



ADICAE

Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas y Seguros

Servicios Centrales

c/ Gavín 12 Local, C.P. 50001 ZARAGOZA

Tlf. 976 39 00 60 Fax 976 39 01 99 e-mail: aicar.adicae@adicae.net

ALEGACIONES DE ADICAE AL ANTEYEPROYECTO DE LEY DE CONTRATOS DE CRÉDITO AL CONSUMO

CONSIDERACIONES PREVIAS

Como reconoce su Exposición de Motivos, el Anteproyecto tiene por objeto “incorporar al ordenamiento jurídico interno la Directiva 2008/48/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008 y que deroga la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al consumo”.

El objetivo último de esta Directiva es facilitar la competencia entre los prestamistas de los distintos Estados miembros, posibilitando que los consumidores europeos puedan acceder a los créditos ofrecidos a priori en mejores condiciones, sea cual sea el Estado miembro en que estén establecidos. No obstante, no puede soslayarse la necesidad de que este impulso hacia la mejora de la competencia en materia de crédito debe venir inexcusablemente acompañada de una mayor protección a los consumidores.

En cuanto a su técnica legislativa, si bien la citada Directiva “impone una armonización total”, el anteproyecto “pretende conservar aquellas previsiones de nuestro derecho interno que ofrecen una mayor protección”. Asimismo, y según la Exposición de Motivos, “esta Ley extiende sus previsiones a determinados contratos de crédito que no están incluidos en la norma que se transpone”. La Directiva 2008/48/CE había optado por permitir a los Estados miembros regular de la forma que estimen conveniente determinados aspectos relativos al crédito al consumo, como por ejemplo, mantener o adoptar normas sobre la responsabilidad solidaria del vendedor o proveedor de servicios y el prestamista, o sobre la terminación del contrato de venta de bienes o prestación de servicios en caso de que el consumidor ejerza su derecho de desistimiento del contrato de crédito.

Entre las modificaciones que introduce, destacan la obligación de que los prestamistas e intermediarios queden sujetos a supervisión de organismos reguladores, la estandarización de la información precontractual a proveer a los consumidores, la obligación de evaluar la solvencia del consumidor con anterioridad a la concesión del crédito al consumo y la concesión al consumidor de un derecho de desistimiento del contrato sin motivo y penalización alguna.

Asimismo, y en nuestro afán como organización de consumidores de dotar a los mismos de las más amplias garantías para tutelar sus legítimos derechos, ADICAE quiere plantear a través de estas alegaciones diversas propuestas relacionadas con el crédito y el endeudamiento de los consumidores. Las transformaciones del mercado de crédito, la crisis económica y los manifiestos abusos que están padeciendo los consumidores por prácticas fraudulentas de bancos y cajas de ahorro, exigen aprovechar la futura normativa sobre contratos de crédito al consumo para proponer alternativas que mejoren los derechos de los usuarios en este ámbito de contratación.

ALEGACIONES

PRIMERA.- Artículo 2.1 “A efectos de esta Ley se entenderá por consumidor **la persona física** que, en las relaciones contractuales reguladas por esta Ley, actúa con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional”

Entendemos que, a efectos de coherencia, sería deseable incluir en la noción de consumidor la establecida en el artículo 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias. En dicha noción se incluyen, además de las personas físicas, a las personas jurídicas *“que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional”*.

SEGUNDA.-

A) El artículo 3.1 e) dice: *“Quedan excluidos de la presente ley (...) e) los contratos de crédito concedidos libres de intereses y sin ningún otro tipo de gastos aplazo máximo de un año.”*

Para evitar que se eluda el cumplimiento de esta norma simulando contratos que pretendan incluirse dentro del ámbito de aplicación de este artículo, y de conformidad con el artículo 22.3 de la Directiva 2008/48 (*“Los Estados miembros garantizarán además que las disposiciones que adopten para dar cumplimiento a la presente Directiva no puedan eludirse de resultas del modo en que se formulen los contratos”*), consideramos que debe tenerse en cuenta el contenido de la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2009 contra BSCH, Euro Crédito EFC, Pastor Servicios Financieros, y BBVA Finanzia, por el cierre de Open English School, sentencia favorable a los derechos de los consumidores obtenida por ADICAE.

La Sentencia previa de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 5ª, de 7 de marzo de 2005, estableció que los contratos de crédito concedidos por las entidades financieras objeto de litigio se encontraban excluidos de la Ley 7/1995 por tratarse de créditos gratuitos, excluidos del ámbito de aplicación de la misma en virtud del art. 2.1.d). ADICAE recurrió esta decisión y el Tribunal Supremo estimó la razón alegada rechazando de este modo la argumentación de la sentencia de apelación. Así argumenta el Tribunal Supremo:

“baste con que el prestamista convenga con el proveedor de los servicios una retribución a cargo de éste, para que la gratuidad respecto del consumidor, por más que

expresamente pactada en la financiación, deba considerarse excluida en el conjunto de la operación, dada la aptitud potencial del oneroso contrato conexo como instrumento para provocar una repercusión de la contraprestación pactada en el otro.”

Por tanto, y a los efectos oportunos, proponemos la inclusión en la futura regulación de contratos de crédito un párrafo segundo en el artículo 3. 1 e) con el siguiente tenor: *“En los contratos vinculados a que se refiere el artículo 29 de esta Ley, se presumirá, salvo pacto en contrario, que el prestamista y el proveedor de servicios han pactado una retribución por la que éste abonará a aquel una cantidad por la celebración del contrato de préstamo. En tal caso el contrato de crédito al consumo no puede considerarse gratuito a los efectos de este artículo 3, quedando sometido a las disposiciones de esta Ley”.*

B) El artículo 3.1 e) continúa diciendo: *“Quedan excluidos de la presente ley (...) e)(...) y los contratos de crédito en virtud de los cuales el crédito deba ser reembolsado en el plazo máximo de tres meses y por los que sólo se deban pagar unos **gastos mínimos.**”*

Entendemos que en aras de la seguridad jurídica de los consumidores y para evitar conceptos jurídicos indeterminados, la futura normativa debería aclarar la noción de *“gastos mínimos”* en dos sentidos.

En primer lugar estableciendo una base mínima objetiva para determinar qué se entiende por mínimo, fijando por ejemplo un porcentaje proporcional y razonable entre capital principal prestado y esos gastos. Y, en segundo lugar, aclarando el concepto de *“gastos”*. En general se puede entender este concepto de *“gastos”* referido tanto a *“comisiones como a gastos”*, tal y como se regulan en la Orden de 12 de diciembre de 1989 (número 1º y 5º) y la Circular 8/1990 del Banco de España número 8º. O bien, debemos entender de forma más específica el concepto de *“gastos”* como aquellos en los que las entidades de crédito repercuten a sus clientes *“por los que hayan incurrido por prestar dichos servicios”* (Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España 2008, página 79) en definitiva como uno *“costo que supone sin beneficio para la entidad de crédito”* (Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España 2008, página 79).

TERCERA.- El artículo 4, “Aplicación parcial de la Ley” dice así en su punto 3. “*Sólo serán aplicables los artículos 1 a 7, 12, 13 y 15, el artículo 16, apartado 1, el artículo 16, apartado 2, letras a) a i), l) y r), el artículo 16, apartado 4, los artículos 18, 20, 27 y 30 y los artículos 32 a 36 a los contratos de crédito que prevean que el prestamista y el consumidor pueden establecer acuerdos relativos al pago aplazado o los métodos de reembolso cuando el consumidor ya se encuentre en situación de falta de pago del contrato de crédito inicial, siempre que:*

a) tales acuerdos puedan evitar la posibilidad de actuaciones judiciales relativas al impago, y

b) el consumidor no se vea sometido a condiciones menos favorables que las establecidas en el contrato de crédito inicial.”

Este artículo viene a establecer un régimen simplificado de información y derechos del consumidor en el supuesto que describe. No obstante, en aras del artículo 22.3 de la Directiva 2008/48/CE, consideramos oportuno aclarar el tenor del mencionado artículo 4.3.

De la lectura del mismo se deduce que existen dos contratos de crédito al consumo. Uno de ellos, que el propio artículo define como “contrato de crédito inicial” y uno posterior, consecuencia de un acuerdo entre prestamista o proveedor originado por la “*falta de pago del contrato de crédito inicial*”. Pues bien, la previsión para que opere la información y derechos reducidos para el consumidor que determina este artículo es que los contratos de crédito “*prevean que el prestamista y el consumidor pueden establecer acuerdos relativos al pago aplazado o los métodos de reembolso*”. De la lectura del mismo parece entenderse que todo contrato de crédito inicial donde conste en su clausulado esta posibilidad de acuerdos en su caso, ya determina una reducción de los derechos al consumidor, en particular los fundamentales artículos 8 y siguientes sobre Oferta vinculante, Información básica y previa, etc, reducción de derechos que operaría respecto del contrato de crédito inicial.

Bastaría por tanto con incluir una cláusula de este tenor para estar dentro del ámbito de aplicación del artículo 4.3 y eludir el cumplimiento de los mencionados derechos del consumidor. Toda vez que esta cláusula sólo determina una mera posibilidad negocial (“*pueden establecer acuerdos*”) que quedará finalmente al arbitrio de las partes y en

especial, al arbitrio del prestamista. Con ello se estaría pervirtiendo la finalidad protectora de la norma al introducirse una mera cláusula de estilo de incierto cumplimiento y para el fin de eludir el resto de obligaciones para con los consumidores.

En este sentido la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo COM (2007) 546 final relativa a *“la Posición Común aprobada por el Consejo con vistas a la adopción de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los contratos de crédito al consumo”* determinaba en su punto cuarto Conclusiones página 4 que *“estos regímenes simplificados para otros contratos de crédito específicos”* se aplicarían a los **“acuerdos entre el prestamista y el consumidor sobre pagos aplazados en los casos en que el consumidor ya se encuentre en situación de falta de pago”**.

Por consiguientes, y en aras de la claridad y la seguridad de los consumidores y para evitar un empleo fraudulento de las previsiones que constan en este artículo 4.3 proponemos que la redacción futura del mismo se aclare que la mera inclusión como cláusula en todo contrato de crédito al consumo de la posibilidad mencionada en el mismo, no exime del cumplimiento de las obligaciones que en su caso pudieran corresponderle de forma íntegra en su caso al prestamista. Entendiéndose por tanto que ese régimen reducido o simplificado de información se aplicaría al acuerdo posterior entre prestamista y consumidor derivado de la falta de pago del contrato de crédito al consumidor inicial

CUARTO.- El artículo 8 del Anteproyecto dice. *“Oferta vinculante. El empresario que ofrezca un crédito a un consumidor estará obligado a entregarle antes de la celebración del contrato, si el consumidor así lo solicita, un documento con todas las condiciones del crédito, como oferta vinculante, que deberá mantener durante un plazo mínimo de catorce días hábiles desde su entrega, salvo que medien circunstancias extraordinarias o no imputables a él.*

Si esta oferta se hace al mismo tiempo que se comunica la información previa al contrato prevista en el artículo 10, deberá facilitarse al consumidor en un documento separado que podrá adjuntarse a la información normalizada europea sobre crédito al consumo.”

Pese a que la Directiva 2008/48/CE no ha previsto la posibilidad de incluir una regulación de la oferta vinculante, el legislador español sigue manteniendo la regulación anterior (Ley 7/1995) de cara a ofrecer “*una mayor protección*” según reconoce la Exposición de Motivos del anteproyecto propuesto. El artículo 18 del mencionado anteproyecto sigue en su párrafo primero la redacción del actual artículo 16 de la Ley de 1995. No obstante, la previsión temporal ha sido variada pasando de 10 días hábiles a 14 días naturales, quizá para darle coherencia con el plazo de desistimiento del artículo 28.1 del anteproyecto.

Respecto al primer párrafo, tres consideraciones. En primer lugar consideramos que el virtual alargamiento del plazo de validez de la oferta que debe mantener el prestamista no ofrece en sí mismo ninguna garantía adicional al consumidor respecto al régimen anterior. Antes bien, creemos que al tratarse de un derecho que requiere la previa solicitud del consumidor, resultaría determinante que tal derecho potencial se hiciese expreso y explícito tanto en la publicidad (artículo 9 del Anteproyecto), en la información precontractual (artículo 10) como en carteles visibles en el establecimiento comercial de que se trate o, cuando se trate de entidades de crédito o empresas a que se refiere la Ley 2/2009, en los tabloneros de anuncios a que se refiere la Norma Quinta 1. f del la Circular 8/1990 del Banco de España y artículo 6 de la ley 2/2009 *por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito*. No obstante, tanto en uno como otro caso, las menciones que incluye dicho tablón se remiten de modo genérico a una simple mención a su referencia legal. Consideramos que debería ofrecerse a todo consumidor la posibilidad de conocer expresamente y de modo destacado este derecho para que pueda ejercerlo de cara a ofrecer mayor eficacia a sus derechos.

En segundo lugar, y en aras de la seguridad para el consumidor, entendemos que la referencia a “todas las condiciones del crédito” debería precisarse, incluyendo la mención a las condiciones “financieras” del mismo y todas aquellas cláusulas del mismo limitativas o delimitadoras de derechos para el consumidor (tales como la vinculación de cuentas, etc.) Por otra parte, no podemos olvidar que el artículo 28 del anteproyecto otorga al consumidor la posibilidad de desistir del contrato en un plazo de 14 días.

En tercer lugar, pese a que las disposiciones de estas ley son derecho imperativo en

virtud del artículo 5, creemos que sería conveniente que, de manera explícita, se hiciera mención a que el ejercicio del derecho a pedir una oferta vinculante no impide el ejercicio a desistir a que se refiere el artículo 28.

Respecto al segundo párrafo, la profusión de documentación ofrecida al consumidor en esta fase (oferta vinculante, información previa, posibilidad de que tal oferta vinculante se adjunte a la Información normalizada) puede producir un efecto de confusión, de ahí que consideramos necesario que en el documento donde se recoja la oferta vinculante se plasme tal denominación como “oferta vinculante” de forma inequívoca y destacada, con mención expresa a su periodo de validez.

QUINTO.- El artículo 9. 2 dice “*La información básica especificará los elementos siguientes de forma clara, concisa y destacada mediante un ejemplo representativo*”.

Consideramos que la futura normativa debería concretar con precisión los términos “clara, concisa y destacada” referidos a la información básica que debe ofrecerse al consumidor en la publicidad. En particular, en los anuncios de naturaleza gráfica, debería establecerse unos criterios que definieran el carácter de “destacada”. Así, respecto del tamaño de letra, podría establecerse por ley una proporción entre los caracteres principales que conforman el mensaje publicitario y los de la información exigida como básica; una proporción que permita la lectura de la misma a una distancia razonable dependiendo de la ubicación de la publicidad y en una tipología de letra adecuada para su lectura cómoda.

SEXTO.- El artículo 10 del proyecto hace referencia a *Información precontractual*.

Este artículo regula la obligación de informar adecuadamente al consumidor con carácter previo a la celebración del contrato de crédito. En particular, se regula con detalle el contenido concreto que ha de tener dicha información precontractual, debiendo los prestamistas utilizar un modelo normalizado de documento de información previa establecido como Anexo II a fin de dar cumplimiento a esta obligación.

En general, toda información suministrada al consumidor debe de responder a criterios de claridad, sencillez, concreción y eficacia, ya que de lo contrario la información no cumpliría su cometido. En lo referido al contrato de crédito al consumo en concreto, además de la oferta vinculante, se prevé la posibilidad en esta fase, de proporcionar al consumidor, en su caso, una “*copia del proyecto del contrato de crédito*” (artículo 10.3. r y 10. 8, artículos que por cierto que se reiteran el texto del anteproyecto) así como cualquier otra “*información adicional*” en un documento a parte (artículo 10. 4)

El Parlamento Europeo durante el proceso de elaboración de la Directiva, ya puso de manifiesto que este trámite de información precontractual puede convertir a la contratación de un crédito al consumo en un proceso excesivamente sobrecargado de documentación e información. De esta manera, puede resultar desproporcionado, por ejemplo, que para adquirir un crédito de pequeña cuantía el consumidor tenga que recibir un documento con un volumen elevado de páginas. Podría darse la circunstancia de que deliberadamente el prestamista redacte profusos contratos para provocar precisamente en el consumidor el efecto contrario de disuadirlo de conocer las condiciones de su futuro contrato.

Consideramos que debería proporcionarse al consumidor un ejemplar resumido de los términos del contrato en un folio, destacando los referidos al coste, comisiones y gastos, con un ejemplo. Tal documento debería permitir al consumidor detectar la información relevante que afecte al coste y derechos mediante una rápida lectura y, en su caso acudir al texto completo. Incluso esta posibilidad de ofrecer información reducida podría plantearse que se ofrezca para aquellos créditos cuyo capital no superase determinadas cuantías (préstamos hasta 1.500 euros, etc.).

SÉPTIMO.- Tanto el artículo 11 como el 14 (“evaluación de la solvencia del consumidor”) podemos englobarlos en lo que se ha dado en llamar “concesión responsable de crédito” y que supone una mayor implicación de los prestamistas en las consecuencias económicas del negocio por el que se concede un préstamo al consumidor. Este criterio, incorporado a la Directiva 2008/48/CE proviene de la jurisprudencia de diversos países de nuestro entorno.

Así, la *Chambre commerciale* de la Corte de Casación francesa ha acogido en sus resoluciones jurisprudencia respecto de aquellos casos en que un prestatario demanda a una entidad de crédito por haberle concedido un crédito considerado excesivo (*Cass. comm.*, 20 de junio de 2006). De acuerdo con esa jurisprudencia se consagra un deber de avisar o “poner en guardia” (*devoir de mise en garde*) para la entidad de crédito, que se concreta, a su vez, en tres obligaciones distintas: el deber de informarse sobre las capacidades financieras del prestatario; el deber de no conceder un crédito excesivo de acuerdo con dichas capacidades; y el deber de advertir al prestatario, en todo caso, sobre los riesgos que se derivan de la falta de reembolso.

En particular, el artículo 11, “*Asistencia al consumidor previa al contrato*”, se refiere en su párrafo primero a la “*explicación personalizada*” por los prestamistas e intermediarios en su caso deben facilitar a los consumidores, “*explicando la información precontractual*”. Es de destacar la apelación al concepto de “*explicación*” que, entendemos, trasciende la mera función de proporcionar información por parte del empresario, en este caso prestamista, asimilando esta función a la de “asesoramiento” a clientes minoristas establecida en el ámbito del ahorro-inversión a través de la Directiva MiFID (*Markets in Financial Instruments Directives*) y, en concreto, por la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros.

En efecto, a pesar de lo exhaustivo de la información previa recogida en los artículos anteriores, es muy posible que el consumidor deba ser asesorado de forma personalizada para comprender el alcance de los contenidos insertos en la información previa. La Directiva exige a los Estados miembros que garanticen que los prestamistas expliquen al consumidor de forma personalizada aquella información incluida en el documento de información precontractual que el consumidor no comprenda, al objeto de que pueda evaluar si el contrato de crédito se ajusta a sus necesidades y a su capacidad financiera.

Pese a una aparente similitud conceptual de la labor de “información” respecto de la de “asesoramiento”, consideramos que sería necesario que la futura normativa que regulase los contratos de crédito al consumo delimitase con precisión el distinto alcance de ambas funciones, tomando como base recientes resoluciones judiciales recaídas sobre la función

de asesoramiento en el ámbito del ahorro inversión como veremos a continuación.

Como hemos visto, la MiFID introdujo cambios sustanciales en la prestación de servicios de inversión, entre ellas, la inclusión como servicio del “asesoramiento financiero”, que con anterioridad tenía la consideración de actividad auxiliar no regulada. En este ámbito de aplicación, el artículo 63 de la Ley del Mercado de Valores, una vez incorporadas las disposiciones de MiFID por la ley 47/2007, señala que el asesoramiento financiero es la “prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de servicios de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros”. Por consiguiente, en este ámbito existen tres características principales que aclaran qué debe entenderse por “asesoramiento”: a) individual; b) personalizado, es decir fundado en las circunstancias personales del cliente y c) concreto (respecto de un instrumento financiero concreto.)

En el ámbito del crédito el artículo 11 del Anteproyecto propuesto se refiere a que “prestamistas y, en su caso, los intermediarios de crédito facilitarán al consumidor explicación personalizada” respecto del “contrato de crédito propuesto” y “llamará su atención sobre las características esenciales de los productos propuestos y los efectos específicos que pueden tener sobre el consumidor”; todas estas consideraciones demuestran un evidente paralelismo, salvando la naturaleza diferente entre productos de activo y pasivo, con lo referido respecto al artículo 63 de la Ley del Mercado de Valores. Siguiendo con este paralelismo, vamos a trasladar las precisiones que sobre esta cuestión se han ido desarrollando en el ámbito del ahorro inversión.

Así, y en primer lugar, la Comisión Nacional del Mercado de Valores envió el pasado mes de mayo de 2009 comunicación a las empresas de servicios de inversión y entidades de crédito haciendo hincapié en **que consten por escrito** las recomendaciones personalizadas a clientes que tengan la consideración de clientes minoristas.

En segundo lugar, hay que hacer mención a las sentencias sobre el caso “Lehman Brothers” recientemente dictadas por distintos tribunales y que contribuyen a precisar el alcance de la función de asesoramiento en el ámbito de la contratación de instrumentos financiero y que es nuestro propósito extrapolar de forma adecuada a la “*explicación personalizada*” a que se refiere el artículo 11 del Anteproyecto respecto de la contratación

de créditos al consumo.

a) Alcance del concepto “*explicación personalizada*” como “*consejo personalizado*”

Según la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 1, Madrid, de 2-9-2009, en su fundamento de derecho Tercero se dice que “*ese consejo personalizado que supone el asesoramiento financiero es lo que hace que las normas de conducta y lealtad que se exigen las entidades que lo prestan, sean mucho más estrictas que en caso de servicios accesorios*”. “*La entidad demandada -continúa esta sentencia- no suministró esa información concreta y necesaria para decidir y con ello le privó de esa posibilidad. No se le exige a la demandada (...) que decida por el cliente (...) lo que se le exige es que (...) hubiera actuado con más diligencia a la hora de informar a sus cliente. (...) Es la demandada quien cobra una comisión por prestar esa función de asesoramiento y por tanto debe cumplir con sus obligaciones*”.

Por tanto, de la interpretación de esta sentencia cabe deducir, para la cuestión que nos atañe, que la “*explicación personalizada*” de un determinado producto de crédito de forma concreta a un consumidor, constituye una actuación que va más allá no sólo de la mera función comercial, sino incluso de la obligación simple de proporcionar información al consumidor según establece el Anteproyecto “a los efectos de comparar diversas ofertas”, a través por ejemplo de proporcionar la información establecida en el Anexo II. Que no supone “decidir por el cliente” (como atestigua el propio artículo 11 del anteproyecto “para que éste (el consumidor) pueda evaluar”). Por sus repercusiones en la economía del consumidor (pero también en la de la entidad prestamista) resulta plenamente exigible tal grado de lealtad y diligencia que superan al habitual en este ámbito.

b) Las obligaciones de diligencia en la explicación personalizada al cliente deben tener una razonable repercusión en el tiempo y no agotarse sólo en el momento de la venta.

En la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Badajoz, de 24-11-2009 se afirma en su fundamento de Derecho cuarto que “*la entidad bancaria demandada no cumplió de forma diligente con la obligación de asesoramiento e información (...) durante toda la vida del contrato de gestión*”. Resulta evidente que en determinados contratos de ahorro-inversión las fluctuaciones en el valor de los instrumentos financieros que se

contratan de cara a su venta o amortización condicionan el riesgo de la operación y su rentabilidad, exigiendo por su propia naturaleza un seguimiento, información y diligencia continuado.

No obstante, la variación de tipos de interés en préstamos y créditos al consumo, los sistemas de cálculo de cuotas (sistemas de cuotas creciente), así como la modificación de las circunstancias económicas del consumidor prestatario no apreciadas diligentemente por el prestamista en su momento que puedan llevar a situaciones de impago del préstamo, constituyen riesgos a los que no debe resultar ajeno el prestamista si queremos configurar un verdadero sistema garantista de “concesión responsable de crédito”.

El riesgo para los consumidores asociado a la expansión del mercado financiero exige una intervención decidida de los poderes públicos que haga que el mercado asuma parte del riesgo, contemplando una "responsabilidad limitada para el deudor". No es justo que se fomente el recurso al crédito sin responsabilizarse de las consecuencias sociales que ello genera; por ello el consumidor debe de ser ayudado, mediante mecanismos adecuados y siempre que cuando la situación se generó de manera fortuita, por circunstancias que no podía prever o controlar.

Es por ello que en el diseño de la futura normativa en su formulación definitiva se tenga en cuenta este criterio para aplicar un mecanismo corrector que permita al consumidor limitar su responsabilidad ante la concesión irresponsable de crédito al consumo. En particular, podría determinarse que, en tales supuestos de concesión irresponsable de crédito apreciadas por el Banco de España (cuando se trate de entidades de crédito) u órganos con competencia en materia de consumo en el resto de empresas prestamistas, el consumidor tenga derecho a obtener una reordenación razonable del crédito pendiente, y ello sin perjuicio de su derecho de acudir a los tribunales.

c) La explicación personalizada al consumidor a que se refiere el artículo 11 del anteproyecto debe ser efectuada por persona capacitada.

En la anteriormente referida sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Badajoz, se menciona la “falta de conocimiento e información de la empleada” como causante de ese incumplimiento del deber de explicación personalizada. Una cuestión que puede ser

problemática si tal deber le corresponde al “intermediario de crédito” (esta es la vía habitual de contratación de créditos por el consumidor), como recoge el artículo 11 y particularmente el 13 (proveedores de servicios que sólo actúen como intermediarios a título subsidiario). Por ello, y al margen de que se garantice por el prestamista que el consumidor recibe toda esta información, consideramos necesario que se dote de un mínimo de formación al respecto a todos los intermediarios y que tal explicación personalizada a que se refiere el artículo 11, conste por escrito.

d) Por último, la futura regulación debería establecerse expresamente que, “en caso de concesión irresponsable de crédito por parte del prestamista, y sin perjuicio de la propuesta descrita en la letra b) anterior, el consumidor podrá solicitar la resolución del contrato en virtud del artículo 1124 del Código Civil por incumplimiento de los deberes de información y asesoramiento. En tal caso, el juez podrá establecer un plan de pagos razonable y adecuado que permita al consumidor devolver las cuantías del crédito objeto de contrato.”

OCTAVO.- Artículo 14. 1, proponemos sustituir la referencia a la información suficiente “*obtenida por los medios que considere necesarios*” por una mención a los medios “*adecuados a tal fin*”.

Completar los términos “*información facilitada por el consumidor*” añadiendo “*a solicitud del prestamista o intermediario en la concesión de crédito*”. Y ello porque de mantenerse la redacción actual, pudiera argumentarse por el prestamista que éste no es responsable, en su caso, de una concesión de crédito irresponsable ya que el consumidor no le facilitó toda la información precisa. Es competencia del prestamista, como profesional cuya diligencia trasciende la normal de un buen padre de familia y como poseedor de las herramientas de información y gestión adecuadas, asegurar el cumplimiento de las normas aquí establecidas no descargando en el consumidor tal responsabilidad. La redacción actual puede permitir tal eventualidad al dejar en términos muy amplio la “obligación” del consumidor de facilitar tal información.

NOVENO.- Artículo 16.3 o) Incluir la exigencia de que respecto de los seguros que deba

contratar el consumidor, se entregue una copia íntegra de la póliza.

DIEZ.- El artículo 21 del anteproyecto penaliza la falta de forma y por omisión de las cláusulas obligatorias.

Este artículo reproduce casi íntegramente el todavía en vigor artículo 7 de la Ley 7/1995. No obstante, no incluye la mención que recoge el artículo 7 c) actual: *“En el caso de la mención a que se refiere la letra c) -relación de elementos que componen el coste total del crédito-, no podrá exigirse al consumidor el abono de gastos no citados en el contrato, ni la constitución o renovación de garantía alguna”*. Consideramos que debería mantenerse esta posibilidad en la futura normativa.

ONCE.- Respecto al Artículo 27, que posibilita que le consumidor pueda poner fin gratuitamente y en cualquier momento, por el procedimiento habitual, a un contrato de crédito de duración indefinida.

En particular que la forma y medio de resolución del contrato por parte del consumidor debería poder realizarlo por el mismo medio por el que fue contratado. En este sentido el artículo 62 del Real Decreto Legislativo 1/2007 en su punto 3 dice:

“El consumidor podrá ejercer su derecho a poner fin al contrato en la misma forma en que lo celebró”.

Igualmente consideramos que en orden a la seguridad y transparencia de los consumidores, en aquellos contratos suscritos vía telefónica, la regulación debería incluir expresamente la obligación de garantizar al consumidor una atención personal directa y no exclusiva a través de un contestador automático. Así como fijar un plazo legal, cierto, razonable y determinado, para proceder a la cancelación (el mismo día, 24 horas, etc.)

DOCE.- El artículo 28 del anteproyecto se refiere al derecho de desistimiento del consumidor.

Para ejercer este derecho de desistimiento “*el consumidor dispondrá de un plazo de 14 días naturales*” a contar desde la fecha de suscripción del contrato de crédito, o bien desde la fecha en que el consumidor recibió el contrato, si esta fecha fuera posterior a la fecha de suscripción de éste. Sin embargo, dada la forma en que se regula el inicio de dicho cómputo de catorce días, surgen dudas sobre la posibilidad de que existan supuestos en los que, habiendo un contrato vinculado, el bien entregado catorce días después de la firma del contrato (o de su entrega de las condiciones contractuales) no se adecue a las condiciones pactadas, de tal forma que el consumidor no podría ejercer su derecho de desistimiento al haber transcurrido el plazo de catorce días para ello, debiéndose conformar con el bien defectuoso que haya recibido. Por tanto, consideramos que en el supuesto descrito, el cómputo del plazo para ejercer este derecho de desistimiento en los casos de créditos vinculados, se iniciará una vez el consumidor haya recibido el bien.

Por su parte, el artículo 28 2. b) dice que “*el prestamista no tendrá derecho a reclamar al consumidor ninguna otra compensación en caso de desistimiento.*” Entendemos que en este supuesto, el prestamista debería devolver las comisiones iniciales derivadas de la contratación del crédito, como serían la comisión de estudio o apertura del crédito hipotecario o la cuota anual de las tarjetas de crédito, y así debería constar en la futura regulación.

TRECE.- El artículo 30 del anteproyecto recoge otro de los derechos que se concede al consumidor consiste en poder liquidar en todo momento, total o parcialmente, las obligaciones derivadas del contrato de crédito, reduciéndose el coste total del crédito.

En todo caso, cuando así lo disponga el contrato de crédito, el prestamista tendrá también derecho a que se le compense por los posibles costes directamente derivados del reembolso anticipado del crédito, siempre que el reembolso se produzca dentro de un período en el cual el tipo deudor sea fijo. La compensación a recibir por el prestamista (artículo 30.1 tercer párrafo) no podrá ser superior al 1% del importe del crédito reembolsado anticipadamente, “*si el período transcurrido entre el reembolso anticipado y la terminación acordada del contrato de crédito es superior a un año. Si el período no*

supera un año, la compensación no podrá ser superior al 0,5% del importe del crédito reembolsado anticipadamente.” A efectos meramente lingüísticos para dar coherencia a la lectura de este artículo sería deseable que el término “*transcurrido*” se sustituyese por “comprendido” (como sí recoge el artículo 30.5), ya que el participio “transcurrido” hace referencia a un plazo vencido siendo no obstante la referencia temporal para aplicar esta comisión a un plazo futuro pendiente.

Por su parte el artículo 30. 4 del anteproyecto dice que el prestamista pueda reclamar excepcionalmente una compensación más elevada si demuestra un daño económico que no sólo implique la sola pérdida de ganancias, en el que las pérdidas sufridas por el reembolso anticipado superan el 1% del importe del crédito reembolsado anticipadamente, si el período transcurrido entre el reembolso anticipado y la terminación acordada del contrato de crédito es superior a un año, o el 0,5% si el período no supera un año. Dichas pérdidas deberán calcularse como la diferencia entre el tipo de interés acordado en el contrato y el tipo de interés al que el prestamista pueda prestar el importe del reembolso anticipado en el mercado en el momento del reembolso.

Respecto a este artículo varias consideraciones. Primero, no queda claro si a esta compensación por daño económico se le aplica la excepción del artículo 30.4 primer párrafo: “el prestamista sólo tendrá derecho a reclamar la compensación correspondiente cuando el importe del reembolso anticipado supere el umbral de 10.000 euros en un periodo de doce meses”. Desde ADICAE entendemos que sí se aplicaría esta excepción, ya que expresamente habla de “*compensación correspondiente*”, y así debería constar expresamente en la futura regulación.

En segundo lugar, respecto a lo recogido en el artículo 30.4 segundo, tercer y cuarto párrafo, queda a una gran discrecionalidad por parte del prestamista la evaluación de esas pérdidas, ya que no se toma como referencia un criterio objetivo sino “*el tipo de interés al que el prestamista pueda prestar el importe del reembolso*”. Además, parece que se aplica al consumidor el principio de “paga y reclama” ya que es a éste a quien corresponde exigir la reducción de la compensación en estos casos si la compensación exigida por el prestamista supera “las pérdidas sufridas realmente”; sin embargo el

consumidor, por su posición desequilibrada en la relación contractual no dispone de las herramientas ni capacidad adecuada para ello. Por tanto bastaría con fijarse un tipo determinado y fijo de compensación, sin añadir otro tipo de compensación que introduciría inseguridad jurídica al consumidor, ya que es riesgo y ventura del prestamista como empresario la eventualidad de una cancelación anticipada del consumidor de un contrato de crédito respecto del cual ya ha obtenido beneficios en forma de tipos de interés.

CATORCE.- Artículo 31, cesión de derechos. En este caso en el punto 2 habría que especificar añadiendo que en caso de que el prestamista original “siga prestando los servicios relativos al crédito al consumidor. En este caso, toda comunicación o pago efectuada a éste producirá los mismos efectos que si se hubiera realizado al cesionario actual”.

Por otro lado entendemos que, de existir avalistas, también a éstos debe de informársele de esta eventualidad.

QUINCE.- Añadir un punto cuarto al artículo 34.4 con el siguiente tenor: *“Las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con la exigencia al infractor de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado originario, así como con la indemnización por los daños y perjuicios causados que podrán ser determinados por el órgano competente, debiendo, en este caso, comunicarse al infractor para su satisfacción en el plazo que al efecto se determine, y quedando, de no hacerse así, expedita la vía judicial correspondiente.”*

El origen de esta redacción es el artículo 130.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Su objetivo es que la imposición de sanciones, en cuanto tutela del interés público, no implique que el cliente afectado se vea privado de restitución de sus legítimos derechos económicos vulnerados, implique asimismo al organismo supervisor en la tutela de los clientes de servicios financieros y evite la judicialización de las controversias en materia financiera.

ANEXO

Como anticipábamos en las Consideraciones previas, ADICAE quiere plantear a través de estas alegaciones diversas propuestas relacionadas con el crédito y el endeudamiento de los consumidores que trascienden las estrictas alegaciones a la normativa propuesta y que se justifican por la imperiosa necesidad de adecuar la normativa actual a las exigencias de la realidad del crédito en nuestro país en orden a una mejora en la protección de los derechos del consumidor.

PRIMERO.- Añadir un artículo 695 bis A la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil con el siguiente contenido: “Cuando la ejecución hipotecaria sea sobre la vivienda habitual y el acreedor hipotecario una entidad de crédito o empresa a que se refiere la ley 2/2009, el propietario que tenga la consideración legal de consumidor y no disponga de otra vivienda, podrá pedir, en cualquier momento anterior o posterior al acuerdo de ejecución al juez para que, en lugar de ordenar la subasta del bien establezca necesariamente un acuerdo entre acreedor y deudor. En caso de que el consumidor-deudor no haya planteado esta petición antes del acuerdo de ejecución, el Juez le informará de oficio de esta posibilidad.

Este derecho se podrá ejercer en aquellos supuestos en los que el consumidor-deudor pruebe que el impago trae causa por la situación económica personal familiar, por desempleo, fallecimiento del cónyuge, separación, etc. En este acuerdo el consumidor será asistido por un representante de entre las Instituciones de Consumo, Asociaciones de Consumidores y otras instituciones sociales que libremente escoja como mediador. Cuando las partes no lleguen a acuerdo sobre la reordenación de deudas en un plazo de dos meses, sobre la base de la propuesta de acuerdo planteada y rechazada el Juez podrá establecer el aplazamiento de la deuda, su aplazamiento, quita, reducción de intereses etc. Durante la tramitación de todo este proceso así como durante el plazo que en el acuerdo de mediación se haya establecido o lo haya establecido el juez, el consumidor seguirá viviendo en su vivienda habitual.”

SEGUNDO.- Modificación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

Añadir una Disposición Adicional Quinta a la Ley 22/2003 con el siguiente contenido: *“En los contratos celebrados con consumidores para la adquisición de cualquier bien o servicio cuyo precio se haya aplazado por cualquier medio de financiación, los Jueces y Tribunales, por justas causas apreciadas discrecionalmente, tales como desgracias familiares, paro, accidentes de trabajo, larga enfermedad u otros infortunios, podrán señalar nuevos plazos o alterar los convenidos, moderar los tipos de interés aplicados, determinando, en su caso, el recargo en el precio por los nuevos aplazamientos de pago. Igualmente, tendrán facultades moderadoras de las cláusulas penales pactadas para los supuestos de incumplimiento por parte del comprador.”*

TERCERO.- Aplicación de la Ley 2/1994 de 30 de marzo sobre subrogación y novación de préstamos hipotecarios a los préstamos y créditos otorgados por empresas a que se refiere la ley 2/2009 de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito”.

El artículo 1 de la ley 2/1994 dice: *“las entidades financieras a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Mercado Hipotecario, podrán ser subrogadas por el deudor en los préstamos hipotecarios concedidos, por otras entidades análogas, con sujeción a lo dispuesto en esta Ley”*.

Por su parte el artículo 1. 1 a) de la ley 2/2009, dice que: *“lo dispuesto en esta Ley será de aplicación a la contratación de los consumidores con aquellas personas físicas o jurídicas (en adelante, las empresas) que, de manera profesional, realicen cualquiera de las actividades que consistan en:*

- a. *La concesión de préstamos o créditos hipotecarios bajo la forma de pago aplazado, apertura de crédito o cualquier otro medio equivalente de financiación”*.

De la lectura de ambos artículos se desprende que los préstamos con garantía hipotecaria concedidos por empresas que no tienen la condición de entidades de crédito no son susceptibles de acogerse a los beneficios fiscales y registrales que establece la ley 2/1994 para los supuestos de novación (con la misma empresa prestamista), o

subrogación con otra empresa o, particularmente, una entidad de crédito. Conviene advertir que las condiciones financieras que establecen en sus préstamos con garantía hipotecaria estas empresas son notablemente más altas y, en general, sus condiciones financieras más gravosas que las que imponen las entidades de crédito (siendo éstas ya de por sí altas). Por ello, solicitamos que se modifique el ámbito subjetivo de aplicación de la ley 2/1994 para que se incluyan a las empresas a que se refiere al artículo 1. 1 a) de la ley 2/2009.

CUARTO.- Incluir como un nuevo artículo 90. bis en el Real Decreto Ley 1/2007, del siguiente tenor:

“Artículo 90 bis.

1. Son cláusulas abusivas aquellas que en contratos de préstamo o crédito con garantía hipotecaria fijen un límite a la variación a la baja del tipo de interés variable contratado.

2. Esta cláusula y sus consecuencias económicas tendrá aplicación retroactiva para los contratos de préstamo o crédito hipotecario firmado con consumidores desde enero de 2007, sin perjuicio del derecho que asiste al resto de consumidores con contratos con fecha anterior a reclamar judicial o extrajudicialmente.

3. En orden a la devolución de la parte de intereses indebidamente cobrados por aplicación de esta cláusula abusiva, las entidades de crédito y empresas a que se refiere la ley 2/2009, podrán reintegrarlas a los consumidores afectados a lo largo del plazo de devolución del préstamo estipulado en escritura de préstamo. Para ello se anualizará el importe de tales devoluciones prorrateado en mensualidades, procediendo a deducirse de los intereses que durante esa anualidad deba satisfacer el consumidor.

4. Las entidades y empresas a que se refiere el punto anterior podrán reintegrar de cualquier otro modo las cantidades indebidamente cobradas, sin que quepa por ello exigir ningún tipo de contraprestación o limitación de derechos a los consumidores afectados.”

NOTA IMPORTANTE: una redacción alternativa al punto 1 (si se quieren mantener de estas cláusulas techo/suelo: *1. Son cláusulas abusivas aquellas que en contratos de préstamo o crédito con garantía hipotecaria fijen un límite a la variación a la baja del tipo de interés variable contratado que resulte inadecuado a las circunstancias financieras del momento en que se contrató* (NOTA: puede fijarse de manera más objetiva, evitando

términos como “inadecuado” diciendo que el suelo no podrá suponer un 75% de diferencia con respecto al tipo oficial aplicable en el momento de la contratación) y *desproporcionado respecto la cláusula que fije un límite de variación al alza en más de un.....%.)*