

III. REGULACIÓN DEL SOBREINDEUDAMIENTO EN LA UE



D. Juan Pedro Ávila Vicepresidente de ADICAE Extremadura y Dña Ana Grande Murillo Jefa de Servicio de la Dirección General de Consumo y Salud Comunitaria de la Junta de Extremadura

3.1. ARMONIZACIÓN NORMATIVA EUROPEA

Según Dictamen emitido el 24 de abril de 2002 por el Comité Económico y Social (CES), órgano consultivo de la UE, el sobreendeudamiento es un fenómeno que implica aspectos sociales, económicos, financieros y políticos a escala comunitaria, elementos todos ellos que influyen de manera directa sobre la consecución del mercado interior. Recomienda a la Comisión y a los Estados miembros a elaborar un Libro Verde que analice las consecuencias de la situación actual elaborando un marco legal de prevención y rectificación armonizado; e insta a los Estados a que pidan a la Comisión estudios, mecanismos de resolución extrajudicial y actividades educativas de sobreendeudamiento.

La necesidad de una legislación europea armónica y efectiva, que trate valientemente la problemática del endeudamiento excesivo, que ya desde distintos ámbitos se alerta, resulta urgente para evitar consecuencias que hemos venido comentando. Equiparar, por ejemplo, los derechos de los consumidores al mismo nivel que disfrutaban las personas jurídicas con normativa que regula suspensiones de pagos que permiten reestructurar su economía y volver a reflotarlas, sería una medida legislativa de importancia sustancial. El hecho de que esta normativa sea comunitaria otorgaría a los consumidores europeos una uniforme y clara protección frente a estos riesgos con independencia del país en que se encuentren.

En su Resolución de 26 de noviembre de 2001, relativa al crédito y al endeudamiento de los consumidores, el Consejo de la Unión Europea pone de manifiesto en su punto cinco que *"si el crédito constituye un factor de inducción del crecimiento económico y del bienestar de los consumidores, también constituye un riesgo para los proveedores del crédito y una amenaza de coste adicional y de insolvencia para un número en aumento de consumidores"*.

Efectivamente, la ampliación y desarrollo del crédito en el mercado interior aumenta el riesgo del sobreendeudamiento. En efecto, las nuevas formas de financiación, que surgen de forma incesante y la posibilidad de acceder al crédito transfronterizo multiplican las posibilidades de endeudamiento excesivo.

Partiendo de estas premisas, nos encontramos con una diversidad legislativa que unida a la ausencia de armonía entre las legislaciones de los distintos estados, constituyen, pese a la existencia teórica de una libre circulación de bienes y de servicios, un factor de riesgo no solo para el deudor sino también para el prestamista, ya que en caso de litigio, deberíamos preguntarnos: ¿qué regulación debe aplicarse? ¿Y ante qué jurisdicción?

Ciertamente, la necesidad de una legislación europea armónica y efectiva, que trate valientemente la situación del endeudamiento excesivo, resulta urgente para evitar los problemas que hemos venido comentando. Una medida legislativa de importancia sustancial sería equiparar los derechos de los consumidores al mismo nivel que disfrutaban las personas jurídicas, con normativa que regule las suspensiones de pagos y que le permitan reestructurar su economía y volverla a reflotar. Otro aspecto a considerar, sería la posibilidad de aportar a los consumidores europeos una uniforme y clara protección frente a estos riesgos con independencia del país en que se encuentren.

En este sentido, debemos destacar la preocupación de los Estados miembros de la Unión Europea que desde 1965 comenzaron con la preparación de una regulación comunitaria específica

en materia de crédito al consumo. Estos preparativos continuaron con la Comisión Europea hasta la presentación de una proposición final ante el Consejo en febrero de 1979.

En 1986, tras un largo periodo de reflexión y debate, se adoptó una directiva, que se completó en 1990 y en 1998. Ésta tiene un doble objetivo: por una parte, ofrecer a los consumidores europeos una protección básica contra las condiciones abusivas del crédito y por otra, favorecer el crédito entre las fronteras, sobre todo con la libre circulación de los contratos en las condiciones del país de origen.

Desde ADICAE creemos que la necesidad de una convergencia real en la Europa que estamos creando no solo debe basarse en cuestiones estrictamente económicas de mercado, sino que también pretende la igualdad y expansión de los derechos básicos de los ciudadanos, ya que en la sociedad en que nos encontramos la protección en el consumo se presume fundamental e inexcusable y por todo ello, entendemos que la finalidad de toda normativa comunitaria de este ámbito debe conducir, por un lado, a consolidar unas reglas protectoras mínimas para el consumidor en el ámbito del crédito al consumo; y, por otro lado, a favorecer la creación de un mercado libre, sin distorsiones en la competencia entre los prestamistas, cuestión esta última que resulta de difícil cumplimiento por cuanto la Directiva es una norma de mínimos.

A) Iniciativas institucionales: Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «El sobreendeudamiento de los hogares»

En aras de sensibilizar a la comisión y a la UE, de la problemática existente, el Comité Económico y Social europeo (CES), órgano consultivo de la UE, en su informe sobre "el sobreendeudamiento de los hogares" (CES 212/2000 fin), aprobado el pasado 2 de Julio de 2000, advierte de la existencia del riesgo de que la actual diversidad legislativa imponga obstáculos técnicos a la libre circulación de bienes y servicios en el mercado interior, por lo que propone que, se adopten medidas mínimas de armonización, sobre todo en lo que se refiere al crédito al consumo, a la normativa sobre cláusulas abusivas, a la venta a distancia y al disfrute de inmuebles a tiempo compartido.

Igualmente, se estima por dicho organismo que este tema merece una consideración más profunda y global y entiende que este fenómeno implica aspectos sociales, económicos, financieros y políticos a escala comunitaria, elementos todos ellos que influyen de manera directa sobre la consecución del mercado interior.

Por ello, el desarrollo del mercado financiero transfronterizo debe estar dotado de la transparencia necesaria en su regulación, incluso en caso de incumplimiento, a los solos efectos de dar mayor confianza a los consumidores. A partir de este diagnóstico, el CES dictamina, aun teniendo en cuenta el principio de subsidiariedad, que este fenómeno debiera ser objeto de armonización a escala de la Unión Europea, basándose en tres circunstancias:

- Igualación de las condiciones de competencia entre los que se conceden los créditos a particulares.
- Potenciar el mercado interior, soslayando los problemas que pueden generar la existencia de ordenamientos jurídicos nacionales.

■ Dar cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 153, párrafo b) del apartado 3 del Tratado, en el que se inquiera a la Comunidad a que desarrolle medidas " que apoyen, complementen y supervisen la política llevada a cabo por los Estados". El CES entiende que el sobreendeudamiento se enmarca en el ámbito de la política comunitaria.

El CES también constata otras razones para llevar a cabo la armonización en este ámbito:

■ La introducción de la moneda única y el impulso que dará al comercio transfronterizo, deberá beneficiar al crédito.

■ El desarrollo del comercio electrónico, la venta a distancia, así como la reciente aprobación de la Directiva de Comercialización a Distancia de Servicios financieros.

■ La próxima ampliación de la Unión también aconseja una armonización en este campo.

Por último, el CES a la Comisión y a los Estados miembros. Entre las que cabría enumerar:

■ Que la Comisión elabore un Libro Verde que analice las consecuencias de la situación actual; que elabore un marco legal de prevención y rectificación armonizado ante las situaciones de sobreendeudamiento; que defina y establezca una red de intercambio de información entre los Estados miembros; etc.

■ Respecto a los Estados miembros que pidan a la Comisión que estudie y presente propuestas de armonización que deben darse a los consumidores en los contratos de crédito, de la utilización de los datos relativos a la insolvencia, etc.; que prevean la elaboración de un marco autorregulatorio y de códigos de conducta para la rectificación de las situaciones de sobreendeudamiento; que creen mecanismo de resolución de conflictos a través de sistemas extrajudiciales, que se deriven de créditos transfronterizos; y, por último, el CES propone a los Estados que, desde la edad escolar, desarrollen acciones informativas y de educación tendentes a la prevención del sobreendeudamiento.

B) Iniciativas legislativas

Como hemos comentado a lo largo del presente capítulo, el ordenamiento jurídico comunitario carece, de momento, de una regulación del sobreendeudamiento de los consumidores. Sin embargo, la comunidad económica europea ha mostrado, desde el principio, una seria preocupación por arbitrar instrumentos que prevengan y remedien dicho problema. Un reflejo de dicha pretensión se observa ya en su programa preliminar para una política de protección e información de los consumidores, aprobado por Resolución del Consejo de 14 de abril de 1975, en el que se consagra como una de las prioridades de la política comunitaria la armonización de la normativa reguladora del crédito al consumo. Transcurridos más de doce años de trabajos previos, el Consejo de Ministros de la Unión Europea aprobó la Directiva 87/102/CEE, 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. Esta Directiva ha sido posteriormente modificada en dos ocasiones. La primera, por la Directiva 90/88/CEE del Consejo, del 22 de febrero de 1990 y la segunda se produce por la Directiva 98/7/CE de 16 de febrero de 1998, que afecta al porcentaje anual de cargas financieras, y al modo de calcularlo.

El gran número de años de trabajo que se emplearon hasta la promulgación de la Directiva, demuestran claramente que no resultó tarea fácil. Evidentemente, la mejora de la situación jurídica del consumidor va inevitablemente unida al establecimiento de ciertos límites a la actividad de los prestamistas, que en todo momento deberán respetar los derechos que la ley reconoce al consumidor de crédito. En realidad, La fuerza y el poder de los distintos lobbys de la gran banca en cada uno de los países miembros, es una de las circunstancias que explican el largo y tortuoso trayecto de elaboración de la Directiva. De hecho fueron presentados cuatro anteproyectos de Directiva y dos proyectos en 1979 y 1984. El motivo no es otro que la política de bloqueo que conjuntamente con los bancos desarrollaron algunos estados. Como resultado de la influencia de la banca en los Estados miembros se aprecia claramente en que cada proyecto o propuesta de Directiva concede al consumidor una protección menor que la que se establecía en la propuesta anterior.

La Directiva 87/102/CEE responde al principio de armonización mínima, que permite a los Estados miembros la conservación o la adopción de disposiciones más severas para la protección del consumidor que las contenidas en la norma comunitaria (artículo 15). Consecuencia de ello es que la adaptación de los ordenamientos nacionales de los Estados miembros ha sido heterogénea, según se constató en el informe que, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 17 de la Directiva fue elaborado por la Comisión a los cinco años de su entrada en vigor, de 11 de mayo de 1995. En este informe, la Comisión observa que la mayoría de los Estados han adoptado disposiciones más estrictas que las establecidas por la Directiva para la protección de los consumidores y entre ellas menciona el sobreendeudamiento.

Esta circunstancia, así como la aparición de nuevas prácticas y la evolución de los mercados de crédito al consumo explica la necesidad de reformar la normativa que regula este mercado.

La directiva fue traspuesta a nuestro ordenamiento en 1995. En general dicha trasposición recogía en su conjunto la totalidad de la normativa dispuesta en la Directiva aunque con algunas peculiaridades. En este sentido señalar, aquellos créditos cuya exclusión se permitía por la Directiva 87/102/CEE y sobre los que el legislador español ha omitido toda referencia y por tanto se entienden sometidos a la legislación española: por ejemplo los contratos de crédito formalizados en documento auténtico autorizado por notario o juez o los contratos de crédito concedidos por las entidades o los establecimientos financieros de crédito a sus trabajadores, artículo 2.2 de la Directiva.

En capítulos posteriores veremos con detalle la regulación en nuestro ordenamiento jurídico, a través de un estudio pormenorizado de la ley 7/1995, de la protección al consumidor de crédito. No obstante, haremos una referencia sucinta al contenido de la Directiva 87/102/CEE.

Esta Directiva tiene por objeto aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al crédito al consumo.

Se excluyen del ámbito de aplicación de la Directiva:

■ Los contratos de crédito destinados a la adquisición o conservación de derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles;

■ Los contratos de crédito destinados a la renovación o mejora de inmuebles;

- Los contratos de arrendamiento, excepto cuando éstos prevean que el título de propiedad pase en última instancia al arrendatario;

- Los créditos gratuitos;

- Los contratos de crédito que no devenguen interés, siempre que el consumidor esté de acuerdo en reembolsar el crédito en un solo pago;

- Los créditos en forma de anticipos en una cuenta corriente, concedidos por una entidad de crédito o una entidad financiera, diferentes de una cuenta de tarjeta de crédito.

- Los contratos de crédito cuyo importe sea inferior a 200 euros o superior a 20 000 euros;

- Los contratos de crédito en virtud de los cuales se exija al consumidor reembolsar el crédito bien dentro de un plazo que no rebase los tres meses, bien mediante cuatro pagos, como máximo, dentro de un plazo que no rebase los doce meses.

Los Estados miembros pueden exceptuar también del ámbito de aplicación de la directiva los créditos que hayan sido concedidos a tipos de interés inferiores a los practicados en el mercado y los créditos que no se ofrezcan al público en general.

Toda publicidad sobre un crédito en la que se indique un elemento relativo al coste del mismo debe mencionar asimismo el porcentaje anual de cargas financieras.

Los contratos de crédito se hacen por escrito. Además de las condiciones esenciales del contrato, incluyen la indicación del porcentaje anual de cargas financieras y las condiciones en las que puede modificarse dicho porcentaje anual.

En el caso de un crédito en forma de anticipo en cuenta corriente, el consumidor debe ser informado por escrito, a más tardar en el momento de la celebración del contrato:

- del límite del crédito, si lo hubiere;

- del tipo de interés anual y de los gastos;

- del procedimiento para la rescisión del contrato.

Debe informarse al consumidor de cualquier cambio que se produzca en el tipo de interés anual o en los gastos pertinentes en el momento en que tenga lugar dicha modificación. En el caso de créditos concedidos para la adquisición de bienes, los Estados miembros establecen las condiciones en virtud de las cuales pueden recuperarse dichos bienes y velan por que no se produzca un enriquecimiento injusto de una de las partes. El consumidor tiene derecho a liberarse de las obligaciones que haya contraído en virtud de un contrato de crédito antes de la fecha fijada. Tiene entonces derecho a una reducción equitativa del coste del crédito. En caso de cesión de los derechos del prestamista a un tercero, el consumidor conserva todos sus derechos y puede hacerlos valer ante este tercero.

Los Estados miembros velan:

- Por que se proteja a los consumidores que utilizan letras de cambio cuando autorizan esta práctica;

- Por que el contrato de crédito no afecte los derechos del consumidor frente al proveedor de los bienes o servicios adquiridos mediante dichos contratos, cuando los bienes o servicios no se suministren o no sean conformes al contrato de suministro.

El consumidor puede ejercer un recurso contra el prestamista cuando se cumplan todas las condiciones siguientes:

- El consumidor ha concertado un contrato de crédito con una persona distinta del proveedor de los bienes que ha comprado;

- Entre el prestamista y el proveedor de los bienes y servicios existe un acuerdo previo en virtud del cual exclusivamente dicho prestamista puede conceder créditos;

- El consumidor obtiene el crédito en aplicación de dicho acuerdo previo;

- Los bienes o servicios objeto del contrato no son suministrados o no son conformes al contrato de suministro;

- El consumidor se ha dirigido contra el prestamista o el proveedor sin haber obtenido satisfacción.

Los Estados miembros velan:

- Por que las personas que ofrecen un crédito estén en posesión de una autorización oficial;

- Por que estas mismas personas estén sometidas al control de un organismo oficial;

- Por que se creen organismos apropiados para facilitar la información pertinente o asesoramiento a los consumidores y para recibir las quejas relativas a los contratos de crédito.

El Consejo revisa los importes fijados en la directiva en 1995 por primera vez y después cada cinco años.

Los Estados miembros velan por que las normas fijadas en la directiva:

- Se respeten en los contratos de crédito;

- No sean eludidas mediante la forma en que se otorguen los contratos, como la distribución de la cuantía del crédito entre varios contratos.

Los Estados miembros pueden introducir una reglamentación más estricta que la prevista en la Directiva. La Directiva 90/88/CEE elabora una única fórmula matemática de cálculo del porcentaje anual de cargas financieras para el conjunto de la Comunidad y determina los componentes del coste del crédito que deben tenerse en cuenta para realizar este cálculo. La Directiva 98/7/CE aporta precisiones relativas al cálculo del porcentaje anual de cargas financieras.

Actualmente, la nueva directiva que se propone y que a continuación veremos, exigirá la modificación de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo (transposición de la anterior 87/102/CEE) pero sin la libertad que ofrecía la anterior regulación armonizadora. En efecto, la nueva concepción del Derecho comunitario en materia de consumo puede suponer la paralización del progreso del Derecho nacional de los distintos estados miembros, pues de un propósito armonizador se ha pasado a un ideal unificador.

3.2. LA ADAPTACIÓN DE LA DIRECTIVA EN MATERIA DE CRÉDITO AL CONSUMO Y SUS EFECTOS SOBRE LOS CONSUMIDORES

La evolución del mercado europeo del crédito ha superado actualmente la regulación armonizada de esta materia que data de 1987 (Directiva 87/102/CEE). La ausencia de reglas unificadas se deja sentir en este sector de la actividad financiera en el que las operaciones transfronterizas no se han producido con la fluidez e intensidad que se debe esperar en el marco de un mercado interior de servicios financieros como el pretendido por las autoridades comunitarias.

Ante este panorama macroeconómico, la política legislativa de la Unión Europea se esfuerza en defender al consumidor de forma uniforme más allá de las fronteras mediante la aplicación en esta materia de la cláusula de mercado interior. Esta circunstancia supone la imposibilidad de exceder por las autoridades nacionales al umbral de protección establecido por las Directivas que recojan esta consideración de mercado interior.

Este nuevo entendimiento de las normativas en materia de consumo se advierte en las recientes sentencias del Tribunal de la Unión Europea de 25 de abril de 2002, al considerar que las Directivas en esta materia cercenan la posibilidad de mejora por las autoridades nacionales.

Además, mediante la transparencia en la información que debe ser suministrada por el dador de crédito, unida a la homogeneización en la forma de determinar los costes de la operación se pretende que las relaciones de mercado se desarrollen de forma fluida facilitando la circulación de las distintas ofertas.

En base a lo anteriormente argumentado, la nueva concepción del Derecho comunitario en materia de consumo puede suponer la paralización del progreso del Derecho nacional de los distintos Estados miembros, ya que se ha pasado de un propósito armonizador a un ideal unificador.

Por ello, entre los motivos de la propuesta de directiva del parlamento europeo y del consejo en materia del crédito a los consumidores (cuyo texto se puede encontrar en los ANEXOS) debemos destacar:

■ Por un lado, la necesidad urgente de una armonización normativa, ya que de la propia comparación entre regulaciones se deduce, sin dificultad, las divergencias existentes entre las legislaciones de los Estados miembros en el ámbito del crédito tanto a las personas físicas en general como en el crédito al consumo en particular.

■ Por otro, la comunicación a la Comisión de la Unión Europea por parte de varios estados miembros de su intención de modificar su propia legislación nacional. De ahí, que la propuesta de directiva sobre crédito al consumo ofrece a la Comisión la oportunidad de anticiparse a estas reformas e integrarlas en un marco comunitario organizado evitando, de esta forma, la compartimentación del mercado del crédito que produciría la diversidad de regímenes jurídicos, pues no debe olvidarse que esta regulación proyectada se enmarca dentro de la política comunitaria de mercado interior de servicios financieros; así que debe modificarse el marco jurídico vigente para que los consumidores y las empresas puedan beneficiarse plenamente del mercado interior.

El crédito al consumo, según se refiere en las consideraciones que justifican la propuesta, ha evolucionado mucho desde la elaboración de la regulación comunitaria actual. En los años 60, el crédito al consumo casi no se utilizaba, la mayoría de los pagos (por no decir casi todos) eran al contado. En la actualidad, entre al 50% y el 65% de los consumidores tienen acceso sin trabas al crédito al consumo.

Por tanto, la dación de crédito se presenta como un riesgo para los prestamistas y como un coste adicional para los consumidores. En esta situación los Estados han considerado insuficiente el nivel de protección y han introducido en sus legislaciones contratos de crédito no previstos en el Derecho comunitario derivado.

En este sentido, la futura directiva pretende adaptarse jurídicamente a las nuevas técnicas de crédito, a los efectos de conseguir un reequilibrio entre los derechos y las obligaciones de los consumidores y los proveedores de crédito y un alto nivel de protección de los consumidores.

El objetivo de la revisión es crear un mercado más transparente y eficaz, que brinde a los consumidores tal grado de amparo que la libre circulación de las ofertas de crédito pueda realizarse en las mejores condiciones, tanto para los que ofrecen, como para los que solicitan el crédito.

Esta propuesta contiene una evaluación tanto de los convenios de cálculo como de la inclusión o exclusión de determinados costes básicos, en función de su justificación económica para lograr la menor exclusión posible de costes de crédito y un máximo de claridad. Estas medidas comparativas de costes solo son aplicables a nivel europeo, y su impacto será suficiente únicamente si se aplica a todos los contratos de crédito, a disposición de los consumidores.

Además, fomenta la utilización de procedimientos amistosos antes de recurrir a procedimientos jurisdiccionales de cobro de deudas, la conformidad de estos procesos de cobros con las cláusulas contractuales, el equilibrio entre los intereses recíprocos del prestamista y del consumidor en la liquidación de los pagos atrasados y la posibilidad para el consumidor de cambiar de prestamista, sin tener que asumir el pago de indemnizaciones que no puedan justificarse.

La acción propuesta mediante la Directiva proyectada busca satisfacer las necesidades del mercado interior, estableciendo normas comunes y armonizadas aplicables a todos los agentes económicos de este sector del tráfico jurídico, y permitir a los prestamistas distribuir en el espacio y en el tiempo con más facilidad sus servicios financieros, y a los consumidores beneficiarse de un alto nivel de protección; además, se ocupa, en su artículo 8, del eventual sobreendeudamiento del consumidor de crédito.

La ventaja de esta directiva, en términos exclusivos de mercado interior, consiste una armonización máxima de las normas en materia de crédito que deberían mejorar el funcionamiento y la estabilidad de los mercados europeos de crédito, pero limita las posibilidades de introducir mejoras particulares por los estados miembros que benefician a los consumidores nacionales de dichos estados.

En concreto, 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, de 11 de septiembre de 2002, tiene por objeto derogar la Directiva 87/102/CEE mediante la armonización de la legislación en los diferentes Es-

tados miembros. El objetivo de esta armonización es incrementar la protección de los consumidores en las compras transfronterizas para realizar un mercado interior en el sector del crédito al consumo.

La propuesta se basa en ocho líneas directrices:

1. Armonización de las normas en materia de consumo de los diferentes Estados miembros y prohibición de que éstos añadan disposiciones a las nuevas normas.
2. Ampliación del ámbito de aplicación incluyendo la totalidad del crédito al consumo. Solamente se excluyen del ámbito de aplicación los créditos a la vivienda.
3. Derecho del consumidor a retractarse en un plazo de 14 días después de la firma del contrato de crédito, sin justificación ni gastos suplementarios.
4. Una comparación más fácil entre las ofertas de crédito gracias a la introducción de tres tipos que expresan, respectivamente, el coste del capital (tipo deudor), el coste que debe pagar el prestamista (tipo total del prestamista o TTP) y el coste total desde el punto de vista del consumidor que incluye, por ejemplo, los gastos de seguro.
5. La obligación del prestatario de aconsejar al consumidor sobre los productos que ofrece y de informarse sobre la solvencia de sus clientes antes de conceder un crédito. Por otra parte, el consumidor recibe más información sobre los costes, las cláusulas y las condiciones del producto.
6. El avalista personal tiene derecho a las mismas informaciones que el prestatario. En caso de que los consumidores no cumplan sus obligaciones contractuales existen normas de base en materia de recuperación de bienes y cobro de deudas.
7. Registro de los prestatarios y los intermediarios de crédito y establecimiento de normas de base para las actividades de los intermediarios.
8. Si los prestatarios utilizan como intermediarios de crédito tanto a los proveedores de bienes como de servicios, serán responsables de manera conjunta con ellos, en caso de que éstos últimos no respeten sus obligaciones con respecto de los consumidores.

Posteriormente, con fecha 28 de octubre de 2004, la Comisión Europea aportó una serie de modificaciones a la propuesta de Directiva sobre crédito al consumo para responder a los requerimientos del Parlamento Europeo. De las 152 enmiendas presentadas por la Asamblea, han sido recogidas un centenar. Pero el debate continúa pues, como ya hemos dejado señalado, la Comisión optó por una armonización total de las reglas, las asociaciones de consumidores, junto con el Parlamento, exigían una armonización mínima con el objetivo de permitir a los Estados Miembros que deseen garantizar un grado de protección más elevado que el previsto por la propuesta actual de Directiva a sus consumidores.

La nueva propuesta modificada obliga a los Estados Miembros a poner en marcha una base de datos nacionales sobre el crédito al consumo, que permita a los organismos que prestan el servicio identificar a los consumidores con riesgo de sobreendeudamiento. La nueva propuesta, por lo tanto, obliga a los prestatarios a dar al consumidor una información exhaustiva sobre el contrato de crédito en tiempo oportuno antes de la firma del contrato y a tener informados sobre los derechos y obligaciones en el marco del contrato de crédito. Las exigencias en materia de infor-

maciones al consumidor, asociadas al derecho a anular un contrato de crédito después de haberlo firmado, debería ayudar a evitar las irregularidades y, en cierta forma, a prevenir situaciones de riesgo en el endeudamiento familiar de los consumidores que contraten este servicio.

Tanto a una como a otra propuesta de reforma nos referiremos a continuación a través de las alegaciones y críticas de ADICAE a los textos presentados.

3.3. ALEGACIONES DE ADICAE A LA PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DE LA DIRECTIVA EUROPEA DE 11 DE SEPTIEMBRE DE 2002

Seguidamente y en virtud de la propuesta Directiva comunitaria sobre el crédito al consumo, pasamos a analizar más profundamente el articulado de la misma, destacando, en primer lugar, el pretendido fin de mejorar el ámbito de la actual ley, en los siguientes aspectos:

1) El Proyecto que se prepara entiende que las exclusiones del ámbito de aplicación actualmente recogidas en la Directiva de 1987 (y en la Ley 7/95) no tienen razón de ser.

En principio, con esta reforma se intenta que sólo queden fuera del ámbito de aplicación de la legislación sobre créditos al consumo los préstamos con garantía hipotecaria, sin perjuicio de una regulación futura para el ámbito global europeo ya que, de momento, no existe un mercado para estos servicios, hecho que debe añadirse a la dificultad de aunar las legislaciones civiles e hipotecarias de cada estado.

A este respecto ADICAE cree que lo que sí debe introducir la reforma es incluir en el ámbito de protección de la legislación de créditos al consumo aquellos créditos destinados a bienes de consumo pero garantizados con hipoteca inmobiliaria. Lo que en derecho anglosajón se denomina "créditos mixtos". Actualmente, aunque no es una realidad habitual en España, cada vez vemos más que las entidades financieras exigen a los prestatarios no sólo la presentación de avalistas, sino también obligan a hipotecar algún inmueble para garantizar la devolución del crédito o préstamo. Esta práctica entendemos que es absolutamente desaconsejable y abusiva e incrementa notablemente los costes del crédito para el consumidor. Sin embargo, para el supuesto que se dé, el hecho de que exista una garantía hipotecaria no tiene por qué desvirtuar el uso privado o de consumo que se dé al crédito solicitado, por ello entendemos (y así lo ha comunicado ADICAE a la Unión Europea) que no deberían excluirse del ámbito de la Ley los préstamos con garantía hipotecaria.

Con relación al crédito hipotecario y al crédito inmobiliario destinado a adquirir un inmueble, la cuestión de si conviene distinguir el primero del segundo, y suprimir la excepción relativa a los créditos hipotecarios no exclusivamente destinados a una operación inmobiliaria, para incluir estos últimos en el ámbito de la aplicación de la Directiva, consideramos en ADICAE que también debería incluirse el préstamo para la compra o rehabilitación de vivienda, sin mayor diferencia con el resto de préstamos personales, salvo en cuanto a detalles concretos. Tanto es posible solicitar un préstamo hipotecario para financiar la adquisición de bienes de consumo como un préstamo con garantía personal para financiar la adquisición de vivienda. No se diferencia sustancialmente la compra de una vivienda de la de otro bien de consumo, salvo en su cuantía, lo que justifica más que se extienda la protección a aquél caso. En cuanto al sometimiento del

consumidor a la voluntad del prestamista es similar, sólo existe una diferencia de matiz, como mucho. Por tanto, No cabe excluirla tampoco por el hecho de que intervenga un notario, por la razón que indicamos en el siguiente apartado 3).

2) El Proyecto mantiene unos límites cuantitativos mínimos y máximos, (en la actualidad son de 150 y 18.000 euros), por debajo y por encima de los cuales respectivamente, no se aplica en la actualidad la norma.

En este sentido, ADICAE quiere poner de manifiesto que la existencia de límites puede suponer que la Directiva quede desfasada a corto o medio plazo, puesto que no se establece ningún modo o forma para la actualización de dichos importes. Respecto de la cuantía de los mismos, ADICAE no se opone a que exista exclusivamente un límite máximo, siempre y cuando sea lo suficientemente elevado (al menos 36.000 u 48.000 euros actuales).

Un préstamo al consumo por un gran importe denota que el prestatario tiene una capacidad económica importante (los préstamos y crédito al consumo son a plazos relativamente cortos y la cuota resultante es más alta), que le diferencia del consumidor ordinario y, probablemente, le permite negociar en situación de relativo equilibrio con el prestamista, además de que seguramente contará con asesoramiento especializado y en caso contrario, se deberá a su propia negligencia.

3) Con la reforma parece querer excluirse también de la aplicación de la ley a los créditos formalizados en escritura pública.

Sin embargo, en ADICAE entendemos que deben estar incluidos en el ámbito de protección de la directiva. El hecho de que intervenga un notario poco contribuye a proteger al consumidor porque en la práctica habitual es escasa la información o protección que le facilita, ya que el notario es cliente del prestamista (entidad financiera), éste es quien le elige habitualmente para preparar las escrituras de créditos y préstamos, y además, es la persona con la que tiene un trato continuo. Pero, a pesar de lo anteriormente dicho, hay que reconocer que en muchos casos también se debe a la ignorancia del usuario, que desconoce sus propios derechos.

4) Si en la actualidad el ámbito de aplicación se refiere exclusivamente a la persona física que opera al margen de su oficio o profesión, la propuesta de la Comisión es la de extenderla a las Asociaciones de personas físicas, y a los profesionales/empresarios que quieran iniciar una actividad económica o profesional (en definitiva serían consumidores que quieren emprender una actividad) cuando se trate de contratos mixtos, es decir, una parte para adquisiciones destinadas a su actividad y otra para su uso particular.

En principio consideramos desde ADICAE que esta ampliación es sin duda beneficiosa y acertada. En general, resultaría conveniente incluir a pequeños profesionales y comerciantes (los autónomos), porque su situación jurídica es análoga a la de las personas físicas. Son víctimas de idéntico sometimiento a la voluntad del prestamista, agravado incluso en muchas ocasiones porque se les exigen garantías mucho más amplias que a las personas físicas. El hecho de que sean profesionales no les supone ninguna ventaja, porque en la mayoría de los casos, ni tienen un asesoramiento especializado mayor que los consumidores en sentido estricto, ni una situación económica o social que les permita negociar mejores condiciones. Por el contrario, frecuentemente necesitan una mayor financiación y se les exigen unos elevados tipos de interés, más garantías y numerosos controles por parte del prestamista. De hecho, existe una corriente doctrinal y ju-

risprudencial amplia que afirma que se les debe aplicar la normativa protectora de los consumidores por vía analógica. Su inclusión en la ley para los préstamos, al menos, supone iniciar su actividad sin restricciones.

En cuanto a las asociaciones, fundaciones, etc, En la mayoría de los casos no tienen asesoramiento especializado y su capacidad económica es muy limitada. No hay razón alguna para no otorgarles la misma protección que a los consumidores.

A) Consideraciones previas al Proyecto de Directiva sobre el Crédito a los Consumidores

Igualmente y a pesar de los aspectos positivos que incorpora esta propuesta, debemos señalar aquellos negativos que desde ADICAE se consideran un claro retroceso en el ámbito de protección de consumidores, entre los cuales, destacan:

1) Error en el planteamiento

La Directiva sometida a examen nace con una finalidad de "armonización plena" de los diferentes cuerpos legislativos de los Estados miembros.

Tal planteamiento supone un grave error, ya que la finalidad última de la Directiva debe ser la protección al consumidor y partiendo de ahí, el procedimiento arbitrado para la consecución de tal fin (directiva de armonización) aparece agotado ya desde su inicio, puesto que si lo que se pretende es precisamente establecer una serie de garantías de carácter protector a nivel europeo, lo que se debería haber elaborado es una Directiva de mínimos (similar a la 87/102) en la que los Estados miembros estarían obligados a transponer en sus legislaciones internas "como mínimo" las garantías al consumidor establecidas en dicha Directiva o, en su caso y si lo consideran pertinente, adoptar niveles de protección más altos.

En consecuencia, con el planteamiento actual nos encontramos frente a un evidente retroceso a dos niveles:

A) No establece un contenido mínimo de garantías que deba ser respetado por los Estados miembros.

Como ya se ha manifestado resultaría deseable que la Directiva sometida a examen tomara ejemplo de su antecesora 87/102 y fuera más allá de la "armonización plena" que intenta conseguir. Desde el punto de vista protector, no es posible entender una propuesta que no pretenda el aseguramiento de un "mínimo" de garantías a los ciudadanos. Por ello, este proyecto debe dar un giro a ese esbozo inicial, olvidándose de sus finalidades armonizadoras para llegar a ser una DIRECTIVA DE ARMONIZACION DE MINIMOS, única fórmula desde la que se puede entender esta propuesta de protección a los usuarios.

B) El contenido propio de la Directiva no supone un avance respecto a la deficiente defensa ya dispensada por las legislaciones nacionales, sobretudo en el caso de la normativa española.

Ciertamente, si sometemos a comparación el contenido de la propuesta que se somete a Dictamen y la actual Ley española 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo, no encontramos avances relevantes en el ámbito de protección al consumidor, sino más bien todo lo contrario:

■ Frente a la responsabilidad y a las consecuencias derivadas del incumplimiento contractual por parte del proveedor del bien o servicio, contiene una mera declaración de intenciones que no viene a solucionar el problema actual de la normativa española, y concretamente, la exigencia de probar la existencia del acuerdo en exclusiva entre el empresario y la entidad financiera.

■ Este proyecto supone igualmente un claro retroceso en lo referente a la publicidad de los créditos, contenido de los contratos, información al consumidor, así como el carácter vinculante de esta última.

■ No dispone de técnicas objetivas y limitativas de cálculo, con respecto a indemnizaciones procedentes en caso de reembolso anticipado del crédito o bien en supuestos de descubiertos que pudiera incurrir el consumidor.

■ No arbitra métodos punitivos para el cumplimiento de sus disposiciones, es decir, no ofrece ninguna medida punitiva respecto a aquellas entidades que no cumplan los deberes de información al consumidor.

B) Objeciones y crítica al articulado de la Directiva: Comparativa con la Legislación Española vigente

Seguidamente y tras un estudio pormenorizado del articulado de la propuesta de Directiva debemos afirmar, a modo de conclusión, que las medidas de protección proclamadas no sólo no están a la altura de lo esperado en un texto de "mejora" como es la presente, sino que además suponen una rebaja de las garantías que se encuentran positivizadas en las legislaciones internas de los Estados miembros:

1) Ámbito de aplicación

La primera objeción que encuentra ADICAE a la propuesta de Directiva es la referente al ámbito de aplicación y definiciones (arts. 2 y 3), en base a lo siguiente:

A) Ofrecimiento de una posibilidad cierta de eludir su aplicación mediante la simple ocultación de los costes reales del crédito, simulando que el crédito es gratuito o que se encuentra concertado por debajo de los costes del mercado.

En España, la práctica habitual para eludir la aplicación de la actual e insuficiente normativa consiste en la concesión de créditos "gratuitos" por parte de las entidades financieras españolas, imputando los costes reales del crédito al principal objeto del mismo. Por ejemplo:

- Coste real del bien o servicio: 900 Euros
- Costes del crédito: 100 Euros
- Importe total del Crédito: 1.000 Euros.

En este caso, el crédito concedido no es gratuito sino que tiene un coste de 100 Euros. Sin embargo, se hace la ficción de que el crédito es gratuito cuando en la realidad sus costes vienen a engrosar el principal del crédito.

Además y en relación con esta cuestión, cabría preguntarse a quién le corresponde decidir si los costes de un determinado crédito se encuentran o no por debajo de los precios del mercado. Como observamos, esto ocasionaría una sensación de inseguridad jurídica mayor incluso que la existente en la actualidad con la vigente Ley española de Crédito al Consumo.

Por tanto, no se puede ni debe privar de protección a los consumidores por el mero hecho de que se les haya concedido un crédito ficticiamente gratuito (ya que realmente nunca lo es) o por debajo de los costes del mercado, pues con ello se estaría facilitando el camino a las entidades de financiación de eludir las medidas protectoras dispensadas por la legislación.

B) Eliminación de la exclusión mencionada al final de dicho apartado relativa a que "no se considerarán contratos de crédito los que consistan en la prestación continua de servicios -privados o públicos- que el consumidor pueda pagar de manera escalonada mientras dure dicha prestación".

En este sentido, no aclara la propuesta qué ocurrirá con el crédito si la empresa proveedora del servicio deja de prestar o no presta adecuadamente el servicio. No es lo mismo que entre la empresa proveedora y el consumidor se pacte un pago "a plazos" del servicio, a que medie entre ambos un tercer interviniente con el que se suscriba un crédito, el cual exigirá la devolución del capital, con independencia de que el servicio haya sido o no debidamente prestado.

El dato único y fundamental que debe ser tenido en cuenta para la aplicación de esta Directiva es que se trate de un crédito (intervención por tanto de un prestamista) y que dicho crédito (o contrato de garantía correspondiente) sea concedido a un consumidor.

C) En lo referente a la responsabilidad solidaria del prestamista, se requiere la demostración de que el crédito se suscribió a través de un intermediario del crédito, tal como aparece definido en el art. 2.

Aquí surge el problema de que se exige que ejerza de manera habitual la labor de intermediación y que sea contra retribución; esta exigencia aparece después suavizada al indicar que puede ser cualquier ventaja económica.

En este sentido, la exposición de motivos es también mucho más amplia, ya que incluye expresamente al vendedor, que actúa como si fuese agente de la financiera y además, esa mediación es sólo un medio de apoyar su actividad principal consistente en facilitar a sus clientes la financiación del coste del curso; en cuanto al requisito de la retribución, menciona cualquier tipo de ventaja económica, incluyendo expresamente las facilidades de caja.

Por consiguiente y con el fin de dejar bien claro el asunto y evitar complejas alegaciones y pruebas ante los jueces, que al final nos conducen a quedar expensas de su concienciación, sería conveniente que se ampliase al máximo el concepto de intermediario suprimiendo toda referencia a su carácter de habitual o de retribuido, ya que es evidente que por el simple hecho de que actúe como agente de la financiera, ya obtiene una ventaja, puesto que permite la financiación de su servicio o producto, permitiendo que lo contrate un mayor espectro de consumidores.

Por último, hay que señalar que la regulación propuesta por la Directiva en este tema de la vinculación entre financiador y prestador del servicio no mejora sustancialmente la actual, que ya está comprobado es fuente continua de conflictos. Efectivamente, los problemas empezarían a plantearse para el consumidor cuando el vendedor del bien o servicio no estuviera registrado como intermediario del crédito, y pese a ello, actuase efectivamente como tal. Eso en derecho se llama fraude de ley, y ocasionaría al consumidor no pocos problemas de prueba.

D) Tampoco pueden quedar excluidos de la aplicación de esta Directiva -y por ende de las legislaciones nacionales- aquellos créditos concedidos "a título subsidiario, esto es, fuera de la actividad comercial o profesional del prestamista".

Ello puede ocasionar situaciones de inseguridad jurídica para el consumidor frente a aquellos supuestos en los que el crédito es concedido por entidades que se dedican a otro tipo de actividades. En este caso, deberíamos cuestionarnos ¿a quien correspondería la determinación de la actividad principal de estas entidades y, en consecuencia, si el crédito ha sido concedido o no a título subsidiario?

2) Información previa

La segunda de las objeciones es la concerniente a la información, en base a lo siguiente:

A) No encuentra justificación a la exclusión contenida en el artículo 6.4 de la Directiva. Dicho apartado pretende excluir de los deberes de información al consumidor a los proveedores de bienes y servicios "que sólo actúan como intermediarios de crédito a título subsidiario".

No obstante, la experiencia confirma que más del 90% de los créditos al consumo son "vendidos" precisamente por los proveedores de bienes y servicios, lo cual supone que -de mantenerse la Directiva en estos términos- se estaría privando al 90% de los consumidores del derecho a ser debidamente informados de las características del crédito, hecho que queda al margen de toda lógica.

B) Además, conforme al artículo 6 de la directiva parece ser que se requiere previa petición por parte del consumidor para que el deber de información se haga efectivo. Ello priva de toda eficacia a dicha obligación, ya que si el consumidor desconoce la existencia de este derecho difícilmente podrá pedir su ejercicio. En consecuencia, debe eliminarse este "requisito previo" y establecer la obligación de suministrar la información en cualquier caso.

C) De igual modo, la regulación actual del referido precepto legal supone un claro paso hacia atrás con respecto a las legislaciones nacionales (caso español) al eliminarse el carácter vinculante de la oferta dada al consumidor por parte de la entidad financiera.

3) Protección de la vida privada

En lo relativo a este apartado, debemos decir que, al igual que se prevé en el artículo 8.1 del mencionado texto legal, la creación de un registro de consumidores y avalistas que hayan protagonizado un incidente de pago, sería conveniente o más bien exigible la realización de otro similar para aquellos proveedores de bienes y servicios, que hayan protagonizado incidentes de incumplimiento contractual, con el fin de evitar que se sigan suscribiendo créditos para financiar contratos de consumo con estos agentes incumplidores.

4) Información en los contratos

En cuanto a este aspecto, que debe ser primordial para la defensa del consumidor, debemos reseñar que:

A) El artículo 10 de la Directiva relativo a la información que debe constar en los contratos de crédito y de garantía, debe establecerse alguna cláusula punitiva (a la manera de la Ley española) que penalice a aquellas entidades de financiación que no respeten el contenido mínimo informativo establecido legalmente. En este sentido y si lo comparamos con otras legislaciones nacionales como la española, nos damos cuenta que este nuevo texto legal supone un detrimento de las garantías de protección, ya que en la Ley 7/95 se establecen una serie de consecuencias legales y económicas, en caso de incumplimiento de las prescripciones legales, en materia de información contractual.

B) Continuando con este mismo precepto, sería conveniente completar lo establecido en los supuestos de créditos variables y créditos variables, con índices de referencia no oficiales, como ya viene siendo efectuado por las leyes nacionales (caso español). En este supuesto, debemos reiterar lo mismo que hemos comentado en el apartado anterior, ya que no se obliga a documentar contractualmente los requisitos especiales que deben cumplir este tipo de créditos, tales como el procedimiento para la revisión del tipo de interés, el índice de referencia usado, etc.

C) No puede considerarse como una opción la constancia del bien o servicio financiado en los contratos de crédito y garantía. En este sentido, resulta conveniente modificar el artículo 10. f) a los solos efectos de que sea preceptivo señalar en el contrato el fin para el que se otorga la financiación solicitada, pues, en caso contrario, nos encontraríamos con serios inconvenientes para determinar la vinculación entre el contrato de crédito (y garantía) con el de consumo.

5) Derecho de retractación

El plazo de retractación señalado en el artículo 11.1 no debe ser contado desde la firma del contrato de crédito, sino desde que el bien sea efectivamente entregado al consumidor o haya comenzado la prestación del servicio contratado, pues es la única forma de sancionar legalmente la vinculación existente entre los contratos de crédito y el consumo a los efectos de dispensar protección al consumidor.

De lo contrario, deberíamos plantearnos ¿qué protección se le otorga al consumidor si el bien le es entregado transcurrido un mes desde la firma del contrato de crédito y además, resulta que las características de dicho bien no son las acordadas en el contrato de consumo?

Igualmente, se debe eliminar todo coste por el mero ejercicio del derecho de retractación y, en consecuencia, no se puede penalizar al consumidor por su ejercicio, mediante el cobro de intereses u otro tipo de comisiones, lo cual tiene que hacerse constar en la Directiva. Incluir cualquier tipo de coste, puede suponer una limitación a su ejercicio, que en principio viene sancionado como "libre" por la Directiva.

6) Costes del crédito

En lo referente a este aspecto del crédito, sería precisa una revisión de la directiva en los siguientes términos:

A) Se propone la eliminación del denominado "tipo total del prestamista", ya que carece de todo sentido, por no ofrecer ninguna información adicional a la ya facilitada por la TAE. En consecuencia, para evitar confusiones y facilitar la comprensión de los costes reales del crédito, proponemos su eliminación.

B) Con la publicación de este "tipo total del prestamista" se puede eludir la publicación por parte de las entidades financieras de la TAE (único dato que revela realmente cuáles son los costes del crédito), ya que el texto de la Directiva no impone una obligación clara en este sentido. Por ello, insistimos en que debe ser obligatoria la publicación de la TAE, como única información veraz, realista y objetiva de los costes del crédito.

C) Se propone que se dé una mayor información al consumidor, en el supuesto de créditos variables, con índices de referencia no oficiales. En este sentido, deben ser modificados los artículos 10 y 14 de la Directiva, imponiendo una obligación adicional de información en estos casos, tal y como ya exigen las legislaciones nacionales (Ley española), lo cual, como en los casos anteriores supone un claro paso hacia atrás.

D) En lo referente a los índices de referencia, sería preciso que tan sólo se permitiera la utilización de aquellos índices calculados, en función de los datos objetivos emanados del mercado, prohibiendo la utilización de aquellos que se han calculado, con arreglo a los datos facilitados por las entidades financieras, todo ello, se debe a causas evidentes de interés por parte de dichas entidades consistentes principalmente en "engordar" los índices de referencia, a los solos efectos de maximizar sus beneficios.

7) Cláusulas abusivas

En el artículo 15 de la propuesta se debería incluir aquella por la que el prestamista elude toda responsabilidad frente a posibles incumplimientos del contrato de consumo para cuya financiación fue suscrito el crédito. Ello es del todo necesario, habida cuenta que la totalidad de los créditos al consumo a los que ha tenido acceso esta Asociación, tienen cláusulas de este tipo en su condicionado general, cláusulas del todo abusivas ya que privan, o en su caso, pretenden despojar de toda protección al consumidor.

8) Reembolso anticipado del crédito

En este caso, ADICAE considera que se debería dar una nueva redacción al artículo 16 del texto de la Directiva, en el sentido de establecer con mayor claridad los límites cuantitativos máximos de indemnización, a favor de la entidad financiera, en el caso de un reembolso anticipado del crédito, ya que con ello se evitarían eventuales problemas de equidad en la materia. Las leyes nacionales, incluida la española, van más allá y fijan con claridad el importe máximo al que puede ascender la indemnización, en caso de reembolso anticipado. Por ello, la directiva, en vez de agotarse en conceptos tan faltos de contenido, como la equidad y objetividad, debe señalar - al igual que lo recoge la legislación española- unos límites cuantitativos máximos a estas indemnizaciones.

9) Cesión del crédito

En los supuestos de cesión del crédito, el artículo 17 del texto de la Directiva reconoce el derecho al consumidor de poder ejercer, frente al nuevo prestamista, las mismas excepciones y defensas que tenía ante el prestamista original.

Pero, ante dicha situación, deberíamos cuestionarnos ¿qué ocurrirá cuando el crédito sea cedido de la empresa proveedora del bien o servicio a una entidad financiera? En este supuesto, La Directiva, en sus términos actuales, no da ninguna respuesta efectiva a este problema, ya que la previsión de su artículo 17 solamente se refiere a la cesión de créditos entre entidades que se dedican de forma habitual a la prestación de créditos.

Con los términos actuales de la directiva, no se da una solución a problemas tan graves en el consumo, como el caso OPENING-AIDEA, en el que la mayoría de los créditos concretados se acordaron, mediante la cesión de crédito de la empresa proveedora del servicio a una entidad financiera.

En consecuencia, dicho artículo debe ser modificado, en el sentido de reconocer los derechos de oposición al consumidor, con independencia de quien sea el cedente o el cesionario del crédito.

10) Responsabilidad solidaria

Igualmente, se esperaba desde esta Asociación que la Propuesta de Directiva fuera más minuciosa en la regulación del problema fundamental que afecta a los contratos de crédito al consumo: la responsabilidad frente al incumplimiento por parte del proveedor del servicio.

En este caso, no se puede dejar a los estados miembros la "responsabilidad" de garantizar los derechos al consumidor cuando -como el caso de España- no lo han hecho convenientemente hasta la fecha (claro ejemplo de ello, es el caso OPENING-AIDEA) y por tanto, se debe dar una efectiva regulación "de mínimos" desde el Parlamento Europeo. No se puede admitir que la Directiva agote todas sus posibilidades de presión legislativa, en una mera declaración de intenciones, sin ninguna consecuencia práctica, aún reconociendo -como afirma en la propia Directiva- la escasa o nula eficacia de las legislaciones nacionales sobre la materia (caso español).

Por ello, proponemos que se eliminen las trabas existentes en las legislaciones actuales (caso español) para concluir en la existencia de vinculación entre el contrato de crédito y el de consumo. Anteriormente, ya se han puesto de manifiesto las dificultades que puede provocar el concepto de "intermediario" a que alude la Directiva, a ello se deben unir los actuales problemas creados por las legislaciones nacionales (española) en cuanto a la exigencia de requisitos tales, como el acuerdo previo en exclusiva entre el proveedor de servicios y el financiador tantas veces utilizado para eludir la aplicación de las medidas protectoras en sobre responsabilidad (caso OPENING-AIDEA), requisito que no aparece eliminado o superado por el texto actual de la Directiva.

La existencia de tales trabas benefician tan sólo a los que quieren evitar la aplicación de la Ley. Por ello, solicitamos que el artículo 19 suponga una clara y real regulación de este problema sobre la base de estos principios:

a) Presunción de vinculación entre el contrato de crédito y el de consumo, por el mero hecho de haberse concertado un contrato de concesión de crédito con un empresario distinto del proveedor de los bienes y servicios.

b) No exigencia de acuerdo previo en exclusiva entre el proveedor del bien o servicio y el prestamista.

c) Reconocimiento de su derecho a suspender automáticamente el pago de los plazos al prestamista, en el caso de incumplimiento del proveedor.

d) Establecimiento del derecho por parte de consumidor a conseguir la ineficacia del contrato de préstamo, una vez resuelto por incumplimiento el contrato de consumo.

e) Reconocimiento al consumidor de su derecho a dirigirse -a su elección- contra el proveedor de los bienes o servicios o el prestamista, declarando la responsabilidad solidaria de estos dos frente al consumidor en todo caso (actúe el proveedor como intermediario o no).

Solo mediante la inclusión de estos principios se podrá obtener una eficaz protección del consumidor en los contratos de crédito al consumo.

11) Incumplimiento del contrato de crédito

En lo relativo a este asunto, ADICAE considera que debe eliminarse del artículo 27 de la propuesta, la referencia a la posibilidad de incluir en los contratos unas indemnizaciones o remuneraciones a costa del consumidor cuando sean precisas unas reclamaciones extrajudiciales para la devolución del importe del crédito.

En este sentido, los contratos de crédito o correspondiente garantía son contratos de los denominados de adhesión, es decir, redactados de forma unilateral por una de las partes. La redacción actual de dicho artículo ofrecerá la posibilidad cierta a las entidades financieras (que son las que unilateralmente redactan los contratos) de incluir en su texto la obligación por parte del consumidor de abonar una cantidad adicional a la debida, en concepto de indemnización por las gestiones de reclamación extrajudicial. Ello no sólo es contrario a cualquier lógica (ya que cualquier indemnización por daños y perjuicios exige la previa prueba de la existencia de los mismos) sino que además, resulta completamente abusivo.

A modo de conclusión y en virtud de lo anteriormente comentado, cabe afirmar que el contenido de la propuesta no supone un incremento del nivel de protección del consumidor, sino todo lo contrario, de manera que ante la escasez de avances en este ámbito, nos veremos nuevamente avocados a que, ante una problemática similar a la acontecida en España, los ciudadanos se encuentren totalmente desprotegidos.

3.4 ALEGACIONES DE ADICAE A LA PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DE LA DIRECTIVA EUROPA DE 28 DE OCTUBRE DE 2004

De acuerdo con el dictamen del Parlamento Europeo, la propuesta modificada, con fecha de 20 de abril de 2004, adapta en algunos aspectos la propuesta inicial de Directiva. Así, se restringe el ámbito de aplicación, introduce regímenes simplificados para algunos tipos de contratos de crédito y suprime ciertas disposiciones que ya están contempladas por la legislación comunitaria o son tratadas satisfactoriamente a escala nacional. Asimismo introduce la noción de "crédito conexo" y una versión revisada del método de cálculo de la tasa anual equivalente (TAE), además de centrarse en los requisitos de información precontractual y contractual.

Comentarios

■ Punto 4.3.1. Ámbito de aplicación.

Con relación al primer régimen simplificado, anticipo en cuenta corriente, estos anticipos en cuenta corriente, comúnmente conocidos como descubiertos, ya se recogían en la Directiva 87/102/CE artículo 2.1 e) y artículo 6. Al igual que en la redacción de dicha Directiva, la actual propuesta no parece incluir dentro de su futuro ámbito de aplicación este tipo de créditos. Es evidente que en las especiales circunstancias en que se produce el descubierto, no parece que tenga mucha virtualidad la aplicación de los preceptos que se refieren a la forma y contenido mínimo del contrato, que se sustituirían por determinadas informaciones que el prestamista debe suministrar al acreditado (y que se recogían en el texto del artículo 6 de la Directiva de 1987). Pero creemos que los descubiertos en cuenta deberían quedar sometidos en su totalidad a las disposiciones de la futura Directiva. En cualquier caso, y en cuanto a la información que debe ser facilitada al consumidor, debería incluirse mención expresa a todos los gastos y comisiones que lleve la operación.

■ Punto 4.3.2. Contrato de crédito conexo.

Con la actual definición de "contrato conexo", parece que se quiere acabar con las dificultades jurídicas y graves problemas planteados por la redacción del artículo 11 de la Directiva de 1987, y cuya traslación particular al derecho español, a través de la ley 7/1995, de 23 de marzo sobre crédito al consumo, tan funestas consecuencias ha tenido para el consumidor español (Caso Opening), lo que motivó la parcial e insuficiente modificación del artículo 15 por la ley 62/2003. La planificación "en exclusiva" entre prestamista y vendedor en los contratos vinculados ha sido sin duda uno de los mayores desaciertos en la moderna regulación de los derechos de los consumidores. Fue necesario un escándalo para hacer reaccionar al legislador español. La propuesta de Directiva parece plantear un desplazamiento desde una "exclusividad subjetiva" (colaboración planificada entre prestamista y vendedor, y éste colabora exclusivamente con ese prestamista y no con otros, tan fácil de eludir y demostrar en la práctica) a una exclusividad que podríamos definir como objetiva, ya que expresamente define el "contrato de crédito conexo" como el "contrato en el que el crédito en cuestión sirve exclusivamente para financiar un contrato relativo a la adquisición de un bien o la prestación de un servicio y los dos constituyan una unidad comercial". A nuestro modo de ver la actual propuesta de vinculación puede eludirse fácilmente, ya que aunque la propuesta exige que los dos constituyan una "unidad comercial", no basta esto, sino que se exige además que el crédito en cuestión sirva en exclusiva para financiar un contrato determinado. Pues bien, basta con que la entidad financiera destine ese mismo producto de crédito para la adquisición de otros bienes y servicios diversos. En tal caso ya no existiría exclusividad. Por ello creemos que este artículo debería aclarar los términos empleados o bien eliminar toda referencia a la exclusividad, e incidir en la percepción que el consumidor tiene, en el momento de contratar el servicio, de estar realizando la contratación de un único contrato, aunque en realidad esté constituido por dos, como una "unidad comercial" o, como dice nuestra doctrina "unidad económica". Ahí radica la verdadera importancia de la necesidad de proteger al consumidor, ya que los pactos entre prestador de servicio y financiador le resultan ajenos y, además, por las experiencias en nuestro país, han podido ser en muchas ocasiones motivo de fraude.

■ Punto 4.3.4. Información Precontractual.

El punto 4.3.4.2 d) página 7 del documento pueden suponer un retroceso a nuestra práctica bancaria en materia de protección a la clientela. En efecto, dicho punto d) dice textualmente:

"cuando proceda, los costes relativos al mantenimiento de una cuenta que registre a la vez operaciones de pago y de crédito, los costes relativos a la utilización o al funcionamiento de una tarjeta o de otro medio de pago que permita efectuar a la vez operaciones de pago y disposiciones de crédito, así como los costes relativos a las operaciones de pago en general"

A nuestro parecer, este artículo hace referencia al derecho de información en la formalización de una cuenta bancaria donde reflejar los pagos y cobros consecuencia de apertura de un contrato de crédito. Ahora bien, según reiterada doctrina del Servicio de reclamaciones del Banco de España, en aquellos supuestos en que el consumidor abra una cuenta por exigencia de la entidad financiera a fin de domiciliar en la misma los pagos periódicos de amortización del préstamo, *"las entidades no están legitimadas para cobrar las comisiones referenciadas, (se refiere a las de mantenimiento) puesto que no concurre la presencia del principal requisito exigido, esto es, de responder a un servicio efectivamente prestado al cliente; fundamentalmente por resultar de suma importancia es el que sea la propia entidad la que requiera al interesado para que mantenga abierta una cuneta domiciliaritaria de los recibos del préstamo, que en definitiva sirve para facilitar la gestión de este a la entidad prestamista."*

(Memoria del servicio de Reclamaciones del Banco de España, Reclamación número1541/1999).

Finalmente advertir que se mantiene la responsabilidad del prestamista ante el incumplimiento del proveedor, parece que en los términos de la Directiva vigente, lo que, no obstante, habrá que confirmar cuando se disponga del texto articulado definitivo de la propuesta. De ser así, existirá una responsabilidad subsidiaria del prestamista, siempre que éste sea una persona distinta del proveedor, y tenga con él un acuerdo previo en exclusiva y siempre que el crédito haya sido concedido en virtud de dicho acuerdo y cuando los bienes o servicios objeto del contrato de crédito no sean suministrados o lo sean parcialmente (art. 11 de la Directiva 87/102/CEE y artículo 15 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo de crédito al consumo). Se mantiene al parecer el rasgo de exclusividad a nivel europeo lo que comporta una merma importante de derechos para el consumidor, en caso de confirmarse, aunque en nuestro país la reforma de la Ley de Crédito al Consumo en 2003, eliminó la exigencia de la "exclusividad" para los contratos de tracto sucesivo, como veremos más adelante.