



EL DERECHO ESPAÑOL Y SU ADECUACIÓN AL ORDENAMIENTO EUROPEO RESPECTO DEL DEBER DE EVALUACIÓN DE SOLVENCIA *

*Un estudio a raíz de la cuestión prejudicial del Juzgado nº1 de Primera Instancia de
Fuenlabrada, de 31 de enero de 2024*

Álvaro Vecina Aznar
*Profesor Universitario en Formación
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha*

Fecha de publicación: 18 de marzo de 2024

I. La cuestión prejudicial. II. Estado de la cuestión: requisitos para la adecuación del ordenamiento nacional a la normativa europea en materia de evaluación de la solvencia. 1. El deber de los Estados miembros de establecer sanciones “*efectivas, proporcionadas y disuasorias*”. 2. El deber de los jueces y tribunales de hacer una interpretación del derecho interno conforme al derecho de la Unión. III. Los remedios civiles en el ordenamiento español ante el incumplimiento del deber de evaluación de la solvencia. 1. La nulidad por contravención de norma imperativa (art. 6.3 CC). 2. Efectos de la declaración de nulidad. IV. La apreciación judicial de oficio de la nulidad contractual. V. Conclusiones.

*Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación PID2021-128913NB-I00, del Ministerio de Ciencia e Innovación y la Agencia Estatal de Investigación (AEI) cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) titulado “Protección de consumidores y riesgo de exclusión social: seguimiento y avances”, dirigido por Ángel Carrasco Perera y Encarna Cordero Lobato y en el marco de las Ayudas para la realización de proyectos de investigación aplicada, en el marco del Plan Propio de investigación, cofinanciadas en un 85% por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), para el proyecto titulado “Modelos jurídicos eficientes de consumo sostenible”, con Ref.: 2022-GRIN-34487 dirigido por Ángel Carrasco Perera y Ana I. Mendoza Losana y, en el marco del Proyecto de Investigación SBPLY/23/180225/000242 “El reto de la sostenibilidad en la cadena de suministros y la defensa del consumidor final” cofinanciadas por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional, en el marco del Programa Operativo de Castilla-La Mancha 2021-2027 dirigido por Ángel Carrasco Perera y Ana Carretero García.



I. LA CUESTIÓN PREJUDICIAL

El titular del Juzgado nº1 de primera instancia de Fuenlabrada Instancia de Fuenlabrada ha elevado al TJUE, por auto de fecha 31 de enero de 2024, cuestión prejudicial² respecto al aumento significativo del límite disponible de una tarjeta de crédito “revolving”, sin que constara demostrado que la entidad financiera contara con una evaluación de solvencia para conceder tales ampliaciones. En la cuestión prejudicial se plantea si el incumplimiento de evaluar la solvencia de un cliente puede conllevar sanciones civiles, y no solo administrativas. El magistrado-juez alberga dudas respecto de que el derecho español cumpla con la Directiva 2008/48, en la medida en que no prevé consecuencias civiles en caso de no evaluarse la solvencia adecuadamente y existe una jurisprudencia nacional que aplica restrictivamente el art. 6.3 del Código Civil (en adelante, CC). En base a lo expuesto, se formula al TJUE la siguiente pregunta:

“¿Los artículos 8 y 23 de la Directiva 2008/48 se oponen a una interpretación del Derecho nacional por la que, ante el incumplimiento por el prestamista de la obligación de evaluar la solvencia del consumidor, la mera previsión de sanciones administrativas excluye la posibilidad de declarar la nulidad del contrato de crédito o de imponer otra consecuencia civil?”

II. ESTADO DE LA CUESTIÓN: REQUISITOS PARA LA ADECUACIÓN DEL ORDENAMIENTO NACIONAL A LA NORMATIVA EUROPEA EN MATERIA DE EVALUACIÓN DE LA SOLVENCIA

1. El deber de los Estados miembros de establecer sanciones “efectivas, proporcionadas y disuasorias”

Este deber viene expresamente recogido en el Cdo. 90 de la Directiva (UE) 2023/2225 de Crédito al Consumo (en adelante, DCC)³, así como en el art. 23 de la derogada Directiva

² Al respecto, V. GUTIERREZ DE CABIEDES, J./VALENCIA ORTEGA, E., “Los procesos de evaluación de solvencia en las entidades supervisadas: Reflexiones sobre la sentencia del TJUE de 11 de enero de 2024 (Nárokuj, C-755/2022)”. Accesible en <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2024/03/12/los-procesos-de-evaluacion-de-solvencia-en-las-entidades-supervisadas-reflexiones-sobre-la-sentencia-del-tjue-de-11-de-enero-de-2024-narokuj-c-755-2022> ; “Un juez pregunta al TJUE por las sanciones por incumplir la obligación de evaluar la solvencia de un cliente”. Accesible en <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2024/02/27/un-juez-pregunta-al-tjue-por-las-sanciones-por-incumplir-la-obligacion-de-evaluar-la-solvencia-de-un-cliente>

³ “Los Estados miembros deben establecer el régimen de sanciones aplicables a cualquier infracción de las disposiciones nacionales adoptadas al amparo de la presente Directiva y deben adoptar todas las medidas necesarias para garantizar su ejecución. Si bien la elección de las sanciones queda a discreción de los Estados miembros, estas han de ser efectivas, proporcionadas y disuasorias. Los Estados miembros deben



48/2008⁴. Como ya deja señalado la STJUE de 10 de junio de 2021 (C-303/20): “*para que una sanción sea efectiva y disuasoria, es preciso privar a los infractores de las ventajas económicas derivadas de las infracciones que cometieron*”.

Respecto de este mandato a los estados miembros de establecer sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, y, mediante un análisis de la jurisprudencia del TJUE, cabe inferir cinco mandatos: 1º) Los Estados miembros podrán elegir libremente la tipología de sanciones siempre que sean efectivas, proporcionadas y disuasorias (STJUE de 5 de marzo de 2020⁵); 2º) No se requiere necesariamente una acción legislativa si con los principios o normas generales del Derecho nacional fuera suficiente (STJUE de 5 de marzo de 2020⁶); 3º) Las sanciones de Derecho nacional deben respetar los principios de eficacia y equivalencia, esto es, deben establecer medidas que garanticen la aplicación eficaz del Derecho comunitario, y hacerlo de forma equivalente al tratamiento que el ordenamiento nacional da en situaciones análogas⁷ (SSTJUE de 30 de mayo de 2013⁸; y

comunicar a la Comisión el régimen establecido y las medidas adoptadas, y le deben notificar sin demora toda modificación posterior”.

⁴ “Los Estados miembros determinarán el régimen de sanciones aplicables a las infracciones de las disposiciones nacionales adoptadas con arreglo a la presente Directiva y adoptarán las medidas necesarias para garantizar su aplicación. Las sanciones establecidas deberán ser efectivas, proporcionadas y disuasorias”.

⁵ STJUE de 5 de marzo de 2020 (C-679/18): “Dentro de estos límites [que las sanciones sean efectivas, proporcionadas y disuasorias], la elección del régimen de sanciones queda a discreción de los Estados miembros (véase, en este sentido, la sentencia de 27 de marzo de 2014, LCL Le Crédit Lyonnais, C-565/12)”.

⁶ STJUE de 5 de marzo de 2020 (C-679/18): “la transposición de una directiva no exige necesariamente una acción legislativa en cada Estado miembro. En particular, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la existencia de principios generales o de normas generales puede hacer superflua la transposición mediante medidas legales o reglamentarias adicionales específicas (...) De ello se deduce que, para determinar si una normativa nacional aplica suficientemente las obligaciones derivadas de una directiva determinada, debe tenerse en cuenta no solo la normativa específicamente adoptada a efectos de la transposición de dicha directiva, sino también el conjunto de normas jurídicas disponibles y aplicables. (...) El examen del carácter efectivo, proporcionado y disuasorio de las sanciones previstas en esa disposición, en caso, en particular, de incumplimiento de la obligación de examinar la solvencia del consumidor, establecida en el artículo 8 de dicha Directiva, debe efectuarse teniendo en cuenta, de conformidad con el artículo 288 TFUE, párrafo tercero, no solo la disposición adoptada específicamente, en el Derecho nacional, para transponer esa Directiva, sino también todas las disposiciones de dicho Derecho, interpretándolas, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de los objetivos de la propia Directiva, de modo que tales sanciones cumplan las exigencias establecidas en su artículo 23.”

⁷ Por ejemplo, el art. 21 de la Ley 16/2011, de contratos de crédito al consumo establece la anulabilidad del contrato ante el incumplimiento de la forma escrita; la reducción de los intereses remuneratorios al interés legal del dinero en caso de que en el contrato no contenga la mención a la TAE; la devolución únicamente del principal en los plazos convenidos, cuando no se especifique en el contrato el importe, el número y la periodicidad de los pagos.

⁸ STJUE de 30 de mayo de 2013 (C- 604/11): “a falta de normas sobre la materia en el Derecho de la Unión, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las consecuencias



27 de marzo de 2014⁹; de 18 de diciembre de 2014¹⁰; y de 10 de junio de 2021¹¹); 4º Derivada del principio de eficacia, que un plazo de prescripción de solo 3 años para ejercicio de la acción de nulidad es contrario al ordenamiento europeo (STJUE de 5 de marzo de 2020¹²; 5º) Las sanciones deben abarcar el ámbito privado del consumidor afectado, pues la evaluación de solvencia no es solo un deber del prestamista, sino también un derecho del prestatario (SSTJUE de 5 de marzo de 2020¹³ y de 10 de junio de 2021¹⁴); 6º) El juez nacional debe apreciar de oficio el incumplimiento del deber de evaluación de la solvencia (SSTJUE de 5 de marzo de 2020¹⁵); 6º) Un plazo de 3 años para ejercicio de la acción de nulidad es contrario a

contractuales de la inobservancia de dichas obligaciones, respetando los principios de equivalencia y efectividad”.

⁹ STJUE de 27 de marzo de 2014 (C-565/12): “Los Estados miembros, aun cuando conservan la facultad de elegir las sanciones, deben velar por que las infracciones del Derecho de la Unión sean sancionadas en condiciones materiales y procedimentales análogas a las aplicables a las infracciones del Derecho nacional de naturaleza e importancia similares y que, en todo caso, confieran a la sanción un carácter efectivo, proporcionado y disuasorio”.

¹⁰ STJUE de 18 de diciembre de 2014 (C-449/13): “Los Estados miembros, aunque conservan la facultad de elegir las sanciones, deben velar por que las infracciones del Derecho de la Unión sean sancionadas en condiciones de fondo y de procedimiento análogas a las aplicables a las infracciones del Derecho nacional de naturaleza e importancia similares y que, en todo caso, confieran a la sanción un carácter efectivo, proporcionado y disuasorio (véanse, en este sentido, en particular, las sentencias de 3 de mayo de 2005, Berlusconi y otros, C-387/02, C-391/02 y C-403/02, Rec. p. I-3565, apartados 64 y 65, y de 26 de septiembre de 2013, Texdata Software, C-418/11)”.

¹¹ STJUE de 10 de junio de 2021 (C-303/20): “cuando el legislador nacional, como sucede en el presente asunto [incumplimiento del deber evaluar la solvencia], haya previsto para sancionar tal incumplimiento, además de una sanción administrativa, una sanción de Derecho civil que puede beneficiar al consumidor interesado, esa sanción —habida cuenta de la especial importancia que la Directiva 2008/48 atribuye a la protección de los consumidores— deberá aplicarse de conformidad con el principio de eficacia.”

¹² STJUE, de 5 de marzo de 2020 (C-679/18): “el principio de eficacia se opone a que la sanción de nulidad del contrato de crédito, con la consiguiente obligación de restituir el principal, aplicable en caso de incumplimiento por parte del prestamista de la obligación establecida en el artículo 8 de la Directiva 2008/48, se someta al requisito de que el consumidor invoque la nulidad dentro de un plazo de prescripción de tres años”.

¹³ STJUE, de 5 de marzo de 2020 (C-679/18): “tales sanciones 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 Directiva 2008/48, ya que no afectan a la situación de un consumidor concreto al que se ha concedido un contrato de crédito incumpliendo lo dispuesto en el artículo 8 de dicha Directiva”.

¹⁴ STJUE de 10 de junio de 2021 (C-303/20): “tal sanción no puede garantizar de manera suficientemente eficaz la protección de los consumidores frente a los riesgos de sobreendeudamiento e insolvencia que persigue la Directiva 2008/48 si no afecta a la situación de un consumidor concreto al que se ha concedido un contrato de crédito incumpliendo lo dispuesto en el artículo 8 de dicha Directiva”.

¹⁵ STJUE de 5 de marzo de 2020 (C-679/18): “no podría lograrse una protección efectiva del consumidor si el juez nacional no estuviera obligado, tan pronto como disponga de los datos de hecho y de Derecho necesarios para ello, a examinar de oficio si se ha cumplido la obligación del prestamista establecida en el artículo 8 de la misma Directiva [hace referencia al deber de evaluación de la solvencia en la Directiva 2008/48]. Por otra parte, cuando el juez nacional haya comprobado de oficio que se ha incumplido la referida obligación, estará obligado, sin esperar a que el consumidor formule una petición a tal efecto, a deducir de ello todas las consecuencias que, según el Derecho nacional, se derivan de tal incumplimiento, a condición de respetar el principio de contradicción y de que las sanciones que imponga el Derecho



2. El deber de los jueces y tribunales de hacer una interpretación del derecho interno conforme al derecho de la Unión

Como bien es sabido, el juez nacional, es también juez comunitario y, en consecuencia, está obligado, no solo a aplicar el derecho de la Unión, sino también a realizar una interpretación del Derecho nacional conforme al derecho de la Unión. En este sentido, la STJUE de 5 de marzo de 2020¹⁶, que analiza una cuestión de incumplimiento del deber de evaluación de solvencia –en base a la ya derogada Directiva 2008/48–: *“al aplicar el Derecho interno los tribunales nacionales están obligados a interpretarlo en la medida de lo posible a la luz del texto y de la finalidad de la Directiva 2008/48, para alcanzar el resultado que esta persigue y atenerse así a lo dispuesto en el artículo 288 TFUE, párrafo tercero (...) Por otro lado, el Tribunal de Justicia ha declarado en reiteradas ocasiones que el principio de interpretación conforme exige que los tribunales nacionales, tomando en consideración la totalidad de su Derecho interno y aplicando los métodos de interpretación reconocidos por este, hagan todo lo que sea de su competencia a fin de garantizar la plena eficacia de la Directiva de que se trate y alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido por esta (véase, en este sentido, la sentencia de 24 de enero de 2012, Domínguez, C 282/10, EU:C:2012:33, apartado 27 y jurisprudencia citada). Es preciso añadir que los tribunales nacionales, incluidos los que resuelven en última instancia, deben modificar, cuando ello sea necesario, la jurisprudencia nacional ya consolidada si esta se basa en una interpretación del Derecho nacional incompatible con los objetivos de una directiva (véase, en este sentido, la sentencia de 5 de septiembre de 2019, Pohotovost', C 331/18, EU:C:2019:665, apartado 56 y jurisprudencia citada). De lo anterior se desprende que ...corresponde al tribunal remitente garantizar la plena eficacia de la Directiva 2008/48, dejando inaplicada en caso de necesidad, de oficio, la interpretación adoptada por los tribunales checos”*. Además, el juez nacional, también estará obligado a resolver el litigio aplicando la jurisprudencia del TJUE¹⁷.

nacional se ajusten a las exigencias del artículo 23 de la Directiva 2008/48, tal como han sido interpretadas por el Tribunal de Justicia” (...) Los artículos 8 y 23 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, deben interpretarse en el sentido de que exigen que el órgano judicial nacional compruebe de oficio si se ha producido un incumplimiento de la obligación precontractual del prestamista de evaluar la solvencia del consumidor, establecida en el artículo 8 de dicha Directiva, y deduzca las consecuencias que se derivan, en virtud del Derecho nacional, del incumplimiento de tal obligación, siempre que las sanciones se atengan a los requisitos del citado artículo 23”.

¹⁶ STJUE de 5 de marzo de 2020 (C-679/18). En un mismo sentido, analizando igualmente el deber de evaluación de solvencia, la STJUE de 10 de junio de 2021 (C-303/20): “Los órganos jurisdiccionales nacionales deben tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional e interpretarlas, en la medida de lo posible, a la luz del texto y de la finalidad de esa Directiva, con el fin de obtener un resultado compatible con los objetivos que esta persigue”.

¹⁷ SSTJUE de 28 de marzo de 1963 (C-28/62, 29/62 y 30/62), y de 6 de octubre de 1982 (C-282/81).



Con todo, el TJUE ha declarado que la obligación de interpretación conforme tiene sus límites en el principio de seguridad jurídica, “*en el sentido de que no puede servir de fundamento para una interpretación contra legem del Derecho nacional*”¹⁸. En cualquier caso, el juez nacional está obligado, como ya se ha visto en las citadas sentencias, a buscar cualquier interpretación posible que, sin llegar a ser contraria a la ley nacional, garantice la correcta aplicación del Derecho comunitario. En este sentido, ARONSTEIN¹⁹ afirma, analizando la jurisprudencia del TJUE²⁰, que el juez nacional debe adoptar una actitud creativa en aras a encontrar, aplicando el Derecho nacional, una solución conforme al Derecho europeo. Como no podía ser de otro modo, los principios de primacía y de interpretación conforme, han sido completamente incorporados a nuestro ordenamiento, como expresamente reconoce el Tribunal Constitucional²¹.

En base a todo lo hasta aquí expuesto, debemos plantearnos si cabe hacer en nuestro ordenamiento jurídico una interpretación conforme²² a la actual DCC y a la derogada Directiva 2008/48, –ambas sustancialmente iguales en materia de evaluación de la solvencia–, sin necesidad de acometer reforma alguna. En primer lugar, una interpretación conforme de nuestro ordenamiento jurídico-material, –principalmente del art. 6.3 CC–, que permitiera concluir que sí existen sanciones civiles *efectivas, proporcionadas y disuasorias* en el ordenamiento español, para los supuestos de incumplimiento del deber de evaluación de la solvencia²³. En segundo lugar, una interpretación conforme de nuestro ordenamiento procesal con la que sostener que el ordenamiento español permite la apreciación de oficio de la nulidad. Algo que, como ya se ha comentado, es requisito *sine qua non* para el Tribunal de Justicia.

¹⁸ STJUE de 5 de marzo de 2020 (C-679/18). En un mismo sentido, la STJUE de 29 de mayo de 2018 (C-569/16 y C-570/16)

¹⁹ ARONSTEIN, I. V., Remedies for infringements of EU Law in legal relationships between private parties, Wolters Kluwer, Deventer, 2019, p. 181.

²⁰ STJUE de 24 de enero (C-282/10).

²¹ STC 232/2015, de 5 de noviembre: “sí corresponde a este Tribunal velar por el respeto del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea cuando ...exista una interpretación auténtica efectuada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En estos casos el desconocimiento y preterición de esa norma de Derecho de la Unión, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, puede suponer una ‘selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso’, lo cual puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva”. En un mismo sentido, las SSTC 145/2012, de 2 de julio y 75/2017, de 19 de junio.

²² Como se ha visto, siempre que no sea contra legem, debe interpretarse el derecho nacional conforme al Derecho comunitario aun en contra de la jurisprudencia nacional consolidada.

²³ Como más adelante se expondrá, hay que diferenciar entre el mero incumplimiento del deber de evaluación de la solvencia y el préstamo negligente a quien es insolvente.



III. LOS REMEDIOS CIVILES EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL ANTE EL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE EVALUACIÓN DE LA SOLVENCIA

El deber de evaluación de solvencia viene a cumplir una doble función: por una parte, desde una óptica tuitiva de protección del consumidor, evitar que éste devenga en una situación de insolvencia causada por un sobreendeudamiento causa de contratos de préstamo suscritos. Por otra parte, prevenir, en un sistema financiero como el nuestro que opera con reserva refraccionaria, que la suma de múltiples prestatarios morosos en la misma situación tengan repercusiones macroeconómicas nocivas de enorme calado, como la vivida en la crisis del 2008. Pues bien, la creación de sanciones administrativas viene a proteger este segundo interés jurídico-público. Pero, ¿prevé nuestro sistema de Derecho privado remedios civiles tendentes a tutelar al prestatario que se sobreendeuda a causa del incumplimiento de la referida obligación? Parte de la doctrina²⁴ ha aseverado que no; en mi opinión, existen razones fundadas para concluir que sí. En el presente caso nos centraremos sólo en la posible nulidad del art. 6.3 CC.

1. La nulidad por contravención de norma imperativa (art. 6.3 CC)

Como el propio art. 6.3CC indica, “*los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno*”. Tal consecuencia se corrobora por el art. 1275 CC, según el cual los contratos con causa contraria a la ley o a la moral (causa ilícita), “*no producen efecto alguno*”.

La Sala primera del TS venía interpretando la expresión contenida en el art. 6.3 CC “*salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención*”, en el sentido de que no podía sancionarse con la nulidad aquellos contratos contrarios a normas imperativas cuando en ellas mismas ya se regulara una sanción administrativa en caso de incumplimiento (SSTS 23 de febrero de 1988 o 30 de enero de 1995). Sin embargo, el TS rectifica su doctrina al respecto en la STS 878/2008, de 10 de octubre. Dirá: “*la jurisprudencia actual de esta Sala no permite seguir manteniendo, con carácter general, que la sanción administrativa excluya la nulidad civil de un acto o contrato contrario a una norma administrativa imperativa o prohibitiva. (...) Una interpretación del art. 6.3 del Código Civil que llevara hasta sus últimas consecuencias lógicas la exclusión de la nulidad civil por la sanción administrativa conduciría al absurdo de mantener la eficacia civil de los negocios jurídicos constitutivos de delito por prever el ordenamiento jurídico*

²⁴ CUENA CASAS, M., “Préstamo responsable y datos de solvencia patrimonial en la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario”, Actualidad Civil, p. 6.



para el caso de contravención un efecto tan enérgico como la pena misma, y ello comportaría de hecho dejar sin efecto el régimen del propio Código Civil sobre la ilicitud del objeto o de la causa de los contratos”.

El supuesto enjuiciado por el TS en la citada sentencia 878/2008 trata una cuestión similar a la que aquí nos concierne. Así, se discute acerca de la nulidad de un préstamo en un casino por contravenir la prohibición de prestar en salones de juego. Señala la sentencia: *“La prohibición de préstamos o créditos se corresponde, pues, con aquella finalidad de tutela y protección social que ya el Real Decreto-Ley de 1977 consideraba como uno de sus «objetivos ineludibles» y, por ello, las normas que la establecen se erigen en normas prohibitivas que por su carácter de orden público determinan la nulidad civil de pleno derecho de los actos contrarios a tales normas, por aplicación del art. 6.3 del Código Civil citado en el motivo. (...) La potencial sanción administrativa no excluirá, por todo lo razonado hasta ahora, las consecuencias civiles que procedan”.*

Esta nueva doctrina jurisprudencial se aprecia perfectamente en la STS 710/2011, de 7 de julio: *“La conclusión que se deriva de esta jurisprudencia actual es la nulidad absoluta ipso iure, ex artículo 6.3 del Código civil de todo acto contrario directamente la norma imperativa o prohibitiva, aunque esté igualmente sancionada por norma administrativa”.* De igual modo, la STS 1120/2007²⁵, respecto de un contrato de forfait donde se vulnera la Ley de Cooperativas Andaluzas: *“La consideración legal ...como falta grave ..., lejos de excluir la nulidad civil del contrato en cuestión, la corrobora: de un lado, porque ofrece un argumento más para considerar que tal contrato vulneraba el orden público. (...) y finalmente, porque la ley de que se trata establecía la descalificación de la cooperativa como sanción administrativa, pero nada disponía sobre la eficacia o ineficacia de los contratos mediante los cuales se vulnerase la prohibición de superar el porcentaje máximo, de suerte que tampoco cabe sostener que dicha ley estableciera para el contrato litigioso un efecto distinto de la nulidad de pleno derecho o, dicho de otra*

²⁵ Es de interés la numerosa jurisprudencia del TS que la propia Sala cita en la sentencia: *“Por lo que atañe a la jurisprudencia de esta Sala, la sentencia de 25 de septiembre de 2006 (recurso nº 4815/99), citando las de 18 de junio de 2002 y 27 de febrero de 2004, declara en relación con el art. 6.3 CC, de un lado, que “el juzgador debe analizar la índole y finalidad de la norma legal contrariada y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, para concluir con la declaración de la validez del acto contrario a la ley si la levedad del caso lo permite, reservando la sanción de nulidad para los supuestos en que concurren trascendentales razones que hagan patente el carácter del acto gravemente contrario a la Ley, la moral o el orden público”; de otro, con cita de la STS 24-4-96, que “cuando la normativa administrativa resulta incompatible con el contenido y efectos del negocio jurídico, deben aplicarse las pertinentes consecuencias sobre su ineficacia o invalidez”; y también, que a la nulidad no es obstáculo el que la prohibición administrativa no tenga carácter absoluto. La sentencia de 30 de noviembre de 2006 (recurso nº 5670/00), citando las de 31-5-05, 2-4-02 y 26-7-00, declara que la ilicitud administrativa puede comportar la nulidad civil del contrato que incurra en la misma”.*



forma, que la descalificación de la cooperativa excluyera la posibilidad de declarar civilmente nulo el contrato mediante el cual se vulneró la prohibición”.

Sin embargo, en la STS 323/2015, de 30 de junio, ante el incumplimiento de una norma imperativa, en este caso el deber de información establecido en el art. 79 bis de la Ley del Mercado de Valores, afirma: *“la norma legal que introdujo los deberes legales de información del art. 79.bis de la Ley del Mercado de Valores no estableció, como consecuencia a su incumplimiento, la nulidad del contrato de adquisición de un producto financiero, sino otro efecto distinto, de orden administrativo, para el caso de contravención (...) la mera infracción de estos deberes de información no conllevaba por sí sola la nulidad de pleno derecho del contrato”.*

Puede apreciarse como el Tribunal Supremo, ante supuestos de contravención de normas imperativas, ha llegado a conclusiones sustancialmente opuestas. En mi opinión, la justificación debe encontrarse en la influencia o repercusión del incumplimiento en la formación del contrato. De forma tal que, en aquellos supuestos donde el contrato nunca hubiera llegado a perfeccionarse de no haberse vulnerado una norma imperativa, pues el ordenamiento expresamente expulsaba tales contratos del comercio, la sanción civil será la nulidad de pleno derecho²⁶. En estos casos, la sanción civil más razonable ante el incumplimiento de una norma imperativa será aquella que garantice, precisamente, el mismo resultado que se habría obtenido de haberse respetado tal norma, esto es, la inexistencia del contrato. Tal solución la encontramos en la nulidad de pleno derecho con efectos *ex tunc*.

Como acertadamente señala CARRASCO²⁷, las normas a las que el art. 6.3 CC hace referencia son únicamente las que tienen como objeto regular el contenido del intercambio negocial. No se incluyen aquellas que, bajo forma de una aparente prohibición, atribuyen un derecho, una ventaja o una potestad a un sujeto, o imponen deberes precontractuales como el de información. Pues, en tales casos, el beneficiado por la norma puede enajenar su derecho por contrato, o renunciar a su beneficio una vez adquirido, lo que impide que la norma sea limitativa de la autonomía de la voluntad. Así

²⁶ V. STS 343/2010 de 11 de junio de 2010: "el juzgador debe analizar la índole y finalidad de la norma legal contrariada y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, para concluir con la declaración de la validez del acto contrario a la Ley si la levedad del caso lo permite, reservando la sanción de nulidad para los supuestos en que concurren trascendentales razones que hagan patente el carácter del acto gravemente contrario a la Ley, la moral o el orden público". La sentencia copia textualmente a la STS de 27 de febrero, cuyo contenido se reproduce también en las SSTs de 25 de septiembre de 2006 (recurso nº 4815/99), citando las de 18 de junio de 2002 y 27 de febrero de 2004, STS de 9 de octubre de 2007.

²⁷ CARRASCO PERERA, A., Derecho de contratos, 3ª ed., Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2021, p. 798



las cosas, retomando los ejemplos jurisprudenciales ya mencionados, los contratos sancionados con la nulidad por el TS nunca hubieran podido perfeccionarse de haberse respetado las normas imperativas de aplicación –vgr. no prestar en salones de juego, no superar la cooperativa el límite del 40%–; son normas prohibitivas que sí regulan indisponiblemente el contenido negocial. Sin embargo, cuando el TS concluye que no existe nulidad es en un supuesto donde, aun de haberse cumplido el deber de información por parte de la entidad de inversión, el contrato podría haberse perfeccionado igualmente²⁸; el consumidor una vez informado puede actuar como mejor considere.

Volviendo al caso que aquí interesa, el incumplimiento del deber de evaluación de la solvencia, debemos hacer una importante apreciación. Y es que, en realidad, existen dos normas imperativas distintas. Una primera es la que establece la obligación de los prestamistas de evaluar la solvencia de quien solicita le sea concedido un préstamo [arts. 18.1 de la DCC, y 14 de la Ley 16/2011 de contratos de crédito al consumo (en adelante, LCC)]. Pero hay una segunda norma, distinta de la primera, que proscribe los préstamos a quienes obtengan un análisis de solvencia desfavorable (cdo. 55 y art. 18.6 DCC²⁹, y art. 11.5 de la Ley 5/2019). Por tanto, hay dos conductas sancionables diferenciables. Por un lado, incumplir el deber de evaluación de solvencia en abstracto, y por otro, prestar indebidamente a quien está –o estará a causa del préstamo– en una situación de sobreendeudamiento, se haya realizado o no previamente una evaluación sobre su solvencia.

Para la primera conducta, nuestro ordenamiento establece sanciones administrativas (art. 34.1 II LCC, art.14 de la Orden EHA/2899/2011 y art. 47 de la Ley 5/2019). No sería razonable, aplicando lo hasta ahora expuesto, que el préstamo sin evaluar la solvencia a un prestatario solvente fuera condenado con la nulidad contractual³⁰. Como señalara

²⁸ Una sistematización de la jurisprudencia del Alto Tribunal (vgr. SSTS, de 26 de junio de 1982, y de 4 de diciembre de 1986) permite concluir que, para la aplicación del artículo 6.3 se debe: 1. Analizar la índole y finalidad de la norma legal contrariada y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados. 2. Valorar la gravedad y trascendencia de la pretendida infracción legal supuestamente cometida. 3. Determinar la esencialidad (o no) de la vulneración de la normativa administrativa que se dice incumplida. 4. Razonar si la pretendida infracción es incompatible con el mantenimiento de los efectos económicos del contrato celebrado entre las partes (MARÍN NARROS, H. M., “Inaplicación del artículo 6.3 del Código Civil que establece la nulidad absoluta por vulneración de normas imperativas en supuestos de incumplimiento de regulación bancaria (MIFID) por las SSTS de 22 de octubre de 2015, de 11 de marzo de 2016 y de 3 de junio de 2016, así como por el resto de jurisprudencia dictada en la materia”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 761, 2017, p. 1620).

²⁹ “Los Estados miembros velarán por que el prestamista no ponga el crédito a disposición del consumidor hasta que el resultado de la evaluación de solvencia indique que es probable que las obligaciones derivadas del contrato de crédito se cumplan en la forma requerida en dicho contrato”. Esta regulación es novedosa, pues no estaba contenida en la Directiva 2008/48/CE, derogada por la DCC.

³⁰ PALOMINO MORALED A, H., “Solicitud de nulidad de un crédito al consumo reembolsado íntegramente y sin consecuencias perjudiciales para el consumidor: la respuesta del TJUE cuando el



ALBALADEJO³¹, respecto de la distinción entre derecho público y privado, “las normas que componen ambos grupos se puede decir que están inspiradas prevalentemente en el interés de la comunidad, las del primero [derecho público], y en el de la persona, las del segundo [derecho privado]”. Así, prestar a quien es solvente, incumpliendo el deber de evaluación de solvencia, podrá merecer la sanción de derecho público que correspondiera, pero nunca una sanción de derecho privado.

Para la segunda conducta prohibida, esto es, prestar a alguien insolvente –o que, con el préstamo, va a devenir en una situación de sobreendeudamiento–, se haya evaluado o no su solvencia³², sí que cabe sostener que, al contravenir una norma prohibitiva limitativa de la autonomía de la voluntad, la sanción que nuestro ordenamiento establece es la de la nulidad absoluta.

En primer lugar, porque jamás hubiera existido el préstamo de haberse respetado la normativa que prohíbe prestar en tales supuestos, siendo nulo vía arts. 6.3 CC³³. No estamos por tanto ante un posible supuesto de validez parcial del negocio jurídico³⁴; la relación negocial nunca debió existir, por ser contraria a la ley y al orden público (art. 1275 CC), lo cual nos lleva al segundo motivo. Por último, como consecuencia de la afectación al orden público que el incumplimiento de la norma imperativa conlleva en un sistema financiero como el nuestro de reserva fraccionaria, lo que nos conduce de nuevo a la nulidad de pleno derecho por mandato de los arts. 6.3, 1255 CC y 1275 CC.

prestamista omitió la evaluación de la solvencia. Comentario a la sentencia del TJUE de 11.01.2024 (C-755/22), Centro de Estudios de Consumo, p. 5. Accesible en https://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Solicitud_de_nulidad_de_un_credito_al_consumo.pdf

³¹ ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil*, tomo I, Bosch, Madrid, 1970, p. 30.

³² Es una obligación de medios. Si se ha valorado su solvencia con la diligencia debida y, a pesar de ello, se presta a alguien insolvente, debemos concluir que el prestamista no será responsable. V. CUENA CASAS, M., “Préstamo responsable...”, cit., p. 6.

³³ Cfr. ARROYO AMAYUELAS, E., “Contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. Sanciones y remedios para el caso de incumplimiento de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario”, p. 17. Accesible en https://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/125433/1/WP_2018_9.pdf: “lo correcto es admitir que una disposición que impone deberes de conducta al prestamista –deber de evaluar la solvencia y de actuar en consecuencia– no es la norma imperativa/prohibitiva a la que alude el art. 6.3 CC. En consecuencia, su infracción solo debería dar lugar a incumplimiento contractual (lo es de un deber legal, art. 1258 CC) y a las correspondientes indemnización y sanción administrativa”.

³⁴ V. STS, de 17 de octubre de 1977: “Esta doctrina se complementa con la de la nulidad parcial de aquellos contratos en los cuales sólo algún pacto resulte contrario a la ley y siempre que conste además que se habría concertado aun sin la parte nula”.



Asimismo, al tratarse de una nulidad de pleno derecho, la acción para pedirla ante los tribunales no prescribe³⁵. Por tanto, la sanción de nulidad es una medida efectiva en el sentido del Cdo. 90 de la DCC y de la STJUE, de 5 de marzo.

2. Efectos de la declaración de nulidad

Primero de todo, es importante destacar que el TJUE, en su reciente sentencia de 11 de enero de 2024³⁶, concluye que la sanción de nulidad por parte de un ordenamiento nacional ante el incumplimiento del deber de evaluación de solvencia es perfectamente conforme a la DCC.

En aplicación del art. 1303 CC, la consecuencia ante la nulidad del contrato es, con carácter general, la devolución de las contraprestaciones. Sin embargo, se ha defendido por la doctrina³⁷ que la sanción de nulidad no es “efectiva”³⁸, como el Cdo. 90 de la DCC exige. Que el prestatario deba devolver en una sola vez la totalidad del principal que reste por devolver, minorados los intereses indebidamente satisfechos (1195 CC), ciertamente puede no ser efectivo. Sí lo sería en el caso de que nuestro ordenamiento previera que tal devolución del principal pudiera llevarse a cabo en un plazo de tiempo adecuado a la

³⁵ SSTs 1286/1993, de 29 de abril; 983/2006, de 4 de octubre. RIVERO HERNÁNDEZ, F., en RAMS ALBESA, J./MORENO FLÓREZ, R. M., (Coords.), Comentarios al Código Civil, tomo I, Bosch, Barcelona, 2000, pp. 198

³⁶ STJUE de 11 de enero de 2024 (C-755/2022): “Los artículos 8 y 23 de la Directiva 2008/48/CE ...deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que, cuando el prestamista ha incumplido su obligación de evaluar la solvencia del consumidor, ese prestamista sea sancionado, de conformidad con el Derecho nacional, con la nulidad del contrato de crédito al consumo y la pérdida de su derecho al pago de los intereses pactados, aun cuando ese contrato haya sido ejecutado en su totalidad por las partes y el consumidor no haya sufrido consecuencias perjudiciales a causa de ese incumplimiento”.

³⁷ MARÍN LÓPEZ, M. J., “La evaluación de la solvencia del prestatario en la Ley 5/2019 (V): consecuencias civiles del incumplimiento por el prestamista de su obligación de evaluar la solvencia del prestatario”, en Centro de Estudios de Consumo, p. 4. Accesible en https://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/La_evaluacion_de_la_solvencia_del_prestatario_en_la_Ley_5-2019_V.pdf. El autor se refiere al art. 38.1 de la Directiva 2014/17/UE, que establece, al igual que hace el Cdo. 90 DCC, que los Estados miembros deberán establecer sanciones “efectivas, proporcionadas y disuasorias”. En mi opinión, en caso de entenderse que no concurren los requisitos del art. 1306 CC, el prestatario solo estaría obligado a la devolución del principal, privándose al prestamista de cobrar los intereses remuneratorios derivados del préstamo, y obligándole a devolver al consumidor los ya percibidos. Además, debe caerse en la cuenta de que el prestatario es quien, en estos casos, “lleva la voz cantante”. Es el prestamista quien, de querer recuperar su dinero deberá, en su caso, demandar al prestatario en reclamación de cantidad (no pidiendo la nulidad, pues “Nemo auditur propriam turpitudinem allegans”), quien contestará a la demanda alegando la nulidad del contrato. Sólo una vez sustanciado todo el proceso judicial –que como se sabe no destaca por su celeridad– deberá devolver el principal, todo de una vez. Y, además, el prestatario obtendría a su favor el pago por la condena en costas del prestamista demandante.

³⁸ STS 2009/2011, de 31 de marzo: “Pudiendo ser incluso la nulidad de los contratos perjudicial para la propia parte demandante, porque el efecto restitutorio la obligaría a devolver las estaciones de servicio a su propietaria y arrendadora”.



capacidad económica del deudor. Es lo que precisamente ocurre en el caso analizado por la referida STJUE de 11 de enero de 2024, donde se concluye que la sanción de nulidad que el ordenamiento checo prevé ante el incumplimiento del deber de evaluación de solvencia es una medida conforme al Derecho de la Unión. Y es que el art. 87.1 de la Ley de Crédito al Consumo de República Checa, permite que el consumidor, en caso de nulidad, devuelva el principal al prestamista “*dentro de un término acorde a sus posibilidades financieras*”.

Tal vez, quepa considerar que el préstamo a quien es insolvente entra dentro del ámbito de aplicación del art. 1306 CC³⁹, al ser la causa del contrato, como se ha visto, contraria a la ley (art. 1275 CC). La cuestión a dilucidar sería, entonces, si la culpa es exclusiva del prestamista, aplicándose el apartado primero del art. 1306 CC o, por el contrario, existe una concurrencia de culpas, siendo de aplicación el apartado segundo. En este sentido, MARÍN⁴⁰ apunta que, si bien el prestamista, siempre que incumpla su deber de evaluación de solvencia, actuará culposamente, también lo hará el prestatario, quien contrató sabiendo, o debiendo saber, que era muy probable que no pudiera hacer frente al coste económico del préstamo.

Sin embargo, la aplicación de la sanción del 1306.1 CC⁴¹, por la cual el prestatario no debe devolver el principal y puede reclamar los intereses satisfechos, es difícil que cumpla la exigencia de proporcionalidad del Cdo. 90 DCC (y del antiguo art. 23 de la Directiva 2008/48). Por su parte, de considerarse que existe una concurrencia de culpas y que el precepto aplicable es el 1306.2 CC, la sanción prevista, por la cual el prestatario no debe devolver el principal, pero tampoco puede reclamar la devolución de los intereses

³⁹ Art. 1306 CC: “1.^a. Cuando la culpa esté de parte de ambos contratantes, ninguno de ellos podrá repetir lo que hubiera dado a virtud del contrato, ni reclamar el cumplimiento de lo que el otro hubiese ofrecido. 2.^a Cuando esté de parte de un solo contratante, no podrá éste repetir lo que hubiese dado a virtud del contrato, ni pedir el cumplimiento de lo que se le hubiera ofrecido. El otro, que fuera extraño a la causa torpe, podrá reclamar lo que hubiera dado, sin obligación de cumplir lo que hubiera ofrecido”.

⁴⁰ MARÍN LÓPEZ, M.J., cit., pp. 4-6: “Como la evaluación de la solvencia en sentido estricto es una obligación de medios, el incumplimiento del prestamista (que actúa negligentemente al llevar a cabo la evaluación) implica por sí mismo la existencia de negligencia (...) en muchas ocasiones hay culpa del propio prestatario, que celebra el préstamo sabiendo (o debería saberlo) que hay muchas posibilidades de que no pueda abonar puntualmente las cuotas de amortización. Es cierto que el prestamista es un profesional del ramo, a diferencia del prestatario (sobre todo si es un consumidor). Pero el prestatario debe ser responsable de sus actos, y no parece sensato que se haga responsable únicamente al prestamista de un comportamiento del prestatario poco adecuado”.

⁴¹ La citada STS 878/2008 dispone que, el casino que incumplió la prohibición de prestar en salones de juego, no tendrá derecho a exigir lo que se le debía. Y ello, además de por la aplicación de los arts. 1798 y ss. CC –que aquí no vienen al caso–, en virtud del art. 1306 CC, puesto que la actuación “no constituye delito pero sí introduce en el contrato ...una causa torpe que impide al prestamista ...reclamar la devolución del dinero que prestó”



pagados, tienes mayores visos de superar el juicio de proporcionalidad del Cdo. 90 DCC. En todo caso, en aplicación del principio *favor contractus* residenciado en el aforismo romano *utile per inutile non vitiatur*, únicamente estaría afectado por la nulidad el montante de préstamo que ocasione la situación de insolvencia del deudor⁴².

Sentado todo lo anterior, debemos hacer referencia al art. 18.6 de la Orden de transparencia de servicios bancarios, que establece que la evaluación de la solvencia “*en ningún caso afectará a su plena validez y eficacia, ni implicará el traslado a las entidades de la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones de los clientes*”. Sin embargo, como se refleja en el párrafo II de la exposición de motivos de la Orden, ésta “*desarrolla los principios generales previstos en la Ley de Economía Sostenible en lo que se refiere al préstamo responsable*”. Pues bien, la referida Ley fue derogada por la Disposición derogatoria de la Ley 10/2014. Como hace notar ZUNZUNEGUI⁴³, esta derogación es importante, pues cierra la posibilidad de interpretar que por dicho inciso habría que considerar que la obligación de evaluar al cliente no tiene efectos contractuales. Debe entenderse abrogada. En todo caso, la norma se refiere únicamente a la obligación de evaluación de solvencia que, como hemos estudiado, no está sancionada por nuestro ordenamiento con la nulidad contractual. No hace referencia alguna a la norma que prohíbe prestar dinero a quien es insolvente (cdo. 55 y art. 18.6 DCC, y art. 11.5 de la Ley 5/2019).

IV. LA APRECIACIÓN JUDICIAL DE OFICIO DE LA NULIDAD CONTRACTUAL

Como hace notar PASQUAU⁴⁴, lo que subyace en la sanción de nulidad del artículo 6 CC es la superioridad de la norma imperativa respecto de la autonomía de la voluntad en cualquiera de sus manifestaciones. Por ello, es perfectamente razonable y conforme al espíritu del art. 6.3 que el juzgador analice de oficio la posible nulidad contractual por contravención de una norma imperativa, o lo que es lo mismo, sin que conforme la pretensión de la parte interesada, entendida como manifestación de la autonomía de la voluntad. Si lo que el art. 6.3 CC busca es la salvaguarda del respeto irrestricto a la norma

⁴² V. CARRASCO PERERA, A, “Artículo 6”..., cit., p. 160: “Cuando el contrato colisiona con norma imperativa en razón de su contenido... en lugar del todo o nada de la validez o nulidad, la posibilidad de aplicar una ineficacia parcial facilita que el juzgador esté dispuesto a dar relevancia negocial a la norma sectorial infringida ...Es lo que pasó, por ejemplo, con la jurisprudencia del siglo pasado que aceptaba la nulidad parcial del contrato con precio superior al máximo permitido en las ventas de VPO”.

⁴³ ZUNZUNEGUI, F., “Evaluación de la solvencia en la concesión de créditos hipotecarios”, Revista de Derecho del Mercado Financiero, nº2, 2015, p. 12.

⁴⁴ PASQUAU LIAÑO, M. (2000). Jurisprudencia Civil Comentada. Código Civil, Comares, Granada, p. 59.



imperativa como interés general, no hay razón para sostener que tal circunstancia no pueda ser apreciada de oficio. En este sentido, RIVERO⁴⁵ señala, respecto del art. 6.3 CC, que la nulidad absoluta es automática (de pleno derecho); por ello no necesita ser declarada por los tribunales, por regla general. Pero si en un caso concreto conociera el tribunal de un acto *contra legem*, podrá declarar su nulidad de oficio. De igual modo, la STS 143/1992, de 17 de febrero: “La nulidad de los actos contrarios a la Ley ...puede declararse no sólo a instancia de parte, sino también de oficio”; o la STS 79/2012⁴⁶: “la norma regula la materia de forma indisponible por responder a un interés público que excede de los de las partes en el contrato ...y su infracción es susceptible de ser apreciada de oficio por operar «ipso iure»”.

El Tribunal Constitucional⁴⁷ sentenció, respecto del control de la abusividad de las cláusulas contractuales que, una vez que el TJUE ha establecido una doctrina por la cual el juez nacional debe hacer una apreciación de oficio, el apartamiento por parte del órgano judicial de esta jurisprudencia supondrá una quiebra del principio de supremacía, una interpretación irrazonable y arbitraria de una norma aplicada al proceso y, consiguientemente, una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Este pronunciamiento es perfectamente aplicable a la obligación de apreciación de oficio del incumplimiento del deber de evaluación de la solvencia que, como se ha visto, el TJUE tiene establecida.

⁴⁵ RIVERO HERNÁNDEZ, F., cit., pp. 197 y 198. Cfr. TAPIA FERNÁNDEZ, I., “La apreciación de oficio de la nulidad de las cláusulas abusivas”, Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears, nº 17, 2016, pp. 124 y 125: “La apreciación de oficio de una nulidad no pedida por la parte es posible sólo cuando razones de derecho material exigen esa declaración. Pero la indeterminación de cuáles sean esas razones, obliga al examen del caso concreto. En todo caso, el carácter restrictivo y excepcional de la declaración de oficio queda reservada para supuestos de grave ilegalidad o grave infracción del orden público; y aun así, el juicio de evidencia del Juez derivado de su propia apreciación de los hechos, debe obligar a oír a las partes en conflicto, en una actividad procesal contradictoria indispensable. El problema es que no existe en nuestro sistema procesal esta posibilidad de abrir un incidente contradictorio, con carácter general, para poder discutir una nulidad apreciada por el Juez de oficio. Y al no ser así, los superiores principios constitucionales de contradicción y defensa deben primar sobre una declaración judicial tomada sin la previa posibilidad defensiva del litigante.”

⁴⁶ STS 79/2012, de 1 de marzo. En un mismo sentido, la STS, de 17 de febrero de 1992: se han pronunciado, entre otras, las sentencias 523/2008, de 12 de junio, y 173/2009, de 18 de marzo.

⁴⁷ STC 31/2019, de 28 de febrero: “Declarada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea la obligación del órgano judicial de conocer, bien de oficio o a instancia de parte, del posible carácter abusivo de una cláusula contractual, poco importa el momento y cómo llegaron a él los elementos de hecho y de Derecho necesarios para verse compelido a hacerlo” (...) El Juzgado de Primera Instancia ...al no atenerse a la interpretación de la Directiva 93/13 que había sido realizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (...) infringió el citado principio de primacía del Derecho de la Unión al prescindir por su propia, autónoma y exclusiva decisión, de la interpretación impuesta y señalada por el órgano competente para hacerlo con carácter vinculante:: (ii) incurrió, por ello, en una interpretación irrazonable y arbitraria de una norma aplicada al proceso y (iii) consiguientemente, vulneró, de este modo, el derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente (art. 24.1 CE)”.



V. CONCLUSIONES

Primera. La pregunta planteada en la cuestión prejudicial ya encuentra solución en nuestro ordenamiento y en nuestra jurisprudencia. Si bien, al no ser una cuestión pacífica, resulta pertinente para aportar seguridad jurídica en la materia. La respuesta del TJUE deberá ser que el Derecho de la Unión sí se opone a un ordenamiento jurídico donde la mera previsión de sanciones administrativas excluye la posibilidad de declarar la nulidad del contrato de crédito o de imponer otra consecuencia civil.

Segunda. Debe distinguirse el incumplimiento del deber en abstracto de evaluación de la solvencia, sancionado en exclusiva administrativamente, del incumplimiento de la prohibición de prestar a quien sufre –o sufriría a consecuencia del préstamo– una situación de sobreendeudamiento. La primera conducta se sanciona administrativamente, mientras que la segunda es provoca la nulidad de pleno derecho del préstamo ex arts. 6.3 CC y 1275 CC.

Tercera. La consecuencia de la nulidad es la devolución de las contraprestaciones (art. 1303 CC), lo que es contrario a la exigencia de efectividad del Cdo. 90 DCC y del art. 23 de la Directiva 2008/48. Además, la posible sanción civil ex art. 1306 CC, que supone el enriquecimiento del prestatario al no tener que devolver el principal, puede ser contraria a la proporcionalidad exigida en los citados preceptos de las directivas.

Cuarta. Nuestro ordenamiento procesal sí permite la apreciación de oficio por parte del órgano judicial del incumplimiento del deber evaluar la solvencia, como exige la jurisprudencia del TJUE.