
Estudio doctrinal



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA
Y RELACIONES CON LAS CORTES

LA DIRECTIVA (UE) 2023/2225, RELATIVA A LOS CONTRATOS DE CRÉDITO AL CONSUMO, EN EL DERECHO ALEMÁN Y ESPAÑOL: CRÉDITO RESPONSABLE Y EVALUACIÓN DE LA SOLVENCIA

SAMUEL MIGUEL WALSH*

RESUMEN:

Este trabajo analiza la Directiva (UE) 2023/2225, relativa a los contratos de crédito al consumo, centrándose en la obligación de los prestamistas de evaluar la solvencia del consumidor y comparando su transposición en el derecho alemán y español. Tras discutir las tradiciones legislativas de ambos países, se concluye que, mientras que Alemania adopta un enfoque sistemático e integral, la normativa española presenta una dispersión legislativa que podría afectar a su eficacia práctica.

PALABRAS CLAVE:

Directiva (UE) 2023/2225; crédito al consumo; crédito responsable; evaluación de solvencia; transposición; derecho comparado.

* Graduado en Derecho por la Humboldt-Universität zu Berlin y graduado en el Máster en Investigación Jurídica por la Universidad Autónoma de Madrid. Actualmente, estudiante del Master of Laws (LLM) en el King's College London. Correo de contacto: samuelmiguelwalsh@gmail.com

** Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación «La protección del consumidor en la era digital» (PID2021-122985NB-I00), financiado por MICIU/AEI/10.13039/501100011033 y por FEDER, UE. El presente artículo es una versión abreviada de un trabajo de fin de máster presentado en julio de 2023 en la Universidad Autónoma de Madrid, que fue dirigido por el profesor Máximo Juan Pérez García de la Universidad Autónoma de Madrid, a quien agradezco haberme guiado con sus invaluables observaciones y comentarios. Asimismo, agradezco a los evaluadores por sus observaciones y sugerencias, que han contribuido a la mejora del trabajo.

DIRECTIVE (EU) 2023/2225 ON CONSUMER CREDIT AGREEMENTS IN GERMAN AND SPANISH LAW: RESPONSIBLE CREDIT AGREEMENTS AND CREDIT WORTHINESS ASSESSMENTS

ABSTRACT:

This paper analyses Directive (EU) 2023/2225 on consumer credit agreements, focusing on creditors' obligation to assess the credit worthiness of the consumer, and comparing its implementation in German and Spanish law. After discussing both countries' legislative traditions, it is concluded that, although Germany adopts a systematic and comprehensive approach, the Spanish regulation presents a legislative fragmentation that could affect its effectiveness in practice.

KEYWORDS:

Directive (EU) 2023/2225; consumer credit; responsible credit practices; creditworthiness assessment; transposition; comparative law.

SUMARIO

I. PLANTEAMIENTO	11
II. CONTEXTUALIZACIÓN DE LA NORMATIVA SOBRE EL CRÉDITO AL CONSUMO	13
1. Evolución normativa	13
1.1. La primera Directiva 87/102/CEE.....	13
1.1.1. Evolución normativa de la primera Directiva 87/102/CEE	13
1.1.2. Desarrollo de medidas correctoras europeas para los fallos del mercado	14
1.2. La segunda Directiva 2008/48/CE	15
1.2.1. Evolución normativa de la segunda Directiva 2008/48/CE	16
1.2.2. El concepto de <i>targeted harmonisation</i>	17
1.2.3. La transposición de la DCCC 2008 y su éxito	17
1.3. El <i>statu quo</i>: la tercera Directiva (UE) 2023/2225.....	18
1.3.1. El procedimiento legislativo previo.....	19
1.3.2. De <i>targeted harmonisation</i> a <i>targeted full harmonisation</i>	20
2. Los fundamentos de los ordenamientos nacionales en materia de crédito al consumo	20
2.1. La protección del consumidor en el ordenamiento alemán	20
2.1.1. La relación entre la parte general y la parte especial del BGB.....	21
2.1.2. Traslado de normas complejas al EGBGB	22
2.1.3. Los fundamentos del crédito al consumo en el ordenamiento alemán	23
2.1.4. Críticas desde la práctica en cuanto al mecanismo regulatorio ...	25
2.2. La protección civil del consumidor por el legislador español	26
2.2.1. El principio <i>pro-consumatore</i> en la Constitución española	26
2.2.2. Dispersión normativa en el derecho de consumo español	27
2.2.2.1. <i>TRLGDCU</i>	27
2.2.2.2. <i>LCCC</i>	28
2.2.2.3. <i>Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario...</i>	29

III. CRÉDITO RESPONSABLE: LA EVALUACIÓN DE LA SOLVENCIA DEL CONSUMIDOR PRESTATARIO	31
1. Desarrollo de la conciencia y de la necesidad de un préstamo responsable.....	31
2. Antecedentes económicos y justificación macroeconómica	32
3. Transposición al derecho alemán y al derecho español.....	33
3.1. Consecuencias jurídicas de una evaluación de solvencia con resultado negativo	34
3.1.1. La situación jurídica de <i>lege lata</i>	34
3.1.1.1. <i>Transposición al derecho alemán</i>	34
3.1.1.2. <i>Transposición al derecho español</i>	35
3.1.2. La situación jurídica de <i>lege ferenda</i>	35
3.1.2.1. <i>En particular: nueva regulación de las consecuencias jurídicas</i>	36
3.1.2.2. <i>Críticas y dificultades en la transposición al derecho nacional</i>	37
3.2. Consecuencias jurídicas del incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia del consumidor	37
3.2.1. Comparación de los modelos de sanción.....	38
3.2.2. Transposición al derecho nacional y su éxito	39
3.2.2.1. <i>Transposición al derecho alemán</i>	39
3.2.2.2. <i>Transposición al derecho español</i>	40
3.2.2.3. <i>Reacción crítica del TJUE</i>	41
IV. CONCLUSIONES	42
1. Conclusiones sobre la normativa europea.....	42
2. Conclusiones sobre la normativa nacional.....	42
3. Perspectivas para el futuro derecho al consumo	43
V. BIBLIOGRAFÍA.....	45

I. PLANTEAMIENTO

«European law is not the law of a national society, nor of world society, but the law of European society»¹. Así describe Armin von Bogdandy el derecho de la Unión Europea en su ensayo *Theorising Comparative Public Law*. En las últimas décadas, no solo se ha convertido en parte integrante de la formación jurídica europea, sino también de la práctica jurídica transnacional. Por tanto, entenderlo y, en particular, comprender sus efectos en los respectivos sistemas jurídicos nacionales es beneficioso para el jurista individual, apoyando así a las sociedades nacionales en su crecimiento orgánico hacia una «sociedad europea» en unidad social, pluralismo político y competencia económica².

Casi ningún otro ámbito del derecho ha recibido una regulación tan omnipresente en las últimas décadas como el derecho de consumo europeo. El objeto de este trabajo es realizar un análisis crítico sobre la transposición de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del consumidor establecida por el art. 18 de la Directiva (UE) 2023/2225³, relativa a los contratos de crédito al consumo, que se adoptó el 18 de octubre de 2023 (en adelante: DCCC 2023). En este contexto, las tradiciones de transposición de las directivas europeas en España y en Alemania se someten a una comparación crítica. En concreto, no solo se compara la antigua situación jurídica con la nueva. Asimismo, el objetivo de este trabajo es extraer conclusiones sobre la funcionalidad y eficacia jurídica del derecho de consumo europeo en su conjunto. En un estudio de derecho comparado, es especialmente importante reconocer que no se trata de averiguar qué sistema jurídico es el «mejor». Un enfoque así no solo sería poco útil para la ciencia jurídica⁴, sino también poco profesional, ya que estaría plagado de consideraciones subjetivas. Por lo tanto, el propósito de este trabajo es, más bien, el examen dogmático de la aplicación concreta de las directivas europeas en el ámbito del crédito al consumo.

La normativa del crédito al consumo es un ámbito del derecho privado muy complejo y especializado. Por ello, comenzaré tratando sus orígenes y contextualizando dicha normativa dentro del proceso de integración europea (apartado II). Al hacerlo, analizaré cómo se ha ido materializando el derecho privado europeo hasta llegar al *statu quo* de la nueva DCCC 2023 y abordaré los fundamentos del derecho de consumo nacional. Con el telón de fondo de las distintas tradiciones de aplicación, me referiré primero del

1. VON BOGDANDY, A., «Comparative Public Law for European Society», *HJIL*, 2023, p. 217.

2. CALLIESS, G. P., «Die Rolle der Rechtsvergleichung im Kontext des Wettbewerbs der Rechtsordnungen», *BtrIPR*, 2016, pp. 175-178, que habla de «*Einheit, Pluralismus und Wettbewerb*».

3. Directiva (UE) 2023/2225 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de octubre de 2023, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 2008/48/CE. DOUE de 30 de octubre de 2023, N.º L 1/67.

4. LARENZ, K., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6.^a edición, Berlín, 1991, pp. 312 y ss.

derecho alemán y después al derecho español en materia de consumo. En la segunda parte del trabajo (apartado III), ahondaré en la dogmática jurídica de la nueva DCCC 2023 y su transposición con el enfoque en el análisis de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del consumidor. En la parte final del trabajo (apartado IV), expondré las principales conclusiones y haré un comentario crítico sobre la legislación europea y nacional.

II. CONTEXTUALIZACIÓN DE LA NORMATIVA SOBRE EL CRÉDITO AL CONSUMO

1. EVOLUCIÓN NORMATIVA

Para poder comprender no solo la base jurídica de la nueva directiva, sino también sus innovaciones en cuanto a contenido y política jurídica, es necesario trazar cronológicamente el proceso legislativo referente a la normativa a los contratos de crédito al consumo.

1.1. La primera Directiva 87/102/CEE

Las diferentes legislaciones nacionales dan lugar a distintos niveles de protección de los consumidores en cada uno de los Estados miembros de la Unión Europea (en adelante: UE). La Comisión de la Comunidad Económica Europea (en adelante: CEE) ya era consciente de este diagnóstico en 1979, cuando presentó al Consejo, el 27 de febrero de 1979, la primera propuesta de una nueva relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas en materia de crédito al consumo⁵.

1.1.1. Evolución normativa de la primera Directiva 87/102/CEE

La UE, todavía bastante joven, reconoció muy pronto que la libre circulación de bienes y servicios no solo funcionaba sobre la base de los saldos acreedores en la *cash society*⁶, sino que también tendría que funcionar sobre la base del crédito⁷. El Comité Económico y Social Europeo (en adelante: CESE) reconoció además que el crédito al consumo desempeñaba un papel importante en la sociedad europea y que no solo se había extendido de manera extraordinaria durante los años 60 y 70, sino que se había

5. *Proposal for a Council Directive relating to the approximation of laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning consumer credit* (DOCEE de 27 de marzo de 1979, n.º C 80/4).

6. Cf. también SIEMS, M., «Die neue Verbraucherkreditrichtlinie und ihre Folgen», *EuzW*, 2008, p. 455.

7. Propuesta de Directiva del Consejo relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo (DOCEE de 27 de marzo de 1979, n.º 80/4); este cambio en el significado del término del crédito al consumo también se recogió en la [primera] Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito a los consumidores [DOCE de 31 de diciembre de 2002, n.º CE 331/200 = COM (2002) 443 final, p. 3].

desarrollado de distintas formas cada vez⁸. La Directiva 87/102/CEE⁹, relativa a los contratos de crédito al consumo, (en adelante: DCCC 1987) se adoptó posteriormente en un procedimiento comparativamente breve, lo que se debió al principio de unanimidad¹⁰ en el Consejo. La DCCC 1987 se basó en el entonces vigente art. 100 del Tratado de Roma del 25 de marzo de 1957¹¹ debido a la falta de competencias explícitas que existen hoy en día. En el caso de la ampliación de competencias de la CEE en relación con el mercado interior relativas a políticas de protección, como, en particular, la protección del consumidor, bastaba con afirmar simplemente que no se perseguía una política social independiente, sino que esta dependía siempre de la realización del mercado interior¹².

1.1.2. Desarrollo de medidas correctoras europeas para los fallos del mercado

La DCCC 1987 establecía por primera vez que los consumidores debían ser protegidos contra las cláusulas abusivas en contratos de crédito; de esta manera, se consolidaba el modelo de protección de los consumidores, aún joven, de las obligaciones precontractuales. La primera directiva sobre el crédito al consumo encaja así perfectamente en el modelo europeo de protección del consumidor. El punto de partida del análisis económico es el innovador artículo del economista Akerlof, «The Market for “Lemons”», según el cual los mercados competitivos pueden fracasar si las partes están asimétricamente informadas¹³. El legislador europeo contrarrestó esta asimetría de informaciones por primera vez en la DCCC 1987, especificando con gran detalle un catálogo de información precontractual que el empresario debía cumplir al iniciar un contrato. Esta medida no invasiva de protección del consumidor, junto con otros dos elementos, constituye la base de la protección moderna del consumidor y usuario. Mientras que las obligaciones de información precontractual solo afectan a la situación de la contratación, pero dejan intacto el negocio jurídico propiamente dicho, las disposiciones europeas sobre las condiciones generales de la misma restringen por primera vez la

8. CESE, *Opinion on the proposal for a Council Directive relating to the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning consumer credit* (DOCEE de 07 de mayo de 1980, n.º C 113/22); cf. también el considerado 8 de la DCCC 1987.

9. Directiva 87/102/CEE del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo. DOCEE de 12 de febrero de 1987, n.º L 42/48.

10. Cf. ROTT, P., «Die neue Verbraucherkredit-Richtlinie 2008/48/EG und ihre Auswirkungen auf das deutsche Recht», WM, 2009, p. 1104; categorización histórica por REICH, N., «Zur Theorie des Europäischen Verbraucherrechtes», ZEuP, 1994, p. 384.

11. Se refiere aquí al Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, firmado en Roma el 25 de marzo de 1957. Con la normalización por el Acta Única Europea el 1 de julio de 1987, esta norma se reformuló como art. 100 bis (véase *supra*).

12. REICH, N., «Zur Theorie des Europäischen Verbraucherrechtes», ZEuP, 1994, pp. 384, 385.

13. AKERLOF, G., «The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism», QJE, 1970, pp. 488-500.

autonomía privada entre empresarios y consumidores. Cabe mencionar la Directiva 93/13/CEE¹⁴ sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, que sigue vigente hoy en día. El tercer elemento, y probablemente el más drástico de la protección europea de los consumidores, no solo restringe la autonomía contractual de las partes, sino que la rompe por completo en el caso de la ejecución del derecho de desistimiento en los casos de contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil o de venta a distancia. El derecho al desistimiento fue desarrollado en gran medida por las Directiva 85/77/CEE¹⁵ y por la Directiva 97/7/CE¹⁶. Hoy en día, son objeto de la Directiva 2011/83/UE¹⁷, aunque a veces se regulen de forma individual para ámbitos concretos del derecho.

Curiosamente, en la actualidad algunos economistas se preguntan hasta qué punto la propia protección europea de los consumidores y usuarios, que, como hemos visto, ha sido una reacción a los fallos del mercado, crea nuevas disfunciones en él¹⁸. Esto demuestra lo importante que es comprender la historia del desarrollo de la legislación europea en materia de consumo.

1.2. La segunda Directiva 2008/48/CE

Uno de los principales puntos criticados de la primera DCCC 1987 era su efecto armonizador meramente mínimo, que se hace evidente por el art. 14.1 DCCC 1987¹⁹.

-
14. Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DOCEE de 21 de abril de 1993, n.º L 95/29).
 15. Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales (DOCEE de 31 de diciembre de 1985, n.º L 372/231).
 16. Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (DOCE de 4 de junio de 1997, n.º L 144/19).
 17. Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE de 22 de noviembre de 2011, n.º L 304/64).
 18. A este respecto, se hace referencia al análisis de ROLAND, K./SCHÄFER, H. B., «Erzeugt der Europäische Verbraucherschutz Marktversagen? Eine informationsökonomische und empirische Analyse», CSLE Discussion Paper, Center for the Study of Law and Economics, Sarrebruck, 2006, n.º 2006-07, disponible en: <https://hdl.handle.net/10419/23085> (último acceso: 22/08/2024, 12:46 h).
 19. REICH, N., «Von der Minimal- zur Voll- zur “Halbharmonisierung”. Ein europäisches Privatrechtsdrama in fünf Akten», ZEuP, 2010, p. 25; el CESE también está de acuerdo con esta crítica y defiende el «intento de armonización total» como una innovación importante, cf. Dictamen del CESE sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito a los consumidores» (DOCE de 30 de septiembre de 2003, n.º C 234/1), p. 3.

Como muchas directivas europeas de esta generación²⁰, su art. 15 también contenía la posibilidad de una transposición que excedía lo previsto por el legislador europeo. Aunque esto pudo ser deseable al nivel nacional y a corto plazo, resultó perjudicial para el mercado interior europeo²¹. Lo que siguió fue un cambio, a veces denominado cambio de paradigma (*Paradigmenwechsel*²²), hacia el efecto plenamente armonizador de actos jurídicos más recientes²³.

1.2.1. Evolución normativa de la segunda Directiva 2008/48/CE

Fueron necesarias un total de tres propuestas de la Comisión en 2002, 2004 y 2005²⁴, cada una de las cuales fue recibida con feroces críticas. Incluso después de la primera, el Parlamento Europeo contraatacó con una lista de más de 150 enmiendas propuestas²⁵. Algunas de las críticas iniciales a la segunda Directiva 2008/48/CE²⁶, relativa a los contratos de créditos al consumo (en adelante: DCCC 2008), se dirigían al intento de proteger al consumidor menos informado del sobreendeudamiento mediante el préstamo responsable, algo ajeno al enfoque orientado al mercado interior de la UE²⁷. Finalmente, el proyecto definitivo obtuvo la mayoría necesaria en el Parlamento Europeo el 16 de

20. ROTT, P., «Die neue Verbraucherkredit-Richtlinie 2008/48/EG und ihre Auswirkungen auf das deutsche Recht», WM, 2009, p. 1105.

21. *Ibid.*, cf. también el considerando 4 de la DCCC 2008.

22. KLAMERT, M., «Altes und Neues zur Harmonisierung im Binnenmarkt», *EuZW*, 2015, p. 266; REICH, N., «Von der Minimal- zur Voll- zur “Halbharmonisierung”. Ein europäisches Privatrechtsdrama in fünf Akten», *ZEuP*, 2010, p. 8; WILHELMSSON, T., «Full Harmonisation of Consumer Contract Law?», *ZEuP*, 2008, p. 225.

23. En este punto, cabe mencionar las siguientes Directivas, además de la segunda DCCC 2008: Directiva 2008/122/CE, Directiva 2011/83/EU; cf. FRIESEN, S., «Rechtszersplitterung im Binnenmarkt. Zur Notwendigkeit einer Reform des § 481b II BGB», *EuZW*, 2015, p. 382, quien habla del contrato de intercambio, pero que también contiene una o dos afirmaciones sobre el derecho de consumidores como tal.

24. Las propuestas se publicaron bajo los siguientes códigos: COM (2002) 443 *final* de 11 de septiembre de 2002; COM (2004) 747 *final* de 28 de octubre de 2004; COM (2005) 483 *final* de 07 de octubre de 2005.

25. SIEMS, M., «Die neue Verbraucherkreditrichtlinie und ihre Folgen», *EuZW*, 2008, p. 454; cf. la resolución legislativa del Parlamento Europeo de 20 de abril de 2004, COM (2002) 443 - C5-0420/2002 - 2002/0222(COD).

26. Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo (DOUE de 22 de mayo de 2008, n.º L 133/66).

27. ROTT, P., «Die neue Verbraucherkredit-Richtlinie 2008/48/EG und ihre Auswirkungen auf das deutsche Recht», WM, 2009, p. 1105; citado de COM (2002) 443 *final* de 11 de septiembre de 2002, p. 8; cf. también REICH, N., «Von der Minimal- zur Voll- zur “Halbharmonisierung”. Ein europäisches Privatrechtsdrama in fünf Akten», *ZEuP*, 2010, p. 25. Interesante también es el análisis crítico de REIFNER, U., «Verantwortung bei Kreditvergabe oder im Kredit? – Zum Konzept des Entwurfes der Konsumentenkreditrichtlinie», *VuR*, 2006, p. 121.

enero de 2008²⁸ para que pudiera ser adoptado oficialmente en el Consejo el 23 de abril de 2008.

1.2.2. *El concepto de targeted harmonisation*

La segunda DCCC 2008 se ajustaba plenamente al planteamiento de la armonización completa²⁹, que también puede apreciarse en los considerandos 9 y 10 de la DCCC 2008. Mientras que el art. 15 DCCC 1987 aún permitía a los Estados miembros adoptar disposiciones de mayor alcance sin ninguna consecuencia, el art. 26 DCCC 2008 restringía esta posibilidad a los casos enumerados en la DCCC 2008 y estaba sujeta a la autorización de la Comisión³⁰. Esto también iba acompañado de una obligación de control más estricta de conformidad con el art. 27.2 DCCC 2008. En conjunto, el art. 22.1 demostraba el intento de la Comisión de sustituir el antiguo principio de armonización mínima por un principio más nuevo y supuestamente más coherente³¹. El resultado de esta estrategia fue que los Estados miembros solo tenían competencia propia en aquellos ámbitos sobre los que la directiva no se pronunciaba (cf. art. 22.1 DCCC 2008). Esta versión debilitada, y a menudo criticada, que permite una armonización completa también se conoce como armonización selectiva (*targeted harmonisation*³²) en la legislación europea en materia de consumo, así como cierto margen de maniobra para las legislaciones nacionales autónomas³³.

1.2.3. *La transposición de la DCCC 2008 y su éxito*

En el marco de la mencionada obligación de control prevista en el art. 27.2 DCCC 2008, la Comisión presentó en 2014 un primer informe sobre la aplicación de la DCCC 2008. Le

28. Cf. la resolución legislativa del Parlamento Europeo de 16 de enero 2008, 9948/2/2007 – C6-0315/2007 – 2002/0222(COD).

29. WENDEHORST, C., «Das deutsche Umsetzungskonzept für die neue Verbraucherkreditrichtlinie», *ZEuP*, 2011, p. 266.

30. Cf. la opinión crítica de ROTT, P., «Die neue Verbraucherkredit-Richtlinie 2008/48/EG und ihre Auswirkungen auf das deutsche Recht», *WM*, 2009, p. 1105.

31. Cf. en este asunto REICH, N., «Von der Minimal- zur Voll- zur „Halbharmonisierung“. Ein europäisches Privatrechtsdrama in fünf Akten», *ZEuP*, 2010, pp. 17 y 25; REICH, N., «Der Common Frame of Reference und Sonderprivatrechte im „Europäischen Vertragsrecht“», *ZEuP*, 2007, p. 171.

32. REICH, N., «Von der Minimal- zur Voll- zur „Halbharmonisierung“. Ein europäisches Privatrechtsdrama in fünf Akten», *ZEuP*, 2010, p. 25; TONNER, K., «Das Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie – unionsrechtlicher Hintergrund und Überblick», *VuR*, 2013, p. 443.

33. TONNER, K. / FANGEROW, K., «Directive 2011/83/EU on consumer rights: a new approach to European consumer law?», *euvr*, 2012, p. 78, quienes describen este método como *way out*, o mejor dicho, como *escape*. Crítica de WILHELMSSON, T., «Full Harmonisation of Consumer Contract Law?», *ZEuP*, 2008, p. 225.

siguió un segundo informe en 2020³⁴, que también reveló los resultados de la evaluación de la eficacia y el rendimiento de la DCCC 2008³⁵. Entró en vigor en junio de 2008 y debía ser transpuesta por los Estados miembros antes del 11 de junio de 2010³⁶. Una vez expirado el plazo de transposición, la Comisión incoó procedimientos de infracción contra veinte Estados miembros; sin embargo, estos finalmente adoptaron y comunicaron sus medidas de transposición, por lo que los procedimientos pudieron concluir poco después³⁷.

En la mayoría de los Estados miembros, la DCCC 2008 dio lugar a reformas fundamentales de la legislación en materia de contrato de crédito al consumo. Desarrollaron un nuevo marco jurídico para la forma de contrato ahora europeizada y/o modificaron sus propias leyes³⁸. En Alemania, la DCCC 2008 se transpuso mediante la ley de transposición de 29 de julio de 2009³⁹, casi un año antes del plazo límite para su transposición. El legislador alemán quiso dar al sector bancario en particular un cierto margen de tiempo para que tanto este como los empresarios que iban a verse afectados por la nueva normativa pudieran adaptarse y adecuar sus prácticas comerciales en consecuencia⁴⁰. En España, la DCCC 2008 se transpuso mediante la Ley 16/2011⁴¹, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, que entró en vigor el 25 de septiembre de 2011 (en adelante: LCCC).

1.3. El *statu quo*: la tercera Directiva (UE) 2023/2225

Desde que expiró el plazo de transposición de la segunda DCCC 2008 han ocurrido muchas cosas a nivel legislativo europeo en materia de derecho de crédito al consumo;

34. Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Directiva 2008/48/CE relativa a los contratos de crédito al consumo [COM (2020) 963 *final* de 05 de noviembre de 2020].

35. Estos informes son el punto de partida para el desarrollo de la siguiente (tercera) DCCC 2023, véase el considerando 2 de la misma.

36. La fecha del 12 de mayo de 2010 prevista inicialmente en el art. 27.1 de la DCCC 2008 se corrigió posteriormente al 11 de junio de 2010, cf. corrección de errores de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo (DOUE de 11 de agosto de 2009, n.º L 207/14).

37. Cf. Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Directiva 2008/48/CE relativa a los contratos de crédito al consumo [COM (2020) 963 *final* de 05 de noviembre de 2020], p. 1.

38. *Ibid. in fine*.

39. *Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie, des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdiensterichtlinie sowie zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht in der Fassung vom 29. Juli 2009* (BGBl. 2009 I S. 2355).

40. WENDEHORST, C., «Das deutsche Umsetzungskonzept für die neue Verbraucherkreditrichtlinie», ZEuP, 2010, p. 264.

41. Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo (BOE núm. 151, de 25 de junio de 2011).

con la adopción de la Directiva 2014/17/UE⁴² y, más reciente, el Reglamento (UE) 2020/1503⁴³, el contexto normativo ha cambiado enormemente⁴⁴.

1.3.1. *El procedimiento legislativo previo*

En su primer borrador para una nueva directiva del año 2021⁴⁵, la Comisión declaró que la mejora de la coherencia de las normas era el objetivo legislativo. La propuesta iba acompañada de un informe de evaluación de impacto (*impact assessment report*⁴⁶), que pretendía concretar los objetivos específicos. Estos incluían, esencialmente y de ninguna manera de forma concluyente, la ampliación del ámbito de aplicación de la directiva, una reforma de las obligaciones de información precontractual y, en general, un ajuste de otras normativas a la luz de la digitalización y, no menos importante, a la luz de la reciente pandemia de COVID-19. La propuesta ha sido muy criticada en algunos círculos, ya que algunos sostuvieron que el esfuerzo de transposición sería injustificable⁴⁷. En algunos casos, la propuesta también se consideraba un primer paso en la dirección correcta hacia una legislación más completa en materia de consumo y solo se criticaba parcialmente la inseguridad jurídica en lo que respecta a las consecuencias del incumplimiento de las nuevas y muy complejas obligaciones de información precontractual⁴⁸.

42. Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n.º 1093/2010 (DOUE de 28 de febrero de 2014, n.º L 60/34).

43. Reglamento (UE) 2020/1503 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de octubre de 2020, relativo a los proveedores europeos de servicios de financiación participativa para empresas, y por el que se modifican el Reglamento (UE) 2017/1129 y la Directiva (UE) 2019/1937 (DOUE de 20 de octubre de 2020, n.º L 347/1).

44. FREITAG, R., «Über- und Unterregulierung im europäischen Verbraucherkreditrecht – Anmerkungen zum Vorschlag der Kommission zur Neufassung der Verbraucherkreditrichtlinie», ZRP, 2022, p. 66.

45. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los créditos al consumo [COM (2021) 347 final de 30 de junio de 2021]; con respecto a la coherencia normativa véase p. 3.

46. *Impact Assessment Report Accompanying the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on consumer credits* [SWD (2021) 170 final de 30 de junio de 2021]; en cuanto al objective tree, véase pp. 32-34.

47. FREITAG, R., «Über- und Unterregulierung im europäischen Verbraucherkreditrecht – Anmerkungen zum Vorschlag der Kommission zur Neufassung der Verbraucherkreditrichtlinie», ZRP, 2022, p. 69, esperando que el Consejo pueda «evitar lo peor».

48. RÖTT, P., «Verbesserung, Verwässerung oder *more of the same*? – Zur Neuregelung des EU-Verbraucherkreditrechts», VuR, 2022, p. 292, quien opina que las mejoras previstas tendrán probablemente un alto precio. Véase también la crítica de MARTÍNEZ ESPÍN, P., «Información precontractual en la nueva directiva de crédito al consumo: ¿cuánto más mejor?», CESCO, n.º 48/2023, pp. 59-72.

A esto siguieron dictámenes del Supervisor Europeo de Protección de Datos en agosto de 2021⁴⁹ y del CESE en octubre de 2021⁵⁰, que aprobaron la propuesta de la Comisión en su conjunto con la excepción de algunas propuestas de mejora de estructura. Sin embargo, la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor del Parlamento Europeo expresó una gran necesidad de adaptación, por lo que aprobó un total de 231 enmiendas en junio de 2022⁵¹. Solo pudo alcanzarse un acuerdo significativo mediante el procedimiento de diálogo a tres bandas en abril de 2023⁵². A continuación, fue adoptado por el Consejo el 10 de octubre de 2023 y finalmente ratificado y publicado en el DOUE de 18 de octubre de 2023⁵³.

1.3.2. *De targeted harmonisation a targeted full harmonisation*

Como consecuencia lógica, la nueva Directiva continúa el concepto de armonización que proponía la antigua al establecer la armonización absoluta como objetivo necesario en el considerando 13 de la DCCC 2023. Esta continuación coherente de la política jurídica anterior ha recibido en la literatura alemana el título de la *targeted full harmonisation*⁵⁴. El art. 42 DCCC 2023 es una expresión de esto.

2. LOS FUNDAMENTOS DE LOS ORDENAMIENTOS NACIONALES EN MATERIA DE CRÉDITO AL CONSUMO

Para comprender la transposición de la DCCC 2023 al sistema normativo alemán y español, es esencial, desde un punto de vista metodológico, obtener primero una visión general del sistema de protección jurídica de los consumidores como tal. A continuación, se ofrece un breve panorama de los mecanismos normativos alemanes y españoles.

2.1. La protección del consumidor en el ordenamiento alemán

El legislador alemán sigue el modelo de la incorporación absoluta de la normativa europea en el ámbito del derecho de consumo⁵⁵. Esta metodología legislativa ha sido

49. Resumen del Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre la propuesta de una Directiva relativa a los créditos al consumo (DOUE de 06 de octubre de 2021, n.º C 403/5).

50. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los créditos al consumo (DOUE de 04 de marzo de 2022, n.º C 105/92).

51. *Compromise Amendments 1-231*, PE696.560v01-00, de 12 de julio de 2022.

52. *Provisional Agreement Resulting from Interinstitutional Negotiations*, PE746.917v01-00 de 27 de abril de 2023.

53. Véase las descripciones del proceso del proceso legislativo por JUNGMANN, C., «Die EU-Verbraucherkreditrichtlinie 2023», *BKR*, 2024, p. 3.

54. ROTT, P., «Verbesserung, Verwässerung oder *more of the same*? – Zur Neuregelung des EU-Verbraucherkreditrechts», *VuR*, 2022, p. 284.

55. BIEREKOVEN, C. / CRONE, A., «Umsetzung der Verbraucherreichtlinie. Neuerungen im deutschen Schuldrecht – Ein erster Überblick», *MMR*, p. 687.

denominada en la doctrina alemana como la solución grande (*große Lösung*⁵⁶) y empezó esencialmente con tres elementos: (1) la aplicación de la reforma del Derecho de obligaciones en el año 2002, (2) la integración de la Directiva 1999/44/CE⁵⁷ en la normativa de la compraventa del Código Civil alemán⁵⁸ (*Bürgerliches Gesetzbuch*, en adelante: BGB) y después (3) la integración de varias leyes especiales de protección de consumidores y usuarios en el BGB. Es importante señalar que la integración en este sentido no significa simplemente la inserción módulo a módulo del texto de las directivas, sino más bien su cuidadosa incorporación al sistema normativo del BGB⁵⁹. Si las disposiciones se insertasen de manera textual podrían adoptarse igualmente como una ley especial y se evitarían las difíciles cuestiones de delimitación dentro del BGB.

2.1.1. *La relación entre la parte general y la parte especial del BGB*

Los ámbitos de aplicación se definen en la parte general del BGB; cuanto más específica es la consecuencia jurídica, más se remonta a la parte especial del BGB. Esto significa lo siguiente para el derecho de consumo: las normas generales sobre el concepto de consumidor (§ 13 BGB), el concepto de contrato de consumo (§ 310 III BGB) y los derechos de desistimiento (§§ 355-357e BGB), aplicables a todo tipo de contratos, se regulan en las partes generales⁶⁰. En la parte especial, el legislador alemán regula en primer lugar el contenido de cada tipo de contrato y los remedios básicos de las partes contratantes en una parte general independiente. A continuación, en una parte especial dentro de la sección sobre el contrato específico, se introducen las modificaciones debidas a los requisitos unitarios al nivel del derecho europeo. El resultado es una interacción congruente de las disposiciones generales aplicables a particulares y las modificaciones del derecho de consumo específicas del contrato.

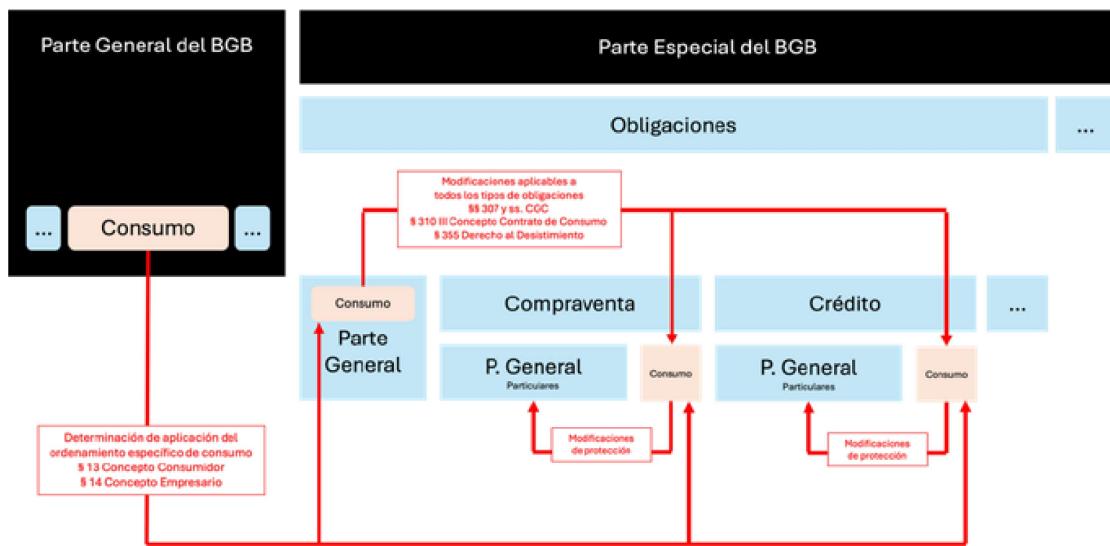
56. WAGNER, G., «Der Verbrauchsgüterkauf in den Händen des EuGH: Überzogener Verbraucherschutz oder ökonomische Rationalität?», *ZEuP*, 2016, p. 87.

57. Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (DOCE de 7 de julio de 1999, n.º L 171/12).

58. *Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002* (BGBI. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 11. Juni 2024 (BGBI. 2024 I Nr. 185) geändert worden ist.

59. WENDEHORST, C., «Das deutsche Umsetzungskonzept für die neue Verbraucherkreditrichtlinie», *ZEuP*, 2011, p. 271.

60. Solo el concepto de consumidor (§ 13 BGB) está regulado en la parte general del primer libro del BGB. Los demás conceptos son objeto de la parte general del segundo libro del BGB sobre el derecho de obligaciones.



Esquema 1: *El derecho de consumo en el ordenamiento alemán y las interacciones dogmáticas.*

2.1.2. Traslado de normas complejas al EGBGB

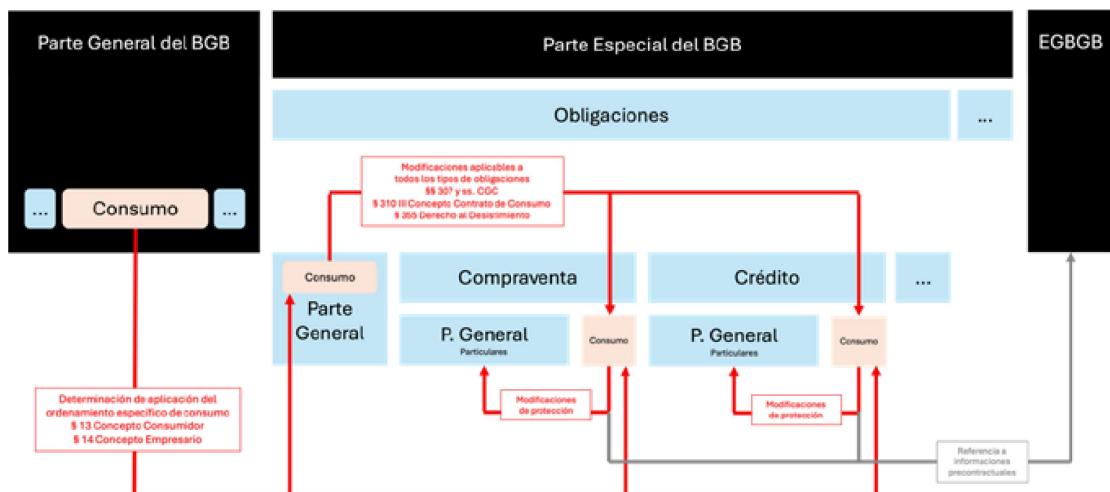
La única excepción al modelo de incorporación absoluta —y de enorme importancia en la normativa del crédito al consumo— es el desplazamiento de ciertos requisitos formales y obligaciones de información (precontractual) a la ley introductoria al BGB⁶¹ (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche*, en adelante: EGBGB). El EGBGB fue concebido originalmente para regular el derecho privado intertemporal e internacional (*intertemporale[s] und internationale[s] Privatrecht*⁶²), es decir, para complementar al BGB como cuerpo principal del derecho civil alemán. Una parte importante del contenido normativo actual del EGBGB son las informaciones específicas en los arts. 246-251 EGBGB, que formarán parte de las informaciones precontractuales⁶³. El concepto del Ministerio Federal de Justicia (Bundesministerium für Justiz, en adelante: BMJ) pretende

61. *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche in der Fassung der Bekanntmachung vom 21. September 1994* (BGBl. I S. 2494; 1997 I S 1061), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 11. Juni 2024 (BGBl. 2024 I Nr. 185) geändert worden ist.

62. SÄCKER, F. J., «Vor Art. 1 EGBGB», *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. xiii, (directores F. J. Säcker, R. Rixecker, H. Oetker, B. Limperg), 8.^a edición, Múnich, 2021, núm. marginal 1. En este contexto, ha cobrado especial importancia debido a que contuvo disposiciones transitorias relativas a la restauración de la unidad alemana en 1990 (cf. arts. 230-237 del EGBGB).

63. A diferencia del BGB, el EGBGB está dividido en artículos. Estos, a su vez, contienen §§, por lo que es posible ampliar el contenido de cada disposición legal. En este punto, me gustaría señalar que el propio EGBGB no impone ninguna obligación al empresario en materia de deberes precontractuales; estos solo tienen su origen en el BGB. El EGBGB se limita a concretar el contenido de estas obligaciones precontractuales de información.

evitar sobrecargar el BGB con regulaciones detalladas técnicas y extensas⁶⁴. Además, esto garantiza que no existan contradicciones sustantivas entre las disposiciones del BGB y del EGBGB, ya que representan una única unidad reguladora en términos jurídicos⁶⁵. Por otro lado, sin embargo, esto también significa que incluso el buen jurista puede verse afectado por el baile de números debido a la referencia mutua entre las normas⁶⁶.



Esquema 2: El derecho de consumo en el ordenamiento alemán (la relación entre BGB y EGBGB).

2.1.3. Los fundamentos del crédito al consumo en el ordenamiento alemán

El legislador alemán no siempre ha perseguido el modelo de la solución grande en cuanto a la integración completa de nueva normativa europea⁶⁷. En el ámbito del derecho de crédito al consumo, los requisitos europeos de la primera DCCC 1987 se aplicaron en su

64. WEBER, C., «Vor Art. 247 EGBGB», *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. xiii, (directores F. J. Säcker, R. Rixecker, H. Oetker, B. Limperg), 8.ª edición, Múnich, 2021, núm. marginal 5.

65. Anteriormente, existía la llamada «Disposición de Obligaciones de Información del BGB» (BGB-InfoV), que regulaba determinadas obligaciones de información. Se promulgó como decreto sobre la base del art. 236 I del EGBGB y, por lo tanto, solo tenía un efecto subordinado en la jerarquía de las normas. Como consecuencia, su contenido fue criticado a menudo por contradecir la situación sustancial del BGB, lo que provocó muchos retrasos en los procedimientos judiciales. Cf. *Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 07.11.2008*, BR-Drs. 848/08, pp. 98, 211.

66. Así también la crítica de DERLEDER, P., «Die vollharmonisierende Europäisierung des Rechts der Zahlungsdienste und des Verbraucherkredits», *NJW*, 2009, p. 3195.

67. Véanse también los comentarios de MARÍN LOPEZ, M. J., «La Protección del Consumidor de Crédito en Europa. El Modelo Alemán (Primera Parte)», *Derecho y Sociedad*, II Etapa, año IX, 1998, núm. 13, pp. 134 y ss.

día en Alemania en una Ley de Crédito al Consumo⁶⁸ (en adelante: *Verbraucherkreditgesetz*) independiente. En el transcurso de la modernización del derecho de obligaciones en 2002, el ordenamiento del crédito al consumo se incorporó entonces al BGB junto con otros numerosos ámbitos normativos, todos ellos influidos por el derecho europeo. El objetivo de la integración del *Verbraucherkreditgesetz* no era redefinir su contenido, sino simple y esencialmente reubicarlo⁶⁹ y, de esta manera, allanar el camino para la futura aplicación de otras directivas.

Otra importante decisión fundamental del legislador alemán se observa en el hecho de que se prescindió de la categoría general de contrato de crédito⁷⁰. Aunque las tres directivas se basan en este término, el BMJ se orientó en el régimen básico del préstamo. Como en los demás tipos, el contrato de préstamo entre particulares constituye la base y regula las obligaciones contractuales fundamentales. A partir de ahí, las distintas formas de crédito en las que intervienen los consumidores se regulan por separado y se vinculan entre sí mediante referencias (muchas de estas parciales). En concreto, se mencionan los contratos de préstamo al consumo (§§ 491-505 BGB), que según § 491 I BGB se subdividen a su vez en contratos generales de préstamo al consumo (*Allgemein-Verbraucherdarlehensvertrag*, § 491 II BGB) y contratos inmobiliarios de préstamo al consumo (*Immobilien-Verbraucherdarlehensvertrag*, § 491 III BGB). Los siguientes subtítulos tratan de las facilidades de pago (*Finanzierungshilfen*, §§ 506-509 BGB), los contratos de entrega a plazos (*Ratenlieferungsverträge*, § 510 BGB), los servicios de asesoramiento en caso de contratos de préstamo inmobiliario (§§ 511 BGB), los casos de emprendimiento (*Existenzgründer*, §§ 512, 513 BGB) y los contratos de préstamo gratuitos (§§ 514, 515 BGB). Los dos últimos no están contemplados ni en la DCCC 2023 ni en la Directiva 2014/17/UE, por lo que constituyen un ejemplo de transposición excesiva de directivas por parte del legislador alemán. En particular, el tratamiento de poner en marcha una nueva empresa, como si fuera una actividad consumidora⁷¹, está en consonancia con la tradición del derecho de consumo, debido a los intereses comparables en juego⁷². Desde el punto de vista del derecho de la UE, prevalece la

68. *Verbraucherkreditgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 29. Juni 2000 (BGBI. I S. 940), aufgehoben durch Gesetz vom 26. November 2001 (BGBI. I S. 3138) mit Wirkung vom 01. Januar 2002.*

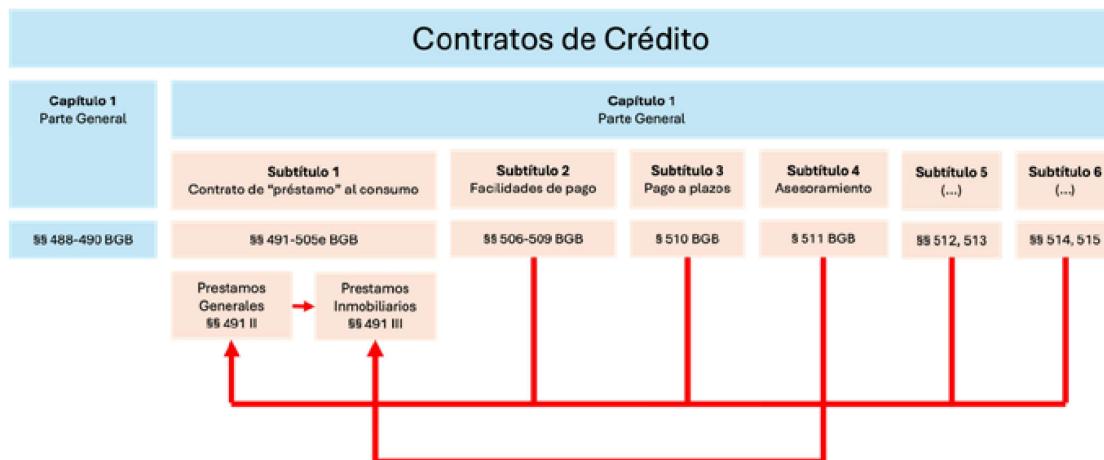
69. BÜLOW, P., «Verbraucherkreditrecht im BGB», *NJW*, 2002, p. 1145.

70. BÜLOW, P., «Verbraucherkreditrecht im BGB», *NJW*, 2002, p. 1146; WENDEHORST, C., «Das deutsche Umsetzungskonzept für die neue Verbraucherkreditrichtlinie», *ZEuP*, 2011, p. 272.

71. Según § 513 BGB, se trata de todas las personas físicas a las que se concede un préstamo [...] con el fin de emprender una actividad comercial o profesional por cuenta propia [...], siempre que el importe neto del préstamo no supere los 75 000,00 euros.

72. SCHÜRNBRAND, J. / WEBER, C., «§ 513 BGB», *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. ii/2, (directores F. J. Säcker, R. Rixecker, H. Oetker, B. Limperg), 9.^a edición, Múnich, 2023, núm. marginal 1.

opinión de que la normativa especial alemana está amparada sin problemas por la excesiva competencia de transposición de los Estados miembros⁷³.



Esquema 3: Los contratos de crédito al consumo en la normativa alemana del BGB.

2.1.4. Críticas desde la práctica en cuanto al mecanismo regulatorio

Muchos autores consideran que este mecanismo para regular, que a veces se percibe como impenetrable, es innecesariamente complicado debido a la técnica de referenciación⁷⁴. En particular, algunos piden que se suprima la regulación paralela de los préstamos generales al consumo y de los préstamos inmobiliarios al consumo⁷⁵, porque el préstamo inmobiliario ha recibido muchas características especiales gracias a la Directiva 2014/17/UE. Por tanto, opinan que ya no es adecuado tomar como punto de partida un contrato de préstamo entre particulares y modificarlo primero para los de préstamo al consumo en general y luego de nuevo para los inmobiliarios de préstamo al consumo. A pesar de estas críticas y de las comprensibles complicaciones para el legislador, el mecanismo regulador elegido representa la aplicación jurídicamente más precisa del derecho europeo en el BGB y es la transposición más lógica y coherente desde un punto de vista sistemático.

73. ADY, J. / PAETZ, E., «Die Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie in deutsches Recht und besondere verbraucherpolitische Aspekte», WM, 2009, p. 1063; GSELL, B. / SCHELLHASE, H. M., «Vollharmonisiertes Verbraucherkreditrecht – Ein Vorbild für die weitere europäische Angleichung des Verbrauchervertragsrechts?», JZ, 2009, p. 22; SCHÜRNBRAND, J. / WEBER, C., «§ 513 BGB», *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. ii/2, (directores F. J. Säcker, R. Rixecker, H. Oetker, B. Limperg), 9.^a edición, Múnich, 2023, núm. marginal 2.

74. Como ejemplos, consulte TONNER, K., «Das Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie – unionsrechtlicher Hintergrund und Überblick», VuR, 2013, p. 443; WENDEHORST, C., «Das deutsche Umsetzungskonzept für die neue Verbraucherkreditrichtlinie», ZEuP, 2011, pp. 290, 291.

75. JUNGMANN, C., «Die EU-Verbraucherkreditrichtlinie 2023», BKR, 2024, p. 4.

2.2. La protección civil del consumidor por el legislador español

En el ordenamiento español, el Derecho de consumo se entiende principalmente como un ámbito legal con una gran «dispersión legal» e «interdisciplinariidad»⁷⁶. Por este motivo, y para comprender la interfaz entre el Derecho privado y el Derecho público español en materia de consumo, en el siguiente apartado me centraré primero en la perspectiva constitucional y después en la perspectiva de Derecho privado del ordenamiento español de consumo.

2.2.1. *El principio pro-consumatore en la Constitución española*

El anclaje constitucional de la protección de los consumidores en España fue una reacción a la reiterada situación de desigualdad entre los participantes en el mercado en las relaciones contractuales. La Constitución española⁷⁷ (en adelante: CE) refleja, al menos hasta cierto punto, las realidades sociales y políticas de su tiempo⁷⁸, tal y como se aprecia hoy en el art. 51.1 CE:

1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo mediante procedimientos eficaces la seguridad, la salud y los legítimos intereses de los mismos [...].

Esta formulación estuvo obviamente influida por la Resolución del Consejo de la CEE, de 14 de abril de 1975, relativa a un programa preliminar de la CEE para una política de protección e información de los consumidores. Según la doctrina española, la interpretación de esta norma debe completarse con una sinopsis del art. 53.1 CE, que establece los principios rectores de la política social y económica española⁷⁹. También se aprecia un fuerte vínculo con el establecimiento del estado del bienestar español en el art. 1.1 CE⁸⁰, ya que la protección de los consumidores pretende, al menos, posibilitar la participación social de los económicamente más débiles. Una visión de conjunto da como resultado el llamado principio *pro-consumatore*. No se trata solo de un principio

76. MATO PACÍN, M. N., «El derecho de consumo y el consumidor», *Derecho de consumo: visión normativa y jurisprudencia actual* (coordinadores M. J. Santos Morón y M. N. Mato Pacín), Madrid, 2022, p. 18.

77. Constitución Española, que entró en vigor el 29 de diciembre de 1978 (BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978).

78. ALZAGA VILLAAMIL, O., *Comentario Sistemático a la Constitución Española de 1978*, 2.^a edición, Madrid, 2016, pp. 264, 265.

79. MATO PACÍN, M. N., «El derecho de consumo y el consumidor», *Derecho de consumo: visión normativa y jurisprudencia actual* (coordinadores M. J. Santos Morón y M. N. Mato Pacín), Madrid, 2022, pp. 39, 40.

80. REBOLLO PUIG, M. / IZQUIERDO CARRASCO, M., «Comentario al art. 51 CE», *Manual de Derecho Privado de Consumo* (directores M. E. Casas Baamonde y M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer), Madrid, 2008, p. 1138.

jurídico general, sino que conduce a una concreción de los derechos básicos del consumidor⁸¹.

2.2.2. *Dispersión normativa en el derecho de consumo español*

La regulación del derecho de consumo en España es muy fragmentaria. Para comprender el presente trabajo, es especialmente recomendable obtener una visión del conjunto del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios⁸² (en adelante: TRLGDCU), la LCCC y la Ley 5/2019⁸³, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (en adelante: Ley 5/2019).

2.2.2.1. TRLGDCU

Sobre la base del objetivo constitucionalmente declarado de un alto nivel de protección de los consumidores en el art. 51 CE, la primera norma general estatal fue la Ley 26/1984⁸⁴, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que posteriormente fue sustituida por el TRLGDCU. Este transpone las Directivas comunitarias en materia de derecho de consumo y define los derechos y obligaciones de consumidores y empresarios. De este modo, armoniza el derecho civil español con la norma europea en materia de derecho de consumo. Aunque se trata de un texto consolidado que ha sufrido y sigue sufriendo modificaciones en consonancia con la legislación europea, no puede hablarse de un Código de Consumo uniforme⁸⁵. Por lo tanto, el legislador español ni ha realizado las adaptaciones necesarias para introducir al consumidor en el propio Código Civil español⁸⁶ (en adelante: CC) ni las ha concentrado en un derecho privado especial pero agrupado⁸⁷. Esto pone de manifiesto la dispersión

81. REYES LÓPEZ, M. J., *Manual de Derecho privado de consumo*, Madrid, 2009, p. 40.

82. Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 2007).

83. Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (BOE núm. 65, de 16 de marzo de 2019). Otras leyes no menos importantes del derecho privado español de consumo son: la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (BOE núm. 89, de 14 de abril de 1998); la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (BOE núm. 166, de 12 julio de 2002).

84. Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (BOE núm. 176, de 24 de julio de 1984).

85. MATO PACÍN, M. N., «El derecho de consumo y el consumidor», *Derecho de consumo: visión normativa y jurisprudencia actual* (coordinadores M. J. Santos Morón y M. N. Mato Pacín), Madrid, 2022, p. 21.

86. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (Gaceta de Madrid núm. 206, de 25 de julio de 1889).

87. Los siguientes Estados miembros son ejemplos de aplicación en un único Código de Consumo aplicable universalmente: *Code de la consommation* (Francia, 1993); *Codice del consumo* (Italia, 2005); *Verbrauchergesetzbuch* (Luxemburgo, 2011).

normativa ya mencionada, que a menudo da lugar a conflictos dogmáticos entre ordenamientos jurídicos armonizados y no armonizados y que, por tanto, resulta confusa tanto para los consumidores como para los empresarios⁸⁸ y, sobre todo, para el jurista aplicando la ley.

Sin embargo, antes de que se pueda pensar en integrar en el CC las normas del TRLGDCU, es necesario adaptarlo al estándar actual del derecho internacional de obligaciones, por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980. Ha habido varias propuestas de reforma en este sentido⁸⁹, todas ellas infructuosas hasta la fecha. Por lo tanto, el mecanismo regulador fragmentario de la legislación española en materia de consumo sigue vigente.

2.2.2.2. LCCC

La regulación de los contratos de crédito al consumo es una materia jurídica que no ha sido incorporada ni al TRLGDCU ni al CC. En su lugar, el objeto de este análisis será la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, que ha sido el instrumento de aplicación de la segunda DCCC 2008 desde 2011⁹⁰. La literatura jurídica española discute hasta qué punto la LCCC ofrece un plus en cuanto a la protección del consumidor en comparación con el TRLGDCU y, en caso afirmativo, hasta qué punto el

88. WAGNER, G., «Der Verbrauchsgüterkauf in den Händen des EuGH: Überzogener Verbraucherschutz oder ökonomische Rationalität?», *ZEuP*, 2016, p. 86 *in fine*.

89. Comisión General de Codificación, *Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos*, 2009, disponible en: https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430960594-Propuesta_para_la_modernizacion_del_Derecho_de_obligaciones_y_contratos._Año_2009.PDF (último acceso: 29/05/2024, 13:54h); Ministerio de Justicia – Secretaría General Técnica, *Propuesta revisada de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos*, 2023, disponible en: <https://www.mjusticia.gob.es/es/EIMinisterio/GabineteComunicacion/Documents/Propuesta%20de%20modernización%20del%20Código%20Civil%20en%20materia%20de%20obligaciones%20y%20contratos.pdf> (último acceso: 29/05/2024, 13:53h). En cuanto a las perspectivas que podría ofrecer la reorganización del futuro derecho contractual europeo, me remito al trabajo de JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., «Perspectivas de regulación del derecho de desistimiento en el (posible) futuro derecho europeo de contratos», *Nuevas perspectivas del derecho contractual*, (director E. Bosch Capdevila), Barcelona, 2012, pp. 513-524. Además, hubo comentarios a las sugerencias legislativas que vale la pena leer de FENOY PICÓN, N., «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Primera: aspectos generales. El incumplimiento», *Anuario de derecho civil*, vol. 63, n.º 1, 2011, pp. 47-136 y FENOY PICÓN, N., «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Segunda: los remedios por incumplimiento», *Anuario de derecho civil*, vol. 66, n.º 2, 2013, pp. 717-836. Véase la crítica por GARCÍA RUBIO, M. P., «Algunas cuestiones preliminares sobre la Propuesta de Modernización Reformada del Código Civil en materia de obligaciones y contratos», *Revista de Derecho Civil*, vol. 11, n.º 2, 2024, pp. 1-33.

90. La Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo (BOE núm. 72, de 25 de marzo de 1995, pp. 9370-9375), que implantó la primera DCCC 1987, solo se menciona de pasada como ley predecesora. Al respecto puedo recomendar el análisis de MARÍN LÓPEZ, M. J., «Análisis de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo», *Estudios sobre Consumo*, 2000, n.º 55, pp. 79-127.

TRLGDCU puede seguir utilizándose como instrumento subsidiario⁹¹. No obstante, como norma básica, en este punto debe mencionarse el principio de *lex specialis derogat lex generalis*, al que volveremos más adelante, en la medida en que la LCCC tiene un ámbito de aplicación más restringido que el TRLGDCU, y, por ende, debe aplicarse de forma principal y concluyente. Por lo tanto, el TRLGDCU no es, como ya se ha mencionado y a diferencia del BGB AT⁹² en Alemania, una parte general válida y siempre aplicable subsidiariamente de la legislación española en materia de consumo⁹³.

La estructura de la LCCC sigue la construcción bastante simple de la DCCC 2008: tras definir el ámbito de aplicación en una sección general y los términos básicos importantes (arts. 1-7 LCCC), siguen las obligaciones de información precontractual y la evaluación de la solvencia del consumidor (arts. 8-14, 15 LCCC), luego las disposiciones sobre el contenido y la forma del contrato (arts. 16-31 LCCC) y, por último, las disposiciones complementarias sobre la tasa anual equivalente, los intermediarios de crédito y las disposiciones sancionadoras. La LCCC ha sido reformada desde entonces en dos ocasiones; sin embargo, se trataba esencialmente de meros cambios de redacción⁹⁴. Al igual que la DCCC 2008 en la que se base la LCCC, se aplica a aquellos contratos en que el prestamista concede o se compromete a conceder a un consumidor un crédito bajo la forma de pago aplazado, préstamo, apertura de crédito o cualquier medio equivalente de financiación⁹⁵. El ámbito de aplicación de la LCCC debe estar estrictamente delimitado de la Ley 5/2019.

2.2.2.3. Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario

En cualquier caso, para analizar el ordenamiento español del crédito al consumo en su totalidad, debe mencionarse con la brevedad necesaria la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. Además de la LCCC, regula aquellos préstamos al consumo que «estén garantizados mediante hipoteca u otro derecho real de garantía sobre bienes inmuebles de uso residencial [...]» (art. 1, apdo. 1 Ley 5/2019).

91. MARÍN LÓPEZ, M. J., «Presentación», *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo*, (director M. J. Marín López), Madrid, 2014, p. 36.

92. La abreviación «AT» se refiere a la parte general de la ley (alemán: *Allgemeiner Teil*).

93. En cierta literatura española se habla de un «modelo mixto», ya que existe una ley «general», junto a una serie de leyes «especiales» que tienen el objetivo de «abordar concretas relaciones jurídicas», cf. CÁMARA LAPUENTE, S., «Comentario al art. 1 TRLGDCU», *Comentarios al texto refundido de la Ley de consumidores y usuarios*, tomo I (arts. 1 a 91), (director A. Cañizares Laso; coordinador L. Zumaquero Gil), Valencia, 2022, p. 65. En vista de la sistemática mencionada, no se puede estar de acuerdo con esta afirmación. En cuanto a la que existe entre el TRLGDCU y el CC, recomiendo leer ARROYO AMAYUELAS, E., «The Implementation of the EU Directives 2019/770 and 2019/771 in Spain», *EuCML*, 2022, pp. 35-40.

94. Cf. en este asunto MARÍN LÓPEZ, M. J., «Doble reforma de la Ley de Contratos de Crédito al Consumo», *CESCO*, n.º 5/2013, pp. 220-223.

95. Así lo establece el legislador español en la parte III del Preámbulo de la LCCC, orientándose en la interpretación amplia de la DCCC 2008.

Sirve como instrumento de transposición de la normativa de la Directiva 2014/17/UE sobre contratos de crédito inmobiliario⁹⁶. La Ley 5/2019 no solo tiene por objetivo garantizar la protección de los consumidores, pero va más allá de este propósito. No solo se refiere a préstamos hipotecarios sobre inmuebles de uso residencial, sino también a préstamos cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, art. 2.1 b) Ley 5/2019. Establece protocolos de transparencia notarial, impone un régimen imperativo para determinadas cláusulas del contrato (por ejemplo, vencimiento anticipado, intereses de demora, cláusulas de gastos) y prohíbe incluso algunas cláusulas (suelo). Esto demuestra que la Ley 5/2019 no es una mera transposición de la Directiva 2014/17/UE, sino una ley que pretende solventar problemas endógenos de los préstamos hipotecarios concedidos en España. Como lo hemos visto al analizar las Directivas, la relación de competencia entre ambas leyes españolas no plantea problemas debido a que su ámbito de aplicación material es claramente adicional y no se solapa. No obstante, ambas normativas se complementan en la aplicación e interpretación de la ley⁹⁷.

Mientras que los mecanismos reguladores alemanes son hipersistemáticos y, por tanto, muy complejos, las leyes españolas, en cambio, son criticables por sus interacciones aparentemente arbitrarias entre sí y por la falta de sistemática. A menudo no están suficientemente ajustadas, lo que puede dificultar su aplicación. Dicho en las palabras de Marín López: «En España la regulación de medidas de protección del consumidor de crédito es asistemática e incoherente».

96. Para un análisis completo y profundo de las implicaciones prácticas de la jurisprudencia del TJUE sobre la ley, consulta el detallado artículo de FERNÁNDEZ-REYES, A. V., «La Ley de los Contratos de Crédito Inmobiliario: Aspectos registrales y relacionados con la jurisprudencia del TJUE: especial referencia a la sentencia del TJUE de 26 de marzo de 2019 sobre cláusulas de vencimiento anticipado», *Boletín del Colegio de Registradores de España*, Año LVIII, Núm. 64, pp. 618-664.

97. MARÍN LÓPEZ, M. J., «Presentación», *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo*, (director M. J. Marín López), Madrid, 2014, p. 36.

III. CRÉDITO RESPONSABLE: LA EVALUACIÓN DE LA SOLVENCIA DEL CONSUMIDOR PRESTARIO

La crisis económica mundial de 2007 a 2009 demostró que la concesión negligente y poco meditada de préstamos con condiciones ventajosas alberga riesgos macroeconómicos. En el sector crediticio predominante, es muy fácil para los consumidores obtener préstamos (pequeños) en relación directa con la compra de bienes o servicios de consumo. La necesidad de regular la publicidad de dichos préstamos y servicios financieros (cf. art. 4 de la DCCC 2008 y el mencionado art. 7 DCCC 2023) demuestra por sí sola la existencia de un mercado crediticio cada vez más accesible para el consumidor, al que se corteja así de forma activa. El resultado fue la introducción del principio del llamado «préstamo responsable» por parte del legislador europeo; este término apareció por primera vez en la primera propuesta de la segunda DCCC 2008 (véase el considerando 26 de la DCCC 2008)⁹⁸. Esta sección está dedicada a desarrollar la conciencia de la necesidad del préstamo responsable, su justificación jurídica y dogmática y sus consecuencias (económicas) para la industria crediticia.

1. DESARROLLO DE LA CONCIENCIA Y DE LA NECESIDAD DE UN PRÉSTAMO RESPONSABLE

Casi treinta años antes de la desaparición de Lehman Brothers, el Tribunal Superior de Justicia (Oberlandesgericht, en adelante: OLG) de Stuttgart ya había intentado reconocer que el sector bancario era corresponsable de la concesión de un préstamo que condujo claramente al sobreendeudamiento del prestatario. El argumento se basaba en la aplicación análoga del § 310 BGB (versión antigua), que en aquel momento estipulaba que un contrato por el que una parte se compromete a transferir una fracción de sus activos futuros era nulo⁹⁹. Según el OLG Stuttgart, si un deudor sin bienes y que depende de los futuros ingresos de su trabajo se compromete a realizar pagos a plazos superiores a la cantidad que gana por encima del nivel mínimo de subsistencia, existe la expectativa de que se retrase tanto en sus pagos que pierda la parte no perecedera de sus ingresos durante el resto de su vida solo para pagar los intereses¹⁰⁰. Por lo tanto, el contrato era nulo en aplicación analógica del § 310 BGB (versión antigua). Esta jurisprudencia fue revocada sumariamente por el Tribunal Federal de Justicia (Bundesgerichtshof, en adelante: BGH), que emitió un contundente argumento a favor de la libertad contractual. El contrato de préstamo entre un empresario y un consumidor no es nulo únicamente

98. Cf. ya COM (2002) 443 *final* de 11 de septiembre de 2002, p. 17.

99. SOLG Stuttgart, de 12 de enero de 1988 – 6 U 86/87, núm. marginal 3.

100. SOLG Stuttgart, de 12 de enero de 1988 – 6 U 86/87, núm. marginal 93.

porque sea improbable que el prestatario cumpla la obligación asumida¹⁰¹. El prestatario, consumidor o no, es el único responsable de la evaluación de su situación financiera y debe asumir él mismo las consecuencias de este comportamiento¹⁰². Sin embargo, de la jurisprudencia del BGH se desprende que una valoración universal que debe hacerse en casos individuales puede dar lugar a que el contrato de préstamo sea nulo por razones de inmoralidad de conformidad con el § 138 BGB¹⁰³.

2. ANTECEDENTES ECONÓMICOS Y JUSTIFICACIÓN MACROECONÓMICA

Mientras tanto, la obligación de conceder préstamos de forma responsable ya se introdujo en Bélgica en 1991¹⁰⁴, y Suiza incorporó finalmente esta obligación a su Ley de Crédito al Consumo (en adelante: KKG) en 2001¹⁰⁵, tras un largo período de trabajos preparatorios¹⁰⁶. El objetivo declarado de todas las normativas sobre dicho préstamo era evitar que los consumidores se sobreendeudaran de antemano, es decir, en el momento mismo de la concesión del préstamo. Los borradores de la Comisión, publicados más tarde, no se dirigían al consumidor fríamente calculador y bien informado, sino a la persona que no era capaz de evaluar correctamente su situación económica, es decir, que no pudiera resistir la tentación de pedir un préstamo que le resultara ruinoso¹⁰⁷. Se puede criticar que a menudo son las crisis posteriores (divorcio, desempleo, nacimiento de hijos, muerte de un ser querido) las que provocan la falta de liquidez del prestatario. La investigación social, por otra parte, ha

101. SBGH de 16 de marzo de 1989 – III ZR 37/88, tesis 1.

102. ROTT, P., «Mitverantwortung des Kreditgebers bei der Kreditaufnahme – Warum eigentlich nicht?», BKR, 2003, p. 851.

103. Con ello, el BGH sentó las bases para una decisión posterior del BVerfG, que confirmó que los tribunales civiles están obligados a respetar la garantía constitucional de autonomía privada a la hora de interpretar y aplicar el concepto jurídico indeterminado de inmoralidad. El BVerfG llegó a la conclusión de que los acuerdos de fianza que son el resultado de un poder de negociación estructuralmente desigual sean inmorales y, por lo tanto, deban ser nulos (SBVerfG de 19 de octubre de 1993 – 1 BvR 567/89).

104. Me refiero al art. 15 de la *Loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation*. Versión consolidada sin valor jurídico disponible en: https://credit2consumer.be/sites/default/files/images/loisarretes/1991_06_12-Loi-du-12juin-1991-relative-au-crdit-la-consommation.pdf (último acceso: 22/08/2024, 14:25 h).

105. Me refiero a los arts. 22 y ss. del *Bundesgesetz über den Konsumkredit*. Versión consolidada disponible en: <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2002/593/de> (último acceso: 22/08/2024, 14:26 h).

106. ROTT, P., «Mitverantwortung des Kreditgebers bei der Kreditaufnahme – Warum eigentlich nicht?», BKR, 2003, p. 851, con más referencias interesantes.

107. Dictamen del CESE sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito a los consumidores» (DOUE de 30 de septiembre de 2003, n.º C 234/1), p. 5 (apdo. 2.4.5.).

demostrado que en muchos casos el sobreendeudamiento de los consumidores ya es inherente a la estructura de la personalidad del consumidor, a menudo ingenuo, inexperto, crédulo e imprudente¹⁰⁸. Por un lado, es bastante comprensible que el prestamista se abstenga de llevar a cabo una evaluación de la solvencia del consumidor mientras los costes asociados superen las pérdidas derivadas de los préstamos impagados. Por otro lado, está justificado que, desde la perspectiva de la política de la UE, exista la necesidad macroeconómica de evitar una gran carga de sobreendeudamiento. Por lo tanto, el principio del préstamo responsable sirve para proteger al consumidor y, sobre todo, al mercado. Según la opinión predominante, los prestamistas, el mercado, el Estado y los consumidores son instructores en el empeño de hacer que el crédito al consumo funcione de forma «productiva» para estos últimos y, por lo tanto, para la sociedad en su conjunto económico¹⁰⁹ (cf. los considerandos 53 y ss. de la DCCC 2023). Algunos argumentan que la productividad de la industria crediticia ya está garantizada por los prestamistas, puesto que no tienen ningún interés desde el principio en conceder un préstamo a una persona que es incapaz de devolverlo¹¹⁰. Sin embargo, la experiencia de la crisis financiera, en la que se violaron sistemáticamente las normas básicas de un préstamo responsable y los de alto riesgo se convirtieron en una práctica habitual, ha obligado a los legisladores a intervenir¹¹¹. Desde un punto de vista jurídico, es, por tanto, necesario un mayor nivel de regulación en la industria crediticia, ya sea por razones de la política pública en materia de protección de los consumidores como por razones macroeconómicas¹¹².

3. TRANSPOSICIÓN AL DERECHO ALEMÁN Y AL DERECHO ESPAÑOL

Cuando el legislador europeo introdujo por primera vez la obligación de evaluar la solvencia con la DCCC 2008, no reguló ni la (1) consecuencia jurídica de una comprobación negativa ni la (2) consecuencia jurídica del incumplimiento del deber de evaluar la solvencia del consumidor por parte del prestamista. Esto ha provocado mucha discusión en la doctrina, ya que no había acuerdo ni sobre el alcance ni sobre la naturaleza jurídica de este principio del préstamo responsable.

108. KORCZAK, D. / PFEFFERKORN, G., *Überschuldungssituation und Schuldnerberatung in der Bundesrepublik Deutschland*, 1992, pp. 276 y ss.; KORCZAK, D., «Ursachen der Verbraucherverschuldung», *Wirtschaftsdienst*, 2022, p. 170 y ss.

109. REIFNER, U., «Verantwortung bei Kreditvergabe oder im Kredit? – Zum Konzept des Entwurfs der Konsumentenkreditrichtlinie», *VuR*, 2006, p. 126.

110. CUENA CASAS, M., «Evaluación de la solvencia y créditos hipotecarios», *ENSXXI*, N° 56, Opinión.

111. Así lo confirma, en particular, el considerando 3 de la Directiva 2014/17/UE: «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 económicas [...]».

112. Véase la introducción al tema desde la perspectiva española por COLLADO-RODRÍGUEZ, N., «El crédito responsable», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, vol. 20, 2016, pp. 526-531.

3.1. Consecuencias jurídicas de una evaluación de solvencia con resultado negativo

Es obvio que una evaluación de solvencia que tenga un resultado positivo no obstaculiza un contrato de préstamo. Sin embargo, cabe preguntarse qué consecuencias jurídicas debe aplicar la legislación europea en materia de consumo si la evaluación de la solvencia del consumidor conlleva un resultado negativo.

3.1.1. *La situación jurídica de lege lata*

La segunda DCCC 2008 guarda silencio respecto a las consecuencias jurídicas. Metodológicamente, para ser precisos, se trata de un denominado «silencio elocuente»¹¹³, ya que en el considerando 30 de la DCCC 2008 se subraya que los aspectos del derecho contractual relativos a la validez de los contratos de crédito no serán regulados por la Directiva. Esta restricción se percibe como adecuada para el sistema: en principio y, como hemos visto, el derecho europeo de los consumidores sigue el modelo de la información y solo trabaja con restricciones a la autonomía privada o prohibiciones de la celebración de contratos, si no ve otro medio de proteger al consumidor. Esto se corresponde precisamente con una normativa que establece que, aunque exista la obligación de facilitar información precontractual, esta no afecta a la decisión final del consumidor a favor de la celebración del contrato, ni siquiera en caso de pronóstico negativo¹¹⁴.

3.1.1.1. Transposición al derecho alemán

Sin embargo, el legislador alemán se ha pronunciado a favor de una prohibición de préstamo en el § 505a I 2 BGB en el marco de su competencia de transposición, contrariamente a la DCCC 2008. El trasfondo sistemático es que la Directiva 2014/17/UE en su art. 18.5 (a) estipula dicha prohibición (véase también el considerando 57 de la Directiva 2014/17/UE), y esta disposición fue simplemente adoptada en la legislación alemana también para el crédito al consumo general (es decir, para contratos que no tienen nada que ver con inmuebles)¹¹⁵. Aunque la legislación europea no lo exigía, era

113. Categorización dogmática por MAUS, C., «Die Analogiefähigkeit im Falle einer bewussten Regelungslücke», *ZfPW*, 2023, pp. 28, 29, que habla del término alemán *del beredtes Schweigen*.

114. ROTT, P., «Mitarbeit des Kreditgebers bei der Kreditaufnahme – Warum eigentlich nicht?», *BKR*, 2003, p. 851.

115. Un comentario sistemático: no obstante, hay que distinguir entre los dos contratos. En el caso de un contrato de préstamo general al consumo, no debe haber ninguna duda significativa (*keine erheblichen Zweifel*) sobre la capacidad de pago del consumidor, mientras que, en el caso de un contrato inmobiliario de préstamo al consumo, es probable que el consumidor no cumpla con sus obligaciones (*wahrscheinlich*). Con su redacción positiva, el legislador alemán establece requisitos más estrictos para los contratos inmobiliarios de préstamo al consumo, lo que tienen en cuenta, entre otras cosas, el volumen de crédito, regularmente más elevado, y la mayor importancia del contrato para el consumidor. Cf. WEBER, C., «§ 505a BGB», *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. ii/2, (directores F. J. Säcker, R. Rixecker, H. Oetker, B. Limperg), 9.^a edición, Múnich, 2023, núm. marginal 6.

permisible¹¹⁶, ya que la DCCC 2008 no lo reguló. Cabe señalar que, según la opinión predominante en la doctrina, la prohibición de celebración no está catalogada como una ley (en el sentido penal), lo que daría lugar a la nulidad del contrato según el derecho alemán. Esto se debe a que las consecuencias jurídicas de una infracción del principio de préstamo responsable se regulan detalladamente en el § 505d BGB y, siendo consecuencias secundarias, requieren un contrato válido.

3.1.1.2. Transposición al derecho español

El legislador español, por su parte, ha cumplido con su obligación de transposición adaptando el texto de la Directiva sin más cambios de redacción. El art. 14 LCCC establece la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del consumidor. Al igual que el art. 9 DCCC 2008 prescribe la consulta de los bancos de datos, el art. 14.2 LCCC permite la consulta de los ficheros de solvencia patrimonial y crédito. Contrariamente a la situación jurídica alemana, que define claramente los criterios de la evaluación, en el derecho español, según el Preámbulo III de la LCCC, el alcance de la evaluación suele dejarse en manos del prestamista («queda a criterio del prestamista»). Por lo tanto, la ley española se limita a crear «rasgos generales de esta obligación»¹¹⁷ sin la certeza necesaria. La relación entre el prestamista y el cliente puede servir de ejemplo. También en este caso, debido a la formulación abierta de la DCCC 2008, no puede reconocerse ninguna infracción del derecho de la UE. Por el contrario, el legislador español hace uso de su competencia de transposición e incide en las relaciones comerciales precontractuales a menudo incluidas en el derecho español.

3.1.2. *La situación jurídica de lege ferenda*

La evaluación de la solvencia ha cambiado radicalmente con la nueva DCCC 2023. No solo cuenta ahora con su propio capítulo (Capítulo IV), sino que también abarca el acceso a las bases de datos. Asimismo, se describe con más detalle el propio proceso de la evaluación crediticia y se prepara para la digitalización (véase el art. 18.8 DCCC 2023)¹¹⁸. De la misma forma, la nueva DCCC 2023 establece con firmeza lo que hasta ahora seguía siendo una cuestión de interpretación: según la segunda frase del art. 18.1 DCCC

116. WEBER, C., «§ 505a BGB», «§ 505a BGB», *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. ii/2, (directores F. J. Säcker, R. Rixecker, H. Oetker, B. Limperg), 9.^a edición, Múnich, 2023, núm. marginal 8.

117. ÁLVAREZ LATA, N., «Comentario al art. 14 LCCC», *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo*, (director M. J. Marín López), Madrid, 2014, p. 596.

118. Curiosamente, también se aborda la propuesta de LIA [COM (2021) 206 final de 21 de abril de 2021]: el considerando 56 de la DCCC 2023 declara que, si se utiliza un sistema de IA para comprobar la solvencia (así que esta posibilidad está claramente contemplada), debe clasificarse como sistema de IA de alto riesgo. La consecuencia sería entonces que el consumidor tendrá el derecho a obtener la intervención humana por parte del prestamista si la evaluación de solvencia implica un tratamiento automatizado. Cf. en este contexto IZQUIERDO GRAU, G., «Los derechos del consumidor en los procesos de evaluación de solvencia mediante el tratamiento automatizado de datos contenidos en la Directiva (UE) 2023/2225», CESCO, n.^o 49/2024, pp. 80-106.

2023, la evaluación de la solvencia se lleva a cabo precisamente en interés del consumidor para evitar las prácticas de préstamo irresponsables y el sobreendeudamiento [...]. Esta afirmación, que hoy puede parecer evidente, ha sido durante mucho tiempo objeto de un debate jurídico y económico (véase *supra*). También se aclaró que, en el caso de un contrato de crédito en el que participen varios consumidores como deudores, el prestamista evaluará la solvencia basándose en la capacidad conjunta de reembolso (art. 18.5 DCCC 2023). Este cambio ha sido especialmente bien acogido en la práctica¹¹⁹, ya que ahora también está en consonancia con el número 99 de las directrices de la Autoridad Bancaria Europea¹²⁰. Además, el art. 19.2 DCCC 2023 establece que solo los prestamistas que cumplan plenamente el Reglamento general de protección de datos¹²¹ podrán solicitar información sobre las bases de datos.

3.1.2.1. En particular: nueva regulación de las consecuencias jurídicas

Sin embargo, el cambio más importante se encuentra en el lado de las consecuencias jurídicas: a diferencia de la segunda DCCC 2008, que únicamente estipula que debe realizarse una verificación de la solvencia, la última DCCC 2023 señala expresamente en su art. 18.6 que «el crédito solo debe concederse al consumidor si el resultado de la evaluación de solvencia indica que es probable que las obligaciones derivadas del contrato de crédito se cumplan» (considerando 55 de la DCCC 2023). Por el contrario, puede deducirse que el contrato no debe autorizarse si el resultado de la evaluación de solvencia es desfavorable. Es cierto que la propuesta de Directiva aún contenía la excepción de que el acuerdo podía, no obstante, celebrarse «en circunstancias concretas y bien justificadas»¹²². Sin embargo, esta excepción no se incluyó en la versión final, lo

119. WITTIG, J., «Die Novellierung der Verbraucherkreditrichtlinie», ZBB, 2023, p. 379.

120. Cf. las Directrices de la Autoridad Bancaria Europea para la concesión de préstamos y su seguimiento de 29 de mayo de 2020 (EBA/GL/2020/06 de 29 de mayo de 2020) (versión alemana), disponible en: https://www.eba.europa.eu/sites/default/files/document_library/Publications/Guidelines/2020/Guidelines%20on%20loan%20origination%20and%20monitoring/Translations/886677/Final%20Report%20on%20GL%20on%20loan%20origination%20and%20monitoring_COR_DE.pdfv (último acceso: 21/05/2024, 12:46 h). Las directrices se publican de conformidad con el art. 16 del Reglamento (UE) n.º 1093/2010 y son también un anclaje firme para el sector bancario europeo al margen de la legislación comunitaria en materia de consumo.

121. Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) (DOUE de 4 de mayo de 2016, n.º L 119/1).

122. MARÍN LOPEZ, M., «Hacia una nueva regulación europea del crédito al consumo: la posición del Consejo, de 7 de junio de 2022, sobre la Propuesta de Directiva de crédito al consumo», CESCO, n.º 43/2022, p. 88, quien se refiere a la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los créditos al consumo [COM (2021) 347 final de 30 de junio de 2021], p. 56.

que probablemente tendrá un impacto notable en la práctica, puesto que ya no existe margen de maniobra para los prestamistas a este respecto¹²³.

3.1.2.2. Críticas y dificultades en la transposición al derecho nacional

Desafortunadamente, el legislador europeo no ha definido el nivel (por muy mensurable que sea) a partir del cual debe negarse la solvencia. Esta falta de certeza es criticada con razón, ya que da lugar a dificultades de interpretación en la práctica y constituye, por tanto, un obstáculo para la armonización de la situación legal en la UE¹²⁴. La Ley de Crédito al Consumo suiza ya mencionada *supra* podría proporcionar un punto de orientación. Según el § 28 S. 2 KKG, se considera que el consumidor es solvente si puede reembolsar el crédito sin tener que utilizar la parte inembargable de sus ingresos.

Como se desprende de lo anterior, el legislador alemán está ampliamente preparado para la situación jurídica que prevalecerá a partir de 2026. Queda por ver si el Tribunal de Justicia de la UE (en adelante: TJUE) ajustará o normalizará, y en qué medida, los criterios de la evaluación de solvencia y los requisitos de un resultado positivo¹²⁵. En España, en cambio, sigue siendo necesaria la introducción explícita de la nueva (desde una perspectiva europea) prohibición de celebrar contratos en casos de resultados negativos. Ya no bastará con enunciar simplemente la obligación del prestamista sin regular las consecuencias jurídicas, ya que la Directiva estipula expresamente dicha consecuencia jurídica.

3.2. Consecuencias jurídicas del incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia del consumidor

A diferencia del caso expuesto anteriormente de un resultado negativo de la evaluación de solvencia, la obligación de llevar a cabo una permanece inalterada: la nueva DCCC 2023 continúa en el art. 18.1, primera frase, lo que ya establecía la DCCC 2008 en su art. 8.1. La obligación de realizar una evaluación de la solvencia es precisamente una expresión del principio de préstamo responsable¹²⁶. Sin embargo, como ya se ha mencionado al principio, el legislador europeo tampoco se pronuncia sobre las consecuencias jurídicas de ello. Como en el caso del art. 23 DCCC 2008, se puede recurrir al art. 44 DCCC 2023 para obtener detalles más concretos. Sin embargo, esto no va mucho más allá, ya que su declaración se limita a la tríada de sanciones efectivas,

123. MARÍN LOPEZ, M., «Una primera aproximación a la Directiva 2023/2225, de 18 de octubre, de contratos de crédito al consumo», CESCO, N° 48/2022, p. 19.

124. Crítica, *inter alia*, por ROTT, P., «Mitverantwortung des Kreditgebers bei der Kreditaufnahme – Warum eigentlich nicht?», BKR, 2003, pp. 854, 845.

125. Para los créditos inmobiliarios de préstamo al consumo, el § 505e BGB aclara que el Bundesministerium für Justiz está autorizado a definir directrices para la evaluación de la solvencia mediante una ordenanza conjunta.

126. Cf. en este sentido las SSTJUE de 18 de diciembre de 2014 (C-449/13, Asunto CA Consumer Finance SA), apdo. 35; de 5 de marzo de 2020 (C-679/18, Asunto OPR-Finance), apdo. 20; de 10 de junio de 2021 (C-303/20, Asunto Ultimo Portfolio Investment), apdo. 28.

proporcionadas y disuasorias reconocidas en toda la UE. Es lógico que el incumplimiento de la obligación no tenga en ningún caso más sentido económico para el prestamista que el cumplimiento, pues de lo contrario se establecería un incentivo erróneo y la medida dejaría de ser «disuasoria»¹²⁷. Sin embargo, los detalles y la interpretación dogmática de los instrumentos nacionales de sanción son objeto de un debate permanente. La falta de regulación por parte de las Directivas obstaculiza la realización del mercado crediticio transfronterizo¹²⁸.

3.2.1. Comparación de los modelos de sanción

El punto de partida en la búsqueda de un modelo de sanción que se ajuste al derecho europeo debe ser que el problema básico, según el sentido y la finalidad de la normativa, no es que el consumidor haya recibido un préstamo en condiciones desfavorables (o menos favorables). Más bien, de acuerdo con la intención del legislador de la UE, es problemático que se le haya concedido un préstamo en absoluto, lo que lo pone en riesgo de sobreendeudamiento¹²⁹; dicho riesgo es, por tanto, meramente abstracto. Lo crítico no son los intereses, sino la obligación de reembolso. En este sentido, una exención de intereses por sí sola no bastaría para cumplir el principio de eficacia de la Directiva (cf. art. 44 DCCC 2023, véase *supra*). Aparte de esto, el consumidor a menudo ya habrá gastado la mayor parte del valor del crédito en el caso de los préstamos más pequeños. A este respecto, algunos sostienen que el prestamista debería perder el derecho al reembolso al menos en la medida en que el prestatario ya no se enriquezca¹³⁰. Algunos autores van incluso más lejos y exigen una reclamación de daños y perjuicios contra él. Esto se justifica sobre todo por la visión bastante amplia que tiene el TJUE de los mecanismos nacionales de sanción: en su sentencia del 10 de junio de 2021, este tribunal dictaminó que el principio del art. 44 DCCC 2023 debe interpretarse en el sentido de que, al examinar si las sanciones previstas en esta disposición son efectivas, proporcionadas y disuasorias, han de tenerse en cuenta las leyes específicas de transposición y los ordenamientos jurídicos nacionales en su conjunto¹³¹. Dado que estos ya están equipados, por supuesto, con reclamaciones por daños y perjuicios,

127. ROTT, P., «Mitverantwortung des Kreditgebers bei der Kreditaufnahme – Warum eigentlich nicht?», *BKR*, 2003, p. 857.

128. CUENA CASAS, M., «Sanciones al préstamo irresponsable. El Tribunal de Justicia de la UE se pronuncia», *ENSXXI*, n.º 114/2024.

129. No en vano, la exención se suprimió del proyecto de Directiva, cf. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los créditos al consumo [COM (2021) 347 final de 30 de junio de 2021], p. 56; cf. también ROTT, P., «Mitverantwortung des Kreditgebers bei der Kreditaufnahme – Warum eigentlich nicht?», *BKR*, 2003, p. 857.

130. ROHE, M., «Privatautonomie im Verbraucherkreditrecht wohin? – Zum Richtlinienvorschlag zur Harmonisierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit», *BKR*, 2003, p. 270, quien se refiere al art. 31 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los créditos al consumo [COM (2002) 443 final de 11 de septiembre de 2002], p. 31.

131. STJUE de 10 de abril de 1984 (C-14/83, Asunto *Von Colson und Kamann/Land NRW*).

debería reconocerse al consumidor una reclamación general por estas causas¹³²; de esta manera no será necesario empezar de cero con la transposición. Se puede argumentar en contra que un recurso jurídico de tal alcance para el consumidor ya no conduce a la equiparación de intereses (reparto de la responsabilidad) realmente prevista, sino a una carga excesiva para los prestamistas y, por tanto, para todo el sector crediticio. Sin embargo, el efecto disuasorio exigido por el art. 44 DCCC 2023 quedaría entonces establecido en cualquier caso.

3.2.2. *Transposición al derecho nacional y su éxito*

Teniendo en cuenta los posibles modelos de sanción que se acaban de describir, a continuación se presentan los métodos de transposición alemán y español.

3.2.2.1. Transposición al derecho alemán

El legislador alemán ha vuelto a adoptar una visión de conjunto de todas las Directivas en el ámbito del derecho de crédito al consumo y ha aprovechado la Directiva 2014/17/UE para introducir un sistema escalonado de sanciones¹³³ civiles¹³⁴. Esto debe entenderse como una concreción jurídicamente estandarizada y al mismo tiempo como una normalización del principio general del derecho civil de la prohibición del ejercicio desleal no autorizado de derechos¹³⁵.

En la primera etapa, de acuerdo con § 505d I 5 BGB, el contenido del contrato permanece inalterado si se establece que, aunque hubo un incumplimiento de la obligación de comprobar la solvencia, esto habría llevado de manera hipotética al resultado de que el consumidor era objetivamente suficientemente solvente. Sin embargo, si el consumidor era objetivamente indigno de crédito, el tipo de interés deudor adeudado se reduce en una segunda etapa de conformidad con § 505d I 1 BGB. Además, el consumidor puede rescindir el contrato en cualquier momento sin previo aviso, según § 505d I 3 BGB, sin tener que pagar una indemnización por la rescisión anticipada del contrato. Aquí es donde se pone de manifiesto el efecto intimidatorio, ya que a partir de este momento el préstamo deja de tener sentido económico para el prestamista. La tercera etapa se alcanza en cuanto el riesgo abstracto de incapacidad de reembolso creado por el prestamista se ha materializado y el prestatario ya no puede cumplir las obligaciones

132. BARLITZ, D., «Kriterien der Sanktionierung einer Verletzung der Bonitätsprüfungspflicht», *NJW*, 2021, p. 3626.

133. Si el prestamista está sujeto a supervisión bancaria, se aplican las disposiciones de la ley de supervisión bancaria además de los mecanismos de sanción del derecho civil. A este respecto, cabe mencionar, por ejemplo, la violación del § 18a KWG.

134. Cf. *Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 07.09.2015*, BT-Drs. 18/5922, p. 62: «ein differenziertes, zivilrechtliches Sanktionensystem».

135. WEBER, C., «§ 505d BGB», *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. ii/2, (directores F. J. Säcker, R. Rixecker, H. Oetker, B. Limperg), 9.^a edición, Múnich, 2023, núm. marginal 2 con referencia a *Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 07.09.2015*, BT-Drs. 18/5922, p. 101.

asociadas al contrato. En este caso, el prestamista no puede hacer valer ninguna reclamación basada en este incumplimiento del deber de reembolso según § 505d II BGB en la medida en que se basa en el hecho de que el contrato no debería haberse celebrado por falta de solvencia objetiva si la verificación de la solvencia se hubiera realizado correctamente. Por ende, la distribución del riesgo va claramente en detrimento del prestamista, quien debe esperar a que el préstamo resulte en una transacción negativa, si y en la medida en que el incumplimiento del consumidor no pueda ser compensado¹³⁶. Para no imponer una carga demasiado pesada al prestamista (y, por tanto, al sector crediticio), el sistema de sanciones prevé una excepción: si el consumidor ha facilitado u ocultado intencionadamente o por negligencia grave información incorrecta al prestamista en relación con la comprobación de la solvencia ya no se aplican las sanciones del segundo y tercer nivel¹³⁷. Esto conduce a una distribución más justa del riesgo, ya que ahora depende tanto del consumidor comportarse de acuerdo con la ley. Por lo tanto, no puede obtener ninguna ventaja frustrando la comprobación de la solvencia.

El TJUE va incluso un paso por delante: en su sentencia de 11 de enero de 2024 (C-755/22), confirma incluso que el incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia no puede subsanarse únicamente mediante el cumplimiento íntegro del contrato de crédito. Aunque el consumidor no sufra ninguna desventaja apreciable, una normativa nacional que declare nulo el contrato de crédito (y que, por tanto, vaya incluso más allá de la normativa alemana que se basa en la validez del contrato) será conforme con lo dispuesto en la DCCC 2008¹³⁸, o más bien una expresión del objetivo del art. 8 DCCC 2008, o sea del art. 18.1, primera frase, DCCC 2023.

3.2.2.2. Transposición al derecho español

En España, en cambio, se mantiene el mencionado art. 14 LCCC, que sí establece la obligación del acreedor de realizar una evaluación de solvencia del consumidor conforme con el art. 18 DCCC 2023. Sin embargo, en este artículo no se mencionan de manera directa las sanciones civiles correspondientes, lo que probablemente supondrá una infracción del derecho de la UE a más tardar al final del período de transposición de la nueva DCCC 2023. *De lege lata*, solo debe hacerse referencia al art. 34.1 LCCC, que estipula que, en caso de incumplimiento de las disposiciones de la LCCC, se aplicarán las disposiciones del Título IV del TRLGDCU. Sin embargo, el TRLGDCU solo establece en el art. 46 TRLGDCU que los incumplimientos serán objeto de las sanciones administrativas correspondientes. En el ámbito de los préstamos asegurados por inmuebles residenciales, el art. 47 de la Ley 5/2019 también dispone que las infracciones

136. Por supuesto, aún existe la posibilidad de una reclamación en virtud de la ley de enriquecimiento. Sin embargo, esto no suele tener éxito porque el consumidor a menudo ya habrá gastado el préstamo abonado y, por lo tanto, se verá privado de él.

137. Esta reglamentación ya se corresponde, aproximadamente, con el art. 18.7, segunda frase, DCCC 2023, por lo que también aquí se ha ahorrado parte del trabajo de aplicación.

138. STJUE de 11 de enero de 2024 (C-755/22, Asunto Nárouk s.r.o.), apdo. 37.

serán sancionadas de conformidad con los arts. 97, 98 y 99 de la Ley 10/2014¹³⁹, de ordenación supervisión y solvencia de entidades de crédito.

3.2.2.3. Reacción crítica del TJUE

Estos mecanismos de sanción administrativa y supervisión, que no se refieren a la relación crediticia subyacente entre el prestamista y el consumidor, se consideran ineficaces en la práctica española¹⁴⁰. Así lo ha confirmado también el TJUE, que ha dictaminado que las multas administrativas impuestas a los prestamistas «no pueden garantizar por sí solas de manera suficientemente eficaz la protección de los consumidores frente a los riesgos de sobreendeudamiento e insolvencia que persigue la [DCCC 2008], ya que no tienen ningún efecto sobre la situación de un consumidor al que se ha concedido un crédito incumpliendo lo dispuesto en [la Directiva]»¹⁴¹. Dada la mera existencia de una sanción administrativa, puede ser erróneo hablar de incumplimiento de la obligación de transposición por parte del legislador español. Sin embargo, debería ser bastante obvio que la transposición española es ineficaz en la práctica y no se corresponde *de facto* con lo que pretendía la directiva. El legislador español tiene por tanto una tarea pendiente para mejorar la eficacia de sus leyes de transposición. En cierta literatura española se menciona el modelo alemán como una propuesta¹⁴² que no pretende provocar la nulidad de un contrato de préstamo celebrado en contravención del art. 18. 1 DCCC 2023.

139. Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito (BOE núm. 156, de 27 de junio de 2014).

140. CUENA CASAS, M., «Sanciones al préstamo irresponsable. El Tribunal de Justicia de la UE se pronuncia», ENSXXI, n.º 114/2024. Otras SSTJUE interesantes en este contexto son: SSTJUE de 27 de marzo de 2014 (C-565/12, Asunto *LCL Le Crédit Lyonnais*); de 18 de diciembre de 2014 (C-449/13, Asunto *CA Consumer Finance*).

141. STJUE de 5 de marzo de 2020 (C-679/18, Asunto *OPR-Finance*), apdo. 38. En este caso, un prestamista demandó la devolución de un préstamo después de que el prestatario ya no pudiera pagar las cuotas. En el procedimiento, el prestamista no alegó ni probó que se hubiera llevado a cabo una evaluación de solvencia antes de celebrar el contrato de préstamo. Por otra parte, el prestatario, un consumidor, nunca había alegado que el contrato fuera nulo. Sin embargo, la legislación checa, que transpone la DCCC 2008, estipulaba que el contrato era nulo si el consumidor así lo declaraba. El tribunal remitente preguntó (entre otras cosas) si la nulidad del contrato de crédito puede considerarse una sanción adecuada en el sentido de la DCCC 2008 si presupone que el consumidor la invoca en un plazo «razonable» (de tres años).

142. Cf. CUENA CASAS, M., «Préstamo responsable y datos de solvencia patrimonial en la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario», *Actualidad civil*, n.º 9/2019.

IV. CONCLUSIONES

1. CONCLUSIONES SOBRE LA NORMATIVA EUROPEA

Desde el punto de vista de su estructura, la DCCC 2023 se basa en gran medida en su predecesora, lo que se debe, entre otras cosas, a su proceso de desarrollo, muy discutido políticamente. La DCCC 2023 se adhiere de manera sistemática al modelo de información normalizada europea. Para ello, utiliza esencialmente tres instrumentos: las obligaciones de información precontractual y el principio de préstamo responsable, que incluye la evaluación de la solvencia en sentido preventivo y el derecho de desistimiento en sentido represivo. El legislador europeo se esfuerza por definir de forma más concreta las consecuencias jurídicas de la no realización de una verificación de solvencia; sin embargo, pierde la oportunidad de proporcionar a los Estados miembros especificaciones al respecto, lo que probablemente se deba, entre otras cosas, a que una directiva europea siempre se caracterizará por las disputas políticas sobre su creación. Esto conduce a una situación jurídica incoherente, que en algunos aspectos se deja en manos del TJUE. Como resultado, se resiente la *targeted harmonisation* que realmente se pretendía. Habría sido deseable que hubiera prevalecido un poco más de orientación por parte del legislador europeo en el proceso político aprobación de la norma.

2. CONCLUSIONES SOBRE LA NORMATIVA NACIONAL

Al transponer la redacción exacta de la DCCC 2008 y utilizar así el modelo de transposición que se podría llamar la «solución pequeña», el legislador español se ahorra una complicada implementación de la normativa europea en el sistema nacional. Por un lado, esto hace que la respectiva ley de transposición española sea manejable para el jurista individual. Por otro, esto conduce a un laberinto incoherente y opaco de leyes que compiten entre sí. A menudo se caracterizan por una transposición excesiva de la normativa europea. Al hacerlo, en unos casos, la transposición española alcanza los límites de lo que pretendía el legislador europeo. Lo sorprendente es que en muchos lugares en los que el legislador español habría tenido margen para ir más allá de la mera transposición, no lo ha utilizado; incluso ha descuidado la transposición hasta tal punto que cabe preguntarse con razón si sigue cumpliendo los requisitos de la DCCC 2008. En definitiva, la doctrina española también coincide en la incoherencia de su propio sistema y en que la necesidad de reforma es evidente.

El legislador alemán transpondrá la DCCC 2023 integrándola en su sistema, que está cargado de dogmática, pero no siempre lo consigue. Aunque siga de forma coherente la «solución grande», también crea una red de normas de derecho al consumo muy difícil de penetrar. Por muy coherente que sea esta tradición de transposición, también resulta muy inquietante para los juristas a la hora de aplicar la ley. De manera paradójica, para

el consumidor medio sin conocimientos jurídicos, la misma parte del derecho privado que se supone que le protege es prácticamente indescifrable. En muchos aspectos, el legislador alemán también aplica en exceso los requisitos europeos, no siempre en términos cualitativos, sino sobre todo temporales. Además, crea mecanismos que permiten la posterior aplicación de la normativa europea anticipada en su propio sistema. Por muy sostenible que esto sea, también es correcto dudar de que el sistema alemán pueda soportar en el futuro la carga de las décadas de normativa europea que vienen.

En España, la consulta pública¹⁴³ relativa a la transposición de la DCCC 2023 comenzó en septiembre de 2024. Según el Ministerio de Economía, Comercio y Empresa (Subdirección General de Legislación Financiera), el paquete normativo de transposición consistirá en una nueva ley de contratos de créditos al consumo, un real decreto y una orden ministerial de modificación de la Orden EHA/1718/2010¹⁴⁴, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios, y la Orden EHA/2899/2011¹⁴⁵, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios¹⁴⁶. Parece que el legislador español sigue la tradición precedente de transposición de directivas europeas.

3. PERSPECTIVAS PARA EL FUTURO DERECHO AL CONSUMO

¿Qué significa esto en última instancia para el derecho europeo al consumo? Opino que aprendemos tres cosas del análisis de la DCCC 2023 y, más concretamente, del análisis de la evaluación de la solvencia del consumidor. En primer lugar, solo el derecho que crece de manera orgánica es un derecho sostenible en el sentido de que garantiza la seguridad jurídica y es flexible para los ajustes al mismo tiempo. En segundo lugar, en el contexto de la regulación europea mediante directivas, seguirá existiendo una tensión entre las exigencias reguladoras europeas y la resistencia política de los Estados miembros. Y en tercer lugar, deberíamos replantearnos fundamentalmente las tradiciones de transposición en Alemania y en España. Por muy sistémico que sea el ejemplo alemán y por muy fácil de utilizar que sea el ejemplo español, puede que haya llegado el momento de pensar en optar por una opción a medio camino de ambos modelos y desarrollar un conjunto de normas coherente y normalizado que trate el derecho europeo de consumo

143. Véase el documento oficial del Ministerio de Economía, Comercio y Empresa, de 6 de septiembre de 2024, relativo a la consulta pública previa, disponible en: https://portal.mineco.gob.es/RecursosArticulo/mineco/ministerio/participacion_publica/consulta/ficheros/20240904_CP_CCD_2023-2225.pdf (último acceso: 20/09/2024, 10:47 h).

144. Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios (BOE núm. 157, de 29 de junio de 2010).

145. Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (BOE núm. 261, de 29 de octubre de 2011).

146. Por lo tanto, es dudoso que se haya anunciado un cambio de paradigma normativo en España; no obstante, queda por ver la forma concreta y la seguridad jurídica del llamado paquete normativo de transposición.

como el régimen especial dentro del derecho privado en que se ha convertido. El término alemán al respecto es el del *Sonderprivatrecht*. El concepto de *Sonderprivatrecht*, es decir, un área del derecho privado separada del derecho privado básico y a menudo externalizada, que contiene disposiciones especiales para determinados grupos de personas, ha demostrado en última instancia su utilidad tanto en Alemania (con el *Handelsgesetzbuch*) como en España (con el Código de Comercio). Creo que ha llegado el momento de crear ese *Sonderprivatrecht* no solo para los empresarios, sino también para los consumidores. El *Code de la Consommation* francés y el *Codice del Consumo* italiano sirven de modelo a este respecto. Por eso es necesario, además de atractivo, establecer sistemas independientes y coherentes de derecho privado en «ambas direcciones» basados en el cuerpo básico del derecho privado nacional (es decir, el BGB/CC) y contribuir así tanto a una mayor seguridad para el consumidor individual como también a una mayor seguridad jurídica en el tráfico jurídico.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ADY, J. / PAETZ, E., «Die Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie in deutsches Recht und besondere verbraucherpolitische Aspekte», en *Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht*, pp. 1061-1070.
- AKERLOF, G., «The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism», en *The Quarterly Journal of Economics*, 1970, pp. 488-500.
- ÁLVAREZ LATA, N., «Comentario al art. 14 LCCC», *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo*, (director M. J. Marín López), Madrid, 2014, pp. 578-615.
- ALZAGA VILLAAMIL, O., *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978*, 2.^a edición, Madrid, 2016.
- ARROYO AMAYUELAS, E., «The Implementation of the EU Directives 2019/770 and 2019/771 in Spain», en *Journal of European Consumer and Market Law*, 2022, pp. 35-40.
- BARLITZ, D., «Kriterien der Sanktionierung einer Verletzung der Bonitätsprüfungspflicht», en *Neue Juristische Wochenschrift*, 2021, pp. 3627-3630.
- BIEREKOVEN, C. / CRONE, A., «Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie. Neuerungen im deutschen Schuldrecht – Ein erster Überblick», en *Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung*, 2013, pp. 687-690.
- BÜLOW, P., «Verbraucherkreditrecht im BGB», en *Neue Juristische Wochenschrift*, 2002, pp. 1145-1150.
- CALLIESS, G. P., «Die Rolle der Rechtsvergleichung im Kontext des Wettbewerbs der Rechtsordnungen», en *Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht*, 2016, pp. 167-189.
- CÁMARA LAPUENTE, S., «Comentario al art. 1 TRLGDCU», *Comentarios al texto refundido de la Ley de consumidores y usuarios*, tomo I (arts. 1 a 91), (director A. Cañizares Laso; coordinador L. Zumaquero Gil), Valencia, 2022, pp. 61-86.
- COLLADO-RIDRÍGUEZ, N., «El crédito responsable», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, vol. 20, 2016, pp. 526-531.
- CUENA CASAS, M., «Préstamo responsable y datos de solvencia patrimonial en la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario», en *Actualidad civil*, n.º9/2019.
- «Evaluación de la solvencia y créditos hipotecarios», en *El Notario del Siglo XXI*, n.º 56/2024, disponible en: <https://www.elnotario.es/tribuna-de-actualidad/86-secciones/opinion/opinion/3813-evaluacion-de-la-solvencia-y-creditos-hipotecarios> (último acceso: 17/05/2024, 15:46 h).
- «Sanciones al préstamo irresponsable. El Tribunal de Justicia de la UE se pronuncia», en *El Notario del Siglo XXI*, N.º 114/2024, disponible en: <https://www.elnotario.es/>

opinion/opinion/12725-sanciones-al-prestamo-irresponsable-el-tribunal-de-justicia-de-la-ue-se-pronuncia (último acceso: 17/05/2024, 15:46 h).

DERLEDER, P., «Die vollharmonisierende Europäisierung des Rechts der Zahlungsdienste und des Verbraucherkredits» en *Neue Juristische Wochenschrift*, 2009, pp. 3195-3202.

FENOY PICÓN, N., «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Primera: aspectos generales. El incumplimiento», *Anuario de derecho civil*, vol. 63, n.º 1, 2011, pp. 47-136.

— «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Segunda: los remedios por incumplimiento», *Anuario de derecho civil*, vol. 66, n.º 2, 2013, pp. 717-836.

FERNÁNDEZ-REYES, A. V., «La Ley de los Contratos de Crédito Inmobiliario: Aspectos registrales y relacionados con la jurisprudencia del TJUE. Especial referencia a la sentencia del TJUE de 26 de marzo de 2019 sobre cláusulas de vencimiento anticipado», en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, Año LVIII, núm. 64, pp. 618-664.

FREITAG, R., «Über- und Unterregulierung im europäischen Verbraucherkreditrecht – Anmerkungen zum Vorschlag der Kommission zur Neufassung der Verbraucherkreditrichtlinie», en *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2022, pp. 66-69.

FRIESEN, S., «Rechtszersplitterung im Binnenmarkt. Zur Notwendigkeit einer Reform des § 481b II BGB», en *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2015, pp. 381-384.

GARCÍA RUBIO, M. P., «Algunas cuestiones preliminares sobre la Propuesta de Modernización Reformada del Código Civil en materia de obligaciones y contratos», *Revista de Derecho Civil*, vol. 11, n.º 2, 2024, pp. 1-33.

GSELL, B. / SCHELLHASE, H. M., «Vollharmonisiertes Verbraucherkreditrecht – Ein Vorbild für die weitere europäische Angleichung des Verbrauchervertragsrechts?», en *JuristenZeitung*, 2009 pp. 20-29.

IZQUIERDO GRAU, G., «Los derechos del consumidor en los procesos de evaluación de solvencia mediante el tratamiento automatizado de datos contenidos en la Directiva (UE) 2023/2225», *Centro de Estudios de Consumo*, n.º 49/2024, pp. 80-106.

JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., «Perspectivas de regulación del derecho de desistimiento en el (possible) futuro Derecho europeo de contratos», *Nuevas perspectivas del derecho contractual*, (director E. Bosch Capdevila), Barcelona, 2012, pp. 513-524.

JUNGMANN, C., «Die EU-Verbraucherkreditrichtlinie 2023», en *Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht* 2024, pp. 1-18.

KLAMERT, M., «Altes und Neues zur Harmonisierung im Binnenmarkt», en: *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2015, pp. 265-268.

KORCZAK, D. / PEFFERKORN, G., *Überschuldungssituation und Schuldnerberatung in der Bundesrepublik Deutschland*, Stuttgart, 1992.

- KORCZAK, D., «Ursachen der Verbraucherverschuldung», en *Wirtschaftsdienst*, 2022, pp. 170-174.

LARENZ, K., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6.^a edición, Berlín, 1991.

MARÍN LÓPEZ, M. J., «La protección del Consumidor de Crédito en Europa. El Modelo Alemán (Primera Parte)», en *Derecho y Sociedad*, II Etapa, año IX, 1998 (13).

- «Análisis de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo», *Estudios sobre Consumo*, 2000, n.^o 55, pp. 79-127.
- «Doble reforma de la Ley de Contratos de Crédito al Consumo», *Centro de Estudios de Consumo*, n.^o 5/2013, pp. 220-223.
- «Presentación», *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo* (director M. J. Marín López), Madrid, 2014, pp. 35-38.
- «Hacia una nueva regulación europea del crédito al consumo: la posición del Consejo, de 7 de junio de 2022, sobre la Propuesta de Directiva de crédito al consumo» en *Centro de Estudios de Consumo*, n.^o 43/2022, pp. 83-94.
- «Una primera aproximación a la Directiva 2023/2225, de 18 de octubre, de contratos de crédito al consumo», en *Centro de Estudios de Consumo*, n.^o 48/2023, pp. 12-27.

MARTÍNEZ ESPÍN, P., «Información precontractual en la nueva directiva de crédito al consumo: ¿cuánto más mejor?», *CESCO*, n.^o 48/2023, pp. 59-72.

MATO PACÍN, M. N., «El derecho de consumo y el consumidor», *Derecho de consumo: visión normativa y jurisprudencia actual* (coordinadores M. J. Santos Morón y M. N. Mato Pacín), Madrid, 2022, pp. 17-35.

MAUS, C., «Die Analogiefähigkeit im Falle einer bewussten Regelungslücke», en *Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft*, 2023, pp. 25-34.

REBOLLO PUIG, M. / IZQUIERDO CARRASCO, M., «Comentario al art. 51 CE», *Manual de Derecho Privado de Consumo* (directores M. E. Casas Baamonde y M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer), Madrid, 2008.

REICH, N., «Zur Theorie des Europäischen Verbraucherrechtes», en *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 1994, pp. 381-407.

- «Der Common Frame of Reference und Sonderprivatrechte im “Europäischen Vertragsrecht”», en *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2007, pp. 161-179.
- «Von der Minimal- zur Voll- zur “Halbharmonisierung”. Ein europäisches Privatrechtsdrama in fünf Akten», en *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2010, pp. 7-39.

REIFNER, U., «Verantwortung bei Kreditvergabe oder im Kredit? – Zum Konzept des Entwurfes der Konsumentenkreditrichtlinie», en *Verbraucher und Recht*, 2006, pp. 121-127.

REYES LÓPEZ, M. J., *Manual de Derecho Privado de Consumo*, Madrid, 2009.

ROHE, M., «Privatautonomie im Verbraucherkreditrecht wohin? Zum Richtlinienvorschlag zur Harmonisierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit», en *Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht*, 2003, pp. 267-273.

ROLAND, K. / SCHÄFER, H. B., «Erzeugt der Europäische Verbraucherschutz Marktversagen? Eine informationsökonomische und empirische Analyse», en *CSLE Discussion Paper*, n.º 2006-07, Center for the Study of Law and Economics, Sarrebrück, disponible en: <https://hdl.handle.net/10419/23085> (último acceso: 18/04/2024, 16:41 h).

ROTT, P., «Mitverantwortung des Kreditgebers bei der Kreditaufnahme – Warum eigentlich nicht?», en *Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht*, 2003, pp. 851-859.

- «Die neue Verbraucherkredit-Richtlinie 2008/48/EG und ihre Auswirkungen auf das deutsche Recht», en *Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht*, 2009, pp. 1104-1113.
- «Verbesserung, Verwässerung oder *more of the same?* – Zur Neuregelung des EU-Verbraucherkreditrechts», en *Verbraucher und Recht*, 2022, pp. 283-292.

SÄCKER, F. J., «Vor Art. 1 EGBGB», *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. xiii, (directores F. J. Säcker, R. Rixecker, H. Oetker, B. Limperg), 8.ª edición, Múnich, 2021.

SCHÜRNBRAND, J. / WEBER, C., «§ 513 BGB», *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. ii/2, (directores F. J. Säcker, R. Rixecker, H. Oetker, B. Limperg), 9.ª edición, Múnich, 2023.

SIEMS, M., «Die neue Verbraucherkreditrichtlinie und ihre Folgen», en *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2008, pp. 454-458.

TONNER, K., «Das Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie – unionsrechtlicher Hintergrund und Überblick», en *Verbraucher und Recht*, 2013, pp. 443-448.

TONNER, K. / FANGEROW, K., «Directive 2011/83/EU on consumer rights: a new approach to European consumer law?», en *Journal of European Consumer and Market Law*, 2012, pp. 67-81.

VON BOGDANDY, A., «Comparative Public Law for European Society», en *Heidelberg Journal of International Law*, 2023, pp. 209-256.

WAGNER, G., «Der Verbrauchsgüterkauf in den Händen des EuGH: Überzogener Verbraucherschutz oder ökonomische Realität?» en *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2016, pp. 87-119.

WEBER, C., «Vor Art. 247 EGBGB», *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. xiii, (directores F. J. Säcker, R. Rixecker, H. Oetker, B. Limperg), 8.ª edición, Múnich, 2021.

- «§ 505a BGB», *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. ii/2, (directores F. J. Säcker, R. Rixecker, H. Oetker, B. Limperg), 9.ª edición, Múnich, 2023.

- «§ 505d BGB», *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. ii/2, (directores F. J. Säcker, R. Rixecker, H. Oetker, B. Limperg), 9.^a edición, Múnich, 2023.

WENDEHORST, C., «Das deutsche Umsetzungskonzept für die neue Verbraucherkreditrichtlinie», en *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2011, pp. 263-291.

WILHELMSSON, T., «Full Harmonisation of Consumer Contract Law?», en *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2008, pp. 225-229.

WITTIG, J., «Die Novellierung der Verbraucherkreditrichtlinie», en *Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft*, 2023, pp. 374-384.