



**LA EVALUACIÓN DE LA SOLVENCIA DEL PRESTATARIO EN LA LEY 5/2019
(V): CONSECUENCIAS CIVILES DEL INCUMPLIMIENTO POR EL
PRESTAMISTA DE SU OBLIGACIÓN DE EVALUAR LA SOLVENCIA DEL
PRESTATARIO***

*Manuel Jesús Marín López***
Catedrático de Derecho Civil
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 19 de septiembre de 2019

1. Introducción

Con este quinto trabajo se cierra el ciclo de los cinco estudios que he publicado en CESCO sobre la evaluación de evaluar la solvencia del prestatario regulada en los arts. 11 y 12 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, de contratos de préstamo inmobiliario (en adelante, LCCI).

Los cuatro trabajos anteriores analizaban las siguientes materias:

- Quién debe evaluar la solvencia, quién debe ser evaluado y el momento de realizar la evaluación (http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/La_evaluacion_de_la_solvencia_del_prestatario_en_la_Ley_5-2019-I.pdf).

* Trabajo realizado en el marco del del Proyecto de Investigación PGC2018-098683-B-I00, del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (MCIU) y la Agencia Estatal de Investigación (AEI) cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) titulado “Protección de consumidores y riesgo de exclusión social” y dirigido por Ángel Carrasco Perera y Encarna Cordero Lobato y a la Ayuda para la financiación de actividades de investigación dirigidas a grupos de la UCLM Ref.: 2019-GRIN-27198, denominado "Grupo de Investigación del Profesor Ángel Carrasco" (GIPAC).

** ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-9645-6325>



- La obligación que se impone al prestamista de obtener la información económica-financiera del potencial prestatario, y qué datos debe poseer el prestamista para hacer una eficiente evaluación de la solvencia, y los medios de que dispone para obtener esos datos (http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/La_evaluacion_de_la_solvencia_del_prestatario_en_la_Ley_5-2019-II.pdf).
- El procedimiento de evaluación de la solvencia y el informe final de evaluación de solvencia que debe elaborar el prestamista (http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/La_evaluacion_de_la_solvencia_del_prestatario_en_la_ley_5-2019-III.pdf).
- Las consecuencias de la correcta evaluación de la solvencia sobre el contrato de préstamo (http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/La_evaluacion_de_la_solvencia_del_prestatario_en_la_Ley_5-2019_iv.pdf).

Este quinto trabajo versa sobre las consecuencias jurídico-civiles del incumplimiento por el prestamista de su obligación de evaluar la solvencia del prestatario, antes de concederle el crédito.

2. El incumplimiento por el prestamista de la obligación de evaluar la solvencia y sus efectos jurídico-civiles

El prestamista incumple la obligación que le impone el art. 11.1 LCCI cuando no evalúa la solvencia del prestatario, o cuando esta evaluación se hace de modo incorrecto, ya sea porque el prestamista no accede a toda la información necesaria para evaluar la solvencia, porque no solicita al potencial prestatario la entrega de la información adecuada para ello, porque el método de evaluación empleado no es el conveniente, porque el prestamista no elabora el informe de evaluación de la solvencia, o porque aun siendo el resultado de la evaluación negativa el prestamista indica en el informe que la evaluación ha sido positiva. Por otra parte, el prestamista incumple el art. 11.5 LCCI cuando celebra un contrato de préstamo teniendo un informe de evaluación negativo.

Ni la Directiva 2014/17/UE (en adelante, DCCI) ni la LCCI establecen consecuencias civiles en caso de incumplimiento por el prestamista de la obligación de evaluar la solvencia. No lo hace el art. 11.4 LCCI, que establece que “la incorrecta evaluación de la



solvencia no otorgará al prestamista la facultad de resolver, rescindir o modificar ulteriormente el contrato de préstamo en detrimento del prestatario”. La norma contiene una regla evidente, y por ello superflua: el prestamista no podrá desvincularse del contrato ni modificarlo si incumple su obligación de evaluar la solvencia. Por otra parte, se prevé la regulación por Real Decreto de lo relativo a “los efectos de la evaluación de la solvencia” [DF 15ª.1.h) LCCI]. El RD 309/2019, que desarrolla la LCCI, no se ocupa de esta materia. En cualquier caso, esta futura normativa de desarrollo no podrá contener consecuencias civiles que incidan en la relación contractual, pues esta materia tiene reserva de ley (art. 53 CE).

La Directiva 2014/17/UE no establece una sanción específica para el prestamista que incumpla la obligación de evaluar la solvencia. Según el art. 38.1 DCCI, son los Estados miembros los que deben fijar el régimen de sanciones aplicable, sanciones que serán “efectivas, proporcionadas y disuasorias”. Que sean efectivas significa que causen perjuicio al prestamista y no al prestatario; que sean proporcionadas implica que deben ser ponderadas y graduables en función de la gravedad del incumplimiento; que sean disuasorias supone que la amenaza de su imposición disuada al prestamista de realizar el comportamiento no permitido.

Las únicas sanciones previstas en la LCCI para el incumplimiento de esta obligación son las administrativas. Este régimen sancionador se contiene en los arts. 44 y ss. LCCI. Su regulación es defectuosa, pues según el art. 44 LCCI, las obligaciones establecidas en la Ley tienen la consideración de normas de ordenación y disciplina bancaria, por lo que su incumplimiento constituye una infracción que será sancionada conforme a lo previsto en la Ley 10/2014, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito (art. 47.1 LCCI). La Ley olvida que el prestamista puede no ser una entidad de crédito, y que para tales casos el régimen instaurado es inadecuado¹.

La situación no es muy distinta a la contemplada en la Ley 16/2011, de contratos de crédito al consumo (en adelante, LCCC), que tampoco prevé unas consecuencias civiles, sino únicamente administrativas (art. 34). Esta situación es muy preocupante, pues la experiencia ha demostrado que las sanciones administrativas no son suficientemente disuasorias para los prestamistas, más aun cuando es el supervisor bancario el encargado de imponerlas.

¹ La LCCC distingue en función de que el prestamista sea o no una entidad de crédito. La LCCI no hace esta distinción, y únicamente se refiere al prestamista entidad de crédito. ¿Cuál es el régimen sancionador si el prestamista no es una entidad de crédito? Deberá reputarse como una infracción de consumo. Pero eso no será posible si el prestatario no es un consumidor. En tal caso parece que no será posible considerarlo como infracción administrativa de ningún tipo.



Ante la inexistencia de una norma específica en la LCCI, hay que indagar si los remedios generales previstos en nuestro derecho privado pueden ser útiles para el prestatario.

Cabría considerar que el contrato de préstamo ha de reputarse nulo, por haberse concedido infringiendo una norma imperativa o prohibitiva (art. 6.3 CC). Pero esta solución no es satisfactoria para el prestatario (no es “efectiva”, como exige el art. 38.1 DCCI), pues tendría que restituir la totalidad del capital prestado, cuando es probable que ese dinero no esté ya en su poder al haber sido destinado a adquirir el bien inmueble. Tampoco cabe considerarlo como un supuesto de anulabilidad, pues no concurren en el prestatario los requisitos del error o el dolo (amén de que los efectos serían los mismos que la nulidad absoluta, y por ello insatisfactorios para el prestatario).

El prestatario tampoco puede solicitar la resolución del contrato de préstamo. No solo porque es difícil sostener que el incumplimiento de una obligación autoriza a resolver el contrato, y que ese incumplimiento es “esencial” (frustra el fin del contrato), sino también porque los efectos de la resolución no son satisfactorios para el consumidor (tendría que restituir todo el capital prestado).

Se ha defendido que el prestatario puede ejercitar contra el prestamista la acción de indemnización de daños, al entender que el incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia causa al prestatario un daño que tiene que indemnizar². El ejercicio exitoso de esta acción, sin embargo, se presenta complicado. La primera dificultad estriba en determinar si la responsabilidad es extracontractual (por haberse vulnerado una obligación precontractual) o contractual (al entender que, aunque la obligación incumplida es precontractual, como el contrato mantiene su validez la responsabilidad ha de ser contractual).

Cabe dudar de que concurren todos los presupuestos de la indemnización de daños. No hay dificultad en admitir la acción u omisión antijurídica del prestamista, pues esta conducta consiste precisamente en el incumplimiento de la obligación de evaluar los daños, y es al prestamista a quien incumbe la carga de probar que ha cumplido correctamente su obligación de evaluar. Se requiere, además, que el prestamista haya incumplido con dolo o culpa. Como la evaluación de la solvencia en sentido estricto es

² Así, ÁLVAREZ LATA, “Comentario al art. 14”, en M. J. MARÍN LÓPEZ (Dir.), *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2014, pp. 615; ARROYO AMAYUELAS, “La directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial”, *InDret*, abril de 2017, pp. 28.



una obligación de medios, el incumplimiento del prestamista (que actúa negligentemente al llevar a cabo la evaluación) implica por sí mismo la existencia de negligencia. También parece que hay negligencia por su parte cuando no elabora el informe de evaluación (pues ello es una exigencia de una conducta conforme a la *les artis*). Ello no excluye que la conducta incumplidora pueda ser dolosa (pe., el prestamista de manera consciente no recaba del prestatario la información financiera necesaria, no evalúa su solvencia de manera correcta, o no elabora el informe de evaluación). La carga de la prueba del dolo incumbe al prestatario.

Particulares problemas plantea el presupuesto del daño. El daño que debería indemnizarse está vinculado al interés negativo o de confianza. Se trata de los daños que sufre el prestatario y que no habría padecido si no hubiera celebrado el contrato. ¿Cuáles son esos daños? El perjuicio patrimonial que sufre el prestatario con la celebración del contrato. Si el prestatario va cumpliendo regularmente sus obligaciones de pago no sufre daño alguno, a pesar de haber incumplido el prestamista su obligación de evaluar. Esos daños solo se manifiestan cuando, por ser el prestatario insolvente en el momento de celebrar el contrato, deja de abonar las cuotas de amortización. Se ha defendido que en tal caso los daños serían el contrato mismo, de modo que el prestatario debería quedar liberado del préstamo, con derecho además a obtener la restitución de todo lo ya abonado (si el contrato de préstamo no debiera haberse celebrado, por ser insolvente), o al menos debería quedar liberado de parte del préstamo (de la parte que excede al importe del capital que debería haberse prestado, si se hubiera llevado a cabo una evaluación adecuada de la solvencia)³. Esta solución no parece adecuada. Más aun si se tiene en cuenta la dificultad de que concurra el criterio de imputación entre el incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia y el perjuicio patrimonial. Resulta complicado imputar jurídicamente al prestamista los impagos del prestatario, pues esos impagos derivan de una situación de insolvencia que no trae causa alguna del prestamista. El prestamista no ha evaluado (o lo ha hecho incorrectamente) la solvencia del prestatario, pero el incumplimiento del prestatario, que deviene insolvente y no cumple sus obligaciones frente al prestamista, no se debe a esa conducta del prestamista.

Por otra parte, no hay que desconocer que en muchas ocasiones hay culpa del propio prestatario, que celebra el préstamo sabiendo (o debería saberlo) que hay muchas posibilidades de que no pueda abonar puntualmente las cuotas de amortización. Es cierto que el prestamista es un profesional del ramo, a diferencia del prestatario (sobre todo si es un consumidor). Pero el prestatario debe ser responsable de sus actos, y no parece

³ ARROYO AMAYUELAS, “La Directiva 2014/17/UE...”, *cit.*, pp. 28.



sensato que se haga responsable únicamente al prestamista de un comportamiento del prestatario poco adecuado.

Por todo ello, la acción de indemnización de daños no es un mecanismo útil para tutelar al prestatario⁴. Existe un último argumento que confirma esta tesis: es improbable que un prestatario en situación de insolvencia se embarque en un procedimiento judicial contra el prestamista para exigir responsabilidad civil.

La solución más adecuada hubiera sido establecer en la LCCI consecuencias civiles específicas para el caso de incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia. Se trata de medidas concretas que disuadan al prestamista de incumplir esta obligación, pues le acarrearán algún perjuicio (y un correlativo beneficio al consumidor). En este sentido, varias son las opciones posibles: privar al prestamista de la posibilidad de acudir a las vías ejecutivas para cobrar su deuda tras el vencimiento anticipado, la pérdida de las garantías accesorias (hipoteca), etc. Por otra parte, la Ley Concursal podría prever una subordinación judicial del crédito, o alternativamente, la posibilidad de que el crédito se pueda ver afectado por la exoneración del pasivo insatisfecho contemplada en el art. 178 bis LC. Y es que, efectivamente, lo razonable es que la conducta del prestamista (su incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia) fuera tomada en consideración en el proceso concursal⁵.

En otros países si se han establecido medidas concretas. En Francia, si el prestamista incumple la obligación de evaluar la solvencia, perderá el derecho a los intereses “en su totalidad o en la proporción que el juez determine (art. L341-28 del Code de la Consommation, tras ser reformado por la Ordenance 2016-351). Este precepto había sido interpretado por la Corte de Casación francesa en el sentido de que solo se eliminan los intereses retributivos, pero no los moratorios ni los intereses legales. Preguntado sobre la adecuación de esta doctrina al art. 36 de la Directiva 2008/48/CE, la STJUE de 27 de marzo de 2014 (TJCE 2014, 126) establece que es contrario al carácter proporcionado y disuasorio que han de tener las sanciones, por lo que no deben cobrarse los intereses moratorios. En Bélgica, en materia de crédito al consumo se prevé que el prestamista no podrá reclamar los intereses remuneratorios, ni tampoco los moratorios (art. 92 de la Ley de crédito al consumo, de 12 de junio de 1991). En Suiza, la ley de crédito al consumo, de 23 de marzo de 2001 (modificada el 20 de marzo de 2015) contempla varias sanciones:

⁴ ÁLVAREZ OLALLA, “La obligación de evaluar la solvencia y su incumplimiento”, en CUENA CASAS (Dir.), *La prevención del sobreendeudamiento privado. Hacia un préstamo y consumo responsables*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2017, pp. 792; CUENA CASAS, “Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario”, *RCDI*, 2017, n° 764, pp. 2900.

⁵ CUENA CASAS, “Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario”, *cit.*, pp. 2899.



desde la pérdida del capital prestado (cuando el incumplimiento del prestamista es grave) hasta la pérdida de los intereses y gastos (para incumplimientos no graves).

A mi juicio, la medida más adecuada es que el prestamista pierda los intereses (remuneratorios y moratorios) y comisiones pactados. El préstamo mantiene su vigencia, y el prestatario estará obligado a restituir únicamente el capital prestado en los plazos establecidos. Se trata de una medida proporcionada, disuasoria y efectiva. Es una solución que ha sido defendida por parte de la doctrina⁶. Pero para imponer una “sanción” civil de este tipo es necesario que se prevea expresamente en la ley. Es lo que ha hecho el art. 21.3 LCCC, que prevé que el consumidor únicamente deberá restituir el capital prestado en los plazos establecidos, cuando existen determinadas omisiones informativas en el documento contractual⁷. Una regla semejante debería haberse incluido en la LCCI. Mientras no haya una referencia legal expresa no parece posible acudir a un remedio contractual de este tipo (no cabe aplicar por analogía el art. 21.3 LCCC). Pues no es posible llegar a una conclusión similar con la acción de indemnización de daños.

En todo caso, cualquier consecuencia que quiera establecerse por ley sobre el contrato celebrado entrarán en juego únicamente cuando el deudor no pueda cumplir sus obligaciones nacidas del contrato de préstamo y siempre que esa imposibilidad de cumplir obedezca a circunstancias que ya estaban presentes en el momento de la concesión del préstamo. De este modo se evitarán reclamaciones estratégicas de prestatarios que quieran acogerse a esta beneficiosa regla.

3. Conclusiones

Tras esta larga exposición sobre la regulación de la obligación de evaluar la solvencia del prestatario, realizada en cinco trabajos publicados en CESCO, cabe concluir que el tratamiento legal de esta materia en la LCCI es innecesario e insuficiente. Es innecesaria porque la mayoría de las reglas contenidas en la Ley ya existían en nuestro ordenamiento jurídico, si bien es cierto que la LCCI extiende ahora la obligación de evaluar a los

⁶ ÁLVAREZ OLALLA, “La obligación de evaluar la solvencia y su incumplimiento”, *cit.*, pp. 801; DÍAZ ALABART, “Evaluación de la solvencia...”, *cit.*, pp. 237; CUENA CASAS, “Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario”, *cit.*, pp. 2899. ALFARO ÁGUILA-REAL, “La obligación de comprobar la solvencia del consumidor antes de conceder un préstamo”, en <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2014/04/la-obligacion-de-comprobar-la-solvencia.html> [fecha de consulta: 7.2.2019].

⁷ En concreto, cuando no se mencionen el importe, el número y la periodicidad de los pagos que deberá satisfacer el prestatario.



prestamistas que no son entidades de crédito. Y es insuficiente porque no diseña un adecuado sistema de sanciones jurídico-civiles que desincentiven el incumplimiento por el prestamista.

Esto último merece una reflexión. Las sanciones administrativas son insuficientes, pues no son disuasorias, ya que el prestamista tiene más incentivos para incumplir la obligación de evaluar la solvencia que para cumplirla. Todo el régimen instaurado en los arts. 11 y 12 LCCI queda en papel mojado si el incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia no va acompañado de consecuencias jurídico-civiles en el contrato de préstamo. Sin embargo, la LCCI no contempla ninguna consecuencia de este tipo. Cabe sostener, por ello, que el legislador español ha incumplido la DCCI, pues las sanciones contenidas en la LCCI (sanciones administrativas) no son efectivas ni disuasorias, como exige el art. 38.1 DCCI.