

# Sanciones proporcionales, eficaces y disuasorias ante el incumplimiento del principio del préstamo responsable<sup>1</sup>

Proportional, Effective and Dissipative Penalties for Failure to Comply with the Principle of the Responsible Loan

CAMILA JARAMILLO SIERRA<sup>2</sup>

## RESUMEN

En el presente trabajo, tras presentar las Directivas 2008/48/CE y 2014/17/UE sobre contratos de crédito al consumo, en las que se recomienda a los Estados miembro la inclusión de sanciones: proporcionales, eficientes y disuasorias, ante el incumplimiento del principio de préstamo responsable, se estudia la transposición de las mismas en Bélgica, Francia, Suiza y España con el fin de observar la diversidad de regímenes sancionatorios debido a su naturaleza *soft law*.

**Palabras claves:** *préstamo responsable; contrato de crédito al consumo; obligación del prestamista; evaluación de la solvencia.*

1 Fecha de recepción: 9 de mayo de 2017. Fecha de aceptación: 29 de junio de 2017. Para citar el artículo: Jaramillo, C. "Sanciones proporcionales, eficaces y disuasorias ante el incumplimiento del principio del préstamo responsable", *Revist@E- Mercatoria*, vol. 16, n.º 1, enero-junio, 2017. DOI: <https://doi.org/10.18601/16923960.v16n1.04>

2 Abogada especialista en responsabilidad y daño resarcible de la Universidad Externado de Colombia. Máster en Derecho Privado Patrimonial de la Universidad de Salamanca. Actual candidata a doctora en Derecho Mercantil por la Universidad Complutense de Madrid bajo el tema de investigación "Préstamo responsable y *credit reporting systems*". (camilajsierra@gmail.com)

## ABSTRACT

In this paper, the author, following the presentation of Directives 2008/48/EC and 2014/17/UE on consumer credit agreements, which recommend member States to include sanctions: proportional, efficient and dissuasive in the event of non-compliance of the principle of responsible lending. The transposition of these in Belgium, France, Switzerland and Spain is being studied in order to observe the diversity of penalties due to their soft law nature.

**Keywords:** *responsible loan; consumer credit agreement; lender liability; solvency assessment*

## INTRODUCCIÓN

La política de concesión responsable del crédito, vela por brindar estabilidad y transparencia al sistema económico, disminuir la asimetría de la información existente de antaño en las relaciones del mundo financiero y, sobre todo, permitir el resguardo de los depositantes, la preservación de la fe pública y el aumento de la confianza en las entidades prestamistas, lo cual se ha visto gravemente deteriorado en los últimos tiempos.

Tanto la crisis financiera de 1929 como la iniciada en 2007 nos dejan como principal enseñanza que de no tratarse con acuciosidad la responsabilidad financiera por cada entidad prestamista, desde la más pequeña hasta la más grande, las consecuencias pueden ser variadas y oscilan entre el sobreendeudamiento desmedido de los usuarios, la pérdida de la confianza y la consiguiente concreción del riesgo sistémico, lo que conlleva un desajuste del mercado económico cuyas repercusiones son al día de hoy fácilmente verificables.

Así pues, siendo el estudio de la solvencia del futuro prestatario el núcleo esencial del principio del préstamo responsable, su regulación, implementación y sanción ante su incumplimiento, con acierto y determinación, resultan primordiales en cada uno de los Estados con el fin de mantener una economía financiera transparente, competitiva y más estable.

En esta medida, para disminuir el riesgo de crédito irresponsable, las entidades deberán verificar *a priori* y con detenimiento la solvencia del futuro deudor con base en los ficheros de solvencia (positivos y negativos) y la información requerida por la entidad.

Así lo han incluido en su regulación las directivas 2008/48/CE y 2014/17/UE con fundamento en la propuesta de directiva realizada en el 2002 por el Consejo y Parlamento de la Unión Europea.

Conforme lo anterior y dada la trascendencia económica social y política del tema en cuestión, en la presente investigación nos cuestionamos cuáles son las consecuencias que le acarrea al prestamista el incumplimiento de dicho deber de evaluación de la solvencia conforme el préstamo responsable.

Tras realizar un breve acercamiento a la materia, este trabajo centrará su atención en presentar algunos esquemas sancionatorios creados por diferentes legisladores europeos a propósito de la transposición, al derecho nacional, de las directivas mencionadas.

De este modo podremos observar cómo ciertos países han dado cumplimiento a las directivas a través de la creación de esquemas sancionatorios integrales y rígidos, y otros, por el contrario, han destacado la naturaleza *soft law*, de las mismas, para no vincular su contenido.

## I. PROPUESTA, DIRECTIVAS Y RECOMENDACIONES.

Es bien sabido que el hecho de que la entidad financiera lleve a cabo su actividad de riesgo en desatención de los parámetros de diligencia y del principio del préstamo responsable trae consecuencias gravosas no sólo para los clientes que confiando en el sistema financiero entregan sus ahorros, para los inversionistas que aceptan créditos más allá de sus posibilidades (debido a una errónea concesión) sino también, y en mayor medida, para el sistema económico que los soporta<sup>3</sup>.

Como consecuencia de lo anterior, en el año 2002, previa la iniciación de la fuerte crisis financiera mundial, se presentó una Propuesta de Directiva del Parlamento y el Consejo concerniente el crédito a los consumidores<sup>4</sup> en la que se abordaban aspectos como la obligación previa de asesoramiento al consumidor, la prohibición de publicidad engañosa, el tratamiento de datos personales, la regulación de tipos de crédito, el principio del préstamo responsable, la evaluación de solvencia, entre otros. Dicha propuesta planteó, asimismo, a los Estados miembros la posibilidad de imponer sanciones a los profesionales que desatendieran las disposiciones allí incluidas, resaltando de este modo la importancia de su cumplimiento, así:

“El artículo 31 de la presente propuesta de Directiva dispone que los Estados miembros podrán adoptar sanciones apropiadas cuando los profesionales en cuestión

3 Manuelito, S., Correia, F., Jiménez, L.F. *La crisis sub-prime en Estados Unidos y la regulación y supervisión financiera: lecciones para América Latina y el Caribe*. Naciones Unidas, CEPAL, Serie Macroeconómica del desarrollo, n.º 79, Santiago de Chile, 2009, p. 24. “(...) Cuando las autoridades permiten y fomentan la canalización del aborro desde el público hacia la inversión a través de instituciones esencialmente frágiles, comprometen la fe pública y, en consecuencia, deben velar por que los eventos de pérdida de esos ahorros no se sucedan y tengan los menores efectos negativos cuando ocurren. Ello es particularmente cierto para el caso de aborrrantes que, por las inevitables asimetrías de información, no están en condiciones de tener conocimiento cabal acerca del uso de sus recursos ni de los riesgos que asumen las instituciones financieras en cumplimiento de su función, la cual es necesaria al crecimiento económico. La regulación prudencial de la solvencia es entonces herramienta indispensable para el balance entre el uso del aborro para el crecimiento y la preservación de la fe pública”.

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

no respeten las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la Directiva. Nos referimos en particular a la pérdida de los intereses o a las sanciones, así como a la retirada de la autorización o la licencia".

Además de sugerir al legislador nacional la imposición de sanciones en general, menciona la "*pérdida de intereses*", como un ejemplo de consecuencia ante el desacato de los deberes del prestamista, que supera la esfera administrativa e interviene en el campo jurídico del contrato.

Dicha sanción derivaría del incumplimiento del principio de préstamo responsable, en especial del deber de evaluar la solvencia, e implicaría la responsabilidad civil del prestamista en el marco del contrato financiero.

Si bien la iniciativa presenta una estructura legal más organizada donde se plantea un deber ser, es decir parámetros de cumplimiento con sus respectivas consecuencias de hecho ante su inobservancia; la propuesta está limitada en la medida en que sólo regula la relación entre los profesionales y el consumidor.

En desarrollo de la propuesta el legislador europeo dictó la Directiva 2008/48/CE; en ella se vuelve a abordar el tema del préstamo responsable<sup>5</sup> resaltando que:

"En un mercado crediticio en expansión, en particular, es importante que los prestamistas no concedan préstamos de forma irresponsable o sin haber evaluado previamente la solvencia del prestatario, y que los Estados miembros lleven a cabo el control necesario para evitar tales comportamientos, así como los medios necesarios para sancionar a los prestamistas en caso de que ello ocurra. Sin perjuicio de lo dispuesto sobre el riesgo del crédito en la Directiva 2006/48/CE (...) los prestamistas deben tener la responsabilidad de controlar individualmente la solvencia del consumidor".

Como es característico de todas las directivas, la presente otorga independencia a los Estados miembros para que adapten a su legislación interna, acorde con su realidad, la normativa aquí regulada, exigiendo por ende el cumplimiento de unas obligaciones de resultado y no de medio. Sin embargo, condiciona este esquema sancionatorio estableciendo que:

"Los Estados miembros determinarán el régimen de sanciones aplicables a las infracciones de las disposiciones nacionales adoptadas con arreglo a la presente Directiva y adoptarán las medidas necesarias para garantizar su aplicación. Las sanciones establecidas deberán ser efectivas, proporcionadas y disuasorias"<sup>6-7</sup>.

5 Directiva 2008/48/CE, de 23 de abril de 2008 relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo Motivo 26.

6 Directiva 2008/48/CE, Ídem, Artículo 23.

7 Directiva 2008/48/CE Ídem, Exposición de Motivos 47. Lo anterior lo plasma desde su planteamiento inicial en la exposición de motivos, así: "(...) Si bien la elección de las sanciones queda a discreción de los Estados miembros, estas han de ser efectivas, proporcionadas y disuasorias".

En este sentido, si bien al legislador le resta un amplio abanico de potenciales medidas, es claro que las mismas deberán ser:

a) Efectivas, lo que implica que su resultado se concrete en el plano material. Las sanciones adoptadas por los legisladores europeos deberán conllevar *“una protección jurídica efectiva y eficaz de los derechos que se derivan de ella”*<sup>8</sup>.

b) Proporcionadas, es decir que correspondan a la gravedad del supuesto de hecho infringido. Ello conlleva a que el alcance de la infracción y por ende la sanción deban ser evaluadas en el caso en concreto y no mediante la imposición de soluciones en abstracto<sup>9</sup>; como ha declarado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea:

*“(...) las medidas administrativas o sancionadoras no deben sobrepasar lo estrictamente necesario para alcanzar los objetivos perseguidos, y las modalidades de control no deben implicar sanciones tan desproporcionadas con la gravedad de la infracción que constituyan un obstáculo a las libertades reconocidas (...)”*<sup>10</sup>.

c) Disuasorias, que las mismas tengan la capacidad de desalentar o cambiar el esquema de comportamiento a futuro, adoptado por el prestamista, en el marco de la relación precontractual y contractual pues su continuación le conlleva consecuencias negativas<sup>11-12</sup>.

Así pues, obsérvese que, si bien la propuesta hace expresa mención a la pérdida de intereses, sanciones y retiro de autorizaciones o licencias, la Directiva hace caso omiso a lo anterior y a grandes rasgos establece que el prestamista tiene la responsabilidad de controlar individualmente la solvencia y que cada Estado miembro deberá determinar un régimen sancionatorio, sin concretar cuáles han de ser las sanciones ante su incumplimiento.

Cabe resaltar que las anteriores características fueron también reiteradas por el legislador europeo en una posterior directiva, la 2014/17/UE concerniente

8 Ver por analogía la sentencia del TJUE de 25 de abril de 2013, Asunto C-81/12, TJCE 2013/190, Considerando 63. Ver también las consideraciones 20 y 47. Ver también Sentencia TJUE de 22 de abril de 1997, Asunto C-180/90, TJCE 1997\82, Considerando 24, 25 y 39.

9 Ver por analogía: sentencia del de 6 de noviembre de 2003, Asunto C-101/01, TJCE 2003\368, Considerando 75, 87, 88; sentencia del TJUE de 5 de julio de 2007, Asunto C-430/05, TJCE 2007\184, Considerando 53,54,55; Sentencia del TJUE de 16 de diciembre de 1992, Asunto C-201/91, TJCE 1992\213, Considerando 13 y 19.

10 TJUE, Asunto C-201/91, TJCE 1992\213, ob. cit., Considerando 20.

11 Ver por analogía: sentencia del TJUE de 8 de junio de 1994, Asunto C-383/92, TJCE\1994\96, Considerandos 42 y 56 a 58; Sentencia TJUE de 22 de abril de 1997, Asunto C-180/95, TJCE 1997\82, Considerando 40.

12 García Rubio, M. P. *La obligación a cargo del profesional de evaluar la solvencia del consumidor prestatario. Comentario a la STJUE, Sala Cuarta, de 27 de marzo de 2014, Asunto c-565/2012, Le crédit Lyonnais SA v Fesib Kalan*, La Ley Unión Europea, n.º 16, Editorial La Ley, junio, 2014. *“(...) para ser disuasoria, tiene que producir un efecto preventivo en el sentido de que quienes las sufran y sus homólogos se abstengan, en vista de las posibles sanciones, de repetir prácticas similares en el futuro”*.

los contratos de crédito hipotecario, tanto en su exposición de motivos<sup>13</sup> como en su normativa final<sup>14</sup>.

Si bien hace nuevamente referencia a la imposición de sanciones<sup>15</sup>, debe destacarse que, en el año 2011, el Comité Económico y Social Europeo -en adelante CESE- como órgano consultivo de la Unión Europea presentó un dictámen referente a la Propuesta<sup>16</sup> de la posterior Directiva 2014/17/UE donde expresamente advertía que:

“El objetivo perseguido por la evaluación de la solvencia del prestatario debería ser evitar el endeudamiento excesivo. En el caso de impago, el prestamista deberá asumir la responsabilidad si su decisión se ha basado en una evaluación mediocre de la solvencia del prestatario. Los costes que generan los préstamos irresponsables deben ser soportados por el prestamista”<sup>17</sup>.

Recordando que el CESE “es especialmente partidario de un crédito responsable, lo que exige el respeto de las normas precisas por el prestamista y el prestatario”, incluye un mandato general que impone que el prestamista asuma toda la responsabilidad proveniente de su incumplimiento, incluyendo los costes, derivados de la concesión irresponsable del préstamo. Lo anterior en atención a que el infractor del parámetro de diligencia ha sido directamente el prestamista y es por ello que no resultaría coherente que el prestatario debiera soportar el peso de su infracción.

Asimismo, *THE WORLD BANK*<sup>18</sup>, en un informe sobre las principales herramientas de regulación del crédito responsable, consideró que:

“Failing to follow the LTV/DTI<sup>19</sup> limits or conducting adequate assessment should

13 Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, motivo 26.

14 Directiva 2014/17/UE, Ídem, artículo 23.

15 Cuenca Casas, M., “El sobreendeudamiento privado como causa de la crisis financiera y su necesario enfoque multidisciplinar” en AA. VV. (Coordinadores Prats Albentosa, L. y Cuenca Casas, M.) Préstamo Responsable y Ficheros de Solvencia. Editorial Aranzadi S.A., Pamplona, 2014, p. 76. “Lo llamativo es que esta decisión se imponga legalmente y sin que queden claras las consecuencias de su incumplimiento. No es lo mismo incumplir la obligación de evaluar la solvencia que realizar tal evaluación y no obstante, conceder el préstamo a sabiendas de que la persona no lo va a devolver. Siendo dos aspectos diferentes el resultado es el mismo: ya sea porque el acreedor no evaluó la solvencia o porque haciéndolo, concedió el préstamo tras un test negativo, el deudor no puede pagar y se coloca en situación de insolvencia”.

16 Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial» [COM (2011) 142 final — 2011/0062 (COD)] (2011/C 318/22).

17 Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial», Ídem, Capítulo 5: Evaluación de la solvencia, numeral 3.5.2.

18 *THE WORLD BANK*, *Responsible lending. Overview of regulatory tools*, octubre, Washington, DC., 2013, p. 46.

19 LTV son las siglas en inglés de “loan to value” es decir préstamo-valor y DTI las de “debt-service to-income” es decir la relación entre la deuda y los ingresos del prestatario.

have an impact on both the lender and borrower. The lender may be subject to a supervisory action (including a penalty, especially for repeated or large-scale breaches) while the borrower could benefit from application of a lower interest rate or prohibition of penalties or late fees if the borrower enters into arrears. Lenders could also be deemed responsible for defaults of overindebted clients"<sup>20</sup>.

Al igual que la propuesta de 2002, el presente informe adiciona que ante un inadecuado estudio de solvencia el prestamista incurrirá en responsabilidad y el prestatario podrá obtener una serie de beneficios contractuales (disminución de intereses, prohibición de sanciones o multas por impago etc.) en aras a mantener el equilibrio.

Varios de los anteriores documentos introducen una novedad de gran trascendencia que consiste en la implementación de sanciones cuyas consecuencias no sean sólo de carácter disciplinario o administrativo para el infractor, sino que transgredan dichas esferas y se reflejen en el contrato, para de este modo compensar al prestatario.

Los documentos que expresamente proponen dichas sanciones alternativas son lamentablemente aquellos que no conllevan un obligatorio cumplimiento, sino simplemente estudios y recomendaciones<sup>21</sup>, como es el caso de la Propuesta de 2002, el Dictamen del CESE, los estudios de *The World Bank*, del Fondo Monetario Internacional, Basilea III<sup>22</sup> etc.

20 Traducción libre: "El no seguir los límites de LTV/DTI o no llevar a cabo evaluaciones adecuadas debería tener un impacto tanto en el prestamista como en el prestatario. El prestamista puede ser sujeto de una acción supervisora (incluyendo el acarrear una pena por incumplimientos repetitivos o significativos) mientras que el prestatario podría beneficiarse de la aplicación de una tasa de interés inferior, la prohibición de penalidades o pagos atrasados si incurre en mora. Los prestamistas también podrían ser considerados responsables de falta de pago por parte de clientes sobreendeudados".

21 Salvador Armendáriz, M. A., *El riesgo sistémico en la regulación bancaria: una aproximación a las respuestas del derecho a la crisis financiera*. Revista Jurídica de Navarra, n.º 50, julio-diciembre, 2010. En el mismo sentido considera la autora "Al tratar de las respuestas del derecho bancario o financiero en el ámbito global o internacional aparece la primera gran dificultad, que no es otra que la inexistencia de centros de decisión internacional con potestad para adoptar normas en sentido estricto 11. A lo más que podemos llegar es a hablar de la formulación de un "soft law". Foros internacionales como el Comité de Supervisores de Basilea, el FMI o el G-20 han reforzado los instrumentos de los que disponían hasta el momento y buscan fórmulas para alcanzar respuestas coordinadas de alcance internacional. A pesar de ello, los compromisos allí adoptados no pasan de ser el fruto de la voluntad política de los Estados participantes en un determinado momento.

*La ausencia de un poder público de ámbito global con autoridad y potestad para imponer respuestas en este ámbito de la actividad económica hace difícil pensar en un verdadero derecho bancario global, stricto sensu. Ello no impide, no obstante, que la integración de soluciones globales se esté imponiendo por la vía de la incorporación a los derechos nacionales —en el caso europeo, al derecho europeo— de soluciones gestadas en instancias inter-nacionales del más variado tipo".*

22 Las recomendaciones del Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, Basilea III, recomiendan adoptar el modelo RAROC (Rendimiento ajustado al riesgo de capital) que fomenta la medición de la rentabilidad de la cartera de crédito diversificada dentro de los parámetros

## II. TRANSPOSICIÓN DE LAS DIRECTIVAS

Ahora bien, a pesar de que las directivas estudiadas anteriormente se refieren al concepto de préstamo responsable (Directiva 2008/40/CE) e incluyen sanciones *efectivas, proporcionales y disuasorias* ante el incumplimiento de la evaluación precontractual de solvencia del futuro prestatario, cada Estado miembro ha realizado las transposiciones de manera diversa.

Debido a la libertad en su regulación, al ser obligatorio el cumplimiento de un resultado y no de unos medios, los regímenes sancionatorios por incumplimiento de las obligaciones provenientes del principio de préstamo responsable presentan grandes disimilitudes entre las legislaciones comunitarias.

Entre los varios tipos de sanciones contractuales encontramos la disminución de intereses, la prohibición de penalidades ante el impago del prestatario, la cancelación de los intereses moratorios, remuneratorios o de ambos, o incluso la pérdida del prestamista del capital.

A continuación expondremos algunos ejemplos de cómo las anteriores sanciones se han implementado e integrado diversamente en las legislaciones de los Estados miembros acorde con sus normas nacionales, sus principios financieros y sus experiencias económicas, sociales y políticas<sup>23-24</sup>.

de límites de exposición al riesgo ideal, teniendo en cuenta la probabilidad de pérdida de capital a causa del incumplimiento de pago de los clientes. Es por esta razón que todos los bancos tienen un sistema de administración de riesgo de crédito en donde a través de modelos estadísticos determinan el apetito de riesgo en sus políticas de crédito. Dentro del estudio de crédito se debe asegurar que el cliente cumpla con los lineamientos de la política definida y haya pasado positivamente la evaluación de solvencia y capacidad de pago. También es responsabilidad de los bancos no sobreendeudar a los clientes pues un otorgamiento desmedido de recursos, representa una mala asignación y por ende una pérdida económica.

- 23 De La Peña, L. y López Frías, J., *Crédito responsable: Un nuevo concepto en nuestro ordenamiento*. En Revista de Derecho Bancario y Bursátil, año 32, n.º 130, abril-junio, 2013, p. 68. "En Grecia, por ejemplo, el incumplimiento deriva en una exención al consumidor de los costes de crédito, incluyendo los intereses, sólo estando obligado a restituir el nominal del crédito. En el caso del Reino Unido, como en España, los organismos reguladores podrán imponer sanciones disciplinarias. No obstante, en el Reino Unido el incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia del cliente no implica que la relación de crédito sea <<injusta>> o <<predatoria>>, por lo que el consumidor deberá satisfacer las obligaciones derivadas del crédito, sin perjuicio de la posibilidad de que el consumidor acuda a los tribunales para que el juez decida si se ha producido un perjuicio en virtud del contrato de préstamo suscrito".
- 24 Atamer, Y. M., "Duty of Responsible Lending: Should the European Union Take Action"?, en AA. VV. (Coord. Grundmann, S. y Atamer Y. M.) *Financial services, financial crisis and general european contract law. Failure and challenges of contracting*, United Kingdom, 2011, p. 191. "But since a sanction for omitting such assistance is not provided for under the Directive, and the Member States are only obliged to introduce penalties, 'which are effective, proportionate and dissuasive' (Article 23) no special provision can be fathomed in the transposition measures of e.g., Germany, Austria or UK. In Germany, it is proposed to apply the general principles of contract law regarding culpa in contrahendo that is bargaining in good faith. According to § 241(2) BGB an obligation may also, depending on its content, oblige each party to take account of the rights, legal interests and other interests of the other party. Such an

## 1. BÉLGICA

La ley belga relativa al crédito de consumo expone en su normativa un muy completo esquema de la obligación de evaluar la solvencia compuesto por un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica ante su inobservancia.

En el primer apartado del artículo 15<sup>25</sup> se establece que el prestamista y el intermediario están en la obligación de informar y aconsejar al consumidor acerca del tipo de contrato de crédito y el monto del mismo que más se adapte a su propósito y a su situación financiera al momento de contratar.

Para ello, el prestamista previamente deberá consultar la información de la central de crédito y la que considere pertinente solicitarle al consumidor para analizar su situación económica, sus facultades de reembolso y sus otros compromisos financieros, según lo establecido por el artículo 10<sup>26</sup> de la misma ley para la evaluación de la solvencia. Ahora bien, considera la ley que si tras el estudio de dicha información se procede a la concesión del crédito es porque se estima razonablemente que el consumidor va a ser capaz de cumplir con las obligaciones derivadas del contrato.

Lo anterior nos lleva a concluir que bajo la presente no es procedente la concesión de un crédito derivado de un estudio previo de solvencia cuyo resultado es negativo.

*obligation may come into existence already by the commencement of contract negotiations (§ 311(2) BGB). This triggers a damages claim based on § 280 BGB in order to cover the reliance interest of the consumer. If for example, the creditor has omitted to inform the consumer on its different products available and there was one, which was more suitable for the needs of the consumer, the creditor will have to compensate the losses encountered. In Austrian literature it is argued, that apart from the culpa in contrahendo claim the consumer has also a right to avoid the contract due to the fact that he was mistaken in regard of the credit agreement options".*

- 25 Loi relative au crédit à la consommation, de 12 juin 1991. Artículo 15 "Le prêteur et l'intermédiaire de crédit sont tenus de rechercher, dans le cadre des contrats de crédit qu'ils offrent habituellement ou pour lesquels ils interviennent habituellement, le type et le montant du crédit les mieux adaptés, compte tenu de la situation financière du consommateur au moment de la conclusion du contrat et du but du crédit.

*Le prêteur ne peut conclure de contrat de crédit que si, compte tenu des informations dont il dispose ou devrait disposer, notamment sur la base de la consultation organisée par l'article 9 de la loi du 10 août 2001 relative à la Centrale des crédits aux particuliers, et sur la base des renseignements visés à l'article 10, il doit raisonnablement estimer que le consommateur sera à même de respecter les obligations découlant du contrat.*

*Le Roi détermine de quelle manière le prêteur fournit la preuve de la consultation de la Centrale ainsi que le délai pendant lequel cette preuve doit être conservée.*

*Pour l'application des alinéas 1er et 2, chaque modification du montant du crédit implique la conclusion d'un nouveau contrat de crédit".*

- 26 Loi relative au crédit à la consommation, Idem, art. 10. "Le prêteur et l'intermédiaire de crédit sont tenus de demander au consommateur sollicitant un contrat de crédit, ainsi que, le cas échéant, aux personnes qui constituent une sûreté personnelle, les renseignements exacts et complets qu'ils jugent nécessaires afin d'apprécier leur situation financière et leurs facultés de remboursement et, en tout état de cause, leurs engagements financiers en cours. Le consommateur et la personne qui constitue une sûreté personnelle sont tenus d'y répondre de manière exacte et complète.

*En aucun cas, les renseignements sollicités ne peuvent concerner la race, l'origine ethnique, la vie sexuelle, la santé, les opinions ou activités politiques, philosophiques ou religieuses, ou l'appartenance syndicale ou mutualiste".*

Por su parte, en el capítulo IX sobre las sanciones, la ley expone las consecuencias jurídicas civiles, penales o administrativas ante la inobservancia de las obligaciones establecidas a lo largo de la ley.

Es así como, sin perjuicio de las sanciones derivadas del derecho común, la presente ley establece que de no haberse respetado por el prestamista o el intermediario las obligaciones derivadas del préstamo responsable, entre ellas la obligación de evaluación de la solvencia, el juez podrá liberar al consumidor de todos o parte de los intereses de mora y reducir sus obligaciones hasta el valor del bien o servicio o del monto prestado<sup>27</sup>.

## 2. FRANCIA

A raíz de la expedición de la Directiva 2008/48/CE se promulgó en Francia la Ley 2010-737<sup>28</sup> que modifica fundamentalmente el libro III del *Code de la Consommation*.

Es así como esta ley se presentó como una gran oportunidad para la proposición de nuevas y numerosas medidas de protección a los usuarios del sistema en el marco de una solicitud de préstamo. Entre las novedades se encuentra la creación de la Autoridad de Control Prudencial (ACP) cuya labor de policía administrativa se centra en la vigilancia del cumplimiento de las normas de protección a los clientes por parte de las entidades financieras, las aseguradoras y los intermediarios<sup>29</sup>.

Debido a la relevancia de la materia y en aras a prevenir el sobreendeudamiento causado por la indebida contratación financiera, la presente ley da mayor alcance a la aplicación de las sanciones establecidas en el *Code de la Consommation*. Este regulaba como sanciones ante el incumplimiento de las obligaciones del prestamista referentes el principio de préstamo responsable, la imposición de medidas tanto administrativas como contractuales. Por una parte, imponía multas por su desatención y, por otra, impedía al prestamista beneficiarse de su derecho a percibir los intereses derivados del contrato de crédito.

27 Loi relative au crédit à la consommation, *Idem*, art. 92. "Sans préjudice des autres sanctions de droit commun, le juge peut relever le consommateur de tout ou de partie des intérêts de retard et réduire ses obligations jusqu'au prix au comptant du bien ou du service, ou au montant emprunté lorsque:

1° le prêteur n'a pas respecté les obligations visées,

2° l'intermédiaire de crédit n'a pas respecté les obligations visées (aux articles 10, alinéa 1er, 11, 11bis, 15, alinéa 1er, 63, § 1er, 2, 4 et 5, et 64, § 1er);

3° les formalités prévues à l'article 17 concernant la conclusion du contrat n'ont pas été respectées.

Dans ces cas le consommateur conserve le bénéfice de l'échelonnement des paiements".

28 Loi n° 2010 737 du 1er juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation.

29 Sellier, C. *La loi sur le crédit à la consommation: la protection de la clientèle au cœur de la prévention et du contrôle bancaire et assurantiel*. Bulletin de la Banque de France, N° 182, 4e trimestre, 2010. [En línea] Banque du France. Disponible en: [http://www.banque-france.fr/uploads/tx\\_bdfbulletins/Bulletin-de-la-Banque-de-France-etude-182-5.pdf](http://www.banque-france.fr/uploads/tx_bdfbulletins/Bulletin-de-la-Banque-de-France-etude-182-5.pdf) [Con último acceso el 25 de abril de 2017].

No satisfecho con las anteriores medidas y buscando una prevención efectiva del endeudamiento irresponsable, el legislador aprovechó la transposición de la directiva para modificar el régimen de responsabilidad regulatorio de la relación prestamista - prestatario.

Fue así como la ley transformó el régimen de responsabilidad subjetivo en un esquema de responsabilidad objetivo de los prestamistas a los prestatarios para el correcto cumplimiento de las obligaciones establecidas en los artículos L311-47 a L311-49-1<sup>30</sup> (entre las que se encuentra el deber de evaluar la solvencia) del *Code de la Consommation*<sup>31</sup>.

Con respecto a dicha modificación, estructural cabe destacar que no resulta trascendental para el juicio de responsabilidad indagar si el prestamista actuó con poca o suficiente diligencia en el ejercicio de su actividad. El elemento "culpa" no debe ser analizado por ningún motivo, ya que lo relevante es evaluar el cumplimiento de esas obligaciones de resultado y, ante su inobservancia, responder.

Así pues, en el artículo L311-9 el legislador establece que previa la celebración del contrato financiero el prestamista está en el deber de verificar la solvencia del prestatario a partir del estudio de una información suficiente en la que se incluye la aportada por el consumidor a solicitud de la entidad. Por su parte, el prestamista consultará el fichero de solvencia administrado por el Banco de Francia como instrumento para la apreciación de la solvencia del solicitante del crédito<sup>32-33</sup>.

Como consecuencia de dichos incumplimientos el *Code de la Consommation* en su artículo L311-48<sup>34</sup> establece que, en protección de la clientela, el juez

30 Los artículos L311-33 a L311-35 relativos a las sanciones fueron reemplazados por los artículos L311-47 a L311-49, actual artículo 14 de la Loi n.º 2010 737.

31 Con el fin de profundizar en dicha modificación, ver el Informe de la Comisión de Asuntos Económicos n.º 2150 para el Proyecto de Ley sobre la Reforma al Crédito al Consumo (1769). [En línea] Banque du France. Disponible en: <http://www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/rapports/r2150.pdf> [Con último acceso el 25 de abril de 2017].

32 *Code de la Consommation*, Artículo L311-9 modificado por el artículo 76 de la Loi n.º 2010 737. El artículo establece que: "Avant de conclure le contrat de crédit, le prêteur vérifie la solvabilité de l'emprunteur à partir d'un nombre suffisant d'informations, y compris des informations fournies par ce dernier à la demande du prêteur. Le prêteur consulte le fichier prévu à l'article L. 333-4 (...)"

33 El 26 de octubre de 2010 se adoptó el arrêté ministériel relatif au fichier national des incidents de remboursement des crédits aux particuliers (Orden ministerial relativa al fichero de información sobre solvencia patrimonial y crédito). En esta Orden se regulan las condiciones según las cuales el prestamista debe custodiar la información y las pruebas de la consulta realizada al fichero nacional para el caso de ser solicitadas por un juez en el marco de un litigio.

34 *Code de la Consommation*, idem, Artículo L311-48 (art. 18, Capítulo VII de la Loi n.º 2010 737): "(...) Lorsque le prêteur n'a pas respecté les obligations fixées aux articles L. 311-8 et L. 311-9, il est déchu du droit aux intérêts, en totalité ou dans la proportion fixée par le juge. (...) L'emprunteur n'est tenu qu'au seul remboursement du capital suivant l'échéancier prévu, ainsi que, le cas échéant, au paiement des

francés puede sancionar en la esfera contractual al prestamista con la pérdida de la totalidad de los intereses impuestos al crédito o una parte de ellos según su criterio<sup>35</sup>.

Dada su amplitud, la solución normativa ha sido revisada por la *Cour de Cassation* (Francia) en el sentido de que la sanción de pérdida de los intereses solo afecta a los convencionales por lo que los intereses al tipo legal siguen adeudándose en virtud de lo establecido por el artículo 1153 del *Code Civil*. Bajo esta premisa establece el legislador en su apartado final que tras la imposición de la sanción el prestatario estará obligado al reembolso del capital del préstamo bajo las iniciales condiciones contractuales y al pago de los intereses de los que no haya sido privado el prestamista.

Asimismo, indica que las cantidades percibidas a título de intereses que produzcan interés al tipo legal, desde el día mismo de su abono, serán restituidos al prestatario o imputados a su capital restante de deuda.

De lo anterior podemos concluir que la legislación francesa contempla en algunos casos, fundada en el esquema de responsabilidad objetiva, sanciones contractuales ante la inobservancia de los deberes de préstamo responsable y en especial de análisis de la solvencia del futuro prestamista. Las anteriores serán impuestas por el juez acorde a su sana crítica y versarán sobre la limitación del derecho a percibir los intereses establecidos por vía contractual o legal.

Si bien representa, al igual que la legislación belga y suiza, un avance en la materia al comprender la necesidad de sancionar en el marco del contrato al prestamista irresponsable, su alcance ha sido cuestionado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>36</sup>.

El Tribunal considera que, si bien tras el incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia resulta procedente sancionar al prestamista con la privación del derecho a reclamar los intereses convencionales, la legislación le permite beneficiarse de los intereses legales.

Lo anterior no comportaría ningún quebrantamiento a la Directiva 2008/48/CE de no ser porque el *Code Monétaire et Financier* establece que si el prestatario no abona la totalidad de la deuda en los dos meses siguientes a que la sentencia

*intérêts dont le prêteur n'a pas été déchu. Les sommes perçues au titre des intérêts, qui sont productives d'intérêts au taux de l'intérêt légal à compter du jour de leur versement, sont restituées par le prêteur ou imputées sur le capital restant dû. (...)*".

35 Respecto a lo anterior consideramos que la ley al mencionar que el juez de manera razonable fijará la sanción ante el incumplimiento del prestamista, centra su atención en la imposición de una medida proporcional a los daños causados y no una sanción acorde con la magnitud de la conducta incumplida. Una interpretación errónea del precepto conduciría a que el juez estudiara la mayor o menor diligencia con la que actuó el prestamista en el incumplimiento de su obligación, lo que nos llevaría de regreso a un esquema subjetivo de la responsabilidad.

36 Sentencia del TJUE de 28 de marzo de 2014, Asunto C56512, TJCE/2014/126.

adquiera fuerza ejecutoria, el interés legal sufrirá un incremento de cinco puntos que se efectuará de pleno derecho<sup>37</sup>.

Respecto a la cuestión prejudicial propuesta, el Tribunal se plantea:

“(…) si el rigor de esta sanción es adecuado a la gravedad de las infracciones que castiga y, en particular, si tal sanción supone un efecto realmente disuasorio. Sobre este particular, el tribunal remitente señala que, según la jurisprudencia nacional, la sanción de privación de los intereses afecta únicamente a los intereses convencionales, de modo que los prestamistas se benefician de pleno Derecho de los intereses al tipo legal que, en la gran mayoría de los casos, se incrementan, también de pleno Derecho, en cinco puntos. En el litigio principal, y en relación con el año 2012, ese tribunal precisa que el tipo de interés convencional era del 5,60 %, mientras que los intereses al tipo legal, incrementados en cinco puntos, se elevaban al 5,71 %. La diferencia entre ambos tipos es aún mayor por lo que respecta al año 2013. De ello se deduce, en su opinión, que la aplicación de la sanción de privación, prevista por la normativa nacional, puede procurar una ventaja al prestamista<sup>38</sup>.

De lo anterior se deriva con claridad que la afectación patrimonial causada por la pérdida de los intereses remuneratorios es rápidamente superada por el prestamista tras la reclamación de los intereses legales aumentados según la fórmula antes planteada.

Que el prestamista incumplidor de la ley obtenga mayores ventajas económicas que el cumplidor de la misma resulta no sólo un sinsentido jurídico sino un desincentivo para que el concedente del crédito evalúe con diligencia la capacidad de reembolso del prestatario; lo que conlleva a concluir que la norma continente la sanción no goza de poder disuasorio alguno<sup>39</sup>.

A pesar de los intentos proteccionistas del crédito responsable, el legislador francés debe continuar en la labor de estudiar instrumentos sancionatorios que resulten no sólo efectivos y proporcionales sino también disuasorios a los ojos del profesional de la actividad financiera y que conlleven a que, dada la gravedad económica de las penas, se abstenga de sus acciones.

37 Code Monétaire et Financier, Artículo L. 313-3. *“En cas de condamnation pécuniaire par décision de justice, le taux de l'intérêt légal est majoré de cinq points à l'expiration d'un délai de deux mois à compter du jour où la décision de justice est devenue exécutoire, fût-ce par provision. Cet effet est attaché de plein droit au jugement d'adjudication sur saisie immobilière, quatre mois après son prononcé.*

*Toutefois, le juge de l'exécution peut, à la demande du débiteur ou du créancier, et en considération de la situation du débiteur, exonérer celui-ci de cette majoration ou en réduire le montant”.*

38 Sentencia del TJUE de 28 de marzo de 2014, ob. cit., considerando 47 y 48.

39 Sentencia del TJUE de 28 de marzo de 2014, Ídem, Considerando 51. *“Si el tribunal remitente debiera declarar, tras la comparación mencionada en el apartado anterior, que, en el litigio del que conoce, la aplicación de la sanción de privación de los intereses convencionales puede conferir un beneficio al prestamista, dado que los importes de los que se le priva son inferiores a los resultantes de la aplicación de los intereses al tipo legal incrementado, de ello se deduciría manifiestamente que el régimen de sanciones controvertido en el litigio principal no garantiza un efecto realmente disuasorio a la sanción impuesta”.*

### 3. SUIZA

La Ley federal suiza de marzo de 2001 regula la concesión de créditos a los consumidores en el marco del préstamo responsable y bajo el principio de que el estudio de la capacidad para contraer obligaciones crediticias tiene como fin la prevención del sobreendeudamiento<sup>40</sup>.

Lo anterior se materializa en la regulación de la obligación de informar al cliente acerca de las características y condiciones del contrato, el deber precontractual de evaluar la solvencia del potencial prestatario, el deber de estudiar la conveniencia de la concesión del crédito, el nivel de riesgo de cumplimiento etc.

El artículo 28 de la ley<sup>41</sup> establece que en la etapa precontractual el prestamista deberá verificar que el consumidor está en capacidad de asumir las obligaciones derivadas de un contrato financiero, para ello remite a la norma relativa a la información de solvencia del consumidor.

Es así como el artículo 31<sup>42</sup> establece que el prestamista analizará la solvencia con base en la información que el consumidor entregará referente su situación financiera y económica, y previa la celebración del contrato deberá constatar su capacidad con la información del centro de información de crédito de consumo, regulado en el artículo 23 de la misma ley<sup>43</sup>.

Respecto a la información financiera aportada<sup>44</sup> se establece que el consumidor será capaz de contratar un crédito cuando su reembolso no implique

40 *Loi fédérale sur le crédit à la consommation (LCC) du 23 mars 2001. Section 5 Capacité de contracter un crédit. art. 22 Principe: L'examen de la capacité de contracter un crédit a pour but d'empêcher le surendettement occasionné par un contrat de crédit à la consommation.*

41 *Loi fédérale sur le crédit à la consommation, idem, Artículo 28 "Examen de la capacité de contracter un crédit: 1. Avant la conclusion du contrat, le prêteur doit vérifier, conformément à l'art. 31, que le consommateur a la capacité de contracter un crédit".*

42 *Loi fédérale sur le crédit à la consommation, Ídem, Artículo 31 "Étendue des renseignements relatifs au consommateur: 1. Le prêteur peut s'en tenir aux informations fournies par le consommateur sur ses sources de revenus et ses obligations financières (art. 28, al. 2 et 3) ou sur sa situation économique (art. 29, al. 2 et art. 30, al. 1). 2. Font exception les informations manifestement fausses ou qui ne correspondent pas aux données fournies par le centre de renseignements.*

3. *Si le prêteur doute de l'exactitude des informations fournies par le consommateur, il en vérifie la véracité au moyen de documents officiels ou privés, par exemple un extrait du registre des poursuites ou un certificat de salaire".*

43 Con el fin de centralizar la información, el artículo 23 de la misma legislación hace un llamado a los acreedores para la construcción conjunta de un centro de información de crédito de consumo. De este modo los acreedores tendrán que reportar cada crédito que se le otorgue al consumidor y los casos en los que el mismo se encuentre en impago.

44 *Loi fédérale sur le crédit à la consommation, ob. cit., Artículo 28, 2. Le consommateur est réputé avoir la capacité de contracter un crédit lorsqu'il peut rembourser ce crédit sans grever la part insaisissable de son revenu visée à l'art. 93, al. 1, de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite. 3. La part saisissable du revenu est déterminée selon les directives concernant le calcul du minimum vital édictées par le canton de domicile du consommateur. Dans tous les cas, il sera tenu compte:*

que el ingreso mínimo indispensable, destinado para su manutención y la de su familia<sup>45</sup>, se vea afectado<sup>46</sup>. Lo anterior conlleva a que para calcular la capacidad de solvencia del futuro prestatario únicamente se tendrán en cuenta sus ingresos y no su patrimonio.

Ahora bien, ante el incumplimiento de las obligaciones derivadas del préstamo responsable, la presente ley establece sanciones duras acorde a si la inobservancia es menor o es grave.

El numeral primero del artículo 32<sup>47</sup> considera como sanción para el supuesto de un incumplimiento grave la pérdida del monto total del crédito junto con los intereses (tanto moratorios como remuneratorios) y las comisiones. Asimismo, autoriza al consumidor a solicitar al prestamista la devolución de las cuotas aportadas con fundamento en el principio general del enriquecimiento sin justa causa.

Por su parte, respecto a la contravención menos gravosa de las obligaciones mencionadas, el legislador impone como sanción al prestamista la pérdida de todos los intereses pactados, moratorios y remuneratorios, y de los honorarios percibidos, permitiéndole preservar su derecho de exigir el reembolso del crédito.

#### 4. EL STATU QUO ESPAÑOL

La Ley de Economía Sostenible establecía en su artículo 29.2, previa su derogación por la Ley 10 de 2014, que las normas objeto de la ley desarrolladas por el Ministerio de Economía y Hacienda tendrían la condición de normas

*a. du loyer effectivement dû, b. du montant de l'impôt dû, calculé d'après le barème de l'impôt à la source, c. des engagements communiqués au centre de renseignements.*

45 Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889 (Etat le 1er janvier 2016), Artículo 93 "Revenus relativement saisissables: 1. Tous les revenus du travail, les usufruits et leurs produits, les rentes viagères, de même que les contributions d'entretien, les pensions et prestations de toutes sortes qui sont destinés à couvrir une perte de gain ou une prétention découlant du droit d'entretien, en particulier les rentes et les indemnités en capital qui ne sont pas insaisissables en vertu de l'art. 92, peuvent être saisis, déduction faite de ce que le préposé estime indispensable au débiteur et à sa famille".

46 Cabe resaltar que para disminuir el riesgo de impago y calcular la capacidad de reembolso se considera que el crédito fue concedido con una base de amortización de 36 meses a pesar de que la base establecida contractualmente haya sido superior. Lo anterior según el artículo 28 numeral 4 de la misma ley.

47 *Loi fédérale sur le crédit à la consommation*, ob. cit., Artículo 32. "Sanction: 1. Si le prêteur contrevient de manière grave aux art. 28, 29 ou 30, il perd le montant du crédit qu'il a onsentí, y compris les intérêts et les frais. Le consommateur peut réclamer le remboursement des montants qu'il a déjà versés, en application des règles sur l'enrichissement illégitime.

2. Si le prêteur contrevient aux art. 25, 26 ou 27, al. 1, ou contrevient de manière peu grave aux art. 28, 29 ou 30, il ne perd que les intérêts et les frais".

de ordenación y disciplina sin perjuicio de la Ley 26 de 1988 sobre disciplina e intervención de las Entidades de Crédito<sup>48-49</sup>.

Por su parte la Ley de Crédito al Consumo en su Exposición de motivos declara que cuando se incumplan las obligaciones impuestas por esta ley y el prestamista sea una entidad financiera, el régimen sancionatorio será el de la normativa sobre disciplina e intervención de las mismas. En el caso de que los prestamistas sean otras personas físicas o jurídicas, las sanciones serán impuestas conforme la legislación de protección de consumidores y usuarios<sup>50</sup>.

Posteriormente, se argumenta que la transgresión de la obligación de información precontractual y la evaluación de la solvencia implicará la imposición de sanciones graves o muy graves según la regulación contenida en el Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios.

Como es posible observar, las anteriores sanciones graves o muy graves se materializan en la imposición de multas al infractor por parte de la administración, así:

"1. Las infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios previstas en esta norma serán sancionadas por las Administraciones públicas competentes con multas de acuerdo con la siguiente graduación:

(...) b) Infracciones graves, entre 3.005,07 euros y 15.025,30 euros, pudiendo rebasar dicha cantidad hasta alcanzar el quíntuplo del valor de los bienes o servicios objeto de la infracción.

c) Infracciones muy graves, entre 15.025,31 y 601.012,10 euros, pudiendo rebasar dicha cantidad hasta alcanzar el quíntuplo del valor de los bienes o servicios objeto de infracción.

48 Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. Preámbulo "Si bien el régimen sancionador tiene por finalidad garantizar la aplicación de toda la Ley, con el fin de promover unas prácticas responsables en la fase previa al contrato se incide con especial énfasis en el cumplimiento de las obligaciones relativas a la información precontractual y de evaluación de la solvencia del consumidor".

49 Ley de Economía Sostenible, Ídem, art. 29.2 (derogado). "Se faculta al Ministro de Economía y Hacienda para que, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, apruebe las normas necesarias para garantizar el adecuado nivel de protección de los usuarios de servicios financieros en sus relaciones con las entidades de crédito, incluyéndose, en todo caso, las medidas relacionadas con la transparencia de las condiciones financieras de los préstamos y créditos hipotecarios y del crédito al consumo. Estas normas tendrán la condición de normas de ordenación y disciplina y, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (...)"

50 Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, cap. VII, art. 34. "Infracciones y sanciones administrativas. 1) El incumplimiento de las disposiciones de esta Ley por personas físicas y jurídicas distintas de las previstas en el apartado 2 será sancionado como infracción en materia de consumo, aplicándosele lo dispuesto en el régimen sancionador general de protección de los consumidores y usuarios previsto en el Título IV del libro primero del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, y demás normas aplicables, así como en las normas establecidas en las leyes autonómicas correspondientes".

2. En el supuesto de infracciones muy graves, la Administración pública competente podrá acordar el cierre temporal del establecimiento, instalación o servicio por un plazo máximo de cinco años."

El mismo esquema sancionatorio se replica en la Ley 10 de 2014 donde se dispone que el incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia del cliente se constituye como una infracción grave<sup>51</sup> de las obligaciones disciplinarias del prestamista, lo que conlleva, al igual que las demás normas una sanción administrativa del prestamista<sup>52</sup>.

Respecto a lo anterior resulta primordial resaltar que: a) las sanciones, traducidas en multas y amonestaciones públicas, son de carácter meramente administrativo y b) las mismas, en ambas normativas, serán aplicadas bajo la condición "de que no tengan carácter ocasional o aislado"<sup>53</sup>.

En definitiva, es una constante en el derecho de consumo y en el derecho financiero español que las sanciones a imponer tras el incumplimiento se concreten en el plano de la sanción administrativa sin reflejar indemnizaciones civiles en el marco de la relación contractual con el cliente.

Lo anterior comporta un vacío sancionatorio, un sinsabor, en la medida en que las consecuencias de dichas faltas sin duda alguna repercuten en el contrato y afectan al cliente, lo que conlleva la necesidad de un reequilibrio del mismo.

Sin ser suficiente esta limitante, el ordenamiento español establece que las anteriores sanciones administrativas que buscan aplacar las conductas incumplidoras del deber ser del prestamista, sólo serán aplicables cuando las actuaciones tengan carácter ocasional o aislado, y no siempre que se desacate la obligación.

51 Ley 10/2014, Artículo 93: "Literal f): Ejercer actos u operaciones con incumplimiento de las normas dictada al amparo del artículo 5, siempre que ello no suponga la comisión de una infracción muy grave de conformidad con lo previsto en el artículo anterior, salvo que tenga carácter ocasional o aislado". Cabe mencionar que en el artículo 5 de dicha ley se encuentra la obligación de evaluar la solvencia del cliente.

52 Ley 10/2014, Ídem, Artículo 98. "Sanciones por la comisión de infracciones graves. 1. Por la comisión de infracciones graves se impondrá a la entidad de crédito una multa que podrá ser, a juicio del órgano competente para resolver: a) De entre el doble y el triple del importe de los beneficios derivados de la infracción, cuando dichos beneficios puedan cuantificarse, o b) De entre el 3% y el 5% del volumen de negocios neto anual total, incluidos los ingresos brutos procedentes de intereses a percibir e ingresos asimilados, los rendimientos de acciones y otros valores de renta fija o variable y las comisiones o corretajes a cobrar que haya realizado la entidad en el ejercicio anterior; o multa de entre 2.000.000 y 5.000.000 de euros, si aquel porcentaje fuera inferior a esta cifra. Cuando la entidad infractora fuese una filial de una empresa matriz, se tendrán en consideración, a efectos de determinar el importe de la multa, los recursos propios de la empresa matriz en el ejercicio anterior. 2. Adicionalmente a las sanciones previstas en el apartado anterior, podrán imponerse las siguientes medidas accesorias: a) Requerimiento al infractor para que ponga fin a su conducta y se abstenga de repetirla. b) Amonestación pública con publicación en el «Boletín Oficial del Estado» de la identidad del infractor y la naturaleza de la infracción, y las sanciones o medidas accesorias impuestas, o amonestación privada".

53 Si bien la ley se refiere al incumplimiento de la norma con carácter ocasional o aislado, vale destacar que el legislador no se detiene en estudiar si la conducta se realizó con culpa o dolo del prestamista lo que sin duda alguna debería implicar una mayor o menor sanción.

Como resulta claro, en ninguna de las anteriores regulaciones actualmente vigentes se incluyen mecanismos para que el prestatario pueda alegar algún vicio contractual derivado de un incorrecto o inexistente cumplimiento de su obligación, lo que a todas luces podría ser un título jurídico de imputación de responsabilidad.

Por el contrario, con excepción de la Directiva 2014/17/UE ninguna de las normativas impide expresamente que los créditos se otorguen bajo la premisa de un incorrecto o inexistente estudio de solvencia. La Ley de Economía Sostenible y la Orden EHA 2899/2011 resaltan que en caso de que el deudor se encuentre en situación de impago o devenga insolvente, sobre la entidad no recaerá responsabilidad alguna.

Si bien el derecho español centra su atención en la regulación administrativa de las consecuencias ante el incumplimiento de evaluación de la solvencia, es preciso mencionar que, ante la falta de mecanismos sancionatorios, por vía doctrinal se ha propuesto dar aplicación a dos figuras del tradicional derecho de las obligaciones ante el incumplimiento obligacional del prestamista.

En primer lugar, cabe resaltar la posibilidad que tiene el cliente de solicitar la nulidad del contrato por vicio del consentimiento alegando bien sea error o dolo, conforme lo establece el artículo 1265 del Código Civil<sup>54</sup>. Lo anterior implicaría probar que la entidad concedió el préstamo tras realizar el estudio de solvencia y verificar la improcedencia de su autorización sin informarle de ello al prestatario y sin ponerle de presente que el mismo no le convenía; existiendo de este modo un vicio en su consentimiento<sup>55</sup>. Lo que conllevaría la invalidez (por no contar con los requisitos que la ley considera indispensables para su validez) y retrotraería a las partes al estado previo a la celebración del contrato.

Por otra parte, y como segunda vía, el artículo 1124<sup>56</sup> contempla la posibilidad de resolver el contrato cuando se incumplan obligaciones recíprocas<sup>57</sup>.

54 Código Civil, artículo 1265: "Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo".

55 De La Peña, L. y López Frías, J., ob. cit., p. 64. De las dos opciones aquí estudiadas, el autor considera la improcedencia de la resolución del contrato con base en el artículo 1124 pero respecto a la otra opción considera que: "(...) otra cuestión distinta sería aquella en que la entidad prestamista decidiera seguir adelante con un contrato de crédito a sabiendas de que no es adecuado para el cliente y sin comunicárselo a éste. En este caso, entendemos que el cliente tendría sólidas bases para alegar error (o incluso dolo) en el consentimiento para resolver el contrato en base al artículo 1265 del Código Civil".

56 Código Civil español, artículo 1224: "La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible. El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo (...)".

57 Gallego Sánchez, E. "La obligación de evaluar la solvencia del deudor. Consecuencias derivadas de su incumplimiento", en AA. VV. (Coordinadores Prats Albentosa, L. y Cuena

Es así como el prestatario podría optar por solicitar la resolución del contrato y el resarcimiento de los daños causados a raíz del incumplimiento, del prestamista, de la obligación de evaluar su solvencia<sup>58</sup>; lo que sin lugar a dudas conllevaría, además, la concesión de un crédito irresponsable<sup>59</sup>. Una resolución contractual implica, sin más, la restitución de las prestaciones entre las partes contratantes, lo que supone que el prestatario deberá retornar de inmediato las sumas entregadas en préstamo por la entidad.

Cabe resaltar que las vías mencionadas no se constituyen, por ningún motivo, como soluciones coherentes y eficaces ante el incumplimiento por parte del prestamista de la obligación de evaluar la solvencia<sup>60</sup>. El incumplimiento del prestamista no tiene porqué causarle un perjuicio adicional al prestatario quien deberá alegar la nulidad o la resolución del contrato yendo en contra de su interés único de conservación del mismo con base en un adecuado análisis de su capacidad de endeudamiento.

- Casas, M.), Préstamo Responsable y Ficheros de Solvencia. Editorial Aranzadi S.A., Pamplona, 2014 p. 234-235. "(...) tampoco parece que sea fácil que prospere la resolución del contrato por incumplimiento de la entidad ante la falta de atención a las obligaciones consideradas. La jurisprudencia tiene dicho al respecto que el art. 1124 Cciv ha de ser interpretado restrictivamente, exigiéndose un verdadero y propio incumplimiento de las obligaciones que incumban a cada parte, incumplimiento que ha de ser grave y de obligaciones esenciales, afirmándose que la facultad resolutoria de los contratos requiere no sólo la concurrencia de una voluntad del infractor, obstativa al cumplimiento, o la aparición de un hecho que, de manera definitiva, lo impide, frustrando el fin del contrato, sino que la vulneración de los pactado resulte grave o esencial, sin que baste aducir el incumplimiento de prestaciones accesorias o complementarias que, por su entidad no decisiva, no impiden que el acreedor obtenga el resultado económico que lo movió a actuar".
- 58 De La Peña, L. y López Frías, J., ob. cit., pp. 64 y 65. El autor considera que: "(...) el análisis debe realizarse desde el punto de vista de la finalidad de la norma. En este sentido los artículos mencionados en el párrafo anterior [artículo 18.6 de la Orden EHA/2899/2011 y el segundo párrafo del punto tercero de la norma duodécima de la Circular 5/2012] confirman que las normas de crédito responsable no pretenden crear derechos individuales que sean parte integrante de los contratos y cuyo incumplimiento pueda ser alegado por parte del cliente para resolver el contrato en base al artículo 1124 del Código Civil, sino que son unos principios generales a los que se tienen que ajustar las entidades prestamistas a la hora de conceder préstamos y cuyo cumplimiento está sujeto a verificación por parte del Banco de España en el caso de las entidades de crédito". Asimismo, establece que "(...) la resolución del contrato puede tener justificación en algún caso residual, pero no es generalizable a todos los contratos en los que la evaluación de la solvencia del cliente no se ha realizado o se ha realizado defectuosamente".
- 59 García Rubio, M. P., ob. cit., p. 5. "Dicho incumplimiento se sancionaría como infracción en materia de consumo y desde el punto de vista civil conllevará la responsabilidad del prestamista concretado en la facultad de resolver el contrato por parte del consumidor, que según los casos puede ir acompañada de la indemnización de los daños y perjuicios por la concesión del crédito irresponsable. No existe previsión sobre otro tipo de efectos sobre el contrato, en caso de que el consumidor opte por su mantenimiento".
- 60 Gallego Sánchez, E. ob. cit., p. 235. En el mismo sentido, la autora considera que: "A primera vista tampoco se observa que ninguno de estos remedios suponga algún beneficio apreciable para el cliente porque lo cierto es que la nulidad o la resolución obligarían, igualmente, a devolver de forma inmediata el importe del préstamo con los intereses, al menos los devengados, a salvo que pueda acreditar los presupuestos de una eventual indemnización de daños y perjuicios con la que compensar esta obligación (...)".

De lo anterior se deriva que es necesario incluir por vía legislativa una mayor protección del prestatario, y de sus intereses de preservar el contrato, a través de la imposición de beneficios a su favor en compensación de la inobservancia obligacional del prestamista.

No es posible que, además de que la única sanción impuesta a la entidad sea de carácter administrativa, si el prestatario quiere mantener el contrato no se le de ningún beneficio a pesar del no cumplimiento del profesional de una de sus principales obligaciones en el marco del contrato de préstamo.

Tras este panorama es posible concluir que el sistema sancionatorio del derecho español se distancia de lo emanado por la Directiva 2008/48/CE y las transpuestas con posterioridad. Un esquema donde el incumplimiento de la obligación de solvencia conlleva (eventualmente) consecuencias administrativas y contractuales de resolución y nulidad del contrato, dejando a un lado al prestatario, no se puede considerar proteccionista de sus intereses y la vía jurídica idónea para velar por el principio de concesión de préstamo responsable<sup>61</sup>.

Ahora bien, vistos los anteriores regímenes es posible concluir que existe un amplio abanico de herramientas sancionatorias al alcance de los legisladores de los países miembros, algunas radicales en las que la entidad puede además de las sanciones administrativas perder el capital concedido como préstamo, y otras más suaves en las que se sanciona con la pérdida de los intereses convencionales.

Así pues, cabe traer a colación que ATAMER<sup>62</sup> luego de analizar las varias propuestas internacionales en materia de sanciones al prestamista como consecuencia de la omisión de evaluar la solvencia, concluye que:

*"An omission of assessment based on the defined criteria, or credit extension despite a negative result to the assessment should trigger contractual liability. Here, it is submitted, that the provisions of the Swiss Consumer Credit Code seem to be the most convincing. Given their radical nature they are best suited for deterring financial institutions from reckless lending practices. Violation of the rules shall either lead to the writing off of the credit in total or at least interest and expenses. Certain discretion should be given to the judge so that he can take specific facts of the case into account"*<sup>63</sup>.

61 García Rubio, M. P., *Ídem*, p. 6 y 7. En sentido contrario y respecto a la cuestión prejudicial originada por el Tribunal de Instancia Francés en relación a si las sanciones concebidas tras el incumplimiento a la obligación de evaluar la solvencia cumplen con la Directiva 2008/48/CE en sus características de efectividad, proporcionalidad y disuasión, la autora considera que *"si el aplicable hubiera sido el Derecho español, las sanciones administrativas que penalizan infracciones graves o muy graves, como podría ser considerada la prevista en el caso, serían totalmente compatibles con las exigencias de la Directiva"*.

62 ATAMER, Y. M., *ob. cit.*, p. 202.

63 Traducción libre: Una omisión de la evaluación con base en los criterios definidos, o la extensión a pesar de un resultado negativo en la evaluación del crédito deben dar lugar a

Lo anterior no sólo debido a su dureza en la limitación de los derechos del prestamista sobre los intereses y el monto del préstamo, sino debido a que las mismas consisten en medidas eficientes, proporcionales en relación a la infracción realizada y al daño causado y disuasorias en cuanto a que realmente se constituyen como una sanción atemorizante del prestamista.

## CONCLUSIONES

En el análisis expuesto se pudo observar cómo el carácter no vinculante de las Directivas de 2008 y 2014, estudiadas con antelación, causó una gran diversidad en su transposición al derecho nacional de los países miembros.

Cada legislador, acorde a la realidad social, política y económica nacional, según las Directivas, podrá elegir entre las sanciones del abanico, que a bien considere, siempre y cuando las mismas se reflejen también en beneficio del equilibrio contractual del prestatario, y bajo la condición de que, una vez aplicadas, gocen de las características planteadas: proporcionalidad, eficacia y disuasión. En esta medida, siempre que exista un préstamo irresponsable habrá de sancionarse a la entidad con: la pérdida de los intereses moratorios, los remuneratorios, el capital, alguno de ellos o la totalidad de los mismos.

A pesar de existir un amplio abanico de sanciones a imponer y de enfatizar en los calificativos "proporcionales, eficaces y disuasorios" es claro que las sanciones elegidas por algunos legisladores están en disonancia con las Directivas.

Es por lo anterior que resulta forzoso continuar destacando la necesidad de concretar medidas legislativas ajustadas a la gravedad de la inobservancia del préstamo responsable, que tengan la potestad no sólo de paliar las actuales secuelas de la crisis sino de evitar que se repita por falencias evidenciadas, pero no enmendadas.

Lo anterior sin caer en el craso error de considerar que, fortaleciendo el sistema financiero a través de la inclusión del principio del crédito responsable, las entidades prestamistas tomarán represalias contra los usuarios bien sea aumentando las tasas de préstamo o ralentizando su concesión.

Habrán quienes consideren que es exagerado y sobredimensionado el hablar de un préstamo crediticio y posteriormente tratar la crisis económica. Sin embargo, basta pensar en los miles de miles de préstamos que se autorizan cada día para comprender que la suma de la concesión de un crédito irresponsable tras otro, conlleva sin lugar a dudas, no sólo consecuencias desastrosas para

la responsabilidad contractual. A continuación, se afirma, que las disposiciones del Código de Crédito de Consumo Suizo parecen ser las más convincentes. Debido a su carácter radical son las más adecuadas para disuadir a las instituciones financieras de las prácticas de préstamos imprudentes. La violación de las normas deberá implicar la cancelación del crédito en su totalidad o, al menos, de los intereses y gastos. El juez tendrá cierto margen de discreción al analizar el caso en concreto.

la entidad prestamista sino para el ahorrador, el inversionista, el prestatario, el Estado que a la postre es el que rescata y para el resto del engranaje económico y financiero.

No centrar la atención en el control y sanción de esta problemática con el ánimo de superarla implica una alta probabilidad de concreción del riesgo de volverla a ocasionar.