

V. LA PROTECCIÓN FRENTE AL SOBREENDEUDAMIENTO: UNA LAGUNA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL



Un momento de las jornadas celebradas en Extremadura en diciembre de 2004 organizadas por ADICAE y patrocinadas por la Junta de Extremadura

La preocupación por la protección de los consumidores tiene rango constitucional. De hecho, la Carta Magna impone en su artículo 51 la defensa de los consumidores y usuarios mediante la protección, a través de procedimientos eficaces, de su seguridad, salud y legítimos intereses económicos. En cumplimiento a este mandato constitucional se elaboró la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, entre cuyos objetivos distinguimos el establecimiento de estos procedimientos de protección y defensa. Y es en base a esos principios que el presente estudio persigue allanar el camino que pueda conducir a la prevención y, en su caso, tratamiento del problema económico, personal y social que supone la situación de sobreendeudamiento.

Como veremos en este capítulo la Normativa Española es prolija a la hora de regular los distintos productos financieros y situaciones de endeudamiento del acreedor para la ejecución de la deuda, pero no una normativa que prevenga y corrija situaciones de sobreendeudamiento. La tesis que aquí se sostiene y que se anticipa como conclusión principal de estas líneas sugiere la necesidad de instaurar un procedimiento, tal y como dice el artículo constitucional, sencillo, ágil, eficaz y gratuito que facilite, conciliando los intereses de acreedores y consumidores, el pago ordenado de las deudas pendientes mediante un acuerdo extrajudicial tutelado y estimulado por la Administración. Así se evitaría la ejecución separada del patrimonio del consumidor a través del ejercicio de acciones individuales por los distintos acreedores.

Como ya hemos resaltado, la cuestión del endeudamiento excesivo no tiene un tratamiento específico en nuestro Derecho aunque esto no implica, como veremos, que los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores no tengan protección alguna en nuestro ordenamiento, aunque desde luego equiparable a los países europeos de nuestro entorno.

En particular, la reciente modificación de la Ley Concursal, Ley 22/2003 de 9 de julio, no añade ninguna mejora procedimental que mejore el tratamiento del deudor consumidor sobreendeudado. Las noticias aparecidas a principios de marzo de 2005 en donde se daba conocimiento de la aplicación del concurso voluntario (nueva denominación de la suspensión de pagos tras la entrada en vigor de la ley concursal) a una familia, no supone sino una confirmación de las tesis que plantean la necesidad de articular un procedimiento propio para supuestos de economías domésticas. El Boletín Oficial del Estado de 1 de marzo de 2005, hizo público el edicto judicial por el que se daba publicidad al auto de declaración de concurso. Los hechos que motivaron esta situación de endeudamiento, encajan dentro de los supuestos planteados a lo largo de este estudio. El pasivo de esta familia se cifró en 163.750,14 euros; y en cuya composición figura un préstamo para la vivienda y otros de carácter financiero para pago del vehículo, etc. Una enfermedad imprevista hizo que la posibilidad de generar activos con que hacer frente a dichas deudas quedara considerablemente mermada. Tras intentar infructuosamente la refinanciación a través de nuevos recursos al crédito, denegados por estar incluidos en distintos registros de impagados, se optó finalmente por acudir al procedimiento de concurso de acreedores. El juez consideró que esta familia cubría sus necesidades de comida y vestido con una pensión mensual de 550 euros, más otra pequeña cantidad para gastos corrientes. El resto de ingresos obtenidos se destinarán a hacer frente a los acreedores.

Entendemos que este procedimiento no es el más adecuado para sanear una economía doméstica sobreendeudada. Entre otras razones, porque no se trata de un proceso "eficiente" como

pide nuestra Constitución para los procedimientos en que intervienen los consumidores. Ello tiene su causa en que los costes de este procedimiento concursal contribuyen a gravar la situación financiera del consumidor sobreendeudado. En efecto, el coste de la administración concursal, en el caso citado un auditor de cuentas colegiado, supone un coste que debe ser evitado con la creación de un proceso y unos mecanismos que reulten sin coste alguno para el consumidor. Si bien tras la reforma se opta por un órgano colegiado en cuya composición se combina la profesionalidad en aquellas materias de relevancia para todo concurso -la jurídica y la económica - con la presencia representativa de un acreedor que sea titular de un crédito ordinario o con privilegio general, que no esté garantizado; existen excepciones al régimen de composición de este órgano que vienen determinadas por la naturaleza de la persona del o por la escasa importancia del concurso, en cuyo caso el juez podrá nombrar un solo administrador, de carácter profesional.

En el supuesto descrito, se nombró, de conformidad con lo anterior, un solo administrador, un auditor de cuentas colegiado. La ley prevé la reglamentación mediante arancel de la retribución de los administradores concursales y fija como criterios los de cuantía del activo y del pasivo y la previsible complejidad del concurso.

La utilización de crédito es un acto que depende de nuestra voluntad, cuya realización entraña una serie de riesgos que a nadie se le ocultan. La Administración procura en este sector de la actividad económica que la información sea suficiente y diáfana pero no debería acabar aquí su tarea. Entendemos que en este punto, más que información, lo que necesita el consumidor es conocimiento ya que la profusión normativa no asegura el discernimiento de los derechos. Para lograrlo el camino es la formación y a este menester deberían encauzarse los esfuerzos de las distintas Administraciones con competencias en materia de consumo. El conocimiento del crédito en sus distintas modalidades debe permitir al consumidor comprender las ventajas e inconvenientes de su empleo. A este respecto, la Constitución española, en su artículo 51.2 encomienda a los poderes públicos a promover la información y la educación. Igualmente, la propia Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984 menciona entre los derechos básicos de los consumidores, en su artículo 2.1 letra d, "*la información correcta sobre los diferentes productos o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute*".

Pero detengámonos un momento en el Informe del Consejo Económico y Social Español sobre "Los derechos del consumidor y la transparencia de mercado", arobado en la sesión del Pleno del Consejo Económico y Social celebrada el día 17 de febrero de 1999 que, con relación al sobreendeudamiento, dice así:

"Un supuesto que en la práctica se plantea con cierta frecuencia es el que puede denominarse de "sobreendeudamiento del consumidor", esto es, la situación de un consumidor que ha contraído deudas excesivas y que no puede hacer frente a todas ellas. Ciertamente en el Código Civil se regulan tanto la quita y espera (art.1912), como el concurso de acreedores (art. 1913), procedimientos aplicables a este tipo de situaciones. Sin embargo en la práctica no tienen ninguna aplicación siendo instituciones totalmente en desuso. Además, el concurso de acreedores tiene unas consecuencias tan graves para el deudor, que no puede considerarse una institución favorable a los consumidores. Al no existir instituciones que en la práctica sirvan para solucionar el problema del sobreendeudamiento, los acreedores ejecutan aisladamente sus créditos y,

de hecho, el consumidor no tiene instrumentos que le permitan reconducir la situación y establecer las bases que le permitan rehacer su vida hacia el futuro desde el punto de vista económico. Por el contrario, el comerciante que no puede hacer frente al pago de sus deudas sí que dispone de un procedimiento, la suspensión de pagos, que le permite tratar de reconducir globalmente la situación en que se encuentra, llegando para ello a un convenio con los acreedores, en el que se suelen incluir cláusulas de quita o espera para el pago de las deudas. Parece razonable, por ello, considerar la conveniencia de introducir un procedimiento que evitara que en determinados casos extremos de sobreendeudamiento el consumidor no tenga ninguna posibilidad de buscar alguna salida razonable de esa situación.

El CES considera que en España no debería descartarse la posibilidad de estudiar la implantación de un sistema para solucionar los problemas de sobreendeudamiento de los consumidores de buena fe, en todo caso para casos excepcionales que hayan ocasionado la imposibilidad de pagar del consumidor. Tales casos podrían ser aquellos en que el consumidor hubiera quedado en paro, hubiera sufrido alguna enfermedad importante, o cualquier otra circunstancia trascendente que hubiera cambiado su vida desde el punto de vista económico y sin culpa alguna por su parte. La regulación francesa podría ser útil en cuanto a sus principios fundamentales. Esto es, la idea de una Comisión de Mediación, que en España podría vincularse a las juntas arbitrales de consumo, con la posibilidad de hacer propuestas al juez, para que este resolviera tras un procedimiento abreviado.”

Pero se hace evidente que antes de llegar a las medidas que propone el CES en su informe, es necesario articular una serie de mecanismos que eviten llegar a tales situaciones. Dentro de estas funciones destaca la de realizar tareas de educación y formación en materia de consumo, según dispone el artículo 14.2 de la Ley 26/1984. Este derecho, en definitiva, lo tienen los consumidores frente a los poderes públicos, pudiendo exigirlo directamente o a través de sus asociaciones de consumidores. De conformidad con el punto 1 del artículo 18 de la Ley, la educación y formación de los consumidores tiene una serie de objetivos entre los que destaca para los propósitos de este trabajo, el de promover la mayor libertad y racionalidad en el consumo de bienes y la utilización de servicios, y el de fomentar la prevención de riesgos que puedan derivarse del consumo de productos o de la utilización de servicios.

Junto con esta necesidad de introducir la educación del consumidor en nuestro sistema educativo, debe fomentarse la formación continuada de los ciudadanos, potenciales consumidores, a través de actividades desarrolladas bien directamente desde las propias administraciones públicas, bien desde la participación en esta misión de las asociaciones de consumidores.

Una adecuada formación en esta materia, por ejemplo a través de talleres de consumo donde se fomenten prácticas productivas (utilización de libro de ingresos y gastos, casos prácticos donde los propios consumidores determinen la necesidad de una planificación en el endeudamiento, explicación de las tipologías de financiación, del ordenamiento jurídico que les protege, de los mecanismos para reclamar o solicitar ayuda, propagación del consumo responsable, etc) contribuiría a reducir, siquiera en parte, el riesgo de sobreendeudamiento futuro del consumidor. En efecto, la pedagogía en esta materia resulta necesaria si queremos prevenir esta situación perjudicial, no sólo para quien la padece y su familia, sino también para el interés general de la economía.

5.1. PRINCIPIO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL UNIVERSAL Y EL CONSUMIDOR

El uso extendido del crédito por los consumidores ha provocado que endeudamiento y sobreendeudamiento se hayan convertido en expresiones corrientes de las modernas economías. Sin embargo, esta importancia del crédito en la sociedad española no tiene su reflejo a la hora de plasmarse en una regulación concreta que ayude a prevenir situaciones de endeudamiento excesivo.

Si bien, es cierto que existen actualmente en nuestra legislación artículos que inciden en esta cuestión, no constituyen, en la realidad, ni siquiera pálidos reflejos de la normativa de protección que impera en casi la totalidad de los países de U.E.. Por todo ello, es absolutamente imprescindible dar este paso en la protección de los consumidores, puesto que, como veremos a continuación, la normativa española existente no ampara a los usuarios ante el problema de sobreendeudamiento sobrevenido, ni tampoco ofrece instrumentos jurídicos que permitan adoptar medidas preventivas o curativas ante dicha situación.

Bajo una concepción individualista del Derecho de obligaciones, que es la que preside nuestro Código Civil, se recoge el artículo 1.091 del referido texto legal, que establece una garantía implícita para todo acreedor. En este caso, se trata del principio de la responsabilidad patrimonial universal, en virtud del cual, el deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros. Por tanto y del tenor literal de dicho precepto legal, se desprende que en caso de incumplimiento, todo el patrimonio del consumidor se encuentra sometido, hasta el punto que, por ejemplo, la consecuencia del impago de la hipoteca que garantizaba el préstamo de la vivienda, provoque el lanzamiento del deudor de su propio domicilio. En definitiva, este principio no coincide con los postulados de defensa del consumidor sobreendeudado, puesto que supone una aplicación extrema de dicho articulado, que conduciría a resultados intolerables en un Estado social.

Por ello y frente a esta solución extrema, a la que nunca ha de llegarse, debe preferirse un procedimiento extrajudicial que regule las situaciones de endeudamiento excesivo del consumidor.

5.2. EL MERCADO DE CRÉDITO Y SU REGULACIÓN

La intervención de los poderes públicos en el ámbito privado no deja de ser una cuestión delicada. El mercado autorregulado y principios como el de igualdad o el de protección a los consumidores, tienen exigencias incompatibles entre sí. El primero exige la no intervención del mercado y el segundo postula que el estado debe asumir la carga de eliminar todos los obstáculos que, objetivamente, impidan a los ciudadanos gozar de los derechos políticos y sociales formalmente reconocidos, finalmente el principio de protección a los consumidores se articula precisamente como una garantía por parte de los poderes públicos frente a los abusos por parte de los engranajes del mercado.

Pero la economía parece no poder ofrecer una respuesta adecuada, al margen de las medidas previas ya comentadas que puedan imponer los grandes organismos públicos bancarios nacionales, enfocadas más bien a un control de riesgos que, si bien a nivel familiar, puede conllevar a un endurecimiento de las condiciones para acceder a la contratación de un préstamo, también puede

abocar a que dichas familias busquen financiación en fuentes más dudosas y de mayores riesgos. Y así, si la ciencia económica no puede prever estos acontecimientos, aunque sí sus repercusiones, cabe plantearse en qué medida podemos buscar las soluciones en los ordenamientos jurídicos, y más concretamente si un ordenamiento jurídico como el español ayuda a prevenir estas situaciones de sobreendeudamiento y en qué medida realiza esto.

En nuestro entorno occidental prevalece una solución moderada, es decir una solución de control social del mercado y sus agentes, el cual no es abolido, sino socializado. De esta forma el Estado ya no se limita a desempeñar las funciones de guardián de la propiedad privada y tutor del orden público, sino que por el contrario, se hace interprete de valores como la justicia distributiva, la seguridad... En este sentido reseñar que el Estado tiene el deber ético - político de crear una envoltura institucional en la que los individuos se sientan protegidos de las perturbaciones que caracterizan la existencia histórica de la economía capitalista.

Todos estos aspectos deben analizarse desde la perspectiva de la economía del bienestar donde la referencia básica es el individuo y, desde el objetivo concreto de este estudio, el consumidor, como sujeto activo del proceso económico. Es evidente que el mercado puede producir resultados ineficientes, fallos que sólo la intervención pública puede corregir, por tanto de esta forma queda justificada la actuación de los poderes públicos a través del diseño de normas e instrumentos específicos por medio de los cuales se puedan corregir los desarreglos del mercado.

En tercer lugar, y finalmente, competiría a los juzgados y tribunales, caso de no haber llegado a una solución en la fase administrativa anterior, la decisión última sobre el establecimiento de un sistema que permitiera al consumidor superar la situación transitoria de insolvencia.

En otro orden de cosas, si bien decíamos en líneas precedentes que en sede bancaria los elementos esenciales del contrato no se reflejan en condiciones generales en la medida en que sí son objeto de negociación de las partes, lo cierto es que en demasiadas ocasiones dichas condiciones que acompañan y definen la manera en que debe realizarse el contrato, son campo abonado para la inclusión de cláusulas que podemos considerar como abusivas y que, además, pueden suponer un riesgo para la solvencia del consumidor o un pueden agravar tal situación.

Efectivamente, nos referimos, sin extendernos, a cláusulas sobre compensación de cuentas y al cálculo de intereses conforme al artículo 317 del Código de Comercio. No obstante conviene detenerse en la lectura de la cláusula segunda de la Disposición Adicional 1ª de la Ley 13/98 de 13 de abril, que considera abusiva aquella cláusula a favor del profesional que le reserve la facultad de resolver anticipadamente el contrato si al consumidor no se le reconoce la misma facultad. Y en muchos contratos de crédito sin embargo, figuran cláusulas como ésta:

"En caso de incumplimiento por el prestatario de alguna de las estipulaciones, quedarán vencidas todas las demás obligaciones pendientes entre el banco y éste, ya se trate de operaciones de la misma o distinta naturaleza"

Esta redacción resulta de todo punto criticable ya que aunque se predica una igualdad formal, ésta no resulta efectiva ni real, ya que no es lo mismo resolver un contrato para el consumidor que para el banco, lo cual produce precisamente un desequilibrio en las contraprestaciones. Sin embargo la redacción de la Directiva, cláusula 17ª, consideraba abusiva la cláusula que autorizara al profesional a rescindir el contrato discrecionalmente (el subrayado es nuestro), si al consumidor no

se le reconoce la misma facultad. En tal circunstancia no existirá justa causa para resolver, para que ésta exista, y ciñéndonos al tenor de la cláusula antes expuesta, debe referirse a un incumplimiento concreto, no abstracto, tal y como manifiesta el artículo 1124 del Código Civil y la norma 6 bis a) Anexo II, de la Orden sobre transparencia financiera de los préstamos hipotecarios. Además, la causa debe ser de cierta entidad cualitativa/ cuantitativa. Cualitativa en cuanto al incumplimiento por el cliente de obligaciones principales (impago de cuotas por amortización de principal y de intereses) en ningún caso de prestaciones accesorias. Y cualitativamente, porque tal incumplimiento ha de reputarse de entidad suficiente, no puede considerarse incumplimiento el impago de una cuota de 600 euros sobre un principal de 120.000 por ejemplo.

En definitiva, ante la cláusula antes transcrita nos encontramos ante una cláusula de resolución anticipada por pérdida del beneficio del plazo, es decir una cláusula de resolución unilateral cuando la entidad concedente del préstamo o crédito aprecie que las circunstancias económicas del cliente han variado en detrimento de su solvencia. Esta circunstancia viene a complicarse porque el artículo 1129 del Código Civil contempla esta posibilidad, pero para el consumidor, la ausencia de un sistema garante que ampare las situaciones sobrevenidas de insolvencia, todavía resulta más gravoso. A diferencia de algunas legislaciones de nuestro entorno europeo, con mención especial al ejemplo francés, el ordenamiento jurídico español carece de una normativa específica que expresamente contemple el problema del sobreendeudamiento de los consumidores de servicios bancarios.

Desde una perspectiva más amplia, nuestra normativa de protección al usuario de servicios de crédito, tan variada como confusa, discurre por cuerpos legislativos de naturaleza diversa, que va desde Leyes y Órdenes ministeriales, hasta recomendaciones, pasando por figuras tan exóticas como Circulares, una figura propia más bien del ordenamiento jurídico administrativo interno. Todo ello peca no sólo de dispersión sino de falta de criterio unificador. Demasiadas normas para tan poco derecho. En capítulo posterior nos extenderemos más sobre esta cuestión. Ante tal panorama es evidente que ha de escudriñarse en todo un vasto aparato para llegar a conocer con certeza de la existencia de normas protectoras que directamente hagan mención a la cuestión que nos atañe: ¿existe en nuestro derecho un muestrario normativo suficiente y eficaz que indirectamente prevenga la cuestión del sobreendeudamiento de los consumidores por el uso de servicios bancarios de crédito o préstamo?.

5.3. LEY DE VENTA A PLAZOS DE BIENES MUEBLES

En relación con la normativa protectora del endeudamiento excesivo y ante la escasa iniciativa legislativa en esta materia, merece la pena destacar el sistema tradicional de financiación del consumo, la venta a plazos. En este caso, la ley 50/1965, de 17 de Julio, sobre venta a plazos de bienes muebles, constituyó un precedente fundamental en la legislación protectora de los consumidores. Posteriormente, esta norma fue sustituida por la vigente Ley 28/1998, de 13 de Julio, de venta a plazos de bienes muebles, cuyo actual texto es fiel a la redacción del articulado de la derogada ley.

Concretamente y dentro de este instrumento legal, debemos reseñar el artículo 11 de la nueva ley, de especial interés en materia de sobreendeudamiento, que respetando la literalidad del artículo 13 del texto anterior, recoge en su primer apartado, la facultad moderadora, que otorga la ley a Jueces y Tribunales, para el caso de que, obrante la ejecución del contrato, se produzcan circunstancias, propias del sobreendeudamiento pasivo, tales como desgracias familiares, paro, accidentes de trabajo, larga enfermedad o cualquiera de otros infortunios.

El segundo párrafo del referido precepto establece otro expediente paliativo del sobreendeudamiento, nos referimos precisamente a la facultad moderadora de las cláusulas penales que ostentan Jueces y Tribunales para el caso de incumplimiento del comprador. Como vemos, esta facultad no es nueva, ya que aparece claramente en el artículo 1.154 del Código Civil, al regular las obligaciones con cláusula penal.

Entrando en el análisis concreto del ya mencionado artículo 11, hemos de decir que esta facultad de acudir al Juez, reconocida solamente a los compradores a plazos o con financiación de bienes muebles, debería hacerse extensible a todos los deudores que merezcan la consideración de consumidores, ya que en algunos ordenamientos europeos no se realizan este tipo de distinciones, permitiéndose a los deudores con dificultades pasajeras de pago dirigirse al juez, con el fin de solicitar plazos de gracia, el fraccionamiento o simplemente el escalonamiento de la deuda.

Igualmente y en comparación con la derogada ley de 1965, debemos valorar como un descuido de la normativa actual, desde el punto de vista preventivo, el hecho de haber suprimido la obligatoriedad del desembolso inicial mínimo para las ventas a plazos de bienes muebles.

5.4. LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

Posteriormente y en relación con la materia, objeto del presente estudio, la reciente ley de enjuiciamiento civil ha previsto, aunque de manera insuficiente, algunos sistemas para paliar el rigor de las ejecuciones hipotecarias, que procederemos seguidamente a enumerar, pero que en ningún momento afrontan el origen del problema "el sobreendeudamiento":

1) Posibilidad de ejecución de cuotas vencidas y rehabilitación de la hipoteca (ART. 693 LEC)

Artículo 693. *Reclamación limitada a parte del capital o de los intereses cuyo pago deba hacerse en plazos diferentes. Vencimiento anticipado de deudas a plazos.*

1. Que lo que dispone este capítulo será aplicable al caso en que deje de pagarse una parte del capital del crédito o los intereses, cuyo pago deba hacerse en plazos diferentes, si viciere alguno de ellos sin cumplir el deudor su obligación, y siempre que tal estipulación conste inscrita en el Registro. Si para el pago de alguno de los plazos del capital o de los intereses fuere necesario enajenar el bien hipotecado, y aún quedaren por vencer otros plazos de la obligación, se verificará la venta y se transferirá la finca al comprador con la hipoteca correspondiente a la parte del crédito que no estuviere satisfecha.

2. Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de alguno de los plazos diferentes y este convenio constase inscrito en el Registro.

3. En el caso a que se refiere el apartado anterior, el acreedor podrá solicitar que, sin perjuicio de que la ejecución se despache por la totalidad de la deuda, se comunique al deudor que, hasta el día señalado para la celebración de la subasta, podrá liberar el bien mediante la consignación

de la cantidad exacta que por principal e intereses estuviere vencida en la fecha de presentación de la demanda, incrementada, en su caso, con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y resulten impagados en todo o en parte. A estos efectos, el acreedor podrá solicitar que se proceda conforme a lo previsto en el apartado 2 del artículo 578. Si el bien hipotecado fuese la vivienda familiar, el deudor podrá, por una sola vez, aun sin el consentimiento del acreedor, liberar el bien mediante la consignación de las cantidades expresadas en el párrafo anterior.

Si el deudor efectuase el pago en las condiciones previstas en el apartado anterior, se liquidarán las costas y, una vez satisfechas éstas, el tribunal dictará providencia declarando terminado el procedimiento. Lo mismo se acordará cuando el pago lo realice un tercero con el consentimiento del ejecutante.

Como podemos observar, una nota destacada de la nueva regulación en esta materia es el tratamiento procesal de las cláusulas de vencimiento anticipado en las obligaciones garantizadas con hipoteca, con lo que el legislador ha tratado, aparentemente de solucionar -de forma inadecuada- la polémica abierta por una reciente sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 27 de marzo de 1.999. Así, de este modo, el artículo 693.2 LEC permite reclamar la totalidad de lo adeudado por principal e intereses si se hubiere convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de algunos de los plazos diferentes y este convenio constase inscrito en el Registro. Por tanto, concurriendo estos dos requisitos, no hay duda que el actor podrá reclamar la totalidad de la deuda por los trámites de este procedimiento especial de ejecución hipotecaria, debiendo, en caso contrario, acudir a otro tipo de procedimientos.



Un momento de las jornadas celebradas en Extremadura en diciembre de 2004 organizadas por ADICAE y patrocinadas por la Junta de Extremadura

Junto a ello, el legislador reproduce la antigua redacción del artículo 135 LH, permitiendo la ejecución de la garantía hipotecaria en reclamación limitada a la parte vencida del capital e intereses (art. 693.1 LEC). Sin embargo, la posibilidad de ejecución de las cuotas vencidas exige que esta forma de reclamación figure inscrita en el Registro de la Propiedad. Si bien, es cierto que esta limitación no se entiende muy bien, ya que aunque se trata de una medida claramente favorecedora para el deudor, podemos observar que, de conformidad con la literalidad de la norma, parece que no es posible, si dicha posibilidad no ha sido convenida por las partes y accedido al Registro de la Propiedad.

Llegados a este punto, hemos de resaltar la reforma fundamental introducida por la ley 1/2000, en beneficio del consumidor, entendiéndose como tal, al hipotecante de su vivienda habitual, que se centra en la posibilidad de poder "liberar el bien de la ejecución hipotecada, mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses estuviere vencida en la fecha de presentación de la demanda, incrementada, en su caso, con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y resulten impagados total o parcialmente hasta la fecha de la consignación".

En definitiva, mediante esta modificación prevista en el artículo 693.3 de la mencionada ley procesal, se permite que el deudor pueda consignar las cantidades adeudadas correspondientes, limitando así la capacidad del acreedor de enajenar el bien objeto de garantía hipotecaria.

Sin embargo, esta facultad del deudor solamente se otorgará cuando concurren los siguientes presupuestos:

- 1) Que se trate de un préstamo hipotecario y no estemos ante un crédito con garantía hipotecaria.
- 2) Que el bien hipotecado sea la vivienda familiar.
- 3) Que nos encontremos ante un procedimiento judicial, no extrajudicial, de ejecución hipotecaria.
- 4) Que el pago sea realizado por el propio deudor o por un tercero, con el consentimiento del ejecutante.
- 5) Que la consignación sea efectuada antes de la adjudicación de la subasta.

En todo caso y a modo de conclusión, debemos señalar que esta posibilidad de rehabilitación de la hipoteca ayuda -sensiblemente- pero no constituye una mejora sustancial para el consumidor, ya que no supone una medida que de forma general pueda contribuir a mejorar las situaciones de insolvencia familiar transitoria.

2) Ampliación de la ejecución (ART. 578 LEC)

Artículo 578. Vencimiento de nuevos plazos o de la totalidad de la deuda.

1. Si, despachada ejecución por deuda de una cantidad líquida, venciera algún plazo de la misma obligación en cuya virtud se procede, o la obligación en su totalidad, se entenderá ampliada

la ejecución por el importe correspondiente a los nuevos vencimientos de principal e intereses, si lo pidiera así el actor y sin necesidad de retrotraer el procedimiento.

2. La ampliación de la ejecución podrá solicitarse en la demanda ejecutiva. En este caso, al notificarle el auto que despache la ejecución, se advertirá al ejecutado que la ejecución se entenderá ampliada automáticamente si, en las fechas de vencimiento, no se hubieren consignado a disposición del Juzgado las cantidades correspondientes.

Cuando el ejecutante solicite la ampliación automática de la ejecución, deberá presentar una liquidación final de la deuda incluyendo los vencimientos de principal e intereses producidos durante la ejecución. Si esta liquidación fuera conforme con el título ejecutivo y no se hubiera consignado el importe de los vencimientos incluidos en ella, el pago al ejecutante se realizará con arreglo a lo que resulte de la liquidación presentada.

3. La ampliación de la ejecución será razón suficiente para la mejora del embargo y podrá hacerse constar en la anotación preventiva de éste conforme a lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 613 de esta Ley.

En el caso del apartado anterior, la ampliación de la ejecución no comportará la adopción automática de estas medidas, que sólo se acordarán, si procede, cuando el ejecutante las solicite después de cada vencimiento que no hubiera sido atendido.

Este precepto legal prevé el supuesto de vencimiento de nuevos plazos de la misma obligación, en cuya virtud, se procede, o de la obligación en su totalidad, en cuyo caso la ejecución "se entenderá ampliada por el importe correspondiente a los nuevos vencimientos de principal e intereses, si así lo pidiera el actor y sin necesidad de retrotraer el procedimiento".

En este caso, se trata de una regulación similar a las contenidas en los antiguos artículos 1.456 a 1.458 LEC 1881, si bien el nuevo precepto legal contempla la posibilidad de ampliación automática de la ejecución, hasta ahora desconocida.

Establecidas las permisas anteriores y con independencia de las mejoras introducidas en la regulación de la subasta, la Ley 1/2000, de 7 de enero, abre el camino a vías de enajenación forzosa alternativas que- aunque son ejecuciones al fin y al cabo-, en determinadas circunstancias, permitirán agilizar la realización y mejorar su rendimiento.

Así, se regulan los convenios de realización entre ejecutante y ejecutado y la posibilidad de que, a instancia del ejecutante o con su conformidad, el Juez acuerde que el bien se enajene por persona o entidad especializada, al margen, por tanto, de la subasta, a los solos efectos de evitar la disminución del valor económico del bien, sometido a subasta judicial.

A) POSIBILIDAD DE CONVENIR ENTRE EJECUTANTE Y EJECUTADO LA VENTA DEL BIEN SIN NECESIDAD DE SUBASTA "SIEMPRE QUE NO SE PERJUDIQUE A UN TERCERO" (ART. 640 LEC).

Artículo 640. Convenio de realización judicialmente aprobado.

1. El ejecutante, el ejecutado y quien acredite interés directo en la ejecución podrán pedir al tri-

bunal que convoque una comparecencia con la finalidad de convenir el modo de realización más eficaz de los bienes hipotecados, pignorados o embargados, frente a los que se dirige la ejecución.

2. Si el ejecutante se mostrare conforme con la comparecencia y el tribunal no encontrare motivos razonables para denegarla, la acordará mediante providencia, sin suspensión de la ejecución, convocando a las partes y a quienes conste en el proceso que pudieren estar interesados. En la comparecencia, a la que podrán concurrir otras personas, por invitación de ejecutante o ejecutado, los asistentes podrán proponer cualquier forma de realización de los bienes sujetos a la ejecución y presentar a persona que, consignando o afianzando, se ofrezca a adquirir dichos bienes por un precio previsiblemente superior al que pudiera lograrse mediante la subasta judicial. También cabrá proponer otras formas de satisfacción del derecho del ejecutante.

3. Si se llegare a un acuerdo entre ejecutante y ejecutado, que no pueda causar perjuicio para tercero cuyos derechos proteja esta Ley, lo aprobará el tribunal mediante auto y suspenderá la ejecución respecto del bien o bienes objeto del acuerdo. También aprobará el acuerdo, con el mismo efecto suspensivo, si incluyere la conformidad de los sujetos, distintos de ejecutante y ejecutado, a quienes afectare.

Cuando el convenio se refiera a bienes susceptibles de inscripción registral será necesaria, para su aprobación, la conformidad de los acreedores y terceros poseedores que hubieran inscrito o anotado sus derechos en el Registro correspondiente con posterioridad al gravamen que se ejecuta.

4. Cuando se acredite el cumplimiento del acuerdo, se sobreseerá la ejecución respecto del bien o bienes a que se refiriese. Si el acuerdo no se cumpliera dentro del plazo pactado o, por cualquier causa, no se lograra la satisfacción del ejecutante en los términos convenidos, podrá éste pedir que se alce la suspensión de la ejecución y se proceda a la subasta, en la forma prevista en esta ley.

5. Si no se lograra el acuerdo a que se refiere el apartado tercero de este artículo, la comparecencia para intentarlo podrá repetirse, en las condiciones previstas en los dos primeros apartados de este artículo, cuando las circunstancias del caso lo aconsejen, a juicio del tribunal, para la mejor realización de los bienes.

B) POSIBILIDAD DE QUE EL BIEN SE VENDA POR ENTIDADES ESPECIALIZADAS A PETICIÓN DEL EJECUTANTE O DEL EJECUTADO CON PERMISO DE AQUEL (ART. 641 LEC).

Artículo 641. Realización por persona o entidad especializada.

1. A petición del ejecutante o del ejecutado con consentimiento del ejecutante y cuando las características del bien embargado así lo aconsejen, el Tribunal podrá acordar, mediante providencia, que el bien lo realice persona especializada y conocedora del mercado en que se compran y venden esos bienes y en quien concurren los requisitos legalmente exigidos para operar en el mercado de que se trate.

También podrá acordar el Tribunal, cuando así se solicite en los términos previstos en el párrafo anterior, que el bien se enajene por medio de entidad especializada pública o privada. Cuando así se disponga, la enajenación se acomodará a las reglas y usos de la casa o entidad que subasta o enajene, siempre que no sean incompatibles con el fin de la ejecución y con la adecuada

protección de los intereses de ejecutante y ejecutado.

2. En los casos del apartado anterior, la persona o entidad especializada deberá prestar caución en la cuantía que el tribunal determine para responder del cumplimiento del encargo. No se exigirá caución cuando la realización se encomiende a una entidad pública.

3. La realización se encomendará a la persona o entidad designada en la solicitud, siempre que reúna los requisitos legalmente exigidos. En la misma resolución se determinarán las condiciones en que deba efectuarse la realización, de conformidad con lo que las partes hubiesen acordado al respecto. A falta de acuerdo, los bienes no podrán ser enajenados por precio inferior al 50 por 100 del avalúo.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando los bienes a realizar sean inmuebles, la determinación de la persona o entidad a la que vaya a confiarse la realización y la de las condiciones en que ésta deba efectuarse, será realizada previa comparecencia a la que serán convocadas las partes y quienes conste en el proceso que pudieran estar interesados. El Tribunal resolverá por medio de providencia lo que estime procedente, a la vista de las manifestaciones de quienes asistan a la comparecencia, pero no podrá autorizar que la enajenación se realice por precio inferior al 70 por 100 del valor que se haya dado al inmueble con arreglo a lo previsto en el artículo 666, salvo que conste el acuerdo de las partes y de todos los interesados, hayan asistido o no a la comparecencia.

4. Tan pronto como se consume la realización de los bienes se procederá por la persona o entidad correspondiente a ingresar en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones la cantidad obtenida, descontando los gastos efectuados y lo que corresponda a aquéllas por su intervención. El Tribunal deberá aprobar la operación o, en su caso, solicitar las justificaciones oportunas sobre la realización y sus circunstancias. Aprobada la operación, se devolverá la caución que hubiese prestado la persona o entidad a la que se haya encomendado la realización.

5. Cuando, transcurridos seis meses desde el encargo, la realización no se hubiera llevado a cabo, el Tribunal dictará auto revocando el encargo, salvo que se justifique por la persona o entidad a la que se hubiera efectuado éste que la realización no ha sido posible en el plazo indicado por motivos que no le sean imputables y que, por haber desaparecido ya dichos motivos o por ser previsible su pronta desaparición, el encargo podrá cumplimentarse dentro del plazo que se ofrezca y que no podrá exceder de los siguientes seis meses. Transcurrido este último plazo sin que se hubiere cumplido el encargo, se revocará definitivamente éste.

Revocado el encargo, la caución se aplicará a los fines de la ejecución, salvo que la persona o entidad que la hubiese prestado acredite que la realización del bien no ha sido posible por causas que no le sean imputables.

Vistas estas consideraciones previas, vamos a centrarnos en las particularidades que afectan al consumidor. Es evidente que en la habitual práctica bancaria la entidad de crédito acreedora de un préstamo con garantía hipotecaria, procede a la ejecución de éste en supuestos de impago de una sola de las cuotas del mismo. Ello viene provocado porque en la escritura de constitución de la hipoteca se suele pactar el vencimiento anticipado de la obligación garantizada para los supuestos de impago de alguna de las amortizaciones periódicas de capital e intereses. De esta for-

ma el acreedor insta el proceso ejecutivo previsto en el artículo 681 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Pero, ante la desproporción de esta práctica, la Ley 1/2000, ha intentado poner fin a esta situación, otorgando al deudor, la posibilidad de "rehabilitar" el préstamo abonando la cuota impagada, y ello pese a toda la posible oposición del acreedor, siempre y cuando, para este último caso, se trate de préstamos para la vivienda familiar.

Sin embargo, entendemos que esta medida resulta insuficiente, puesto que no ofrece una solución definitiva a las situaciones de insolvencia familiar o personal, causante en la mayoría de las ocasiones de estos impagos, ya que únicamente permite afrontar el pago atrasado de una cuota, "por una sola vez". Y no conviene olvidar que la "vida" de un préstamo hipotecario habitualmente tiene una media de 20 años, por lo que se nos antoja ridícula una propuesta que parece destinada a dar solución a "despistes" coyunturales a la hora de abonar las cuotas, pero no a ofrecer solución verdadera a un problema más complejo.

Esto todavía se hace más evidente en la exigencia del abono de unos intereses de demora pactados convenientemente en la escritura de préstamo. Efectivamente, al pago de la cuota pendiente se van a exigir los intereses correspondientes a la fecha de presentación de la demanda ejecutiva. Según el artículo 12 de la LH, en las inscripciones de hipoteca se expresará el importe de la obligación asegurada y el de los intereses, si se hubiesen estipulado, diferenciando entre intereses ordinarios o remuneratorios y los intereses de demora. Los primeros derivan de la voluntad de las partes y vencen de conformidad con los plazos. Por su parte, los intereses de demora vienen originados por un incumplimiento del deudor y su función es indemnizatoria. La consignación regulada en el artículo 693.3 de la LEC lo que pretende es evitar que prosiga la ejecución, por lo que sólo habrá que consignar, en principio, la cantidad exacta de los intereses vencidos a la fecha de presentación de la demanda. Con relación a los intereses moratorios, éstos pueden ser reclamados siempre y cuando se hayan previsto en la escritura de constitución de la hipoteca, por lo que para que el deudor libere el bien a través de la consignación debe incluirse en la misma los intereses de demora. Visto el planteamiento que nos ofrece la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debemos concluir que a nuestro juicio no pueden presentarse como solución al problema del sobreendeudamiento, familiar o personal.

En primer lugar, como hemos visto, porque no se dirige al núcleo del problema, que no es precisamente el impago puntual de una cuota de un préstamo hipotecario, sino determinar y atajar jurídicamente estas situaciones, excepcionando la exigibilidad inmediata de las obligaciones pendientes, lo que podría haberse conseguido suspendiendo la vigencia de esas cláusulas de vencimiento anticipado o bien, como afirmaba la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1999, declarando su nulidad por resultar contrarias a derecho.

Y en segundo lugar, porque exige el cumplimiento de la obligación de abonar intereses de demora en los términos que la propia entidad de crédito, no lo olvidemos, establece unilateralmente, lo cual no puede sino corresponder a una situación de incumplimiento y consiguientemente a un propósito indemnizatorio del que toda normativa preventiva del sobreendeudamiento debe excluir.

En virtud de lo anteriormente argumentado y ante la falta evidente de regulación española que ampare a cualquier consumidor, en situación de sobreendeudamiento activo o simplemente fortuito, que le impida hacer frente a los pagos de los créditos contratados, nos vemos obligados a sugerirles que emprendan las siguientes acciones:

1) Intentar llegar a un acuerdo directamente con la entidad con la que se contrató el crédito con el fin de evitar la ejecución y el consiguiente embargo de nuestros bienes. Para ello, se puede tratar de negociar el pago de cantidades menores durante más tiempo o incluso la rescisión o condonación (perdón) de parte de la deuda.

2) Procurar conseguir otro préstamo de otra entidad bancaria o de un familiar con el fin de poder hacer frente a ese primer plazo impagado. Sin embargo, esta opción solamente es ejercitable en el caso de que actualmente se esté en disposición de pagar este nuevo crédito.

3) En última instancia se debe de probar vender el piso antes de la ejecución puesto que, seguramente, se conseguirá una mayor cantidad de dinero que en el supuesto de que dicho inmueble llegase a subastarse, pudiendo, en este caso, llegarse a obtener un precio tan bajo que podría, incluso dejarnos con deudas y -lo que es peor aún- sin el bien.

Ahora bien, y en relación con esta última opción, hay que tener en cuenta que, de conformidad con lo prevenido en el artículo 693.3 de LEC, si el objeto de la hipoteca fuese la vivienda familiar, el deudor podrá, por una sola vez, aun sin el consentimiento del acreedor, liberar el bien, mediante la consignación de las cantidades adeudadas y expresadas en dicho precepto legal.

5.5. LEY DE REPRESIÓN DE LA USURA

Otras de las normas que previene el abuso sobre el cobro de intereses en los contratos de préstamos es la ley de 23 de julio de 1908 (modificada por Ley 1/2000, de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil), conocida popularmente como Ley azcarate de la usura, que declara la nulidad de los préstamos usuarios y leoninos.

Esta normativa contra la usura, aunque anticuada e inaplicada desde su nacimiento en 1908, hace referencia tanto al pacto de interés abusivo contenido en un contrato de préstamo manifiesto o encubierto, como a cualquier otra estipulación que altere las condiciones normales del contrato, en daño del deudor, y en abuso de la equidad contractual.

En este sentido, debemos decir que la usura ofrece dos aspectos en nuestra normativa: por un lado, la sanción civil de nulidad, regulada en la referida Ley de 23 de julio de 1908; y por otro, la sanción penal, recogida en el Código Penal para los supuestos de habitualidad, encubrimiento o préstamos a menores. Desde el punto de vista estrictamente civil, la finalidad de esta norma es declarar nulo un contrato, es decir, que no produzca ningún efecto entre las partes, lo que conllevaría a las mismas a restituirse lo percibido.

Esta declaración de nulidad, que en última instancia son siempre los tribunales los que la establecen, produce como efecto fundamental que las partes han de restituirse lo percibido. En tal caso, el prestatario estará obligado a entregar tan sólo la suma recibida, quedando dispensado del pago de intereses usurarios o no. Pero, únicamente en el supuesto de que hubiera satisfecho parte de dicha suma, así como sus intereses vencidos, el prestamista deberá devolver al consumidor la cuantía que exceda del capital prestado.

En relación con esta cuestión, resulta interesante comentar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 5 de febrero de 1996, en aplicación precisamente de la Ley Azcarate, donde establece que la necesidad creada de adquirir bienes necesidad provoca que el consumidor ten-

ga disminuida, desde un principio, su voluntad. Esto concuerda perfectamente con la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1998, que entiende que es exactamente el momento de la elaboración del contrato el que ha de ser tenido en cuenta para determinar si el consentimiento del prestatario se encontraba o no viciado de cara a una posible anulación del contrato.

En virtud de lo anteriormente comentado y en torno al tema del sobreendeudamiento, objeto del presente estudio, parece evidente que la profusión normativa en el ámbito bancario a que nos hemos referido al inicio, así como un mayor nivel de control administrativo, ejercido por el Servicio de Consultas y Reclamaciones del Banco de España, dejan un tanto desubicada en la actualidad la citada Ley Azcarate. Ello sin dejar de lamentar los tipos de interés y comisiones que en muchos casos deben pagar los consumidores por préstamos o créditos bancarios.

No obstante el ámbito de aplicación de esta ley todavía puede resultar de utilidad, tanto en aquellos supuestos en que el consumidor efectúa una contratación de este tipo con ciertas financieras que escapan del control general de la normativa bancaria, como ante aquellas entidades de crédito oficialmente reconocidas y registradas que apliquen, en su caso, estos tipos usurarios.

5.6. NORMATIVA SOBRE OPERACIONES BANCARIAS

La normativa bancaria en materia crediticia se compone, por un lado, de un conjunto de reglas jurídico administrativas, elaboradas, en virtud de la potestad administrativa, tanto por el Ministerio de Economía como por el Banco de España. El origen de esta potestad es la atribución por el artículo 48.2 de la Ley de Supervisión e Intervención de Entidades de Crédito que concede al Ministerio de Economía la facultad de establecer normas que afecten al contenido de los contratos, con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela bancaria.

Por su parte la Disposición Adicional 8ª de este texto legal habilita al Banco de España para dictar las disposiciones necesarias para el desarrollo y ejecución de la regulación contenida en las disposiciones generales aprobadas por el Gobierno o por el Ministro de Economía, siempre que además dichas normas le habiliten expresamente.

Dejando a un lado el problema acerca del alcance de las disposiciones sobre contratación bancaria, y si su incumplimiento genera infracciones administrativas o, igualmente, de índole privada, la normativa bancaria, en el sector de la actividad crediticia se puede dividir en tres apartados:

1. Normas de transparencia / publicidad. Fase negocial o precontractual.
2. Normas contractuales.
3. Normas sobre el cálculo de operaciones.

Con este planteamiento vamos a estudiar si la actual normativa sectorial bancaria española de protección al consumidor plantea y resuelve, en su caso, y en qué medida el problema del sobreendeudamiento en la fase negocial.

A) Transparencia y publicidad de las operaciones crediticias bancarias.

La Circular 8/1999 del Banco de España, se ocupa de la exigencia de hacer figurar un tablón informativo en todas las sucursales bancarias, con un contenido establecido reglamentariamente para una fácil comprensión del cliente. En él deben figurar los intereses, comisiones aplicables tanto a las operaciones de activo como de pasivo, normas de valoración...

Con relación a los intereses, la normativa hace expresa mención al tipo aplicable a los descubiertos en cuenta corriente, donde no cabe aplicar un tipo de interés que dé lugar a una TAE superior a 2,5 veces el interés legal del dinero vigente en ese momento. A este respecto, consideramos que este límite es demasiado elevado y no favorece en modo alguno una solución satisfactoria para los casos de sobreendeudamiento, antes bien, contribuye a profundizar el problema.

En cuanto a las comisiones y gastos, existe obligación por parte de la entidad de poner a disposición del cliente un folleto informativo donde han de reflejarse éstas. Respecto a los supuestos y periodicidad con que las comisiones se aplican, el Servicio de Reclamaciones del Banco de España exige que para poder cobrar dichas comisiones, éstas han de responder a un servicio efectivamente prestado por la entidad y solicitado y aceptado por el cliente.

En cuanto a las normas de valoración, existe la obligación de fijar y hacer públicas unas normas sobre fechas de valoración de cargos y abonos en las cuentas, tanto de activo como de pasivo. El límite lo impone el Banco de España.

Especial mención merece el ámbito del sector hipotecario, tanto por su relevancia en el mercado operativo bancario español como, y muy especialmente, por la incidencia que tiene en las economías domésticas la adquisición y el pago de una vivienda.

Como decíamos, existe una amplia normativa, variada y de naturaleza muy diversa, que incide en este sector. Así, la información precontractual ha de servir, en el mercado de los préstamos hipotecarios para que el consumidor conozca de la manera más precisa posible el coste y las demás condiciones que influyen a la hora de contratar un préstamo de estas características. Vamos a ver en qué medida esta transparencia en la información de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios garantiza un conocimiento preciso tanto del coste del mismo como de las posibilidades reales de endeudamiento del solicitante.

La primera de las obligaciones informativas por parte de la futura entidad concedente reside en la obligación de entregar el folleto informativo. En dicho folleto debe reflejarse la cuantía máxima de préstamo a solicitar, los plazos, modalidad y tipo de interés aplicable, con especial mención al índice de referencia y su evolución operada en los dos últimos años naturales así como su último valor conocido. También deben figurar las comisiones a aplicar así como los gastos de formalización y tributos a cargo del prestatario.

Un segundo núcleo protector, tras el comentado folleto informativo, es el de la obligación que tiene la entidad prestamista de realizar al prestatario una oferta vinculante.

Una vez realizada la tasación del inmueble, mediante esta oferta que vincula a la entidad du-



D. Manuel Pardos presidente de ADICAE junto al equipo técnico en un momento de las jornadas celebradas en Valencia en 2002 organizadas por ADICAE

rante un plazo de 10 días hábiles desde su entrega, el cliente puede llegar a conocer con mayor precisión las condiciones económicas propuestas en dicha oferta. Dichas propuestas deben respetarse, de ser aceptadas dentro del plazo mencionado, en la escritura formalizadora del contrato de préstamo.

Si bien, como estamos viendo en todos estos tipos de contratos, en la normativa bancaria apenas tiene incidencia la idea de protección del consumidor bancario con relación al peligro del sobreendeudamiento, no deja de resultar cierto que dicho cuerpo normativo sí que mantiene por el contrario una especial preocupación a la hora de ofrecer al cliente toda una serie de garantías de transparencia que tienen su reflejo en el plano contractual, bien buscando la igualdad de las partes, bien en pos de una claridad en la fase negocial.

Es evidente que esto indirectamente influye a la hora de optar por un crédito o préstamo adecuado, del que como deudores podamos responder sin poner en peligro nuestra situación financiera familiar.

En este sentido, y en general, cabe descartar un sobreendeudamiento objetivo, es decir, aquél que tiene su causa en los propios contratos bancarios que el consumidor asume.

El fenómeno del sobreendeudamiento tiene su origen en situaciones externas, imprevisibles, pero que en muchas ocasiones afloran en los contratos financieros que el consumidor hubiera firmado. Y ante estos supuestos sí que debemos afirmar que la normativa actual no atiende estas situaciones, por lo que resulta conveniente una nueva regulación que expresamente la contemple.

Como vemos, ya en la fase precontractual nuestra normativa muestra una especial preocupa-

ción por que se ofrezca al consumidor todos los datos posibles de cara a formarse una idea clara de todos los supuestos y condicionantes financieros. Esta preocupación de la legislación española por garantizar una información lo más precisa y clara se pone igualmente de manifiesto tanto a la hora de establecer un clausulado financiero estandarizado, en la propia escritura donde se plasme el contrato de préstamo, como por la labor informativa que se exige del notario autorizante como veremos en el punto siguiente.

B) Normas contractuales. La formalización del contrato bancario.

En general, como ya se ha apuntado, se exige la constancia por escrito de los contratos bancarios, de acuerdo al artículo 48.2 de la Ley sobre Intervención de las Entidades de Crédito por el que se autoriza al Ministerio de Economía a exigir que estos contratos se formalicen por escrito. Ello tiene su reflejo en la Orden ministerial de 1989 y en la citada Circular 8/90 del Banco de España.

Por otro lado vale para este punto todo lo mencionado anteriormente para las condiciones generales de la contratación.

Mención especial merecen los préstamos hipotecarios. Como se indicaba en el punto anterior, el legislador español obliga a insertar, por un lado, un clausulado financiero en la escritura del préstamo hipotecario; asimismo, impone una obligación informativa al notario frente al consumidor.

Con relación a la primera de las cuestiones, las cláusulas financieras deben mencionar expresamente el importe y forma de entrega del préstamo; número, periodicidad y cuantía de las cuotas en su amortización y pago de intereses; las condiciones económicas en que se puede ejercer el derecho de reembolso anticipado, sea éste total o parcial; tipo de interés aplicable, periodicidad y forma de revisión, así como el tipo de interés aplicable en caso de demora; finalmente comisiones y demás gastos, incluyendo los impuestos repercutibles al cliente.

Evidentemente si ha existido anteriormente una oferta vinculante, el clausulado inserto en la escritura debe respetar dicha oferta vinculante, siempre que se hayan aceptado las condiciones de dicha oferta en el plazo de 10 días.

Respecto a la obligación informativa del notario, la Orden ministerial de 1994 exige que el proyecto de escritura donde se documente el préstamo con garantía hipotecaria pueda ser examinado por el cliente durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento.

Con ello se pretende reforzar más el período de reflexión y conocimiento para el consumidor de las condiciones financieras que conforman su préstamo, ya que el notario está obligado a aclarar y concretar al prestatario sus deberes desde el punto de vista contractual y económico.

Además el fedatario público se le impone vigilar esa adecuación a que antes aludíamos entre el contenido de la oferta vinculante y el contenido final del préstamo hipotecario. Finalmente, y con carácter general, debe aclarar todas las dudas que puedan suscitarse con relación al coste efectivo del préstamo, la incidencia de un tipo fijo o variable...

En conclusión, aunque un préstamo para la vivienda no deja de ser para el consumidor una inversión arriesgada, debido a las incidencias económicas, generales y particulares, que pueden surgir en tan largo plazo de tiempo como puedan llegar a ser 20 años, para lograr ese conocimiento lo más fiable posible de la situación de endeudamiento en que se puede ver inmersa una familia, creemos acertados, en principio, los datos y medidas de apoyo que en la fase precontractual y contractual se deben facilitar por exigencia normativa al consumidor.

No obstante, si en líneas precedentes cuando hablábamos del significado general de protección al consumidor bancario, esgrimíamos el artículo 51 de nuestro texto constitucional, por el cual los poderes públicos han de garantizar la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo mediante procedimientos eficaces, entre otras cuestiones, sus legítimos intereses económicos, la protección al consumidor ante el reto de financiar una vivienda se ve, adicionalmente reforzada, también por otros argumentos constitucionales.

Así el propio artículo 47 habla del acceso de la vivienda y de la obligación por parte de los poderes públicos de establecer normas pertinentes que hagan efectivo este derecho. En este sentido, no estaría de más "cierta injerencia" de los poderes públicos en la esfera de lo privado, y en aras precisamente de la especial protección que merece el consumidor, que fuera un poco más allá tanto de las meras obligaciones informativas o financieras, como de la posibilidad que recoge el artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que más adelante será objeto de comentario.

Consideramos que bien podría establecerse, en apoyo al consumidor, la imposición de mecanismos de renegociación de las condiciones económicas de un préstamo hipotecario ante situaciones de cesación general en los pagos que pesan sobre una economía doméstica. Entendemos que el mercado hipotecario poco podría resentirse, antes bien resultaría más seguro y evitaría muchas situaciones de insolvencia irresistible y de pérdida de la vivienda.

C) Liquidación de operaciones.

Dicha liquidación debe documentarse expresamente en todos sus términos, es decir, tipos de interés, comisiones y gastos coste efectivo de la operación. Antes de finalizar este apartado conviene hacer referencia a la figura de los establecimientos financieros de crédito. La expresión de "crédito parabancario" hace referencia a nuevos expedientes de financiación que ofrecen estas entidades que no pueden ser calificadas como de crédito en su estricto sentido. Se distinguen de estas últimas, en que no pueden captar ahorro del público mediante operaciones de depósito o cualesquiera otras de naturaleza analógica. Su actividad se desarrolla principalmente en la financiación de adquisiciones mediante leasing y en el sector de las tarjetas de crédito. Lo novedoso de ambos expedientes de financiación y la facilidad de su utilización, sobre todo de las tarjetas, es sin duda un nuevo elemento de riesgo al cual debe estar atento el consumidor.

5.7. NORMATIVA DE TRANSPARENCIA SOBRE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

La importancia que adquieren los préstamos hipotecarios en la consideración del riesgo que para las familias supone un progresivo endeudamiento, se pone de manifiesto tanto por la pro-

longada duración del préstamo en el tiempo, como por las cantidades adeudadas. De ahí que sea necesario examinar la incidencia que la normativa actual sobre contratación de este producto puede tener particularmente en el sobreendeudamiento familiar.

Esta materia aparece específicamente regulada por la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia en las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios; y en la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios. Estas normas postulan una serie de obligaciones informativas y formales. Además existen otras normativas que como veremos completan el derecho a la información al usuario.

El artículo 48.2 de la Ley 26/ 1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, faculta al Ministro de Economía y Hacienda para, con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito, y sin perjuicio de la libertad de contratación, determinar las cuestiones o eventualidades que los contratos referentes a operaciones financieras típicas habrán de tratar o prever de forma expresa, así como exigir el establecimiento por las entidades de modelos para ellos, pudiendo imponer alguna modalidad de control administrativo sobre dichos modelos.

Esta Orden complementa la de 12 de diciembre de 1989 sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito, y hace uso de la mencionada habilitación en relación con los préstamos en los que la garantía hipotecaria recaiga sobre una vivienda, operación financiera generalmente asociada a la adquisición del inmueble. Esta Orden se circunscribe deliberadamente a los préstamos hipotecarios sobre viviendas, concertados por personas físicas, cuya cuantía no rebase los 150.253.03 euros.

La Orden, cuya finalidad primordial es garantizar la adecuada información y protección de quienes concierten préstamos hipotecarios, presta especial atención a la fase de elección de la entidad de crédito, exigiendo a ésta la entrega obligatoria de un folleto informativo inicial en el que se especifiquen con claridad, de forma lo más estandarizada posible, las condiciones financieras de los préstamos. Téngase presente que la primera premisa para el buen funcionamiento de cualquier mercado, y a la postre, la forma más eficaz de proteger al demandante de crédito en un mercado con múltiples oferentes, reside en facilitar la comparación de las ofertas de las distintas entidades de crédito, estimulando así la efectiva competencia entre éstas.

Pero la Orden, además de facilitar la selección de la oferta de préstamo más conveniente para el prestatario, pretende asimismo facilitar a éste la perfecta comprensión e implicaciones financieras del contrato de préstamo hipotecario que finalmente vaya a concertar. De ahí la exigencia de que tales contratos, sin perjuicio de la libertad de pactos, contengan un clausulado financiero estandarizado en cuanto a su sistemática y contenido, de forma que sean comprensibles por el prestatario.

A esa adecuada comprensión deberá colaborar el notario que autorice la escritura de préstamo hipotecario, advirtiendo expresamente el prestatario del significado de aquellas cláusulas que, por su propia naturaleza técnica, pudieran pasarle inadvertidas.

Efectivamente, la primera de las obligaciones por parte de la entidad financiera oferente consiste en hacer entrega de un folleto informativo. En dicho folleto debe reflejarse la cuantía máxima de préstamo a solicitar, los plazos, modalidad y tipo de interés aplicable, con especial men-

ción al índice de referencia y su evolución operada en los dos últimos años naturales así como su último valor conocido. También deben figurar las comisiones a aplicar así como los gastos de formalización y tributos a cargo del prestatario.

Un segundo núcleo protector, tras el comentado folleto informativo, es el de la obligación que tiene la entidad prestamista de realizar al prestatario una oferta vinculante. Efectivamente, una vez realizada la tasación del inmueble, mediante esta oferta, que vincula a la entidad durante un plazo de 10 días hábiles desde su entrega, el cliente puede llegar a conocer con mayor precisión las condiciones económicas propuestas en dicha oferta. Dichas propuestas deben respetarse, de ser aceptadas dentro del plazo mencionado, en la escritura formalizadora del contrato de préstamo. En cuanto a la fase de formalización del contrato de préstamo hipotecario, el legislador español obliga a insertar, por un lado, un clausulado financiero en la escritura de préstamo; asimismo, impone una obligación informativa al notario frente al consumidor.

Con relación a la primera de las cuestiones, las cláusulas financieras deben mencionar expresamente el importe y forma de entrega del préstamo; número, periodicidad y cuantía de las cuotas en su amortización y pago de intereses; las condiciones económicas en que se puede ejercer el derecho de reembolso anticipado, sea éste total o parcial; tipo de interés aplicable, periodicidad y forma de revisión, así como el tipo de interés aplicable en caso de demora; finalmente comisiones y demás gastos, incluyendo los impuestos repercutibles al cliente. Evidentemente si ha existido anteriormente una oferta vinculante, el clausulado inserto en la escritura debe respetar dicha oferta vinculante, siempre que se hayan aceptado las condiciones de dicha oferta en el plazo de 10 días.

Respecto a la obligación informativa del notario, la Orden ministerial de 1994 exige que el proyecto de escritura donde se documente el préstamo con garantía hipotecaria pueda ser examinado por el cliente durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento. Con ello se pretende reforzar más el periodo de reflexión y conocimiento para el consumidor de las condiciones financieras que conforman su préstamo, ya que el notario está obligado a aclarar y concretar al prestatario sus deberes desde el punto de vista contractual y económico.

Además al fedatario público se le impone vigilar esa adecuación a que antes aludíamos entre el contenido de la oferta vinculante y el contenido final del préstamo hipotecario. Finalmente, y con carácter general, debe aclarar todas las dudas que puedan suscitarse con relación al coste efectivo del préstamo, la incidencia de un tipo fijo o variable...

En una coyuntura de descenso generalizado de los tipos de interés experimentado, resultó oportuno para el legislador que los ciudadanos que habían concertado sus préstamos con anterioridad a la bajada de los tipos pudieran beneficiarse de las ventajas que suponía este descenso. Pero, por otra parte, la situación de estos prestatarios se veía agravada por la concurrencia de una doble circunstancia, que determina la inviabilidad económica del "cambio de hipoteca": la fuerte comisión por amortización anticipada, impuesta por las entidades crediticias al tiempo de otorgar el contrato y la duplicación de gastos que implican la cancelación de un crédito hipotecario y la constitución de otro nuevo. Esta Ley venía además de cumplir con el mandato parlamentario que en su moción del 2 de noviembre de 1993, aprobada por unanimidad, instaba al Gobierno a "habilitar los mecanismos para que los deudores, en aplicación

de los artículos 1.211 y concordantes del Código Civil, puedan subrogar sus hipotecas a otro acreedor".

Esta situación, históricamente reiterada, encontraba solución adecuada por la vía de la subrogación convencional prevista por el artículo 1.211 del Código Civil, que la configura como un acto potestativo-voluntario del deudor. No obstante, la concisa normativa de dicho precepto no resulta suficiente para resolver la problemática que plantea esta institución, cuando en primer acreedor y el que subroga son algunas de las entidades financieras a las que se refiere la Ley de Mercado Hipotecario.

El artículo 2 establece los requisitos de la subrogación, posibilitando el ejercicio de esta potestad por el deudor, en el supuesto de que el primer acreedor no preste la colaboración debida. El procedimiento instrumentado análogo al previsto por el artículo 153, párrafo 5, de la Ley Hipotecaria, tiene idéntico fundamento que éste, reforzado si cabe por el hecho de tratarse de una liquidación a practicar entre dos entidades financieras a las que hay que presumir, por el mero hecho de serlo, la necesaria lealtad comercial recíproca.

El artículo 3 limita la cuantía de la cantidad a percibir por la entidad acreedora, en concepto de comisión por la amortización anticipada de su crédito, en los préstamos a interés variable. La razón de esta reducción estriba en que en esta modalidad de préstamos a tipo fijo, el acreedor asume habitualmente un escaso riesgo financiero, lo que se asemeja en este caso dicha comisión de cancelación a una pena por desistimiento. Según el artículo 1.154 del Código Civil, resulta lógico concluir que esta moderación pueda efectuarse también por Ley, muy especialmente en momentos de crisis económica y tratándose de contratos en masa de ejecución sucesiva y de larga duración, en los que el consumidor se ha adherido a un texto contractual preestablecido por la entidad de crédito. Y no cabe objetar que esta limitación implique una injerencia de la Administración en el libre funcionamiento del mercado, pues no es otra sino una mejora del sistema jurídico-institucional, para adecuar la ordenación del mercado a las necesidades de cada momento. De acuerdo con lo anteriormente expuesto, se tiene en cuenta ponderadamente la repercusión que el pago anticipado pueda acarrear a la entidad de crédito moderando su cuantía al fijar un porcentaje significativo en los préstamos a interés variable. A estos efectos se entenderá como préstamo de interés variable aquél que modifica su tipo de interés en el transcurso de su periodo de amortización.

Novación del préstamo hipotecario

Consiste simplemente en un acuerdo con el Banco o Caja de Ahorros del que es cliente para aplicar un tipo de interés inferior o cambiar las reglas de cálculo del interés. Junto con la mejora de las condiciones de interés se puede pactar la alteración del plazo pactado, aumentándolo o disminuyéndolo.

Es, verdaderamente, la solución más ventajosa ya que los gastos son mínimos. Tanto la escritura notarial como los gastos de Registro están fuertemente rebajados, y además no hay que pagar impuesto alguno porque la Ley declaró que esta operación estaba exenta de ellos. Es posible, no obstante, que la entidad cobre una comisión, que se suele denominar "de modificación de condiciones o garantías", si está pactada en la escritura de hipoteca.

Subrogación del préstamo hipotecario.

Si no se consigue la mejora deseada por parte de la entidad que inicialmente concedió el préstamo cabe la posibilidad de trasladar el préstamo a otra entidad, quedándose sin él el Banco o Caja que lo concedió inicialmente. Es lo que se denomina subrogación de entidad acreedora, que no hay que confundir con la llamada subrogación del deudor, que se produce cuando el inmueble hipotecado se vende, y el nuevo comprador asume la hipoteca (se subroga en ella). El proceso es más complejo y algo más costoso por lo que habrá siempre que plantearse, en función del capital pendiente y de los años que queden, si conviene o no la operación.

El procedimiento consiste básicamente en acudir a la entidad que ofrezca mejores condiciones, la cual deberá emitir una oferta vinculante. Esta oferta debe contener las nuevas condiciones que se ofrecen, y la nueva entidad no podrá cobrar después comisiones o gastos que no se haya pactado en esa oferta. A continuación, la nueva entidad financiera notifica la oferta a la antigua entidad, la cual puede emitir, en el plazo de siete días naturales, una certificación haciendo constar cuál es la cantidad exacta que se le debe, aunque la entidad no está jurídicamente obligada a expedir esta certificación. Durante los quince días siguientes la entidad acreedora puede asumir las condiciones de interés que ofrecía la otra entidad, es decir, puede igualar la oferta de la nueva entidad, con lo cual no proseguiría la subrogación.

Si la entidad primitiva no emite la certificación en siete días, o, aunque la emita, no evita la subrogación en el plazo de quince días otorgando con su deudor una novación del préstamo, se procede al otorgamiento de la escritura pública de subrogación. Por esta escritura, la nueva entidad ocupa el lugar de la entidad anterior, a la que se le transfiere el importe de lo adeudado, y se subroga en el préstamo existente, respetándose las condiciones anteriores, salvo en lo concerniente a las nuevas condiciones del tipo de interés. Sólo se puede modificar el interés y no, como ocurre en las novaciones, la duración.

El coste de la operación viene determinado, fundamentalmente por las comisiones bancarias, porque, como en la novación, tanto los aranceles de la escritura como los del Registro están muy rebajados y no hay que pagar impuestos. Habrá que abonar en primer lugar a la antigua entidad la cantidad que proceda en concepto de comisión de cancelación o de cambio de entidad acreedora. Esta comisión se calcula sobre la parte del capital pendiente al tiempo de la subrogación y sólo procede si expresamente se ha pactado en la escritura de la hipoteca, siendo el porcentaje máximo, si el interés es variable, del 1% por establecerlo así la Ley del 30 de marzo de 1994, aunque como luego veremos esta comisión se ha reducido. Si el interés es fijo no hay ninguna limitación legal pero en virtud de un Convenio firmado en octubre de 1996 los Bancos se han comprometido a no cobrar más del 2,5% de comisión. Consulte en todo caso cuál es la comisión que tendrá que abonar a la entidad primitiva.

A la nueva entidad habrá también, quizá, que pagar una comisión de apertura que es totalmente libre y viene determinada por la negociación con el cliente. Se trata de un dato más a tener en cuenta a la hora de evaluar si el coste de la operación resulta compensado por la reducción del interés.

La importancia de esta disposición en el mercado de contratación de préstamos hipote-

carios reside en la limitación de la llamada "cláusula del redondeo". En un préstamo con garantía hipotecaria, el redondeo se entiende como aquella elevación o reducción del tipo aplicable, con el que se realiza el cálculo de la cuota del prestatario con el objeto de que este coincida con un múltiplo de 0,10 ó 0,25. La noción de "redondeo al alza" no supone sino elevación del tipo de interés al extremo superior del intervalo más próximo, que generalmente las entidades concedentes suelen imponer unilateralmente a los clientes en las condiciones financieras de los préstamos que suscriben. Pues bien, a partir de la entrada en vigor de la Ley 44/2002, si bien se permite el redondeo, se establece una limitación al mismo, señalando su disposición adicional duodécima que *"en los préstamos y créditos garantizados mediante hipoteca, caución u otra garantía equivalente que, a partir de la entrada en vigor de esta Ley, se formalicen a tipo de interés variable, podrá acordarse el redondeo de dicho tipo. En el supuesto anterior, el redondeo del tipo de interés habrá de efectuarse al extremo del intervalo pactado más próximo, sin que este pueda sobrepasar al octavo de punto."*

Debemos mencionar por último las modificaciones introducidas en materia de contratación de préstamos hipotecarios, por el Real Decreto Ley 2/2003 cuyo objetivo es proteger la competencia, pues es una medida liberalizadora, sin pretensiones de protección jurídica al consumidor. En efecto, esta normativa va destinada a adoptar medidas para promover la competencia y "atemperar la exposición de los prestatarios a los riesgos de tipos de interés", como reconoce su exposición de motivos.

Así, entre otras cuestiones, la regulación aborda el abaratamiento de las operaciones de novación y subrogación, la reducción de sus gastos financieros-estableciendo nuevas comisiones por cancelación anticipada en los préstamos a interés variable, que pasan de un 1% a un 0,5%, para préstamos contratados a partir de la entrada en vigor de este Real Decreto Ley--; asimismo se fijan reducciones arancelarias - que alcanzan unas reducciones del 90% en el tránsito de tipo variable a fijo, y de un 75% en cualquier otra operación--; y tributarios - las novaciones modificativas de préstamos hipotecarios quedan exentas de la modalidad Actos Jurídicos Documentados.

Además se modifica la Ley 2/1994, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios. Dichas modificaciones consienten variar tanto el tipo de interés como, y esta es la novedad, la ampliación del plazo, e incluso ambos extremos. Por otro lado, se promueve el desarrollo y difusión de nuevos productos de aseguramiento de los riesgos de tipos de interés.

5.8. LA LEY ESPAÑOLA SOBRE CRÉDITO AL CONSUMO

Si como veíamos con detalle en páginas anteriores al hablar de los préstamos hipotecarios y su relación con la cuestión del sobreendeudamiento, la larga duración de aquéllos es una cuestión a tener en cuenta a la hora de considerar soluciones específicas para prevenir y aun erradicar un problema de insolvencia familiar temporal, no menos importante a la hora de tratar este fenómeno puede considerarse el ámbito en que se desenvuelven y desarrollan los créditos al consumo, por las razones ya expuestas en páginas anteriores. De ahí la necesidad de insistir en conocer al detalle la normativa que protege al usuario de este servicio financiero y en qué medida dicha normativa tiene implicaciones protectoras para prevenir el sobreendeudamiento del consumidor.

El crédito al consumo surgió, en su momento, como una operación socialmente típica, con el solo efecto de satisfacer una necesidad de consumo por quien en este instante no tenía capacidad económica para soportar su coste por medio de los contratos de intercambio.

En su origen se apreciaba una cierta idea de solidaridad o beneficencia, ya que, en principio, no se pagaban intereses y por tanto, el único beneficiario era el consumidor, pero esta circunstancia ha cambiado radicalmente en nuestra sociedad. Actualmente, las instituciones financieras, ayudadas por agresivas campañas publicitarias, han fomentado el recurso de acudir al crédito, ofreciéndolo como vía fácil para satisfacer los deseos de los consumidores. Ante dicho panorama, se plantea la necesidad de someter a las entidades de crédito a un régimen mucho más intenso de supervisión administrativa que al resto de operadores de los distintos sectores de la economía, con el objeto de corregir la falta de información y conocimiento y así, suplir las carencias ocasionadas por la asimetría informativa del cliente de este tipo de operaciones activas.

Si bien la duración resulta menor- entre 5 a 10 años por término medio-, no dejamos por ello de hablar de un plazo, a lo largo del cual los reveses económicos, o de otra índole, pueden influir en situaciones financieras familiares adversas. Además, en el concreto ámbito del crédito al consumo, al tratarse de cuantías menores, la mayor facilidad para acceder a un préstamo de este tipo puede tener un efecto multiplicador del riesgo, lo que ha llevado al legislador a articular una serie de prevenciones que contribuyen, con mayor o menor éxito, a dotar de transparencia a la financiación al consumo. Sin embargo, cabe plantearse si la normativa actual soluciona los problemas de sobreendeudamiento una vez planteados.

Mediante el crédito o financiación para el consumo el consumidor se permite la adquisición y disfrute de bienes en un momento en el que no posee recursos económicos propios para un pago al contado. La singularidad y problemática de estos contratos se acrecienta con relación a la protección al consumidor: en primer lugar, por el desequilibrio, además de económico, contractual, entre el consumidor y los establecimientos concedentes del mismo y en segundo lugar, por la existencia de condiciones generales con cláusulas abusivas.

En el ámbito del crédito al consumo, esta complejidad se pone además de especial manifiesto cuando existen dos contratos, sin relación entre sí: el de compraventa y su correlativo de financiación mediante crédito. También en dicho ámbito puede aparecer el fantasma del sobreendeudamiento, especialmente desde su perspectiva sociológica, cuyo origen se encuentra en la insistencia publicitaria que en ocasiones, peligrosamente, incita al consumidor bajo la apariencia de cómodas financiaciones, a sufrir un endeudamiento por encima de sus posibilidades económicas reales.

En cuanto a la regulación jurídica, debemos indicar que los contratos de crédito en el Derecho español se recogen en el Código civil o en el Código de comercio, en función de naturaleza civil o mercantil del préstamo. Respecto del ámbito privado, la Ley española 7/95, de crédito al consumo, dictada en cumplimiento de la Directiva 87/102/CE de 22 diciembre, cuyo principal objetivo era lograr un mercado común de crédito al consumo en el ámbito de la Unión Europea. Esta normativa otorga un régimen propio a los contratos, mediante los cuales, el consumidor obtiene la financiación que destinará a la satisfacción de sus propias necesidades. El crédito al consumo hace referencia a cualquier contrato que permita financiar un acto de consumo, indepen-

dientemente de la forma jurídica que adopte: préstamo, tarjetas de crédito, ventas a plazo... y atendiendo fundamentalmente a su destino económico, que es el mero acto de consumir.

A) Préstamos al consumo: Concepto, naturaleza y clasificación

Concepto

El préstamo es el contrato por el que una de las partes (prestamista) debe entregar a la otra (prestataria) dinero, títulos, valores, u otra cosa fungible y consumible, y esta (prestataria), tras el transcurso de cierto tiempo o la advenimiento de cierto evento, le deberá entregar (al prestamista) la misma cantidad y calidad de dinero o de cosas fungibles de él recibidas.

Naturaleza jurídica

Partiendo de la propia calificación del préstamo como contrato real, debemos entender que se exija la entrega de la cosa para la perfección del contrato. En este sentido, el propio código civil refleja el modo ordinario de proceder por parte del prestamista que consiste principalmente en la entrega al prestataria de los fondos o simplemente ponerlos de inmediato a su disposición. Por todo ello, debemos decir que el contrato típico de préstamo civil o mercantil tiene naturaleza consensual.

Función económica

Dentro de este epígrafe, el legislador reconoce las siguientes:

1) Satisfacción de las necesidades económicas y del prestataria: En este caso, el préstamo puede facilitar a los inversores la viabilidad de sus negocios o simplemente, permitir la satisfacción de necesidades perentorias.

2) Con respecto a la segunda de las funciones y antes de entrar en el fondo de la cuestión, debemos distinguir entre el ámbito de aplicación que dispensa la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo (LCC) y la Ley 28/1998, de 13 de Julio, de venta a plazos de bienes muebles (LVPBM).

a) Ámbito de aplicación de la Ley 7/1995, sobre crédito al consumo(LCC):

■ Criterio subjetivo/causal.- Situados en este punto, debemos considerar que estamos ante un contrato de crédito cuando el empresario concede el crédito o se compromete a otorgarlo, y cuando la otra parte interviene en calidad de consumidor. Según su actual redacción, recogida en el art. 1.2 de la LCC, se entiende por tal a aquella persona natural (no jurídica) que busque un propósito personal, es decir, que persiga satisfacer necesidades ajenas a su actividad profesional o empresarial.

■ Criterio objetivo.- Además, deberá cumplir los siguientes requisitos:

Obtención de crédito o financiación onerosa.- Para que el crédito este sujeto a la LCC debe haberse estipulado expresamente el pago de intereses, o en su defecto, estará obligado a hacer frente pago de los gastos y cargas que dimanen del propio crédito.

Importe del crédito.- Igualmente, debe situarse dentro de los siguientes límites cuantitativos: que no sea inferior a 150.25 euros, ya que entonces se regularía por el código civil, ni que tampoco supere los 18030.36 euros, puesto que se estaría sometido a un régimen especial.

Reintegro: Además, para que el contrato quede sujeto a la actual normativa protectora, el cumplimiento del prestatario de la obligación de reintegrar el capital tiene que ajustarse a estos parámetros temporales: Si se tiene que reembolsar de una sola vez, el prestatario no debe quedar obligado a reintegrarlo antes de los 3 meses siguientes al cumplimiento por el prestamista de su obligación de entrega, y cuando el pago deba realizarse mediante reembolsos parciales, el plazo máximo es de 12 meses

Crédito en cuenta corriente: En este caso, quedar excluido de la LCC, aquel tipo de contrato de crédito que suponga la concesión al consumidor de un crédito, en forma de anticipo

Reembolso único de cantidad superior a la prestada sin interés: Igualmente, queda descartado del ámbito de aplicación de la referida ley, el crédito en el que, sin fijarse interés, imponga al prestatario la obligación de reembolsar al prestamista una cantidad que sea superior a la del crédito concedido y de una sola vez.

b) Ámbito de aplicación de la Ley 28/1998 LVPBM: Ésta principalmente regula la venta a plazos de bienes muebles corporales, no consumibles e identificables, con independencia de quien sea el comprador y, de modo conexo con el contrato de venta, el de aquellos actos que, a título lucrativo, tengan por destino financiar la compra, siempre que no estén garantizadas con hipoteca o prenda, sin desplazamiento sobre los bienes objeto del contrato de compraventa.



El equipo técnico de ADICAE en un momento de las jornadas celebradas en Valencia en 2002 organizadas por ADICAE

Elementos

1) Elementos Personales:

■ **Capacidad.**- Es común que ambas partes tengan la facultad para poder contratar. Por ello y para realizar un estudio más detallado, hemos distinguir entre la del prestamista y la del prestatario.

a) Del prestamista.- Dentro de este epígrafe, tenemos que diferenciar si es o no una entidad de crédito o establecimiento financiero de crédito. En el primero de los supuestos referidos, con carácter general, se atribuye a las empresas de servicios de inversión la capacidad de conceder préstamos a los inversores para que puedan realizar una operación sobre valores negociables. Sin embargo, en el supuesto de que no se trate de una entidad o establecimiento financiero y sea comerciante, el prestamista deberá tener capacidad legal para ejercer habitualmente el comercio, pero si no es comerciante será preciso que tenga la facultad de obrar plena, y si es empresario mercantil colectivo, en tal caso, será una persona jurídica la que tendrá la condición de comerciante y actuara como prestamista.

b) Del prestatario: Con carácter general, tendrá capacidad de obrar plena. Si es empresario individual debe ser mayor de edad y además, tiene que tener libre disposición de sus bienes, pero en el caso de tratarse de un empresario colectivo, será una persona jurídica la que actuara como prestatario.

■ **La condición de consumidor o no del prestatario y de profesional del prestamista:**

La modalidad más frecuente de este contrato es la del préstamo con interés, que tiene por objeto satisfacer necesidades pecuniarias y además, en calidad de prestamista, se encontraría una entidad de crédito y como prestatario, de conformidad con lo dispuesto en la LCC, podrá situarse cualquier persona que pide el préstamo para satisfacer sus necesidades personales, con independencia de que sea o no consumidor.

2) Elementos Reales:

El objeto del contrato lo constituye el dinero u otra cosa fungible, títulos o valores. Por regla general, el dinero es el bien que con mayor frecuencia se presenta como objeto del contrato, así como el de la estipulación accesoria de pagar intereses. Si bien el objeto pueden ser títulos o valores, cuya finalidad será su disposición para su enajenación posterior.

3) Elementos Formales:

El principio general en nuestro derecho privado, desde el Ordenamiento de Alcalá, es el de libertad de forma. El préstamo no es un contrato formal, no obstante, los préstamos sujetos a la LCC deberán constar por escrito. Así y de este modo, se pretende proteger al prestatario y sujetar al prestamista, al objeto de que adopte una conducta disciplinada y transparente.

Formación y oferta contractual

En estos contratos, el oferente tiene la obligación de que la oferta se ajuste a la naturaleza, condiciones o finalidad del producto, actividad o servicio, y el prestatario esta legitimado para exigirle el cumplimiento de lo que ha ofertado. El contrato, sea de adhesión o no, se le aplicara la LCC cuando el prestatario sea consumidor, según esta ley.

1) Disposiciones relativas a la publicidad:

La regla general es la de conceder libertad a las entidades de crédito, a fin de que den publicidad de sus servicios y productos. La excepción se presenta respecto de la publicidad que tenga por objeto el coste o rentabilidad de las operaciones, en la que se necesita autorización del banco de España.

Con respecto a las comisiones y gastos, se requerirá un registro previo en el banco de España. Asimismo, se deberá proporcionar al público información precisa sobre el precio final que deberá satisfacer el cliente por los servicios bancarios que se prestan.

2) Información sobre el contenido del contrato y oferta vinculante:

La información que la entidad de crédito debe transmitir a quien pretenda contratar un préstamo con ella, debe extenderse a todos los extremos del contrato que no vayan a ser objeto de negociación, como el importe (dependiente del capital del préstamo), número y fecha de los pagos que el deudor deba realizar el reembolso del préstamo, así como el pago de intereses, comisiones y gastos repercutibles.

Perfección, contenido del documento contractual y régimen jurídico

En cuanto al perfeccionamiento del contrato, debemos indicar que éste se obtiene por el mero consentimiento expresado formalmente en los contratos de préstamo sujetos al ámbito de aplicación de la LCC. Desde ese instante, las partes han de cumplir las obligaciones puras que, a cargo de cada una de ellas, se deriven de lo concertado.

Con respecto al régimen jurídico, debemos distinguir, para su estudio más pormenorizado del mismo, entre los derechos y deberes del prestamista y los que corresponden al prestatario:

1) Derechos y deberes del prestamista:

■ Derechos:

Modificación del coste total del crédito.- Como regla general, unilateralmente el prestamista no puede modificar el coste total del crédito en perjuicio del prestatario, ni tampoco en su beneficio. Eso sí, se admite que el pacto de interés tenga por objeto un tipo variable con relación al estipulado inicialmente.

A ceder su posición como prestamista a un tercero.- El prestamista, en tanto que titular de un derecho de crédito contra el prestatario, posee la facultad de cederlo a persona ajena al contrato, con la consecuencia de que el cesionario pasara a ocupar la misma posición jurídica que ostentaba el cedente en la relación obligatoria.

A las deducciones en caso de ineficacia del contrato de adquisición: En primer lugar, nos encontramos al consumidor, que es el adquirente del bien, en segunda posición, se situaría el proveedor, que es el que vende el bien, y por último, estaría el acreditante o entidad de crédito.

Una vez perfecto el contrato de crédito al consumo, será el acreditante quien pague al proveedor el precio del contrato de consumo, y libere al consumidor de su deber frente al proveedor, siendo en este instante, la entidad de crédito, quien esta en la posición de acreedor que ostentaba el proveedor. Pero, en este caso, pueden pasar dos cosas, o que el consumidor busque un acreditante para pagar al proveedor, o que el proveedor y la entidad financiera, en este caso, tengan un contrato y éste último, se comprometa a financiar a los clientes del proveedor.

El contrato de consumo resulta ineficaz, bien por falta de uno de sus elementos esenciales, bien porque sobrevenidamente ha perdido eficacia como consecuencia de la sentencia que lo anule, o lo rescinda, o por efecto del ejercicio de la facultad resolutoria, revocativa o de desentimiento. Aquí, la ineficacia del contrato de financiación resulta de la pérdida de eficacia del de consumo, por cualesquiera de las causas que lo haya producido, y también la perderá por nulidad, anulación, rescisión), pero no dará lugar a la ineficacia del contrato de consumo, pues la causa de ineficacia del contrato de financiación no le afecta.

El legislador solo reconoce la posibilidad de practicar deducciones en caso de nulidad del contrato de consumo no imputable al proveedor o prestatario, y la LCC exige que la causa de nulidad sea imputable al consumidor.

■ Deberes:

Entrega del objeto prestado y del documento contractual.- El principal deber de su cargo es el de entregar la cosa. Además, si el contrato queda sujeto a la LCC, al prestamista le corresponde el cumplimiento de una serie de deberes.

Omisiones e inexactitudes en el documento contractual. Consecuencias.-

Si no se indica la TAE, y/o las circunstancias en las que esta podrá modificarse, la obligación del consumidor se reducirá a pagar el interés legal del dinero en los plazos convenidos. Y con el TIN pasa lo mismo.

Si se omiten los plazos, el prestamista no podrá exigir su pago hasta la fecha de finalización del contrato.

Si no contiene el importe de los pagos, el consumidor solo tendrá que pagar el precio al contado o el nominal del crédito en los plazos convenidos.

2) Derechos y deberes del prestatario:

■ Derechos:

Al reembolso o cancelación anticipada del préstamo.- En los contratos de crédito, el prestatario puede cancelar anticipadamente el préstamo, eso sí, le tiene que indemnizar al prestamista.

En préstamos de consumo vinculados.- En estos contratos, el legislador hace al financiador responsable subsidiario frente al consumidor por la conducta del proveedor, que consistirá en la falta de entrega, total o parcial, del objeto, o en la entrega defectuosa. La subsidiariedad de esta responsabilidad hace que solo pueda ser exigida cuando el consumidor ya haya reclamado al proveedor judicial o extrajudicialmente sin éxito.

■ Deberes:

Devolución del principal y abono de intereses: Su obligación principal es la de entregar a la parte contraria, en el momento pactado, otro tanto de la misma especie y calidad que aquello que recibió en préstamo, mientras que, cuando haya sido expresamente pactado, deberá abonar los intereses estipulados.

■ Incumplimiento del prestatario. Vencimiento anticipado:

La falta de cumplimiento voluntario por el prestatario en los pagos parciales, cuando sean dos o más impagos, permite al prestamista dar por vencido anticipadamente el préstamo y exigir al deudor el cumplimiento íntegro de su obligación. Con esta aproximación al tratamiento jurídico del fenómeno económico del consumo a crédito, nos ocuparemos seguidamente de la propuesta de regulación de esta materia que recoge la Directiva proyectada.

B) Modificación del coste total del crédito

A la luz de lo señalado, resulta un hecho que el cumplimiento de un contrato de préstamo o crédito depende de la solvencia del deudor la cual puede variar con el transcurso del tiempo, ya sea por circunstancias directamente atribuibles a su particular entorno personal o familiar, ya sea por circunstancias socioeconómicas.

Para prevenir situaciones que puedan perjudicar al consumidor y abocarle a posibles situaciones de insolvencia transitoria, la ley de crédito al consumo, en su artículo 8, prohíbe a la entidad otorgante modificar el crédito en perjuicio del prestatario, aunque el propio articulado admite tal posibilidad en aquellos supuestos en que exista mutuo acuerdo entre las partes por escrito, y ello con una serie de requisitos, entre los que destaca que la variación se ajuste a un índice de referencia objetivo.

Resulta especialmente interesante la mención del artículo 8 de que "el coste total del crédito no podrá ser modificado en perjuicio del prestatario". Haciendo una interpretación en sentido contrario, cabría la modificación unilateral del coste del crédito en beneficio del consumidor.

Con relación al tema del sobreendeudamiento, este artículo, así como toda la doctrina del principio "rebus sic stantibus" resulta importante ya que se permitiría que ante situaciones económicas desfavorables para el consumidor y no previstas, éste, con las oportunas limitaciones y prevenciones, pudiera ver modificado el crédito en su beneficio y siempre de forma transitoria.

C) Problemas de descubiertos en cuenta corriente

La ley de Crédito al Consumo de 1995 excluye de su ámbito de aplicación los créditos concedidos en cuenta corriente, que no constituyan cuentas de tarjetas de crédito, aunque en tales supuestos exige el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 19.

La ley diferencia dos supuestos dependiendo del origen del crédito:

1. Aquél crédito concedido en función de un contrato previo y expreso entre una entidad financiera y un consumidor. Son habituales las situaciones en que en un contrato normal de cuenta corriente se ofrece al consumidor la posibilidad de contratar un crédito. En tales situaciones la entidad debe ofrecer la información que determina el artículo 19 al cliente al formalizar el contrato y durante su vigencia, y en particular en lo relativo al límite máximo del crédito, tipo

de interés anual, gastos, condiciones para la modificación y requisitos para su resolución.

2. Más problemáticos sin embargo son los créditos que, sin acuerdo previo de las partes, el banco concede en casos de descubiertos en cuenta corriente, es decir de créditos para descubiertos aceptados por la entidad de forma tácita. Ante estas situaciones de descubiertos, que pueden en ocasiones tardar en conocerse, el consumidor carece de información sobre las condiciones en que la entidad de crédito va a aceptar cubrir el descubierto en forma de crédito. En tales supuestos el artículo 19 exige que el consumidor ha de ser "informado individualmente" del tipo de interés del tipo aplicado y de los posibles gastos.

El artículo 19.4 habla del límite a los créditos concedidos en cuenta corriente que en ningún caso se puede aplicar un tipo de interés de que dé lugar a una TAE superior a 2.5 veces el interés legal del dinero. Si bien este límite permite evitar abusos, no es menos cierto que la cuantía impuesta por el legislador resulta excesiva, especialmente para aquellas coyunturas económicas de tipos muy elevados, lo que sin duda alguna puede incrementar considerablemente este interés de demora, y precisamente en ese tipo de coyunturas en las que el riesgo de impago es todavía mayor y más frecuente.

Sería deseable que este límite, con las rebajas adicionales oportunas, se extendiera de forma uniforme a todos los tipos de contratos que contempla la Ley de crédito al consumo.

D) Créditos vinculados

La regulación de los créditos vinculados es una de las novedades más importantes que en su día introdujo el legislador en materia de crédito al consumo. En esta modalidad de contratación, el vendedor del bien o servicio no financia directamente la operación al comprador, sino que interviene un tercer sujeto, el financiador, cuya única misión consiste en financiar la operación de adquisición. Por ello, el consumidor en realidad está contratando dos negocios jurídicos distintos: una compraventa -con el vendedor-y un préstamo-con el financiador. La problemática que para el consumidor puede suponer este sistema de compraventa financiada por tercero, y de la que han podido apreciarse sus consecuencias recientemente, puede ser doble.

1.- De un lado, en caso de incumplimiento del vendedor. Si ocurre esto, el consumidor frente a la reclamación de pago del prestamista no puede oponer el incumplimiento de un tercero, el vendedor, ajeno a la relación crediticia.

2.- Existirán problemas en caso de rescisión o resolución del contrato de compraventa. En este caso, el contrato de financiación quedaría indemne por cuanto no ha existido incumplimiento del prestamista.

Además, al existir en este tipo de operaciones un pago al contado, en caso de insolvencia del vendedor y posterior ejercicio de acción resolutoria por parte de comprador, aquél no podrá restituir a éste ninguna cantidad del precio.

Teniendo en cuenta estas situaciones cada vez más habituales, la Ley de crédito al consumo recogió en sus artículos 12, 14 y 15 una regulación específica de estos contratos, los cuales no son definidos en la ley.

En los contratos vinculados, el legislador introduce unos límites a la autonomía de la voluntad de las partes:

1.- La eficacia de los contratos de consumo en los que expresamente se establezca que la operación incluye la obtención de un crédito de financiación, quedará condicionada a la obtención del crédito. (artículo 14.1.1º.)

2.- Se tendrán por no puestas las cláusulas en las que el proveedor exija al consumidor que el crédito únicamente pueda ser otorgado por un determinado concedente. (artículo 14.12º).

Dicho esto vamos a ver los supuestos en los que se ofrece una especial protección al consumidor.

1.- La ineficacia del contrato de consumo acarreará la ineficacia del contrato expresamente destinado a su financiación si concurren las siguientes circunstancias (Artículo 14.2 en relación con las circunstancias previstas en los párrafos a), b) y c) del apartado 1 del artículo 15 de la Ley):

que el consumidor / usuario, para la adquisición de los bienes o servicios haya concertado un contrato de concesión de crédito con un empresario distinto del proveedor de aquellos.

Que entre el concedente del crédito y el proveedor de los bienes o servicios exista un acuerdo previo, concertado en exclusiva, en virtud del cual aquél ofrecerá crédito a los clientes del proveedor para la adquisición de los bienes o servicios de éste.

Que el crédito obtenido por el consumidor lo haya sido precisamente en aplicación del acuerdo previo mencionado anteriormente.

Como podemos ver las exigencias que fija la ley para considerar los contratos como vinculados son muy restrictivas, ya que exigen "acuerdo previo, concertado en exclusiva". Es decir, que por un lado el prestamista y el vendedor acuerden colaborar, y en segundo lugar que el vendedor colabore exclusivamente con ese prestamista, con exclusión de otros financiadores.

Esta nota de exclusividad, además de resultar injusta para el cliente, ya que supone una pérdida de derechos por una cuestión negociada entre el prestador de servicios y el financiador y de la que queda al margen dicho cliente, se presta con facilidad al fraude. Como ha señalado algún autor, basta con que el prestador de servicios excluya de forma expresa en el contrato la financiación en exclusiva, aunque en la realidad no se haga así. De ahí que, tras el escándalo de las "academias de inglés" en el año 2002, nuestras autoridades legislativas hayan eliminado esta posibilidad con la reforma en diciembre de 2003 del artículo 15 de la Ley del crédito al consumo, como más adelante veremos con detenimiento.

2.- Responsabilidad del financiador por incumplimiento del proveedor.

El artículo 15 de la ley de Crédito al Consumo establece la responsabilidad subsidiaria del financiador por incumplimiento del proveedor en la entrega total o parcial de los bienes o servicios objeto del contrato o la no conformidad de aquéllos con lo no pactado en el contrato. Para que se derive esta responsabilidad, que tiene carácter subsidiario, tendrán que concurrir todos los requisitos siguientes:

■ Que para la adquisición de los bienes y servicios, el consumidor haya concertado un contrato de financiación con un empresario distinto del proveedor.

■ Que entre el concedente del crédito y el proveedor de los bienes o servicios exista un acuerdo previo, concertado en exclusiva, en virtud del cual aquél ofrecerá crédito a los clientes del proveedor para la adquisición de los bienes o servicios de éste.

■ Que el crédito obtenido por el consumidor lo haya sido precisamente en aplicación del acuerdo previo mencionado anteriormente.

■ Que los bienes o servicios no hayan sido entregados en todo o en parte o no sean conforme a lo pactado en el contrato.

■ Que el consumidor haya reclamado judicial o extrajudicialmente por cualquier medio acreditado en derecho, contra el proveedor y no haya obtenido la satisfacción a la que tiene derecho.

Esta responsabilidad del prestamista, caso de cumplir todas y cada una de las condiciones, se pone de manifiesto en las siguientes:

■ Derecho del consumidor a suspender los pagos pendientes, en tanto el vendedor no cumpla correctamente con su obligación. Si el vendedor cumpliera, el consumidor/ usuario tiene que abonar todos los plazos cuyo pago suspendió, aunque sin intereses de demora.

■ El consumidor puede exigir del prestamista el cumplimiento de la obligación del vendedor.

El artículo 15 de la Ley de Crédito al Consumo autoriza al consumidor a solicitar al prestamista la devolución del precio del bien, tras la resolución de la compraventa. En este caso, el prestamista opera como un garante del vendedor. Y por tanto igualmente puede el consumidor solicitar, mediante la acción estimatoria reducir el importe del precio del bien en aquellos supuestos de bienes defectuosos.

En definitiva, un régimen muy estricto que en muchas ocasiones en la práctica resultaba inaplicable, de ahí la reforma para eliminar la condición de contrato "en exclusiva" de diciembre 2003 que modificaba el artículo 15 de la Ley de Crédito al Consumo. En efecto, tras la reforma introducida a través de la ley de acompañamiento a los presupuestos para el año 2004, se modificó el párrafo b del apartado 1 del artículo 15 de la Ley 7/1995, de crédito al consumo, que queda con la siguiente redacción:

b. Que entre el concedente del crédito y el proveedor de los bienes o servicios, salvo que se trate de aquellos previstos en el párrafo siguiente de la presente letra, exista un acuerdo previo, concertado en exclusiva, en virtud del cual aquél ofrecerá crédito a los clientes del proveedor para la adquisición de los bienes o servicios de éste.

En el caso de que se provean servicios de tracto sucesivo y prestación continuada, que entre el concedente del crédito y el proveedor de los mismos exista un acuerdo previo en virtud del cual aquél ofrecerá crédito a los clientes del proveedor para la adquisición de los servicios de éste.

El consumidor dispondrá de la opción de concertar el contrato de crédito con otro concedente distinto al que está vinculado el proveedor de los bienes y servicios en virtud de acuerdo previo.

Como vemos se elimina la exigencia de la exclusividad en la vinculación, pero sólo para los contratos de tracto sucesivo (piénsese en los contratos de las academias de educación, por ejem-

plo). Hasta la fecha, tanto el legislador comunitario como el español han llevado a cabo una delimitación extraordinariamente restrictiva de este supuesto de vinculación contractual, que se prestaba con facilidad al fraude. Para ello bastaba con que entre el prestador de servicios y el financiador excluyan en contrato dicha característica, aunque de hecho se dé en la realidad; o que en alguna ocasión se acuda de forma esporádica por el proveedor a un financiador distinto, para que, y a tenor de la normativa española antes de su reforma, no resulte aplicable el régimen favorable al consumidor. Desde un punto de vista cualitativo, la nota de exclusividad nada pone ni quita a lo fundamental, esto es, la simple existencia entre el contrato de consumo y el de crédito de una conexión hasta el punto de que el consumidor lo percibe como una unidad económica.

Es necesario apuntar, por último la necesidad de una reforma más amplia de nuestra normativa sobre crédito al consumidor. No es suficiente con la puntual modificación del artículo antes citado, así como del artículo 2, en diciembre de 2003 y al calor de un escándalo que perjudicó gravemente al consumidor español. Nuestro mercado de crédito, y el de Europa, exige una reforma más amplia.

E) Incidencias de los mecanismos de resolución judicial en cuestiones sobre crédito al consumo

En esta cuestión, vamos a referirnos en particular al Sistema Arbitral de Consumo por ser el mecanismo de resolución más definido y cuya implantación en nuestro país se halla más asentada. En efecto, el Sistema arbitral de consumo ya ha recibido reclamaciones de los consumidores que afectan a contratos incluidos en el ámbito de protección de la Ley 7/1995 y los Tribunales Arbitrales de Consumo vienen resolviendo sobre el fondo de tales reclamaciones. A modo de ejemplo han sido notables en número las reclamaciones relacionadas con academias cuyos cursos, a distancia o no, ofrecían financiación aplazada de los mismos.

De entre las características que conforman el Sistema Arbitral de Consumo (voluntariedad, gratuidad, carácter vinculante y ejecutivo, rapidez, poco formalista, y la igualdad de las partes) afectan a la cuestión objeto de este comentario dos: la voluntariedad y la vinculación y ejecutividad de las resoluciones.

a) La sumisión voluntaria de las partes: En este sentido, el art. 31.2 de la Ley 26/1984, General para la Defensa de los consumidores y usuarios establece que "El sometimiento de las partes al sistema arbitral será voluntario y deberá constar expresamente por escrito."

La justificación de esta sumisión expresa al arbitraje de consumo resulta del propio ordenamiento constitucional vigente que eleva a la categoría de fundamental (art. 24. 1 de la Constitución), el derecho de todos los españoles a la tutela judicial, es decir, el derecho a poder acudir a un juez para que le proteja y defienda sus derechos e intereses cuando éstos se han visto atacados o perjudicados por un tercero. Así, la sumisión expresa al sistema arbitral de consumo supone la renuncia de las partes a ese derecho fundamental de solicitar la protección judicial.

b) Las resoluciones (laudos) de los Tribunales Arbitrales de Consumo son vinculantes y eje-

cutivos para las partes y produce el efecto de cosa juzgada. Como contraprestación a la renuncia que deben hacer las partes a su derecho a acudir a los Juzgados y Tribunales, se ha dotado al sistema arbitral de consumo de una capacidad muy importante consistente en que los laudos dictados por los tribunales arbitrales no sólo son de obligatorio cumplimiento para las partes que acuden a este sistema, sino que además, las partes los tienen que aceptar en cuanto al fondo como definitivos. El problema resuelto por un laudo arbitral ya no va a poder ser presentado a ningún juez (salvo lógicamente, que el laudo sea anulado por alguna de las causas formales establecidas en el art. 45 de la Ley 36/1.988, de Arbitraje), por tener este efecto de cosa juzgada.

Estas dos características significativas (sumisión expresa y vinculación con efecto de cosa juzgada del laudo) del Sistema Arbitral de Consumo son las que nos van a permitir definir el grado de protección que el consumidor puede obtener de los Tribunales Arbitrales de Consumo en el caso de los créditos al consumo. Teniendo en cuenta lo expuesto, debemos afirmar, lógicamente, que los Tribunales Arbitrales de Consumo sólo van a poder entender y decidir sobre problemas relativos a contratos de crédito al consumo en los que tanto el consumidor como el empresario expresamente muestren su aceptación (individual o colectiva) al Sistema Arbitral de Consumo.

En primer lugar hay que hablar de aquellos contratos en los que el empresario proveedor del bien es el que directamente ofrece al consumidor la posibilidad de financiar la adquisición del bien, asumiendo la propia empresa el riesgo financiero de la operación y cobrando la misma empresa proveedora, los intereses del pago aplazado. En la actualidad este tipo de operaciones no son las más frecuentes (lo habitual es que la financiación la ofrezca el propio comerciante pero el prestamista es un tercero, que normalmente es una entidad financiera).

La protección del Arbitraje de Consumo en estos supuestos es la misma que la jurisdicción ordinaria. Ya que si el empresario acepta (o está adherido) el sistema arbitral de consumo, el laudo arbitral que resuelva la reclamación va a poder interpretar, valorar y resolver sobre cualquier aspecto de la relación contractual principal (el cumplimiento o incumplimiento en lo que respecta al bien adquirido; la validez o nulidad del contrato de compraventa), pero también va a poder resolver cualquier cuestión relativa al contrato de financiación porque el laudo arbitral vincula a las partes que suscriben el convenio arbitral (la sumisión expresa al arbitraje) y en este supuesto el contrato de financiación (el crédito al consumo) lo había concedido la misma empresa o empresario que voluntariamente acepta que el Tribunal Arbitral de Consumo sea el que decida sobre la cuestión litigiosa en su totalidad. En estos supuestos sería perfectamente válido un laudo arbitral que invalidara parcialmente o incluso declarase nulo el contrato de financiación por irregularidades en la compraventa

Créditos al consumo con financiación ajena (normalmente una entidad financiera).

En esta categoría clasificamos los contratos de crédito al consumo en sentido estricto. Son aquellos que ofrecen los comerciantes, para facilitar a sus clientes el pago de los bienes que comercializan con financiación ajena (normalmente de entidades financieras). En este caso, los empresarios actúan en virtud de acuerdos previos suscritos entre el empresario y la entidad financiera.

Para realizar estas compras hay que cumplir con dos contratos; el de compraventa del bien (entre empresario-proveedor y consumidor); y el contrato de crédito que lo suscribe el consumidor con una entidad financiera. Y ello, aunque la propuesta o solicitud del contrato de financiación o crédito se firme en el propio establecimiento del proveedor. En estas compraventas hay pues en realidad tres partes distintas: el empresario-proveedor del bien o servicio, el empresario-entidad financiera y el consumidor. Ante esta realidad contractual, cuando una reclamación de un consumidor debe resolverse (existe convenio arbitral) por el sistema arbitral de consumo ¿qué posibilidades de actuación tienen los Tribunales Arbitrales de Consumo? ¿Cualquier laudo que dicten será válido o deben someterse a algún límite en su actuación?

Estas cuestiones parecen ser contradictorias con nuestra anterior afirmación respecto a que en caso de existir convenio arbitral, el Tribunal Arbitral sustituye por completo a la jurisdicción con sus mismas facultades (salvo las de ejecutar directamente los laudos). Sin embargo, no existe contradicción alguna. Debemos en este punto recordar que el Convenio arbitral (la sumisión expresa de las partes) es "conditio sine qua non" o requisito indispensable para que los Tribunales Arbitrales de Consumo puedan entrar a conocer y resolver una reclamación de un consumidor. Por tanto, el límite que deben observar siempre los Colegios Arbitrales de Consumo es el que les viene definido por cada Convenio arbitral. Y si, como en el caso propuesto, la reclamación versa sobre el incumplimiento contractual del empresario-proveedor por la ausencia de entrega del bien, o que este es defectuoso de forma irreparable, etc. el laudo podrá declarar nulo (total o parcialmente) el contrato de compraventa del bien porque el empresario proveedor ha aceptado expresamente la competencia del Tribunal arbitral de consumo, pero no podrá declarar nulo ni invalidar ninguna cláusula del contrato de crédito conexas al anterior, porque tal decisión afectaría a un tercero (el empresario-entidad financiera) que no habría aceptado o consentido la sumisión expresa al arbitraje y sobre la que las partes no tienen poder de disposición, por lo que entendemos que esta cuestión quedaría excluida del ámbito del arbitraje de consumo por disposición del artículo 2.2 letra b) del R.D. 636/93, de 3 de mayo, que regula el Sistema Arbitral de Consumo.

Ahora bien, directa y expresamente no puede anularse en un laudo arbitral el contrato de crédito al consumo (salvo expresa sumisión de la entidad prestamista al arbitraje de consumo), la anulación del contrato de compraventa con el proveedor sí supondría de hecho la anulación indirecta del contrato de crédito ya que la Ley 7/95 prevé en su artículo 14.2 como garantía para los consumidores que la ineficacia del contrato con el proveedor del bien o servicio, determinará también la ineficacia del contrato destinado a su financiación, siempre que el contrato de crédito sea suscrito con un empresario distinto del proveedor, que entre el concedente del crédito y el proveedor haya un acuerdo previo para que éste ofrezca créditos de aquél y que el contrato de crédito sea consecuencia del referido acuerdo previo.

Como conclusión hay que decir que los créditos al consumo concedidos por entidades financieras directamente, quedan de hecho excluidos, por propia decisión y voluntad de esas empresas, de no aceptar el arbitraje de consumo. En el caso de que se diera un arbitraje de consumo sobre un litigio producido por cualquiera de estos contratos, la libertad del Tribunal Arbitral de Consumo sería absoluta, incluso para declarar la nulidad del crédito. Ello porque supondría que también la entidad financiera se había sometido al sistema arbitral de consumo y aceptaba que iba a cumplir el laudo sea cual fuere el resultado del mismo.

5.9. EL CONTROL DEL RIESGO DEL CRÉDITO Y LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES

Las entidades financieras previamente a la concesión del crédito, deben proceder a un estudio minucioso y personalizado de la operación solicitada por el consumidor, ponderando en cada caso, mediante el criterio profesional, el posible riesgo asumir. Es evidente que ningún crédito, por mucho que se acumulen las garantías, está libre de riesgo.

El sistema de análisis de riesgo más utilizado por las entidades financieras en el instante de conceder un crédito, es la petición de información a la Central de Información de Riesgos del Banco de España (CIRBE). Junto a este registro, han aparecido otros servicios prestadores de información sobre solvencia patrimonial y crédito que, regulados por el artículo 29 de la Ley Orgánica 15/1999 de protección de datos de carácter personal se nutren de las fuentes de información accesibles al público, de los datos revelados por el propio interesado u obtenidos con su consentimiento y también, en el caso de datos personales relativos al cumplimiento o no de obligaciones dinerarias, de la información suministrada por el acreedor o su representante.

Estos ficheros son almacenes de información que, en los denominados negativos, se limitan a dejar constancia de los incumplimientos de pago, procesos judiciales o, en su caso, situaciones de sobreendeudamiento. En los ficheros llamados positivos, se recoge la información referida a todas las operaciones de crédito correspondientes al afectado o interesado, así como los eventuales incumplimientos.

La permanencia de los datos adversos en los ficheros, según el apartado cuarto del artículo 29 arriba citado, no puede superar los seis años. Estos datos desfavorables deben de responder, con veracidad, a la situación del afectado, es decir, deben de mostrar la imagen fiel de la situación financiera de la persona inscrita en este tipo de registros.

La naturaleza personal de este tipo de datos registrados obliga a realizar una sucinta referencia a la cuestión del secreto bancario. La relación entre entidad de crédito y cliente se rige, entre otros, por el uso bancario que sanciona la obligación de guardar secreto sobre las operaciones que su clientela le confía. La presunción del deber de confianza que debe presidir en las relaciones contractuales, entra en colisión con otros deberes que pesan sobre los prestamistas limitando, por tanto, la eficacia jurídica.

Así puede ocurrir cuando una empresa financiera tiene el deber de suministrar informes veraces a determinados ficheros de colectores de información. Sin duda, estos ficheros facilitan el conocimiento cierto acerca de la solvencia y situación económica de los solicitantes del crédito. En estos casos, la fuerza jurídica del deber secreto puede claudicar frente a la obligación de suministrar información a estos registros.

Con este tipo de medidas, se pretende procurar una información simétrica entre solicitantes del crédito y prestamistas que conjure la posible selección adversa de éste último.

La situación que se produce en el instante de solicitar un crédito por el consumidor se corresponde a que a lo que la teoría económica llama asimetría informativa. En esta situación el consumidor conoce, o debería conocer su situación económica, mientras que prestamista, de ordi-

nario, desconoce el estado patrimonial de aquél. Los perturbadores efectos de esta asimetría informativa se dejan sentir en la selección adversa que puede realizar el prestamista carente de información, concediendo un crédito a quien no lo va a poder pagar y que, convertido en moroso, gravará las cuentas del banco. La entidad financiera en estos casos tenderá, en el futuro, a elevar el precio del crédito, trasladando en definitiva, a los buenos pagadores los costes fallidos.

Afortunadamente existen mecanismos que atenúan, o incluso eliminan, el efecto negativo de la asimetría informativa. Uno especialmente relevante por las entidades financieras, con el objeto de evaluar el riesgo inherente a cada potencial cliente, resulta ser la consulta de los datos financieros almacenados en los ficheros de información de solvencia patrimonial y crédito.

Actualmente en España, la utilización de ficheros, llamados coloquialmente de morosos, se encuentra muy extendida entre las financieras siendo los más comunes los siguientes: el fichero AESIS, DELTA, y de las incidencias JUDICIALES, el fichero BADEX y el fichero BDI: Todos ellos son ficheros negativos sometidos al control de la Agencia Estatal de Protección de Datos, entidad de Derecho Público encargado de velar por el tratamiento automatizado de los datos personales de conformidad con las exigencias de la Ley Orgánica 15/1999.

Los cambios vertiginosos en la llamada sociedad de la información quedan bien patentes en una ley -la Ley Orgánica de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal-, que a siete años de su entrada en vigor en 1992, se ha visto necesario reformar a finales del pasado año. En esta norma se articulaban una serie de derechos encaminados a hacer efectiva la protección de los ciudadanos contra la posible utilización indebida o sin su consentimiento de sus datos personales. Así mismo, se creaba la Agencia de Protección de Datos, como órgano público responsable de velar por los intereses de los ciudadanos en este ámbito.

Ciertamente y por regla general, las leyes que regulan determinados hechos sociales quedan siempre superadas por las continuas transformaciones de éstos, es evidente que la reforma antes aludida de la legislación que recoge esta materia, nos ha revelado que las constantes innovaciones tecnológicas en este sector van dejando obsoleto el derecho a pasos agigantados, de manera proporcional, diríamos, a cómo progresan dichos avances.

Así las cosas, es lícito cuestionarse si realmente nuestra intimidad y nuestra privacidad están adecuadamente garantizadas ante las injerencias de los grandes intereses económicos. Debemos partir de un hecho determinante y es que el "dato", o los "datos", no son de quienes lo posean en un momento concreto - sea la administración, un banco o un fichero de morosos-, sino de quien resulta ser su titular. En definitiva, podemos simplificar diciendo que "mis datos son míos". Junto a esta premisa, hay que situar otra de igual calibre: el consentimiento, que en su caso, puede otorgar el ciudadano titular de sus datos para que sean usados con la finalidad que dicha persona manifieste y desee. Esto nos lleva finalmente a establecer un principio básico: no poder tratarse, almacenarse o cederse entre sí las entidades ningún dato de carácter personal, sin la preceptiva autorización de su titular, salvo para aquellas excepciones que expresamente determine la ley en supuestos de interés público.

La ley exige el consentimiento inequívoco del ciudadano para ofrecer sus datos, es decir que quien dé información sobre su vida privada haya sido informado perfectamente del uso que se le va a dar, a quién se va a ceder y qué derechos tiene. Así, se exige por parte de los responsa-

bles de los ficheros un deber de garantizar seguridad, a todos los datos de que conozcan, de tal modo que impidan el acceso no autorizado, la alteración o la pérdida de éstos.

Precisamente en este orden de cosas, causó asombro la noticia publicada en un semanario nacional al destapar cómo los bancos arrojan a la basura, a diario, miles de recibos informes y documentos personales de sus clientes. Con toda esa información cualquiera podría jugar con todos nuestros ahorros, sin la más mínima sospecha. Los Bancos y Cajas deberían custodiar no sólo el capital, el dinero contante y sonante que en seguida se apresuran a captar de sus clientes sino un bien quizá más intangible pero no menos importante: la intimidad, la vida privada de éstos. El art. 43 de la Ley se considera como infracción muy grave el mantener los ficheros locales o programas de datos "sin las debidas condiciones de seguridad".

Incumpliendo este precepto se han dado casos como encontrar en una bolsa de basura de Banesto un informe de acerca del riesgo para conceder a un particular un préstamo, entre estos datos tirados al contenedor figuraban la empresa en que trabajaba y lo que cobraba de nómina, incluidas pagas extras. En la basura de Argentaria se encontró la autorización de un cliente para domiciliar los recibos de Telefónica con todos los datos, incluido número de cuenta. Incluso en la basura de una sucursal de La Caixa se halló el listado de los llamados clientes preferentes con sus cuentas a todo detalle. Toda esta problemática se solucionaría de forma bien sencilla, exigiendo una mayor atención a esos "papeles"; y si es necesario eliminarlos, se destruirán pero de la forma anteriormente referenciada.

Los ficheros informáticos de carácter más problemático son sin duda los llamados "registros de morosos", es decir, aquellos que incluyen datos de carácter personal relativos al cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones dinerarias y la solvencia patrimonial del afectado. De todos los registros existentes, especialmente el ASNEF (Asociación Nacional de Entidades de Financiación) es el más conocidos a nivel nacional.

Se señala que si los datos son aportados por el acreedor (es decir por la entidad de crédito donde tenemos alguna deuda pendiente) se nos debe notificar en un plazo de 30 días que hemos sido incluidos en este registro. No debemos olvidar que se permite registrar y ceder datos adversos en cuanto a la solvencia económica de los interesados si no son de más de hace seis años, y siempre que sean veraces. De esto se deduce que el nombre de una persona puede permanecer en un listado durante más de un lustro. Además las entidades financieras se suelen apresurar a incluir a los morosos en esos registros, pero no se toman tanto interés en eliminarlos una vez pagadas las deudas. Eso puede deberse incluso al hecho de que si una persona permanece en uno de esos registros de uso común para las entidades, ninguna entidad le concederá un préstamo o crédito.

Ninguna, excepto la que lo incluyó y sabe que ya pagó sus deudas, claro. Se conserva así cuota de mercado. Por eso es importante hacer uso de los medios de consulta, acceso, rectificación y cancelación de ese tipo de datos tal y como hemos visto.

La Agencia de Protección de Datos tiene la posibilidad para sancionar, pudiendo llegar a imponer una multa a los responsables de los ficheros informatizados de hasta 100 millones de pesetas. Por otro lado, también se reconoce a los afectados el derecho a pedir una indemnización a los responsables del fichero si los datos se hubieran recogido de forma ilegal y ello hubiera ocasionado algún perjuicio- por ejemplo no concediéndose un préstamo hipotecario, no pudiendo

abonar con tarjeta...- Aunque no olvide que la única vía para reclamar por daños y perjuicios es a través de los tribunales.

Las aseguradoras van a crear un fichero informatizado tratando de evitar "la rotación", esto es que los asegurados cambien cada año de compañía eludiendo los recargos en las primas por alta siniestralidad. No se fían de lo que les dicen sus clientes y pretenden volcar en un fichero histórico de siniestralidad (Sinco), los historiales de accidentes de sus asegurados en los últimos cinco años para que los consulten las demás compañías antes de aceptar un nuevo asegurado. En definitiva, una especie de gran chivato electrónico.

La Agencia de Protección de datos, tras estudiar a fondo el asunto, ha autorizado el reglamento y el código-tipo del fichero en octubre pasado. Las compañías enseguida han mostrado su interés y se calcula que en la actualidad el proyecto ha asegurado el 75% de la cuota de mercado y sigue subiendo el apoyo. En noviembre podrían empezar a enviarse las cartas a los asegurados para comunicar su inclusión en el registro, condición impuesta por la Agencia de Protección de Datos conforme a la ley.

La parte más sustanciosa de la ley recoge una serie de derechos en relación al uso de esos datos y que es importante conocer:

1) Derecho de acceso.- Se reconoce un derecho a conocer qué datos poseen las entidades. Dicha consulta se podrá efectuar por escrito, y la respuesta del responsable del fichero debe darse de forma clara, inteligible y sin claves extrañas que dificulten su comprensión.

2) Derecho de rectificación y cancelación.- Una vez conocidos los datos que poseen de nosotros, existe un derecho a solicitar al responsable del fichero que se rectifiquen o cancelen los datos erróneos, lo que deberá cumplirse con lo solicitado en el plazo de 10 días.

3) Derecho de consulta al Registro de la Agencia de Protección de datos.- A través de este registro, se puede conocer la existencia de datos informatizados en posesión de un responsable del fichero. La consulta es pública y gratuita. Además, se puede dirigir a esta Agencia una reclamación contra aquellas entidades que incumplieran los derechos antes citados de acceso, rectificación y cancelación.