solvencia del prestatario, pero también del fiador o garante.¹⁵ En el alcance de su garantía, el fiador o garante se encuentran en la misma posición de riesgo de sobreendeudamiento. Desde la perspectiva prudencial, conviene completar la evaluación del prestatario con la del garante, aunque la solvencia del garante no debe ser determinante para la evaluación positiva del prestatario y la concesión del crédito. Basta la evaluación positiva del prestatario para poder dar el crédito. Con una evaluación positiva del prestatario, aunque la del garante sea negativa, se podrá dar el crédito. Se cumple lo dispuesto en el art. 11.5 de la LCCI, pues al ser “probable que las obligaciones derivadas del contrato de préstamo se cumplan”, el prestamista podrá poner el préstamo a disposición del prestatario. No obstante, el garante deberá

⁹ Parágrafo 3.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ *Ibidem*.

¹² *Ibidem*.

¹³ Art. 11.1 de la LCCI. Por «prestamista» se entiende la persona física o jurídica que concede o se compromete a conceder un crédito en el ejercicio de su actividad comercial o profesional [art. 4 (2) de la LCCI].

¹⁴ Art. 35.5 de la LCCI.

¹⁵ Art.11.1 de la LCCI; 18.2 b) Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

ser informado por el prestamista de la posición de riesgo que asume al suscribir la garantía. En otro caso, su consentimiento podría quedar viciado. En aras de la buena fe contractual, el prestamista también deberá informar al prestatario de la evaluación negativa de la solvencia del garante y de que dicha evaluación no impide conceder el crédito.

C. Régimen jurídico

La evaluación de la solvencia es un deber recogido en los arts. 18 y 19 de la MCD. Es un régimen más estricto que el recogido para el crédito al consumo en el art. 9 de la Directiva 2008/48/CE.¹⁶ Por su importancia para lograr un mercado eficiente y responsable, ha sido objeto de unas directrices de la Autoridad Bancaria Europea («EBA», por sus siglas en inglés).¹⁷ Estas directrices están destinadas al Banco de España y demás autoridades competentes para lograr armonizar las prácticas de supervisión, pero también se dirigen a los prestamistas con el fin de trasladarles los criterios de evaluación considerados correctos por las autoridades.¹⁸ Ofrecen a los prestamistas seguridad jurídica, una orientación sobre el criterio del supervisor; en suma, un puerto seguro para el cumplimiento normativo.

La transposición al Derecho interno se ha realizado por los arts. 11 y 12 de la LCCI. El Consejo de Estado criticó que el anteproyecto renunciara a incluir en su contenido aspectos tan relevantes para la transparencia y protección del prestatario como las relativas a la evaluación de la solvencia.¹⁹ Estas alegaciones llevaron al Gobierno a incluir en el proyecto de ley la transposición de dicha obligación.

Las normas de evaluación de la solvencia tienen carácter híbrido, pues son normas prudenciales que afectan a la organización del prestamista para dar estabilidad a su negocio, pero, al mismo tiempo, son normas de protección del prestatario que bien podrían encuadrarse entre las normas de conducta de protección de la clientela. Este carácter híbrido se refleja en la incoherencia que existe entre la ley y el reglamento al encuadrar esta obligación. La LCCI la incluye en capítulo dedicado a las «normas de protección del prestatario», pero no en la sección dedicada a las «normas de conducta», sino en la sección de «disposiciones generales». Sin

¹⁶ Así lo considera el considerando 22 de la Directiva.

¹⁷ EBA, *Directrices sobre evaluación de la solvencia*, EBA/GL/2015/11, de 19 de agosto de 2015, basadas en *FSB Principles for Sound Residential Mortgage Underwriting Practices*, abril 2012.

¹⁸ El Banco de España ha manifestado su intención de cumplir las directrices. Véase EBA, *Guidelines compliance table*, EBA/GL/2015/11, Appendix 1, 4 August 2016 (disponible en: <https://eba.europa.eu/documents/10180/1092161/EBA+Guideline+2015+11-Compliance+Table-GLs+on+Credworthiness+Assessment.pdf/1c284e6a-8b6b-4c68-9d60-40436c04591f>). En relación con las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas, el Banco de España queda encargado de informarles de la existencia de las directrices, de solicitar su intención de aplicarlas y de trasladar a EBA la respuesta recibida (según el apartado séptimo de las Directrices).

¹⁹ Dictamen del Consejo de Estado 107/2017, de 14 de septiembre, relativo al anteproyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, pág. 15. La Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito-ASNEF alegó ante el Consejo de Estado (1 de septiembre de 2017) que el anteproyecto no realizaba la transposición de importantes contenidos de la Directiva 2014/17/UE, en referencia a la evaluación de la solvencia, aspecto contrario a la protección del consumidor y a la armonización entre las leyes de los distintos Estados miembros. Aunque la Directiva no incluye la evaluación de la solvencia en el nivel máximo de armonización, el Consejo de Estado recomendaba su incorporación al texto del anteproyecto de sus líneas esenciales, aclarando cómo se aplicarían sus previsiones a los trabajadores autónomos.

embargo, el art. 1 de la Orden EHA/2899/2011, enmarca la obligación de evaluar la solvencia entre las «norma de conducta».²⁰

El Gobierno está habilitado para desarrollar mediante Real Decreto las condiciones y efectos de la evaluación de la solvencia.²¹ También está habilitado para desarrollar la “adecuada atención a los ingresos de los clientes en relación con los compromisos que adquieran al recibir un préstamo” y la “obtención y documentación apropiada de datos relevantes del potencial prestatario, así como el acceso a bases de datos, garantizándose que se haga en condiciones de no discriminación”, aspectos complementarios a la evaluación de la solvencia. En este ámbito, hay que tener en cuenta que el art. 5.2 de la Ley 10/2014, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, habilita el desarrollo ministerial que favorezca la “adecuada atención a los ingresos de los clientes en relación con los compromisos que adquieran al recibir un préstamo” y la “obtención y documentación apropiada de datos relevantes del solicitante”; aunque se trata de una habilitación para el desarrollo de estas materias para todo tipo de préstamos y no solo para los inmobiliarios sometidos al ámbito de la LCCI.

El régimen de la LCCI y su desarrollo reglamentario es una normativa especial en relación con el deber general de evaluar la solvencia por parte de las entidades de crédito recogido en el art. 29 de la Ley 2/2011, de economía sostenible que, en la redacción original de su segundo apartado, recogía una habilitación ministerial para dictar normas que favorecieran la “adecuada atención a los ingresos de los clientes en relación con los compromisos que adquieran al recibir un préstamo”. Este inciso fue derogado por la disposición derogatoria f) de la Ley 10/2014, de 26 de junio. A su vez, la Disposición final duodécima de la LCCI dota de nuevo de contenido al apartado 2 de art. 29 de la Ley 2/2011, de economía sostenible, pero con una nueva redacción en la que se silencia el objetivo de promover las prácticas de concesión responsable de préstamos o créditos.

El art. 18 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, reglamenta la evaluación de la solvencia. Con esta orden, modificada por la Orden ECE/482/2019, se entiende realizado el desarrollo reglamentario de la LCCI en materia de evaluación de la solvencia.²² No obstante, la Disposición final tercera de la Orden EHA/2899/2011 habilita al Banco de España para dictar las normas precisas para su desarrollo y ejecución. Esta orden se aplica a las entidades de crédito y, por su carácter técnico, sirve de referencia a la conducta de los prestamistas que no tengan esa condición. Muchas de sus

²⁰ El Art. 1 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios delimita su objeto: “garantizar el adecuado nivel de protección de los clientes de productos y servicios bancarios de entidades de crédito, mediante la implantación de normas de conducta y medidas de transparencia en la prestación de servicios financieros bancarios.” Así se encuadra en el segundo considerando de la Directiva 2014/17/UE y, de algún modo, en el art. 7.1, donde se utiliza el término “normas de conducta” para referirse tanto al gobierno de producto como a la comercialización o asesoramiento. A su vez, en la LCCI los requisitos de evaluación de la solvencia y de cualificación del personal se recogen en el capítulo dedicado a las «normas de protección del prestatario», incluyendo los requisitos de conocimiento y competencia en la sección de «normas de conducta». La LMV incluye la evaluación del cliente en el título VII dedicado a las «normas de conducta». Este fenómeno de hibridación es calificado por Niamh Moloney de «*Prudentialization*», de inclusión del riesgo de conducta en el riesgo operacional, objeto habitual de las normas prudenciales, en “EU financial market governance and the retail investor: reflections at an inflection point”, *Yearbook of European Law*, 37, 2018, págs. 275-277.

²¹ Disposición final decimoquinta.1.h) de la LCCI.

²² Véase Disposición transitoria primera del Real Decreto 309/2019, de 26 de abril, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario y se adoptan otras medidas en materia financiera.

previsiones se han incorporado en otros términos a la LCCI. Otras siguen reglamentando los principios recogidos en la LCCI.

A su vez, el anejo noveno de la Circular 4/2017, sobre análisis y cobertura del riesgo de crédito, enmarca desde la perspectiva prudencial la evaluación de la solvencia, incluyendo protocolos que completan los específicos de la evaluación de la solvencia. Reproduce algunos aspectos de los principios generales aplicables para la concesión de préstamos responsables del anejo sexto de la Circular 5/2012, donde ya se incluía la previa evaluación de la solvencia como criterio de concesión de préstamos.

Este baile de preceptos es una buena ilustración de las dudas y falta de claridad sobre la evaluación de la solvencia y su papel en la concesión responsable de créditos.²³

La LCCI ha venido a disipar dudas al fijar como elemento esencial de la contratación de préstamos hipotecarios la obligación de evaluar la solvencia. Debe encuadrarse en el Derecho de la Unión Europea que parte de un esquema de ley-protocolo en el que la ley y su desarrollo reglamentario se completan por protocolos aprobados por las autoridades, espacio reglamentado que delimita el ámbito de la autonomía empresarial.

D. Naturaleza jurídica

La evaluación de la solvencia es una obligación profesional del prestatario. Es un requisito esencial para la concesión del crédito. Así se deduce al incluir en el artículo primero de la LCCI, dedicado a su objeto, “la obligación de llevar a cabo una evaluación de la solvencia”. Es una condición necesaria para la concesión del préstamo. Si no hay evaluación o la evaluación resulta negativa el prestamista no podrá conceder el préstamo. La ley es clara al respecto: “El prestamista solo pondrá el préstamo a disposición del prestatario si el resultado de la evaluación de la solvencia indica que es probable que las obligaciones derivadas del contrato de préstamo se cumplan según lo establecido en dicho contrato.” En ese caso la evaluación tiene un resultado positivo y se podrá conceder el préstamo. En caso contrario, el resultado de la evaluación es negativo y no se podrá conceder el crédito. Otra cuestión es determinar las consecuencias de otorgar crédito pese a no darse la condición de haber obtenido una evaluación positiva. La ley sólo considera los efectos administrativos sin pronunciarse sobre las consecuencias contractuales de la infracción de este deber profesional. Es una ley *Minus Quam Perfectae*.²⁴

El deber de evaluar la solvencia tiene el carácter de norma de ordenación y disciplina para los bancos y demás prestamistas inmobiliarios. Constituye una infracción muy grave cuando “por el número de afectados, la reiteración de la conducta o los efectos sobre la confianza de la clientela

²³ Para los antecedentes normativos, véase del autor: “Evaluación de la solvencia en la concesión de créditos hipotecarios”, *Revista Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, N° 16, 2014, págs. 141-160 (disponible en http://www.rdmf.es/wp-content/uploads/2016/09/zunzunegui-wp-2_2015-evaluacion-de-la-solvencia-en-la-concesion-de-creditos-hipotecarios.pdf).

²⁴ Para los avatares de las enmiendas que pretendían establecer efectos civiles al incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia, véase: Matilde Cuenca, “Informe de la ponencia sobre el Proyecto de ley de crédito inmobiliario. La banca gana... y todos los partidos se dejan”, *Hay Derecho*, 17 diciembre 2018 (disponible en: <https://hayderecho.expansion.com/2018/12/17/informe-de-la-ponencia-sobre-el-proyecto-de-ley-de-credito-inmobiliario-la-banca-gana-y-todos-los-partidos-se-dejan/>).

y la estabilidad del sistema financiero tales incumplimientos puedan estimarse como especialmente relevantes". Si no se da alguna de esas circunstancias, se considerará como infracción grave, salvo que el incumplimiento tenga carácter ocasional o aislado. En tal caso, será sancionada como infracción leve. Para establecer las sanciones, la LCCI remite a la Ley 10/2014, salvo que, por tratarse de prestamistas que no tienen la condición de entidades de crédito o intermediarios, se apliquen las multas relacionadas en el art. 47.4 de la LCCI.

Es una norma de orden público económico, protectora del cliente bancario y financiero, de carácter imperativo, no disponible; de tal modo que cualquier pacto destinado a reducir o menoscabar la protección se considera nulo de pleno derecho.

Es una normativa sectorial que no desplaza a la legislación de los consumidores. Un prestatario que además reúna la condición de consumidor queda protegido por la ley sectorial y, además, por la legislación que protege a los consumidores.

La evaluación es una obligación para el prestamista y una carga para el cliente, quien, si quiere el crédito, debe colaborar en la entrega de la información requerida para poder realizar la evaluación. No es un coste o un gasto que el prestamista pueda repercutir al potencial prestatario, con independencia de que dé lugar o no a la suscripción del crédito. El coste de los procedimientos internos de evaluación de la solvencia no puede ser repercutido al potencial prestatario.²⁵

El prestamista no está obligado a entregar al potencial prestatario copia de la evaluación positiva, quien no podrá aprovecharse de un servicio gratuito para solicitar préstamos en otros prestamistas. No obstante, puede pactarse la entrega del informe que recoja la evaluación positiva a cambio de una retribución, como comisión de estudio desgajada del proceso de contratación.²⁶

Es un requisito híbrido que combina aspectos prudenciales y de conducta.²⁷ Desde la perspectiva prudencial, es uno de los elementos de la organización interna que debe valorar el Banco de España tanto en el acceso a la profesión como en el ejercicio de la actividad. Antes de registrar a un prestamista inmobiliario, la autoridad competente debe verificar que cuenta con los procedimientos escritos, así como con la capacidad técnica y operativa, para el adecuado cumplimiento de los requisitos de evaluación de la solvencia del prestatario.²⁸

El personal responsable de la evaluación de la solvencia se somete a las políticas de remuneración con prohibición de incentivos para asumir riesgos que rebasen el nivel de riesgo tolerado por el prestamista, con medidas para evitar los conflictos de intereses, en particular estableciendo que la remuneración no dependa de la cantidad o de la proporción de solicitudes aceptadas.²⁹ Los procedimientos internos deben incluir previsiones que aseguren que los objetivos que incidan en la retribución o en los incentivos resulten compatibles con el tiempo necesario

²⁵ Art. 11.2 de la LCCI.

²⁶ Comisión de apertura contemplada en el art. 14.4 de la LCCI.

²⁷ Véase Klaus Jochen Albiez Dohrmann, "Una invitación a los Estados miembros de la UE: Normas prudenciales a favor del consumidor en los préstamos para la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial (a propósito de la Directiva 2014/17/UE, de 4 de noviembre de 2014)." *Revista de Derecho Civil* 2.2, 2015, págs. 1-30, en particular el apartado 6.4.1 dedicado a la "solvencia económica del consumidor".

²⁸ Art. 5.1.a) del Real Decreto 309/2019, de 26 de abril, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario y se adoptan otras medidas en materia financiera.

²⁹ Art. 18.1 de la LCCI.

para realizar una adecuada evaluación de la solvencia.³⁰ Dichos procedimientos deben evitar que un tipo de préstamo, de intereses o de servicios accesorios, sean los factores de mayor ponderación,³¹ de tal modo que se vincule la remuneración a factores que no son de control del riesgo de sobreendeudamiento.³²

E. Iter contractual

La evaluación debe ser anterior a la oferta pues sin evaluación no puede haber oferta conforme a Derecho. Según el art. 14.1 de la MCD, el prestamista debe ofrecer al prestatario la información personalizada necesaria para evaluar sus implicaciones y tomar su decisión sobre la conveniencia de celebrar el contrato sin demora injustificada una vez que el consumidor haya dado la información necesaria sobre sus necesidades, situación financiera y preferencias, y antes de que el prestatario quede vinculado.³³ Es decir, la oferta personalizada debe ser posterior a que el banco complete la evaluación, y anterior a la suscripción del contrato.

Desde el punto de vista del control prudencial del crédito, debe existir un seguimiento de la evaluación tras la concesión del crédito. En caso de detectar un sobreendeudamiento sobrevenido, la buena fe contractual impone al prestamista avisar al cliente de dicha circunstancia para que pueda tomar medidas que restablezcan su capacidad de hacer frente a sus obligaciones.

Para conceder aumentos significativos del préstamo será necesario una nueva evaluación de la solvencia, a menos que dicha ampliación ya hubiera sido considerada en la evaluación inicial. En aquellos casos en que el contrato incluya como elemento de flexibilidad «préstamos adicionales sin necesidad de nueva aprobación», el prestamista deberá incluir su importe o la previsión de que la disposición del importe adicional queda supeditada a una nueva evaluación de la solvencia.³⁴

F. Función del notario

El prestamista debe conocer al cliente, evaluar su solvencia y, cuando haya superado la evaluación, ofrecerle el préstamo adecuado con la información reglamentada. Tras cumplir estos requisitos de evaluación e información, deberá remitir al notario elegido por el cliente la documentación precontractual entregada.³⁵ El notario verificará la documentación acreditativa del cumplimiento de los deberes de transparencia precontractual, haciendo constar en acta las cuestiones planteadas por el prestatario.

³⁰ Art. 18.3 de la LCCI.

³¹ Art. 18.4 de la LCCI.

³² No se atendió la sugerencia de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, compartida por el Consejo de Estado en su Dictamen (pág. 69), de vincular el cobro de incentivos a un objetivo de solvencia (por ejemplo, hacerlos depender de que no aumenten los índices de morosidad).

³³ Véase el art. 8 de la LCCI.

³⁴ Según instrucción para cumplimentar la FEIN recogida en el Anexo I de la LCCI.

³⁵ Por los medios y procedimientos telemáticos seguros regulados por el capítulo IV del Real Decreto 309/2019, de 26 de abril, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario y se adoptan otras medidas en materia financiera, directamente o a través del intermediario o representante designado.

El contenido del acta hace prueba del asesoramiento prestado por el notario “a efectos de cumplir con el principio de transparencia en su vertiente material”.³⁶ Con el acta se pretende un control preventivo de la transparencia material para convertir el préstamo hipotecario en un producto financiero seguro, útil para ser titulizado, evitando un sobreendeudamiento de los prestatarios que agrave el riesgo de crédito.³⁷ Para lograr este objetivo, se adjudica al notario un control preventivo de la transparencia material que comprende un asesoramiento sobre la adecuación del producto al perfil del cliente conforme a la evaluación de la solvencia realizada.³⁸

El objetivo de la intervención del notario es verificar “que prestatario tenga a su disposición la información necesaria para que pueda comprender en su integridad la carga económica y jurídica del préstamo que va a contratar y que, por lo tanto, se pueda considerar cumplido el principio de transparencia en su vertiente material.”³⁹ En otros términos, verificar que el cliente dispone de “la información personalizada que necesite para comparar los préstamos disponibles en el mercado, para evaluar sus implicaciones y para tomar una decisión fundada sobre la conveniencia de celebrar o no un contrato de préstamo”.⁴⁰ Para lograr este objetivo es esencial verificar que el cliente ha sido informado de la evaluación de su solvencia y de la importancia de la correcta evaluación. En particular, debe ser consciente de que suscribir el crédito con una evaluación negativa o incorrecta crea un riesgo de sobreendeudamiento que puede tener graves consecuencias.

Lo cierto es, que esta comprobación y las correspondientes explicaciones van más allá de la función notarial. Los notarios son expertos en derecho, pero no en finanzas. Para explicar la evaluación y su relevancia económica deberían cumplir los conocimientos y competencia que se exigen a los demás participantes en el proceso de contratación de préstamos hipotecarios, con el programa recogido en el art. 32 ter de la Orden EHA/2899/2011, en particular el módulo j) dedicado a un conocimiento adecuado del proceso de evaluación de la solvencia, haciendo especial énfasis en los conocimientos necesarios para valorar adecuadamente los informes de riesgo que emite la Central de Información de Riesgos del Banco de España. Mantener que el notario debe limitarse a reflejar en acta las manifestaciones del cliente resulta contrario al mandato legal de comprobar el cumplimiento de la transparencia material. Vaciar de contenido a la intervención del notario convertiría su intervención en una mera formalidad carente de los efectos pretendidos por el legislador. Lo que el legislador pretende con esta medida es “potenciar la seguridad jurídica [...] atribuyendo al notario la función de asesorar imparcialmente al prestatario, aclarando todas aquellas dudas que le pudiera suscitar el contrato”. “De ese modo, se constituirá prueba en beneficio de ambas partes –prestamista y prestatario– de que el primero ha cumplido con su obligación de entregar en los plazos previstos dicha documentación y el segundo podrá ejercer el derecho, que presupone también la existencia de un deber, a conocer las consecuencias de aquello a lo que se obliga.” Se trata de acreditar el cumplimiento de la transparencia material

³⁶ Art. 25.6 de la LCCI.

³⁷ Juan Álvarez-Sala Walther, “Hipotecas y consumidores (Análisis de la nueva Ley del Crédito Inmobiliario)”, 4 de marzo de 2019 (disponible en: <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/hipotecas-y-consumidores-en-la-nueva-ley-del-credito-inmobiliario/>).

³⁸ Contenido del acta que no encaja en el alcance de la fe pública notarial, ni en la imparcialidad del notario al convertirse en un asesor económico-financiero del prestatario. Véase Juan Álvarez-Sala Walther, “Hipotecas y consumidores (Análisis de la nueva Ley del Crédito Inmobiliario)”, 4 de marzo de 2019.

³⁹ Exposición de motivos de la LCCI.

⁴⁰ Art. 10.1 de la LCCI.

invirtiendo la carga de la prueba.⁴¹ Será el cliente quien, a partir de lo acreditado en el acta de transparencia material, asumirá la carga de la prueba de no haber sido informado de las consecuencias jurídicas y económicas del contrato. Para lograr este objetivo, la ley convierte al notario en asesor del cliente, incluido el contenido económico, siendo parte esencial del proceso de contratación la evaluación de la solvencia. La doctrina, en particular la notarial, discute y rechaza esta conclusión. Va en contra de la neutralidad del notario y rebasa el ámbito jurídico de su estatuto profesional.⁴² En cualquier caso, la inversión de la carga resultaría contraria al principio de efectividad de la MCD.⁴³

G. Protocolo aplicable a la evaluación

La evaluación debe ser “en profundidad”, es decir, completa, con el mayor cuidado y rigor. En la evaluación hay que tener en cuenta “los factores pertinentes para verificar la capacidad del cliente para cumplir las obligaciones derivadas del préstamo”. Entre estos factores, la Ley destaca “la situación de empleo, los ingresos presentes, los previsibles durante la vida del préstamo, los activos en propiedad, el ahorro, los gastos fijos y los compromisos ya asumidos”.⁴⁴

Al ser un elemento esencial para la concesión responsable de crédito, la evaluación no se deja al criterio del prestamista. Las directrices de la Autoridad Bancaria Europea proporcionan a los prestamistas una información adicional para realizar la evaluación.⁴⁵ Parten de los principios establecidos por el Consejo de Estabilidad Financiera.⁴⁶ Son seis las directrices que deben seguir los bancos y demás prestamistas, que deben integrarse con los protocolos aprobados por las autoridades nacionales.

- 1) Deben comprobar la renta del consumidor, verificando la capacidad de generar ingresos y su historial.

⁴¹ Aunque haya decaído la previsión expresa del art. 12.5 del anteproyecto de que “se presumirá, salvo prueba en contrario, que el principio de transparencia se ha cumplido en su vertiente material cuando se levante acta”.

⁴² El notario Juan Álvarez-Sala Walther es quien afronta de forma más abierta la problemática, en “Hipotecas y Consumidores en la nueva Ley del Crédito Inmobiliario”, *Notarios y Registradores*, 4 de marzo 2019 (disponible en: <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/hipotecas-y-consumidores-en-la-nueva-ley-del-credito-inmobiliario/>). Múltiples voces reivindican el papel tradicional del notario, ámbito en el que hay que enmarcar la comprobación del cumplimiento de transparencia material. Véase Segismundo Álvarez (en “Información precontractual en la LCCI”, *Especial Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario*, 2019), quien considera que el acta no implica la presunción de transparencia material. En su opinión, el notario “realiza un control de la actividad precontractual del banco, como especie de auditor de procesos”, pero sin pronunciarse sobre el control de la evaluación de la solvencia. A su vez, para Sergio Cámara el “acta no podrá constituirse en prueba del auténtico grado de comprensión interna del prestatario”, pues “lo único que declara probado es que es que el prestamista cumplió su obligación de entregar en plazo la documentación”; y, por reducción al absurdo, tras reconocer que el notario “no tiene por qué tener especializados conocimientos financieros ni económicos”, concluye que “dado que el control de transparencia impone la comprensión de los riesgos económicos, el obligado a dar explicaciones [...] es el prestamista” (en “La transparencia en la Ley 5/2019 de contratos de crédito inmobiliario. Primeros apuntes”, *Especial Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario*, 2019).

⁴³ Así lo estableció para la Directiva 2008/48/CE, sobre contratos de crédito al consumo, la STJUE C-449/13 de 18 de diciembre de 2014 - CA Consumer Finance SA, según la cual “el reconocimiento por el consumidor del pleno y debido cumplimiento de las obligaciones precontractuales a cargo del prestamista, originaría como consecuencia una inversión de la carga de la prueba del cumplimiento de esas obligaciones que podría perjudicar la efectividad de los derechos reconocidos por la Directiva 2008/48.”

⁴⁴ Art. 11.1 de la LCCI.

⁴⁵ Directrices sobre evaluación de la solvencia de 19 de agosto de 2015 EBA/GL/2015/11.

⁴⁶ *FSB Principles for Sound Residential Mortgage Underwriting Practices*, abril 2012.

Entre los datos del cliente, debe quedar determinada la moneda en que el cliente perciba la mayor parte de sus ingresos o tenga la mayoría de sus activos. Esta información debe ser considerada en la comercialización de préstamos en moneda extranjera. Una vez concedido un préstamo en moneda extranjera, estos datos tienen relevancia a efectos de determinar la moneda alternativa sobre la que el prestatario puede ejercitar el derecho de conversión previsto en el art. 20 de la LCCI.

Según el apartado 12 del anejo noveno de la Circular 4/2017, del Banco de España: “Los criterios de concesión deberán estar vinculados con la capacidad de pago del prestatario para cumplir, en tiempo y forma, con el total de las obligaciones financieras asumidas. Dicha capacidad de pago se evaluará partiendo de los fondos o flujos netos de efectivo procedentes de sus negocios o fuentes de renta habituales, sin depender de avalistas, fiadores o activos entregados como garantía. Estos deberán ser siempre considerados al evaluar la concesión de la operación como una segunda y excepcional vía de recobro para cuando haya fallado la primera.”

- 2) Deben documentar y conservar la evaluación con la información utilizada durante la vigencia el contrato, facilitando el acceso a las autoridades supervisoras.
- 3) El diseño de la evaluación debe servir para prevenir el suministro de información falsa y su pronta identificación.
- 4) Debe contar con procedimientos para evaluar la capacidad del prestatario, teniendo en cuenta como factores relevantes de prevención del sobreendeudamiento otras obligaciones de pago y situaciones de mora.

El art. 11.2 de la LCCI exige contar con procedimientos internos para la evaluación de la solvencia, protocolos sometidos a revisión periódica y supervisión de las autoridades. El coste de estos procedimientos no puede repercutirse al cliente.

La capacidad no puede basarse en la previsión de aumentos significativos de ingresos, salvo que esté documentada. Cuando la duración del préstamo alcance a la edad de jubilación, la cautela se extrema. Según recoge el art. 11.1 de la LCCI “se valorará el nivel previsible de ingresos a percibir tras la jubilación, en el caso de que se prevea que una parte sustancial del crédito o préstamo se continúe reembolsando una vez finalizada la vida laboral.”

Según el apartado 12 del anejo noveno de la Circular 4/2017, del Banco de España, los “procedimientos de concesión deberán exigir en cada operación la identificación y cuantificación de las fuentes de generación de fondos ordinarios de cada prestatario, que servirán como primera y fundamental vía de recuperación de las operaciones. A estos efectos, dichos procedimientos incluirán unas exigencias de documentación mínimas de las fuentes de fondos que permitan evidenciar su carácter recurrente.”

- 5) Deben tenerse en cuenta los gastos comprometidos, incluidos los gastos de subsistencia del prestamista.
- 6) Por fin, deben tenerse en cuenta escenarios futuros negativos, incluyendo la reducción de renta en la jubilación o el aumento de tipos en los préstamos a interés variable.

Estas normas y reglas se aplican a las entidades de crédito y sirven de referencia obligada a los prestamistas que no tengan tal condición. Son protocolos que formalizan las buenas prácticas profesionales en la evaluación de la solvencia.

Faltan criterios objetivos que faciliten el cumplimiento y la supervisión de esta obligación. El considerando 55 de la MCD menciona que los Estados pueden formular orientaciones adicionales a los factores que enumera, relativos a los ingresos, ahorros y activos, teniendo en cuenta otros gastos, deudas y compromisos financieros, fijando límites a las ratios préstamo-valor o préstamo-ingresos. Estas son utilizadas en la normativa prudencial⁴⁷ y pueden constituir una herramienta útil para prevenir el sobreendeudamiento.⁴⁸

La evaluación de la solvencia puede externalizarse, pero deberán cumplirse las directrices sobre externalización de actividades.⁴⁹ Hay que tener en cuenta que, según estas directrices, la responsabilidad última recae sobre la entidad que externaliza.

Hay que distinguir entre «verificar» y «evaluar» la solvencia.⁵⁰ La verificación de la solvencia permite avisar al cliente del riesgo de sobreendeudamiento. La evaluación es lo que permite tomar la decisión de conceder crédito.

H. Deber de información sobre la evaluación

El deber de evaluar la solvencia genera obligaciones de información pasivas –de conocer al cliente– y activas –de información al cliente–.

En relación con el deber de conocer al cliente para poder evaluarle, los prestamistas e intermediarios de crédito deben especificar la información necesaria y las pruebas que el potencial prestatario debe facilitar, indicando el plazo en el que debe cumplimentar esta carga. Rige el principio de proporcionalidad. Sólo se puede solicitar la información necesaria para la evaluación. El prestamista o el intermediario advertirán al prestatario de que, ante la falta de evaluación por no facilitar la información requerida, no podrá conceder el crédito.

El prestamista debe consultar el historial crediticio, al menos, a través de la Central de Información de Riesgos del Banco de España (CIRBE). Todos los prestamistas tienen acceso a los informes de CIRBE.⁵¹ Como los intermediarios de crédito asumen el deber de obtener del cliente la información necesaria para que el prestamista evalúe la solvencia,⁵² también se les da

⁴⁷ Véase el art. 5 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y Anejos 1 y 6 de la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos.

⁴⁸ En este mismo sentido, Matilde Cuenca, “Préstamo responsable y datos de solvencia patrimonial en la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito inmobiliario”, *Especial Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario*, 2019.

⁴⁹ Aprobadas por el CSBE, antecesor de EBA: CSBE, *Guidelines on outsourcing*, 2006 (disponibles en <https://eba.europa.eu/documents/10180/104404/GL02OutsourcingGuidelines.pdf.pdf>).

⁵⁰ Lara Modica, "Concessione «abusiva» di credito ai consumatori", *Contratto e impresa* 28.2, 2012, págs. 506 y 507.

⁵¹ Véanse los arts. 60.primer y 61.segundo de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, modificados por la Disposición final séptima de la LCCI.

⁵² Art. 35.5 de la LCCI.

acceso a los informes de CIRBE.⁵³ Esta información debe completarse con la consulta de alguna central privada de información crediticia.

Las consultas a las bases de datos de información crediticia se someten a la normativa de protección de datos y a su régimen sancionador. No obstante, el art. 46.1.c) de la LCCI tipifica como infracción muy grave el incumplimiento relevante, por el número de afectados o por la importancia de la información, del deber de confidencialidad sobre los datos recibidos de la Central de Información de Riesgos, ya sea por usar los datos para fines diferentes de los previstos en la normativa reguladora de la misma, o por solicitar informes sobre personas titulares de riesgos fuera de los casos expresamente autorizados en la citada normativa. El incumplimiento no relevante constituye una infracción grave (art. 46.2.c) de la LCCI.

El resultado de la evaluación debe ser comunicado al prestatario. La denegación de la solicitud debe ser motivada, mencionando si es el resultado de un tratamiento automatizado de los datos. Cuando sea consecuencia de una consulta a una base de datos, entregará copia del resultado, informando del derecho de acceso y rectificación, dando el nombre del responsable.

I. Estándar de diligencia

El prestamista debe evaluar la solvencia según lo reglamentado aplicando el protocolo profesional (*lex artis*). La evaluación para que sea correcta debe ser completa. Si la información remitida por el cliente es incompleta debe reclamarla. El prestamista no puede resolver el contrato debido a que la información suministrada por el prestatario sea incompleta.

Si por cualquier otro motivo, por ejemplo, por no haber aplicado el protocolo interno, la evaluación es incorrecta, el prestamista tampoco quedará facultado para resolver el contrato, salvo que sea consecuencia de la mala fe del prestatario al haber ocultado o falseado la información.

La responsabilidad del prestamista es la de un profesional experto en la materia, que actúa en un mercado complejo en el que surgen riesgos que el cliente desconoce. Ejerce una actividad regulada que atrae la confianza del cliente con relevancia para el buen funcionamiento del mercado, por lo que queda sometido a un elevado estándar de conducta. Debe responder con la diligencia exigible al "comerciante experto" (sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1988) con la diligencia media del *bonus argentarius*. Como tal debe entenderse la figura ideal del prestamista inmobiliario que cumple las normas de organización interna de su actividad y las normas de conducta en las relaciones con la clientela, entre las que destaca la obligación de evaluar la solvencia.

Las obligaciones derivadas del proceso de evaluación de la solvencia son de carácter funcional pues se dirigen a asegurar una concesión responsable del crédito. Son pues obligaciones de actividad, exigibles de conformidad con las normas de conducta, que suponen de algún modo la consecución de un resultado.

⁵³ Art. 61.segundo de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero.

J. Incumplimiento de la obligación

La evaluación es un proceso sometido a un protocolo en el que puede darse una diversidad de incumplimientos. El prestamista incumple la obligación de evaluar la solvencia cuando no realiza la evaluación antes de conceder el crédito, cuando realiza la evaluación, pero es incorrecta, o cuando la realizada de forma correcta con resultado negativo y concede el crédito creando al cliente un riesgo de sobreendeudamiento. Este último supuesto es el más controvertido.

La ley establece que ante una evaluación negativa el prestamista debe abstenerse de ofrecer el crédito al prestatario. Es la cuestión más sensible de la regulación del contrato de préstamo inmobiliario pues afecta a la libertad de empresa, a la autonomía de voluntad del cliente y a la oferta de crédito en la economía. En una economía del crédito es difícil de explicar que los bancos no concedan crédito a quien lo solicita. Hay clientes que pecan de optimismo y desean contratar un préstamo hipotecario pese a lo dudoso de su capacidad para reembolsarlo.

La fórmula utilizada para recoger el deber de abstención en la MCD no es clara, fórmula que se mantiene en la LCCI. Según recoge el art. 11.5 de la LCCI: “El prestamista solo pondrá el préstamo a disposición del prestatario si el resultado de la evaluación de la solvencia indica que es probable que las obligaciones derivadas del contrato de préstamo se cumplan según lo establecido en dicho contrato.”

K. Remedios frente al incumplimiento

La evaluación incorrecta, la concesión de crédito sin previa evaluación o con evaluación incompleta, o la concesión de crédito con evaluación negativa, son supuestos de incumplimientos a las normas sobre evaluación de la solvencia que constituyen infracciones a las normas de ordenación y disciplina del mercado del crédito sancionables conforme a lo dispuesto en la LCCI. Pero la doctrina cuestiona que la mera sanción administrativa sea disuasoria.⁵⁴ Deben completarse con remedios contractuales.⁵⁵

La obligación de evaluar la solvencia 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

⁵⁴ Según exige el art. 38.1 MCD. Véase por todos: Arroyo i Amayuelas, Esther. "Contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. sanciones y remedios para el caso de incumplimiento de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario." *Càtedra Jean Monnet Working Paper 9/2018*, 2018, págs. 14 ss., quien considera que las “sanciones civiles no solo son posibles sino que también son necesarias”.

⁵⁵ Véase María del Pilar Álvarez Olalla, "La obligación de evaluar la solvencia y su incumplimiento." en *La prevención del sobreendeudamiento privado: Hacia un préstamo y consumo responsables*, dirigido por Matilde Cuenca, 2017, págs. 725-810, quien concluye: “No parecen adecuadas las sanciones de nulidad, anulabilidad por vicio o resolución, pues las mismas no serían efectivas en el sentido de reequilibrar o recomponer la situación del cliente afectado por la concesión de un préstamo incorrectamente evaluado” y tampoco la responsabilidad civil, por desincentivar la reclamación, dejando viva la vía de tasar la pena con la pérdida de los intereses y comisiones por parte del prestamista, con subordinación del crédito irresponsable en caso de concurso (pág. 805), muy en línea con las propuestas de Matilde: “Préstamo responsable, información crediticia y protección de datos personales”, RDCP, n.º 20, 2014, disponible en http://www.elnotario.es/images/pdf/PRESTAMO_RESPONSABLE.pdf. Esta posición resulta incoherente, pues desprecia las soluciones de Derecho común, dejando al cliente sin vías de reparación, sin perjuicio de las interesantes sugerencias de *lege ferenda*.

marzo de 2014;⁵⁶ doctrina reiterada por la sentencia de 9 de noviembre de 2016.⁵⁷ Es cierto que MCD, al igual que ocurre con 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 garantizando un efecto disuasorio que produzca el efecto de prevenir frente al sobreendeudamiento.

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. Parte de la doctrina rechaza esta solución.⁵⁸ 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.⁵⁹ También cabe considerar que la ausencia de evaluación o la concesión de crédito contra el resultado de la

⁵⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta), de 27 de marzo de 2014, asunto C-565/12, LCL Le Crédit Lyonnais SA y Fesih Kalhan. 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. Según esta sentencia 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, esta sentencia configura el Derecho contractual nacional a partir de la regulación financiera recogida en las directivas de la Unión Europea.

⁵⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera), de 9 de noviembre de 2016, asunto C-42/15, Home Credit Slovakia a.s. y Klára Bíróová. 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, esta sentencia 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”.

⁵⁸ Matilde Cuenca, “Evaluación de la solvencia y créditos hipotecarios”, *El Notariado del siglo XXI*, 56, 24 Julio 2014, disponible en <http://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/3813-evaluacion-de-la-solvencia-y-creditos-hipotecarios>, 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”.

⁵⁹ Véase ABF, Colegio de Roma, n. 4440, 20 agosto 2013, donde se considera que: “*Non vi è quindi dubbio che la violazione di tale obbligo determini il diritto del cliente di essere risarcito del danno cagionatogli*”.

evaluación es una actuación contraria al orden público económico o que, de no ser advertida, presupone el error en el cliente. La nulidad radical es una medida de cierre⁶⁰ que se aleja al haberse dotado al Banco de España de herramientas macroprudenciales.⁶¹

Lo anterior debe interpretarse desde una perspectiva funcional y sistemática, con especial consideración al régimen de la evaluación de la solvencia en la MCD, 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 la MCD, 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 su 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 EBA. Desde la perspectiva de conducta, es una obligación preventiva de orden público destinada a evitar el sobreendeudamiento. Por esta razón, en la trasposición de MCD 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.

La LCCI 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 ministerio 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, hubiera sido deseable incluir la sanción civil a la concesión irresponsable de crédito inmobiliario incumpliendo la obligación de evaluar la solvencia del consumidor, que por razones funcionales y sistemáticas debería extenderse al incumplimiento de dicha obligación en el crédito al consumo, orientación que seguía el Código de Consumo de Cataluña.

⁶⁰ Ante incumplimiento de normas de conducta en la prestación de servicios de inversión la jurisprudencia entiende que “la mera infracción de estos deberes de información no conllevaba por sí sola la nulidad de pleno derecho del contrato” (Sentencias de la Sala Primera 716/2014, de 15 de diciembre; 323/2015, de 30 de junio; 549/2015, de 22 de octubre; y 154/2016, de 11 de marzo).

⁶¹ Según dispone el art. 69 ter de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, modificado por Real Decreto-ley 22/2018, de 14 de diciembre, por el que se establecen herramientas macroprudenciales: “Con el objetivo de evitar el aumento excesivo del riesgo bancario o el endeudamiento excesivo de los agentes económicos, el Banco de España podrá determinar el establecimiento de límites y condiciones sobre la concesión de préstamos”.

En cualquier caso, aunque el Derecho común de los contratos aporte remedios al incumplimiento del prestamista, se echa de menos una intervención del legislador clarificando las consecuencias civiles de la incorrecta evaluación de la solvencia.⁶² En otro lugar proponíamos seguir solución alemana,⁶³ que sanciona con pérdida de intereses el incumplimiento del prestamista.⁶⁴ Solución también presente en otros ordenamientos como el francés⁶⁵ o el belga⁶⁶. Tasar la indemnización facilita la reparación al prestatario perjudicado por la incorrecta evaluación de la solvencia.

Quien se ha visto privado de la oferta de crédito por la incorrecta evaluación negativa, que de haber sido correcta habría tenido un resultado positivo, puede reclamar por daños y perjuicios en una acción de responsabilidad extracontractual ex art. 1902 Código civil.

El prestatario que contrata con una previa evaluación incorrecta, que de haber aplicado el protocolo habría dado lugar a una evaluación negativa, podrá optar entre la resolución de contrato, anulabilidad por error vicio en el consentimiento o por la responsabilidad contractual reclamando una indemnización de daños y perjuicios. La facultad de rescindir está implícita en lo establecido en el art. 11.4 de la LCCI, según el cual la “incorrecta evaluación de la solvencia no otorgará al prestamista la facultad de resolver, rescindir o modificar ulteriormente el contrato de préstamo”. Desde luego, el prestamista que actúa de forma incorrecta incumpliendo la *lex artis* que rige la operación no está legitimado para resolver el préstamo, quien podrá resolverlo es el prestatario que actúe de buena fe. Como alternativa puede valorar la conveniencia de anular el contrato dado que la información del grave riesgo que asume de contratar con una evaluación negativa es una información esencial, cuya ausencia bien puede fundar una acción de anulación por error vicio. Por fin, si la contratación tras una evaluación incorrecta le ha causado un daño al prestatario, por ejemplo, porque de haber sido correcta habría sido negativa dando lugar a la abstención del prestamista en la concesión del préstamo, podrá reclamar los daños y perjuicios en una acción de responsabilidad contractual ex art. 1.101 Código civil.

Cuestión distinta es la conveniencia que cada una de esas acciones pueda tener desde el punto de vista práctico. Es probable que en muchos casos resolver el contrato o anularlo no resulte conveniente para el prestatario, pues en ambos casos tendría que anticipar el reembolso del principal invertido en la adquisición del inmueble. Le quedaría la acción indemnizatoria.

⁶² Matilde Cuenca, “Préstamo responsable y datos de solvencia patrimonial en la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito inmobiliario”, *Especial Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario*, 2019.

⁶³ Zunzunegui, F.: “Mortgage Credit: Mis-selling of Financial Products”, study requested by European Parliament, junio 2018, pág. 35, nota 239. Véase la descripción de las medidas incluidas en el Código civil alemán en Arroyo i Amayuelas, Esther. “Contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. sanciones y remedios para el caso de incumplimiento de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario.” *Cátedra Jean Monnet Working Paper* 9/2018, 2018, págs. 20 y 21.

⁶⁴ Solución prevista en el art. 21.3 de la Ley del crédito al consumo, para determinados incumplimientos en el contenido contractual mínimo y como remedio a la usura (art. 3 de la Ley de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios).

⁶⁵ Arts. L-312-27 ss *Code de la Consommation*, considerada la mejor referencia por Matilde Cuenca, “Préstamo responsable y datos de solvencia patrimonial en la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito inmobiliario”, *Especial Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario*, 2019.

⁶⁶ Véase, respecto a Bélgica, 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.

En las acciones de responsabilidad, que son las que pueden dar mayor efectividad a los objetivos perseguidos por el legislador, el prestatario asume la carga de probar el daño, que puede medirse por la diferencia entre la situación en que se encuentra y en la que se encontraría de no haber incumplido el prestamista sus obligaciones. La causalidad se presume en caso de incumplimiento de obligaciones profesionales por parte de prestadores de servicios financieros, aplicando la jurisprudencia consolidada que existe en materia de servicios de inversión.

A su vez, de conformidad con esta misma jurisprudencia el prestamista asume la carga de la prueba de haber evaluado con corrección, es decir de haber cumplido las normas de conducta que rigen su obligación de evaluar la solvencia.

De otro lado, dedicarse a conceder crédito incumpliendo la obligación de evaluar al cliente o tras evaluaciones negativas de la solvencia puede constituir un acto de competencia desleal.⁶⁷ La concesión de crédito a quien se encuentra en una precaria situación financiera, según ha quedado acreditada con una evaluación negativa de la solvencia, puede generar responsabilidad extracontractual frente a quien, dejándose llevar por el fortalecimiento de la situación financiera, concede crédito en esas condiciones.

Por lo demás, la concesión de crédito a quien no tiene la capacidad de reembolsarlo crea una imagen de solvencia generadora de crédito, por ejemplo, en empresarios personas físicas incluidos en el ámbito de la LCCI. El crédito refuerza el patrimonio y atrae nuevos créditos. Supongamos que el crédito recibido se desina a cancelar créditos anteriores en situación de mora que constan en CIRBE. La eliminación de las posiciones de morosidad puede crear una imagen de solvencia que facilita obtener crédito de tercero con peligro de impago para los financiadores. El crédito inmobiliario concedido en esas circunstancias hace surgir una ilusión de solvencia. Estas conductas pueden llegar a falsear la información en el mercado y ser fuente de responsabilidad.⁶⁸ El daño sufrido por los terceros concedentes de crédito sin ser advertidos de que la solvencia es sólo aparente puede dar lugar a una acción de responsabilidad extracontractual. De haber sabido la verdadera situación del cliente no le habrían concedido el crédito. El incumplimiento del deber de abstención de conceder crédito ante una evaluación negativa de la solvencia es la causa del daño.

⁶⁷ Véase Vincenzo Meli, “L'applicazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette nel macrosettore credito e assicurazioni”, *BBTC*, 64.3, 2011, págs. 334-370.

⁶⁸ Véase Gian Paolo La Sala, “Obblighi di verifica del merito creditizio dell'impresa e responsabilità della banca”, en *La trasparenza bancaria, venticinque anni dopo*, a cargo de Andrea Barengi, 2018, págs. 229-247, quien considera que surge una responsabilidad por la externalidad negativa causada por la concesión de financiación no acompañada de una evaluación del riesgo de crédito diligente, fenómeno que califica de «concesión abusiva de crédito» (pág. 232).