

BOLETÍN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

■ Año LXVII

■ Núm. 2150

■ Enero de 2013



ESTUDIO DOCTRINAL

**LA DIRECTIVA DE 23 DE ABRIL DE 2008 SOBRE
EL CRÉDITO AL CONSUMO**

GILLES PAISANT



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE JUSTICIA

ISSN: 1989-4767

NIPO: 051-13-001-6

www.mjusticia.es/bmj

LA DIRECTIVA DE 23 DE ABRIL DE 2008 SOBRE EL CRÉDITO AL CONSUMO*

GILLES PAISANT

*Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Saboya (Chambéry, Francia)
Decano honorario de la Facultad de derecho y economía
Miembro de la Commission des clauses abusives*

RESUMEN

La Directiva 2008/48/CE de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo, deroga y reemplaza la Directiva 87/102/CEE de 22 de diciembre de 1986, constatando el paso a un sistema de armonización plena que impide a los Estados miembros mantener o adoptar en su legislación nacional normas divergentes a las armonizadas. De transposición obligada por los Estados miembros antes del 12 de mayo de 2010, el texto establece un régimen bastante completo, complejo y rígido, pero que globalmente alcanza un razonable equilibrio entre los intereses de los organismos de crédito y los derechos de los consumidores. Teniendo por objetivo la desaparición de las disparidades nacionales que entorpecen la consecución de un mercado interior en el ámbito del crédito al consumo, la nueva directiva puede constituir un obstáculo al progreso de las legislaciones nacionales en beneficio de los consumidores, según la evolución de las prácticas o del mercado.

ABSTRACT

DIRECTIVE 2008/48/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 23 April 2008, on credit agreements for consumers, has repealed Council Directive 87/102/EEC which aimed at a minimum harmonization in this matter within the European Union, now replaced by a maximum harmonization text, the aforementioned Directive. To be transposed before the 12th of May 2010, this instrument can be featured by being quite complete, complex and rigid, with the advantage of having achieved an accurate balance between credit entities' interests and consumer rights. By resorting to the principle of maximum harmonization the European Union seeks to erase national divergences on credit agreements for consumers with the ultimate goal of promoting the internal market in this matter. But, at the same time, this principle puts in danger further developments within national laws in favor of consumers.

PALABRAS CLAVE

Crédito al consumo. Mercado interior. Armonización mínima. Armonización plena. Tasa anual equivalente. Información precontractual. Derecho de desistimiento. Créditos vinculados. Reembolso anticipado.

KEY WORDS

Consumer credit. Internal market. Full harmonisation. Minimum harmonisation Annual percentage rate of charge. Pre-contractual information. Right of withdrawal. Linked credit agreements. Early repayment. Assignment of rights.

* Fecha de recepción: 15-1-2013. Fecha de aceptación: 21-1-2013

SUMARIO

Introducción

1. Características generales.

1.1. Sus fundamentos y objetivos.

1.2. Su ámbito de aplicación.

2. Régimen de la operación de crédito.

2.1. Hasta la celebración del contrato.

2.1.1. La fase precontractual.

2.1.2. La conclusión del contrato.

2.2. Posteriormente a la celebración del contrato.

2.2.1. El derecho de desistimiento del consumidor.

2.2.2. Los demás derechos del consumidor.

Bibliografía

INTRODUCCIÓN

1- En nuestras sociedades de consumo, el crédito representa un sector económico muy importante. En la Unión Europea (UE), en el 2010, los créditos al consumo pendientes alcanzaban 1105 mil millones de euros, es decir, el 25% del mercado mundial en este ámbito. A pesar de las recientes restricciones debidas a la crisis financiera mundial de 2008, este tipo de crédito, en el mismo año, representaba todavía una media, en la UE, del 15,4% de los gastos familiares de consumo y, más específicamente, 22,4 en el Reino-Unido, 14,5 en España y 13,2 en Francia¹.

Entre los tipos de crédito al consumo actualmente más generalizados, se destacan los préstamos personales, las posibilidades de descubierto, el crédito vinculado al suministro de un bien o de un servicio, el crédito permanente en forma de reserva de dinero que se reconstituye a medida de los reembolsos y, todavía, la venta a plazos. Muy variadas y evolutivas son sus modalidades.

El crédito al consumo parece como un lubricante de la economía, fuente de empleos y estimulante de la actividad económica. Sin embargo, no carece de inconvenientes : otorgado sin las suficientes precauciones o usado en exceso, corre peligro de desembocar en situaciones de insolvencia o sobreendeudamiento, causas de numerosos desarreglos, de desesperanza y de exclusión social. En estas condiciones, se entiende muy bien la necesidad de una regulación normativa de aquella actividad.

¹ Estudio de Sofinco, junio de 2011, www.ca-consumerfinance.com

2- Evidentemente, la UE no podía desinteresarse del tema. El crédito al consumo se relaciona directamente con la realización y el funcionamiento del mercado interior : por una parte, el consumidor puede necesitar un crédito para realizar una operación transfronteriza mientras que, por otra parte, tiene la oportunidad de financiarse dirigiéndose a un organismo de crédito extranjero que le ofrece mejores condiciones. Así contribuye a la circulación de los capitales y de las mercancías en este mercado.

A nivel de la UE, los primeros trabajos al respecto empezaron en el año 1975 para desembocar cuatro años más tarde en una propuesta de directiva²; un año después, por ejemplo, de la importante ley francesa n° 78-22 de 10 de enero de 1978 sobre este tema. Sin embargo, se necesitaron todavía varios años más de discusiones y compromisos para llegar a la aprobación, el 22 de diciembre de 1986, de esta primera directiva comunitaria 87/102 sobre el crédito al consumo.

Las principales dificultades se relacionaban con el ámbito de aplicación del texto discutido y el método de cálculo del porcentaje anual de cargas financieras del crédito propuesto en vista de la buena información del consumidor sobre el coste total de aquel último, es decir la cuestión de la determinación de la tasa anual equivalente. Finalmente, sobre este punto, por falta de acuerdo, la directiva se contentó con referirse a los varios métodos de cálculo vigentes en los Estados miembros.

Nueve años más tarde, el 11 de mayo de 1995, la Comisión Europea presentó un informe detallado³ sobre los primeros años de aplicación del texto de 1986. Las reacciones suscitadas por dicho informe⁴ hacían resaltar en especial dos puntos. En primer lugar, la mayoría de los Estados miembros hicieron uso de la cláusula mínima del artículo 15 de la directiva para establecer, en su propia legislación, cada uno a su manera, normas más estrictas en beneficio de los consumidores. El texto comunitario no representaba más que una base mínima de protección desde la cual prosperaron las disparidades legislativas. Y, en segundo lugar, se puso de relieve que la directiva ya no respondía a las nuevas realidades del mercado y a las técnicas del crédito al consumo, en especial, con el desarrollo de las tarjetas de crédito y de los descubiertos bancarios mientras que se aminoraban las compraventas a plazos.

3- Así pues, menos de diez años después de su publicación, la cuestión de la revisión de la directiva ya estaba al orden del día.

Sin embargo, habida cuenta de la complejidad del tema, de la diversidad de las prácticas y del carácter más bien nacional de los mercados del crédito a los particulares, a diferencia de los mercados financieros, la Comisión tardó hasta el día 11 de septiembre de 2002 para emitir una nueva propuesta de directiva relativa a “la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas en materia de crédito a los consumidores”⁵.

Por todas partes se criticó este nuevo texto. El sector bancario criticó, en especial, el excesivo ámbito de aplicación de la propuesta, que se extendía, más allá de las operaciones de crédito, a las garantías, la carga de la prueba, los contratos de puerta a puerta o las cláusulas abusivas... También reprochaba la integración de disposiciones nacionales más estrictas en pro de los consumidores encaminadas, se decía, a frenar la oferta de crédito. Por su parte, si los organismos de defensa de los consumidores aprobaban, por ejemplo, el principio del préstamo responsable, temían que el carácter de armonización completa de la propuesta se tradujese en una minoración de los derechos de los consumidores según los Estados considerados.

² DO n° C 80 27/03/1979, p. 4.

³ COM (95) 117 final.

⁴ COM (97) 465 final de 24 de septiembre de 1997.

⁵ COM (2002) 443 final ; JO n° 331 E de 31/12/2002.

Después de varias enmiendas⁶ adoptadas por el Parlamento Europeo el día 20 de abril de 2004, la Comisión modificó dos veces su propuesta el 28 de octubre de 2004 y el 7 de octubre de 2005⁷.

Se necesitaron tres años de discusiones más para llegar al texto final, la directiva 2008/48/CE de 23 de abril de 2008⁸.

4- Esta directiva deroga la 87/102 de 22 de diciembre de 1986 y la reemplaza desde el día 12 de mayo de 2010. Es decir, que los Estados miembros tenían obligación de incorporar sus preceptos en su propia legislación antes de aquella fecha, dando por supuesto que sólo los contratos de crédito concernidos por la directiva y ofertados⁹ o celebrados¹⁰ posteriormente a la entrada en vigor de la transposición nacional obedecerían a la nueva reglamentación. A reserva de disposiciones especiales relativas a los contratos de crédito de duración indefinida¹¹, los que se firmaron antes de dicha fecha dependen de la norma aplicable en el momento de su celebración, interpretada sin embargo a la luz de la nueva directiva.

En Francia, la ley de transposición intervino, con algunas semanas de retraso, el día 1º de julio de 2010¹². Entró en vigor el día 1º de mayo de 2011. Además de su conformidad al texto comunitario respecto a los contratos de crédito, abarca una cuarta reforma de importancia de los procedimientos de tratamiento de las situaciones de sobreendeudamiento de los particulares¹³. Se integró lógicamente en el código de consumo en lugar de las disposiciones anteriores¹⁴.

La puesta en conformidad se realizó un año más tarde en España con la ley 16/2011 de 24 de junio de 2011¹⁵ que entró en vigor el 25 de septiembre del mismo año. Dicho texto deroga la precedente ley de 23 de marzo de 1995.

5- Conforme a la práctica actual, la directiva de 2008 resulta mucho más detallada y apremiante que la de 1986. Parece presentar un carácter más definitivo que la anterior en la medida en que, a diferencia de aquella última, no prevé la presentación de un informe sobre su aplicación en un plazo determinado. Sin embargo, habida cuenta de la constante y rápida evolución de las prácticas de los organismos de crédito y de las situaciones económicas, esa postura parece bastante presuntuosa. Sin duda alguna, la Comisión tuvo malos recuerdos de los años necesitados para revisar el sistema de 1986. Lo que, sin embargo, no basta para detener la evolución de las realidades.

Dejando aparte esa especulación, dicha directiva resulta muy importante para el mercado del crédito a los consumidores. Después de haber presentado sus características generales (I), convendrá examinar el régimen de las operaciones de crédito a las cuales se aplica (II).

⁶ 154 enmiendas exactamente.

⁷ COM (2005) 483 final.

⁸ DO L 133, 22 de mayo de 2008, p. 66 s.; A. Gourio, La directive européenne du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs, JCP 2008, ed. E y A, 4 de septiembre de 2008, n°2047; G. Raymond, Premières approches sur la directive n° 2008/48/CE, JCP 2008, ed. G. 26 de noviembre de 2008, n° 215; D. Legeais, Directive crédit à la consommation, RTDCom. 2008, p. 395 s.; adde: F. Julienne y D. Lahet, La protection du consommateur à l'épreuve du droit communautaire, RRJ, Aix en Provence, 2011, pg. 1849 s.

⁹ Sistema francés.

¹⁰ Sistema español.

¹¹ Dir. art. 30, pto. 2.

¹² JO 2 de julio de 2010; por ej.: G. Raymond, La loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation, Contrats, Conc., Consom. octubre de 2010, p. 6 s.; V. Vigneau y A. Lauriat, La réforme du crédit à la consommation, Droit et Procédures, febrero de 2011, p. 31 s.; S. Piédelièvre, La réforme du crédit à la consommation, D. 2010, p. 1952 s.; A. Gourio, La réforme du crédit à la consommation, JCP 2010, ed. E y A, n° 1675.

¹³ V. Vigneau y A. Lauriat, La réforme du droit du surendettement des particuliers par la loi du 1^{er} juillet 2010, D. 2010. 2593 s.; G. Paisant, Vingt et un après: la nouvelle réforme des procédures de traitement des situations de surendettement par la loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010 sur le crédit à la consommation, RTDCom. 2010, p. 800 s.; S. Piédelièvre, Les nouvelles règles relatives au surendettement des particuliers, JCP G 2010, n° 858.

¹⁴ C. consom. art. L 311-1 s.

¹⁵ BOE 25 de junio de 2011, p. 68179 s.

CARACTERÍSTICAS GENERALES.

6- Esas características pueden resumirse en dos cuestiones: ¿cuáles son el fundamento y los objetivos del nuevo texto, por una parte (A), y cuál es su ámbito de aplicación, por otra (B)?

Sus fundamentos y objetivos.

7- Aun derogando la directiva anterior, se destaca, primero, que la de 2008 resulta muy parecida tanto en sus objetivos como en su fundamento.

Al igual que en 1986, la reciente directiva, fundada sobre el artículo 95 del Tratado CE, quiere armonizar las legislaciones y disposiciones reglamentarias o administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo (art. 1º). En ambos casos, las instancias comunitarias consideran que las diferencias entre las legislaciones existentes en el ámbito del crédito al consumo producen distorsiones de la competencia entre prestamistas dentro de la UE y entorpecen el funcionamiento del mercado interior, reduciendo las posibilidades de los consumidores de conseguir un crédito transfronterizo, es decir en otro Estado miembro. Y, consecuentemente, esta situación puede afectar la demanda y la circulación de los bienes y servicios en el seno de la Unión.

Sólo de modo secundario, el quinto considerando hace resaltar la aparición, desde la directiva de 1986, de nuevos instrumentos de crédito cuyo uso está desarrollándose.

Así pues, resulta muy claro que la reforma de 2008 no se funda en una voluntad de reforzar la protección de los consumidores en las operaciones de crédito, sino en un deseo de mejorar, en este sector, el funcionamiento del mercado interior. Precisamente fue la adopción, por los Estados miembros, de disposiciones más restrictivas en beneficio de los consumidores, tal como lo permitía la directiva de 1986, la que obstaculizó al mercado interior¹⁶.

8- En cambio, habida cuenta de que el método de armonización mínima, elegido por la directiva de 1986, fracasó desde el punto de vista de la realización del mercado interior, las instancias comunitarias, en el año 2008, han escogido, esta vez, el principio de "armonización total"¹⁷. Es decir que, según dicho principio, los Estados miembros no deben poder mantener o introducir disposiciones distintas a las previstas por la directiva en su ordenamiento jurídico nacional. Todavía se trata de una directiva, a diferencia de un reglamento, en la medida en que, en un plazo determinado por el texto comunitario mismo, se necesita, en cada uno de los Estados miembros, una intervención legislativa especial de puesta en conformidad.

No fue esta directiva la que inauguró aquel sistema. Recordamos, en efecto, la directiva 85/374 CEE de 25 de julio de 1985 sobre la responsabilidad derivada de los productos defectuosos juzgada de armonización total en dos sentencias de 25 de abril de 2002 por el Tribunal de justicia de las Comunidades Europeas¹⁸. Y, desde el principio de los años 2000, se multiplicaron las directivas de este tipo¹⁹, hasta tal punto de que, en adelante, parecen constituir la norma por lo menos por todo lo que se relaciona a la protección de los consumidores en el mercado interior²⁰.

¹⁶ Considerando 4.

¹⁷ Considerando 9 y art. 22.

¹⁸ Asuntos C-154/00 y C-52/00, D. 2002. somm. 2935, obs. Pizzio.

¹⁹ Por ej. : directivas 2002/65 CE de 23 de septiembre de 2002 sobre los servicios financieros a distancia, 2005/79 CE de 11 de mayo de 2005 sobre prácticas comerciales desleales, 2008/122 CE de 14 de enero de 2009 sobre contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico.

²⁰ Última ilustración : directiva 2011/83 de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores ; véanse G. Paisant, La directive du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, JCP G, 2012, doct. 62.

9- Tal sistema trae a la mente varias observaciones.

En primer lugar, no se puede dejar de notar que, de modo bastante curioso, para justificar la necesidad del carácter de armonización total de la presente directiva, se usa de los argumentos mismos avanzados para justificar, en el 1986, la oportunidad de una armonización mínima. Es decir que, con motivos idénticos, se justifica una cosa y la contraria...

En segundo lugar, no convence la afirmación según la cual los obstáculos al crédito transfronterizo radican en las disparidades de las legislaciones nacionales. Los consumidores no temen aquellas diferencias y menor protección al contratar bajo el efecto de otra legislación europea ya que, la mayoría de las veces, ignoran los derechos que su propia legislación nacional les otorgan. No es una cuestión de desconfianza relativa al contenido de su protección jurídica. Los consumidores prefieren soluciones contractuales de proximidad, más sencillas, en su propio idioma, con el o los bancos que administran sus cuentas o con los organismos de crédito vinculados a los comerciantes o hipermercados a los que suele dirigirse. Hasta el momento, la práctica del crédito transfronterizo interesa, sobre todo, a los consumidores de las zonas fronterizas o de los “pequeños” países plurilingüísticos de la Unión.

En tercer lugar, la elección del principio de armonización total parece excesiva en comparación con los textos de los Tratados. El mencionado artículo 95, al igual que el actual artículo 114 TFUE, preveía sólo, en efecto, la “aproximación” de las disposiciones legislativas o reglamentarias en vista del establecimiento y el funcionamiento del mercado interior. Ahora bien, la regla de armonización total va más allá al desembocar sobre uniformizaciones de normas.

En cuarto lugar, esta armonización total no resulta sin riesgo para los consumidores; el riesgo de ver varios derechos suyos aminorarse bajo el efecto de la norma comunitaria excluyendo cualquier norma nacional distinta, aun más protectora. Este temor es tanto más importante cuanto que son razones vinculadas a la realización del mercado interior, y no a la protección a los consumidores, las que fundan la directiva de 2008. Sin duda alguna, los textos imponen la exigencia de un “nivel de protección elevado” al respecto; pero tal fórmula no garantiza que la norma europea adoptada sea tan protectora como la vigente en tal o tal Estado de la Unión. En este contexto, lo que importa a las instituciones europeas es el hecho de que resulte igual el nivel de protección de los consumidores, aun cuando dicho nivel sea más bajo que lo anteriormente vigente en tal o tal Estado de la Unión. Además, el sistema de la armonización total obstaculiza, en el ámbito considerado, a toda adaptación ulterior de la legislación nacional en beneficio de los consumidores, con arreglo a la evolución de las prácticas o de las voluntades políticas.

10- Este principio de armonización total, a pesar de su importancia, no presenta un carácter sistemático. Se ejerce sólo en el límite previsto por la directiva misma²¹.

Uno de los puntos más relevantes, al respecto, radica en la determinación de la tasa anual equivalente, es decir, según la definición comunitaria²², el “coste total del crédito para el consumidor, expresado como porcentaje anual del importe total” de la operación más, cuando proceda, los gastos de mantenimiento de la cuenta, de la utilización de un medio de pago y otros costes relativos a las operaciones de pago. Para realizar la unificación de los métodos de cálculo de esa tasa, que no había podido hacerse en 1986, dos directivas ulteriores de 1990²³ y 1998²⁴ fueron adoptadas; desde entonces existe una fórmula matemática única al respecto. Y, continuando esa obra de uniformización, la presente directiva, recientemente modificada sobre este punto²⁵, procura que los Estados ya no tengan la posibilidad de tomar

²¹ Art. 22, punto 1.

²² Art. 3, apartado i).

²³ Directiva 90/88 CEE de 22 de febrero de 1990.

²⁴ Directiva 98/7 CEE de 16 de febrero de 1998.

²⁵ Directiva 2011/90 UE de 14 de noviembre de 2011, modificando la parte II del anexo I de la directiva de 2008, en la que se establecen supuestos adicionales para calcular la tasa anual equivalente.

en cuenta distintos factores para dicho cálculo; se trata, esta vez, de la unificación de la determinación del coste total del crédito de tal modo que los consumidores de la Unión dispongan de informaciones comparables en el mercado interior²⁶.

Sin embargo, esa tendencia unificadora, no abarca todos los aspectos del contrato de crédito. En este sentido, en sus considerandos, la directiva expone que los Estados miembros deben de ser libres de mantener o adoptar normas nacionales, por ejemplo, sobre la responsabilidad solidaria del proveedor y del prestamista o sobre la anulación del contrato principal financiado cuando el consumidor ejerce su derecho de desistimiento del contrato de crédito²⁷. La misma libertad legislativa puede ejercerse también si los Estados miembros quieren prohibir al prestamista exigir al consumidor, en relación con el contrato de crédito, la apertura de cuentas bancarias o la celebración de contratos para otros servicios accesorios²⁸. Igualmente, si la directiva prevé, en beneficio del consumidor, un plazo de catorce días para desistir del contrato de crédito, no define el régimen jurídico aplicable durante este periodo²⁹.

De manera general, los Estados miembros resultan libres de mantener o adoptar disposiciones propias sobre todos los puntos no regidos por la directiva o que no forman parte de su ámbito de aplicación.

Su ámbito de aplicación.

11- El artículo 2 de la directiva, completado por el artículo siguiente sobre las definiciones, precisa su ámbito de aplicación. Los Estados miembros no pueden restringirlo; solamente ampliarlo.

12- El principio resulta sencillo, claro y de formulación general: la directiva es de aplicación a “los contratos de crédito”; noción sobre la cual es preciso detenerse.

El artículo 3 la define como “un pago aplazado, préstamo u otra facilidad de pago similar”. En efecto, una operación de crédito implica la estipulación de un plazo entre el momento de la ejecución por una parte de su obligación de entrega de cualquier bien o de suministro de cualquier servicio y el momento de su pago entero por la otra parte, intereses incluidos. Es el caso, por ejemplo, de un préstamo, de una compra a plazos o de las autorizaciones de descubiertos bancarios reembolsables en un plazo determinado. Por el contrario, los contratos de ejecución sucesiva, cuyas prestaciones se pagan a medida de sus suministros, sin pago aplazado en pro del cliente, no son operaciones de crédito, a ejemplo de un contrato de escolaridad anual con un establecimiento privado cuyas prestaciones se pagan en varias fracciones, la última estipulada a principios del último trimestre de enseñanza, es decir antes de la ejecución completa del contrato por el establecimiento³⁰. Consecuentemente, resulta claro que la simple existencia de pagos escalonados no basta para caracterizar una operación de crédito.

Aplicable a los contratos de crédito, parece claro que la presente directiva, por los mismos motivos que los expuestos por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo respecto a la de 1986, no rige los contratos de fianza celebrados en garantía de reembolso del crédito acordado³¹.

Entre los créditos mencionados, se destacan los llamados “vinculados”. Aquellos últimos se caracterizan por dos criterios cumulativos. Son los que sirven exclusivamente para financiar un contrato de suministro de bienes o de servicios específicos y que constituyen una “unidad

²⁶ Considerando 43.

²⁷ Considerando 9.

²⁸ Considerando 22.

²⁹ Infra, n° 31.

³⁰ Cass. civ. 1ra 15 de diciembre de 1993, Bull. civ. I, n° 370.

³¹ CJCE 23 de marzo de 2000, asunto C-208/98, Berliner Kindl.

comercial”³². Y, en especial, se considera que existe tal “unidad” cuando los bienes o servicios esperados vienen expresamente indicados en el contrato. Esa precisión resulta interesante en la medida en que contradice una sentencia de 2007³³ del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, a propósito de la directiva anterior, por la cual exponía que no se podía, en caso de incumplimiento del proveedor, supeditar el recurso contra el prestamista a la condición de que el contrato de crédito “mencione el bien o la prestación de servicios financiados”.

13- Los créditos considerados por la directiva son, exclusivamente, los otorgados a los consumidores por “prestamistas” entendidos como personas físicas o jurídicas que actúan en el marco de su actividad profesional. Es decir, que los créditos a los profesionales o proveedores no obedecen a las prescripciones de la presente directiva. .

A ejemplo de la mayoría de las demás directivas relacionadas con la protección del consumidor, aquel último se define como la “persona física que actúa con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional”³⁴

Tal definición resulta a la vez clara y ambigua.

Clara en el sentido de que el texto no es de aplicación a los créditos consentidos a las personas jurídicas cualesquiera que sean, aun asociaciones sin actividad económica alguna. Tal exclusión puede ser criticable a razón de su carácter sistemático, pues numerosas asociaciones, sin ánimo de lucro, en especial culturales o de protección del medio ambiente, son representadas por personas benévolas que sufren las mismas debilidades que los consumidores. Sin embargo proporciona la seguridad jurídica.

Ambigua porque plantea, por lo menos, dos problemas de interpretación. La primera dificultad concierne a la persona que suscribe el crédito a la vez con fines domésticos y profesionales³⁵. Una respuesta puede encontrarse en una sentencia de la CJCE de 20 de enero de 2005³⁶ juzgando que, en este caso, no se puede invocar la calidad de consumidor “salvo que el uso profesional sea marginal hasta el punto de tener un papel insignificante en el contexto global de la operación de que se trate, siendo irrelevante a este respecto el hecho de que predomine el aspecto no profesional”. Es decir que, en tal circunstancia, el Tribunal de Justicia no aplica la teoría del principal y del accesorio.

Sobre el segundo punto, la dificultad resulta más controvertida y la solución incierta. Se manifiesta, en especial, cuando un profesional contrata para proporcionarse un material de equipo o un servicio relacionado; por ejemplo, el médico que se compromete para la informatización de su consultorio, es decir la gestión de las citas, de la contabilidad y de sus ficheros. Según una primera opinión, se puede sostener que el médico no es el consumidor protegido por la ley porque, tratándose de equipar su consultorio, actúa con fines relacionadas a su actividad profesional. Pero, con la misma lógica, se puede abogar que la actividad profesional de un médico consiste en prestar asistencia a sus pacientes, lo que no se hace con tal material y que, consecuentemente, dicho médico actúa “al margen de su actividad profesional”, es decir como consumidor...

14- Aun en las relaciones de consumo, la directiva excluye de su ámbito de aplicación una lista de doce operaciones de crédito.

³² Art. 3, apartado n.

³³ 4 de octubre de 2007, asunto C- 429/05.

³⁴ De modo similar, en la directiva 2011/83 UE sobre los derechos de los consumidores, aquellos últimos se definen como « toda persona física que...actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión » : art. 2.

³⁵ Por ej. el crédito para proporcionarse un vehículo para sus desplazamientos profesionales y de ocio.

³⁶ Asunto C-464/01, Gruber.

Primero, han de destacarse las exclusiones relacionadas con la cuantía del crédito. Así, la directiva no se aplica a los créditos cuyo importe total resulta inferior a 200 EUR; tampoco a los superiores a 75000 EUR. La primera exclusión aparece como una repetición de lo dispuesto en la directiva anterior de 1986. En ambos casos, se trata de evitar los trámites para las operaciones de muy poca importancia. En cambio, la determinación del límite máximo 75.000 EUR, en vez de los precedentes 20000 ECUS, dio lugar a numerosas discusiones. El Parlamento Europeo había propuesto 100.000 EUR mientras que la Comisión, en el 2005, proponía 50.000... ¡Quizás la elección final se hizo con arreglo al precio de los coches alemanes de prestigio! Sin embargo, se puede pensar que tal importe supera lo que se suele entender, en la vida cotidiana de la gran mayoría de los ciudadanos europeos, por crédito al consumo. Pero es verdad que la directiva no habla de crédito al consumo, sino de crédito a los consumidores... De todos modos, recordamos que cada Estado miembro queda libre de someter a las disposiciones de la directiva las operaciones de crédito inferiores o superiores a estos dos umbrales.

En segundo lugar, el texto comunitario no es de aplicación a varios créditos con arreglo a su duración. Eso concierne a los créditos de menos de tres meses, pero solamente en la medida en que el prestamista no reclama más que “unos gastos mínimos”; lo que puede referirse a las tarjetas de débito diferido³⁷ o también a las prácticas del “pago en tres veces sin gastos”. Probablemente, se inventarán otras prácticas de facilidades de pago de este tipo. Sin embargo, la noción de “gastos mínimos” da lugar a interpretación: ¿mínimos en valor absoluto? en consideración a la cuantía prestada? ¿en términos de porcentaje?... Igualmente la directiva no se aplica a las facilidades de descubierto que tengan que reembolsarse en el plazo de un mes. Dicha exclusión parece más o menos incluida en la precedente.

Resultan igualmente excluidos los contratos de crédito, cualquiera que sea su objeto, garantizados por una hipoteca o por otra garantía asimilable sobre bienes inmuebles; lo que debe distinguirse de los créditos garantizados por una fianza según la cual el fiador se compromete personalmente a garantizar la deuda del tercero.

En cuarto lugar, la directiva no concierne a los créditos inmobiliarios³⁸, es decir los destinados a la adquisición o la conservación de “derechos de propiedad” sobre bienes inmuebles. Interpretada a la luz del considerando 14, dicha exclusión se extiende a los préstamos consentidos para la construcción de un inmueble propio. En cambio, los créditos destinados a la renovación o la mejora de inmuebles competirían a la directiva con el límite de 75000 EUR. Tal solución parece un poco sorprendente ya que dichos gastos resultan ser intermediarios entre los de adquisición y los de conservación. Por otra parte, se plantearán las cuestiones de los préstamos para la suscripción de partes de interés de sociedades inmobiliarias o de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles para, sólo, el disfrute de aquellos últimos. En la medida en que no se trata de propiedad, debería aplicarse la directiva. Se debe añadir que el día 31 de marzo de 2011 la Comisión Europea publicó una propuesta de directiva complementaria sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial³⁹.

Tampoco se aplica la directiva a los créditos gratuitos o fuera del mercado; lo que concierne, por ejemplo, a los créditos de carácter familiar o a los créditos concedidos, de modo preferencial, por un empleador a sus asalariados. En la práctica, son créditos de poca importancia y, normalmente, no son concedidos por prestamistas habituales. En el mismo sentido, se excluyen también los créditos que resultan de un acuerdo alcanzado ante cualquier tribunal o autoridad pública y los concedidos a un público restringido en virtud de una disposición de interés general, lo que se puede llamar el crédito social.

³⁷ Considerando 13.

³⁸ Recordemos que, en caso de crédito inmobiliario negociado fuera de un establecimiento comercial, el consumidor podría sin embargo beneficiarse del derecho de desistimiento de la directiva 2011/83 UE (CJCE 13 de diciembre de 2001, asunto C-481/99 Heininger).

³⁹ COM (2011) 142 final.

Por fin, resultan además excluidos tres tipos de operaciones: los créditos en los cuales el consumidor entrega un bien al prestamista como única garantía de su deuda, los concedidos por empresas de inversión para realizar una operación sobre instrumentos financieros y los contratos de arrendamiento o de arrendamiento financiero en los que no se establezca una obligación de compra del objeto del contrato. En aquel último caso, se observa que no hay operación de crédito; solamente una puesta a disposición del bien mediante el pago de un alquiler determinado.

15- Por otra parte, varios tipos de crédito son objeto de una aplicación solamente parcial de la directiva⁴⁰; lo que se concretiza, normalmente, por un aligeramiento del formalismo exigido o la exclusión del derecho de desistimiento.

Forman parte de esta categoría: las posibilidades de descubierto reembolsable previa petición o en el plazo de tres meses (dispensa de las informaciones precontractuales y exclusión del derecho de desistimiento), los créditos en forma de rebasamiento⁴¹ (además de las dispensas del caso precedente, las relativas a las obligaciones de evaluar la solvencia del consumidor y de informar al consumidor sobre sus derechos).

Por último, en dos casos determinados con un gran alarde de precisiones⁴², los Estados miembros tienen la posibilidad de aplicar la directiva sólo parcialmente. Se trata de los créditos concedidos por organizaciones que persigan objetivos sociales, en especial en beneficio de sus miembros, y de los créditos que incluyan acuerdos relativos al pago aplazado o modificaciones de métodos de reembolso más favorables al consumidor en situación de insolvencia, desde el momento en que tales acuerdos se encaminan a evitar la posibilidad de una actuación judicial.

A reserva de aquellas exclusiones o restricciones relativas a su ámbito de aplicación, la directiva del 2008 prevé un régimen formalista de las operaciones de crédito a los consumidores sin distinguir según se trate de contratos transfronterizos o nacionales.

RÉGIMEN DE LA OPERACIÓN DE CRÉDITO.

16- Las disposiciones de la directiva presentan un carácter imperativo⁴³; son de orden público. En este sentido, los Estados miembros deben velar por que el consumidor no pueda renunciar a los derechos que le confiere el texto comunitario o no sea privado de aquellos últimos bien en virtud de la formulación del contrato o bien de la elección de la ley de un tercer país.

De modo complementario, los Estados miembros tienen la obligación de prever el establecimiento de organismos u autoridades independientes con miras a controlar a los prestamistas⁴⁴ y, conforme a las costumbres comunitarias, de determinar las sanciones aplicables en caso de infracciones a las disposiciones de la presente directiva⁴⁵.

Para presentar este nuevo régimen común de la operación de crédito, se puede, conforme a la situación del consumidor solicitante, razonar de modo cronológico y distinguir dos periodos: hasta (A) y posteriormente (B) a la celebración del contrato.

Hasta la celebración del contrato

17- En esta primera fase, también dos periodos se distinguen con la reglamentación relativa al periodo precontractual y todo lo que se refiere a la formación misma del contrato. Numerosas

⁴⁰ Art. 2, puntos 3, 4.

⁴¹ « descubierto aceptado tácitamente mediante el cual un prestamista pone a disposición de un consumidor fondos que superen el saldo de la cuenta corriente del consumidor o la posibilidad de descubierto convenida », art. 3, e).

⁴² Art. 2, puntos 5 y 6.

⁴³ Art. 22.

⁴⁴ Art. 20.

⁴⁵ Art. 23 : sanciones « efectivas, proporcionadas y disuasorias ».

y muy detalladas son las prescripciones comunitarias sobre estos dos aspectos; forman un sistema formalista, rígido y complejo.

La fase precontractual

18- Durante este periodo, la directiva hace recaer sobre los organismos de crédito dos tipos de obligaciones: varias obligaciones reforzadas de información del consumidor y la de evaluar su solvencia. Son obligaciones fundamentales.

19- Las obligaciones de información de los prestamistas, con miras a que los consumidores puedan comparar diferentes ofertas, empiezan con las que deben incluir en su publicidad. Sin duda alguna, cualquier publicidad tiene como finalidad más bien incitar a comprar que informar. Sin embargo, para convencer, contiene necesariamente informaciones encaminadas a hacer tomar una decisión al consumidor.

Primero, de conformidad con la directiva 2005/29 CE sobre las prácticas comerciales desleales prohibiendo a los “comerciantes” acciones engañosas, entendidas como prácticas comerciales que contengan informaciones falsas y por tal motivo carezcan de veracidad⁴⁶, todos los elementos informativos comunicados por una publicidad sobre un crédito a los consumidores deben estar exentos de inexactitud.

Por su parte, la directiva de 2008 no contiene disposiciones relativas a toda la publicidad sobre los créditos de consumo. Trata, sólo, de la relativa a los créditos⁴⁷ que indican “un tipo de interés o cualesquiera cifras relacionadas con el coste del crédito para el consumidor”⁴⁸. En este caso⁴⁹, la directiva exige que la publicidad contenga, de forma clara, concisa y destacada, mediante un ejemplo representativo, varias informaciones básicas.

Estas informaciones son las siguientes: el tipo deudor, fijo o variable, acompañado de indicaciones relativas a los recargos incluidos en el coste total del crédito; el importe total de dicho crédito; su duración y la tasa anual equivalente. Si se trata de un pago aplazado, la publicidad debe indicar el precio al contado, el importe de los posibles anticipos y, en su caso, el importe total adeudado lo mismo que el de los pagos escalonados. Por último, se deberá mencionar la eventual obligación de suscribir un servicio accesorio al crédito, a ejemplo de un seguro.

Esta lista presenta un carácter apremiante. Es de aplicación cualquiera que sea el soporte de comunicación. Sin embargo, la directiva no impone un orden en la presentación de dichas informaciones. Tampoco exige la indicación de la identidad del prestamista, lo que puede resultar sorprendente.

20- De forma independiente o complementaria, la directiva exige que, antes de que sea obligado por cualquier contrato u oferta de crédito, el consumidor reciba una información normalizada del prestamista o del intermediario de crédito⁵⁰ que tome en consideración sus preferencias. Es decir que dicho profesional tiene obligación, con la debida antelación, de facilitar al consumidor que lo solicita, en papel o en cualquier otro soporte duradero, una ficha informativa según un modelo europeo que figura en el anexo II de la directiva.

Esta ficha de información precontractual incluye hasta diecinueve rúbricas. Algunas entre ellas se aplican, sólo, según la situación considerada, “cuando proceda”.

⁴⁶ Directiva 2005/29 CE, art. 6, punto 1.

⁴⁷ Los que forman parte de su ámbito de aplicación, por supuesto.

⁴⁸ Art. 4, punto 1.

⁴⁹ A reserva de la excepción siguiente : cuando la legislación nacional requiera la indicación de la tasa anual equivalente en la publicidad relativa a los créditos que no indique un tipo de interés o cualesquiera cifras relacionadas con el coste del crédito (art. 4, punto 1).

⁵⁰ Art. 5.

De modo obligatorio, en todo caso, dicha ficha menciona : el tipo de crédito, la identidad y dirección geográfica del prestamista o intermediario, el importe total del crédito, su duración, el tipo deudor, la tasa anual equivalente, el importe, el número y la periodicidad de los pagos debidos por el consumidor, el tipo de interés de demora, una advertencia sobre las consecuencias de los eventuales impagos, la existencia o inexistencia de un derecho de desistimiento, el derecho de reembolso anticipado, el derecho del consumidor a ser informado inmediatamente del resultado de la consulta de una base de datos para la evaluación de su solvencia y, también, su derecho a recibir gratuitamente una copia del proyecto de contrato de crédito.

Entre los ejemplos de informaciones complementarias según los casos particulares, pueden destacarse la que versa sobre el bien o el servicio y su precio al contado cuando se trata de pagarlo de modo diferido o la relativa a las eventuales garantías exigidas.

Si el prestamista lo estima útil u oportuno, tiene la posibilidad de comunicar más informaciones al consumidor. Pero, en este caso, deberá hacerlo mediante un documento distinto de la ficha normalizada. No se puede añadir o restar a dicha ficha.

Un artículo completo⁵¹ del texto comunitario está dedicado a los créditos en forma de posibilidad de descubierto. Sin embargo, las obligaciones de información del prestamista resultan aquí muy parecidas a las exigidas en el caso general⁵². Por otra parte, la facilitación de informaciones precontractuales está prevista, también, aunque de modo aligerado, en caso de comunicación a través de telefonía vocal. Se puede imaginar entonces las dificultades probatorias al respecto. Más generalmente, en los créditos a distancia, las obligaciones de información requeridas por la directiva de 2008 sustituyen parcialmente a las exigidas por la directiva 2002/65/CE sobre la comercialización a distancia de los servicios financieros. La ficha europea normalizada cubre los principales requisitos de información previstos por la directiva del 2002⁵³, lo que se entiende muy bien para evitar repeticiones inútiles.

Por sí mismas, todas aquellas informaciones no vinculan al prestamista que las comunica. La ficha normalizada, a pesar de su carácter personalizado, no constituye una oferta de crédito⁵⁴. En efecto, no se debe olvidar que su objeto consiste principalmente en ofrecer al consumidor posibilidades de comparaciones para que pueda elegir, con conocimiento de causa, entre propuestas competidoras. Sin embargo, curiosamente, el considerando 25 prevé que los Estados miembros puedan decidir el carácter apremiante de dichas informaciones y el plazo durante el cual el prestamista ha de quedar vinculado por ellas. En este caso, ¿cómo distinguir la ficha de la oferta de crédito? De todos modos, no dispensará del establecimiento de un documento distinto: el contrato de crédito. Este sistema no parece muy lógico.

Se puede añadir que, en caso de intervención de un intermediario de crédito, antes de la celebración del contrato, el consumidor tiene que ser informado de los gastos suplementarios correspondientes a sus servicios⁵⁵.

21- Pese al reforzamiento de las obligaciones de información de los prestamistas o intermediarios, la directiva de 2008 les impone una obligación complementaria en beneficio de los consumidores : la de proporcionarles “las explicaciones adecuadas “ para que puedan evaluar si el crédito propuesto “se ajusta a sus necesidades y a su situación financiera”⁵⁶. Un deber de explicación, de tipo subjetivo, se añade al estricto y más bien objetivo deber de información. Se trata aquí de prestar asistencia al consumidor, facilitarle una ayuda

⁵¹ Art. 6.

⁵² Destacamos como particularidades : la información sobre las modalidades de ejercicio del derecho a poner fin al contrato y, cuando proceda, el periodo durante el cual el prestamista queda vinculado por su información precontractual.

⁵³ Exactamente, los requisitos del art. 3, apartados 1 y 2 de dicha directiva de 2002.

⁵⁴ Argumento considerando 30 ; en el mismo sentido : H. Claret, Les obligations d’information du prêteur professionnel après la réforme du crédit à la consommation, Contrats, Conc., Consom., noviembre de 2011, n° 14 (aparto 4).

⁵⁵ Art. 21, apartado 2b).

⁵⁶ Art. 5, apartado 6 y considerando 27.

suplementaria de tal modo que pueda determinar, entre las diferentes opciones emitidas, la que mejor conviene a su situación.

Tal obligación, a priori menor que la de consejo, puede compararse a la de advertencia descubierta por el Tribunal de casación francés⁵⁷, para la condena de banqueros por haber concedido créditos a prestatarios profanos sin advertirles de los riesgos de endeudamiento derivados de los préstamos concernidos, por razón de sus capacidades financieras. Sin embargo, en estos litigios, el Tribunal de casación declara la responsabilidad contractual del banco por pérdida de una oportunidad de no contratar⁵⁸. En aplicación de la presente directiva, el incumplimiento del deber de explicación no podría desembocar más que sobre una responsabilidad precontractual, a reserva de otras consecuencias previstas por los Estados miembros. De todos modos, se planteará la cuestión de la prueba del cumplimiento de dicha obligación. Normalmente, tal prueba debe incumbir al prestamista. En este sentido, si aquel último hace firmar un documento escrito expresando sus explicaciones o por el cual el consumidor confiesa haberlas recibidas, será un documento distinto de la ficha europea normalizada.

22- Por último, con el objeto de responsabilizar a los prestamistas y para evitar, en lo posible, situaciones de sobreendeudamiento de los consumidores por haber aceptado créditos excesivos en arreglo a su situación financiera, la directiva establece a carga de los primeros una nueva obligación: la de evaluar la solvencia de los segundos. Todavía se trata de una obligación de naturaleza precontractual⁵⁹; la obligación de informarse a continuación de la informar.

Esta evaluación debe realizarse “sobre la base de una información suficiente”. Es decir que dicha información procede de varias fuentes. Primero, consiste en los elementos proporcionados por el consumidor mismo, a petición del prestamista, sobre su situación financiera. Al respecto, cualquier comprobante (sueldo, recursos, créditos ya pendientes, alquiler u otras cargas) podría ser reclamado sin que se pueda exigir la comprobación de cada uno de los elementos declarados en ausencia de motivos que hagan sospechar un fraude o cualquier anomalía⁶⁰. Sin embargo, ocurre a menudo que las declaraciones del consumidor no bastan para evaluar de modo fiable su solvencia. Aun de buena fe, por ejemplo, se puede olvidar algunas cargas. Por eso, estas informaciones se destinan a ser completadas por elementos exteriores, tal como la consulta de bases de datos pertinentes. Sin duda alguna, la directiva no requiere la creación de tales bases, pero prevé que los Estados miembros pueden mantener al respecto sus disposiciones nacionales exigiendo su consulta previa con miras a evaluar la solvencia del interesado antes de consentirle el crédito.

En la práctica europea, existen dos tipos principales de bases de datos, privadas o públicas: los ficheros negativos y los ficheros positivos. Los primeros, tal como el fichero manejado por el Banco de Francia, sólo hacen el censo de los incidentes de pagos. Los segundos, tal como existen en Bélgica o Reino Unido, empadronan los créditos pendientes del consumidor. Cada fórmula tiene sus ventajas y sus inconvenientes. Pero, ninguna puede proporcionar entera seguridad en relación a la situación patrimonial del consumidor. En efecto, aun en el caso de un fichero positivo, por ejemplo, si es que aquel último está al día, no se toman en cuenta las cargas que no proceden de créditos, lo que puede influir de manera significativa sobre la capacidad de emprestar. De todos modos, si la denegación del crédito se funda sobre la consulta de una base de datos, el prestamista tiene obligación de informar al consumidor “inmediata y gratuitamente” con la indicación del fichero concernido⁶¹

⁵⁷ Cámara mixta, 27 de junio de 2007, Bull. civ. Ch. Mix. n° 7 ; www.legifrance.gouv.fr

⁵⁸ Cass. com. 20 de octubre de 2009, Bull. civ. IV, n° 127 ; www.legifrance.gouv.fr

⁵⁹ Art. 8.

⁶⁰ La directiva no prevé las consecuencias de las eventuales declaraciones falsas del consumidor. Corresponde a los Estados miembros establecer las sanciones idóneas.

⁶¹ Art. 9, apartado 2.

Sin embargo, la directiva no precisa las consecuencias que el prestamista debe sacar de su evaluación, en especial cuando, a la vista de las informaciones recogidas, estima que el préstamo solicitado supera las capacidades financieras del consumidor. Son dos interpretaciones concebibles. En un sentido restrictivo, el prestamista, después de haber proporcionado las explicaciones requeridas, tendría la posibilidad, a pesar de todo, de conceder el crédito solicitado. Esta primera interpretación se combina con una visión minimalista del deber de explicación que, a diferencia del deber de consejo, no se extendería al poder de orientar la decisión del consumidor o de recomendarle lo que conviene que haga o que no haga. A continuación de las explicaciones expuestas por el prestamista, en este sistema, cada uno queda libre y responsable de su decisión. Pero, en otro sentido, más apremiante, para “promover unas prácticas responsables”⁶² y, consecuentemente, mayor eficacia de la prevención del sobreendeudamiento, se puede concebir que el prestamista, habida cuenta de su evaluación desfavorable, tenga obligación de denegar el crédito solicitado. En el silencio del texto comunitario, los Estados miembros deberían poder estatuir al respecto. Igualmente, debieran tener capacidad para decidir la sanción aplicable en caso de incumplimiento de este deber de evaluación por el prestamista. Pero, según la lógica de la directiva, la carga de la prueba de dicha obligación parece incumbir al prestamista.

La conclusión del contrato

23- En principio, la directiva no regula las cuestiones relativas a la validez de los contratos de crédito⁶³. Es decir que sobre estos puntos, tal como los vicios del consentimiento o el régimen jurídico de la oferta, los Estados miembros pueden mantener sus disposiciones nacionales.

Dicho principio, sin embargo, no equivale a la ausencia de normas comunitarias respecto a la celebración de este contrato.

24- En efecto, la directiva rige, de modo muy preciso, su forma y su contenido.

Primero, se requiere que el crédito se establezca “en papel o en otro soporte duradero”⁶⁴. Basta un documento privado. Cada una de las partes recibirá un ejemplar.

En segundo lugar, sobre todo, el texto comunitario detalla las menciones informativas que debe especificar, “de forma clara y precisa”, el documento contractual. Fundamentalmente, la directiva exige aquí la indicación de los mismos tipos de informaciones que los requeridos en la ficha europea precontractual⁶⁵. Es decir que deberán repetirse, en dos documentos distintos, las mismas menciones.

Sin embargo, se observan algunas especificidades en el documento contractual que requiere algunas informaciones suplementarias. Se trata, en caso de amortización del capital de un contrato de crédito de duración fija, de la mención del derecho del consumidor a recibir, previa solicitud, gratuitamente y en cualquier momento a lo largo de la duración del crédito, un extracto de cuenta en forma de cuadro de amortización. Este cuadro deberá contener un desglose de cada reembolso periódico mostrando la amortización del capital, los intereses y, en su caso, los gastos adicionales. Si se trata de un crédito sin amortización de capital, se exige la relación de los periodos y condiciones de pago de los intereses deudores y de los gastos conexos. Se destacan, además, las menciones relativas a los derechos derivados de un crédito vinculado, al procedimiento que deberá seguirse para poner fin al contrato o bien a la existencia o no de procedimientos extrajudiciales de reclamación y recurso...

25- Se puede poner en duda la oportunidad y eficacia de este sistema repetitivo. Primero, la avalancha de informaciones escritas corre peligro de disuadir al consumidor de leerlas;

⁶² Considerando 26.

⁶³ Considerando 30.

⁶⁴ Art. 10, apartado 1.

⁶⁵ Supra, n° 20.

demasiadas informaciones matan la información. En segundo lugar, la repetición desemboca sobre una dificultad ignorada por la directiva : ¿cuál es la consecuencia de una discordancia entre las indicaciones informativas de la ficha normalizada y las del contrato ? En especial, se pueden imaginar condiciones de crédito más rigurosas en el contrato que en la ficha precontractual. En este caso, normalmente prevalecen las estipulaciones del contrato puesto que la ficha normalizada no compromete al prestamista. Sin embargo, la contradicción puede sorprender al consumidor y engañarlo. Se planteará entonces la cuestión de si, por no haber, de modo específico, llamado la atención del consumidor al respecto, esta diferencia constituye o no una práctica comercial engañosa en el sentido de la directiva 2005/29 CE. De todos modos, cuando proceda, se puede pensar en los mecanismos de la responsabilidad civil del derecho común.

Desde nuestro punto de vista, más sencillo, eficaz y provechoso para las dos partes, hubiera sido un sistema de oferta previa vinculando al prestamista durante un plazo determinado; es decir un documento informativo único uniendo, aparte de la publicidad, los aspectos precontractuales y contractuales.

26- Por fin, en caso de intervención de un intermediario de crédito, la directiva prevé la indicación, “en la documentación destinada a los consumidores”, del alcance de sus competencias precisando, en particular, si trabaja en exclusiva con uno o varios prestamistas o a título independiente. Esta formulación parece garantizar la variedad de las prácticas al respecto. Dicha “documentación” no significa necesariamente el contrato de crédito mismo. El requisito comunitario podría cumplirse por intermedio de un documento distinto.

Posteriormente a la celebración del contrato

27- La atención al consumidor no va a desaparecer después de la celebración del contrato. La directiva sigue otorgándole varios derechos específicos, entre los cuales el sumamente importante derecho de desistimiento.

El derecho de desistimiento del consumidor.

28- La directiva concede al consumidor un plazo de catorce días civiles para desistir del contrato⁶⁶, es decir para retirar su compromiso sin embargo válidamente expresado.

Este derecho, que no existía en la directiva del 1986, representa, a nivel comunitario, un importante progreso para la protección del consumidor-prestatario a pesar de que varias legislaciones nacionales, tal como la francesa⁶⁷, lo admitían desde tiempo atrás.

Curiosamente, la nueva directiva no se toma la molestia de justificar esta innovación que, aparentemente, cae por su propio peso. Considera sólo la necesidad de una aproximación de sus modalidades de ejercicio con las establecidas por la directiva 2002/65 CE sobre los servicios financieros a distancia⁶⁸. El plazo así otorgado es un plazo de examen que debe permitir al consumidor pesar el pro y el contra después de haber firmado, es decir, valerse de un tiempo adicional para apreciar la necesidad o la oportunidad de comprometerse conforme a las condiciones suscritas.

29- El plazo de catorce días fue muy debatido. Se adoptó en consideración de la solución anteriormente adoptada por la antes mencionada directiva del 2002. Sin embargo, aquí, es de aplicación aun cuando el crédito no haya sido concertado a distancia.

⁶⁶ Art. 14.

⁶⁷ Ley 78-22 de 10 de enero de 1978 : plazo de siete días en aquella época.

⁶⁸ Considerando 34.

A iniciativa de los Estados miembros, dos excepciones resultan posibles. Así, en el caso de un crédito celebrado, por imperativo legal, ante notario, primero, la ley nacional puede negar el derecho de desistimiento. Bastan los consejos del notario ya que el consumidor conserva sus derechos a información precontractual y contractual según las previsiones del texto comunitario. También, en la hipótesis muy particular de un crédito vinculado a un contrato de suministro de bienes o servicios, y solamente cuando las legislaciones nacionales vigentes en el momento de la entrada en vigor de la directiva prevean que los fondos no pueden ponerse a disposición del consumidor antes del término de un periodo determinado, el plazo de desistimiento puede ser reducido a petición expresa de aquél.

30- Respecto a las modalidades de ejercicio de este derecho, la directiva proporciona varias precisiones.

Primero, el consumidor puede desistir de modo discrecional. No tiene obligación de indicar ningún motivo o, en especial, de demostrar que el prestamista influyó en él o lo manipuló⁶⁹.

También, este derecho se ejerce de modo gratuito en el sentido de que el prestamista no puede exigir contrapartida alguna por el simple hecho del cambio de actitud de su contratante. Sólo podrá reclamar la compensación de los eventuales gastos no reembolsables abonados por él a la administración pública⁷⁰.

En tercer lugar, el plazo de catorce días se inicia, en principio, en la fecha de celebración del contrato. Sin embargo, la fecha considerada será aquella en que el consumidor ha recibido las condiciones e informaciones contractuales cuando esa fecha resulta posterior a la conclusión del contrato, lo que concierne los créditos negociados a distancia. Por lo demás, los catorce días se calculan según las prescripciones del reglamento n° 1182/71/CEE de 3 de junio de 1971. Es decir, por ejemplo, que no se toma en cuenta el día de la celebración del contrato.

Por otra parte, desde un punto de vista formal, la directiva dispone que el desistimiento debe efectuarse, antes del vencimiento del plazo concedido, mediante documento en papel o cualquier otro soporte duradero a disposición del prestamista. Es preciso que el consumidor notifique su retractación a su contratante por medios que puedan ser probados.

31- No se consideró la situación jurídica de las partes durante el plazo de desistimiento. En especial, la directiva no toma partido sobre la cuestión de si el prestamista puede poner los fondos a disposición del consumidor antes del vencimiento del plazo de desistimiento. De forma general, esta cuestión compete a las legislaciones nacionales que conservan la posibilidad de establecer un plazo determinado antes de cuyo vencimiento no pueda comenzar la ejecución del contrato⁷¹. Pero es cierto que la inmediata puesta a disposición de los fondos encaminaría a disuadir al consumidor de ejercer su derecho. Una vez entregados los fondos, el consumidor se verá tentado a gastarlos inmediatamente, sin pensar en su posible desistimiento y en sus consecuencias.

32- Una vez ejercitado, el desistimiento produce los efectos de una resolución del contrato. En este sentido y en especial, cuando proceda, el consumidor deberá restituir al prestamista el capital recibido y el interés acumulado correspondientes al periodo de puesta a disposición de dicho capital. Dichos intereses se calculan sobre el tipo deudor convenido. Este reembolso tiene que efectuarse a más tardar a los treinta días del envío de la notificación del desistimiento.

En caso de servicio accesorio al crédito, proporcionado sobre la base de un contrato entre el prestamista y un tercero, tal como un seguro, la directiva prevé también que el desistimiento del consumidor lo liberará de pleno derecho de aquel servicio accesorio⁷². Desde un punto

⁶⁹ V. TJCE 22 abril de 1999, asunto C-423/97, Travel Vac, Rec. I. pg. 2115 a propósito de la directiva de 1985 sobre contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales.

⁷⁰ Art. 14, apartado 3, b).

⁷¹ Art. 14, apartado 7.

⁷² Art. 14, apartado 4.

de vista formal, el texto comunitario distingue esa hipótesis de la del crédito vinculado⁷³. En este último caso, sólo se prevé la consecuencia del ejercicio por el consumidor, en virtud del derecho comunitario, de su derecho a desistir del contrato principal de suministro de bienes o de servicios⁷⁴: el consumidor dejará de estar obligado por el contrato de crédito destinado a financiar aquel suministro⁷⁵. Si se aniquila el primer contrato se aniquila también el segundo al que se vincula. En cambio, la directiva no considera la hipótesis opuesta, es decir la consecuencia sobre el contrato principal del desistimiento del crédito. La “unidad comercial”⁷⁶ constituida por ambos contratos debe lógicamente desembocar en su interdependencia y, consecuentemente, el aniquilamiento del contrato principal. En estas condiciones, la ejecución del contrato de suministro antes del vencimiento del plazo para desistir se haría por cuenta y riesgo del suministrador.

33- Por último, el derecho de desistimiento regido por la comentada directiva sustituye a los derechos equivalentes establecidos por la directiva de 2002 sobre los servicios financieros a distancia y la reciente directiva 2011/83 UE de 25 de octubre de 2011⁷⁷. Se entiende muy bien la solución para evitar, en caso de crédito a distancia o negociado fuera de un establecimiento de crédito, una superposición de regímenes jurídicos aplicables a la retractación del consumidor.

Los demás derechos del consumidor.

34- En lo tocante al periodo de ejecución del contrato de crédito, la directiva del 2008 prevé varias disposiciones que, todas, toman en consideración una exigencia de protección al consumidor.

35- Información continuada del consumidor. La información representa un derecho fundamental del consumidor, no sólo antes o en el momento de celebrar el contrato. Así, la directiva prevé que, “en su caso, el consumidor será informado de toda modificación del tipo deudor mediante documento en papel u otro soporte duradero antes de que el cambio entre en vigor”⁷⁸. Supuestamente, aquella disposición no concierne a todos los contratos de crédito; solamente los cuyo tipo de interés es variable. En efecto, en los créditos cuyo tipo de interés es fijo, no se puede concebir, después de la celebración del contrato, una modificación unilateral por el prestamista que resultaría contraria a los principios contractuales fundamentales.

En el caso considerado, la información debe indicar el nuevo importe de los pagos y precisar las modificaciones de su número o de su frecuencia. Sin embargo, el contrato de crédito mismo puede prever la comunicación de esa información de forma periódica cuando la modificación del tipo deudor resulta consecutiva a la de un tipo de referencia que se hace público y disponible en los locales del prestamista.

Por otra parte, en el caso de crédito en forma de posibilidad de descubierta, el consumidor debe recibir periódicamente un extracto de cuenta detallando una lista de informaciones enumeradas por el artículo 12. Se observa que, en esta supuesto, se debe comunicar, entre otras informaciones, la relativa al tipo deudor aplicado y no la tasa anual equivalente. En caso de incremento del tipo deudor o de los recargos durante el periodo contractual, se aplican los principios anteriormente descritos.

⁷³ Considerando 22 y art. 3, apartado n).

⁷⁴ Art. 15, apartado 1 ; por ejemplo, en caso contrato celebrado a distancia o negociado fuera de un establecimiento comercial.

⁷⁵ Art. 15, apartado 1.

⁷⁶ Art. 3, apartado n).

⁷⁷ En realidad, la directiva de 23 de abril de 2008 (art 14, apartado 5) se refiere, además de a la directiva sobre servicios financieros a distancia, a la directiva 85/577/CEE de 20 de diciembre de 1985 sobre los contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales. Pero, según los términos de la reciente directiva de 2011 sobre los derechos de los consumidores que, en especial, deroga aquella última directiva, todas las referencias a ella « se entenderán hechas a la presente directiva ».

⁷⁸ Art. 11, apartado 1.

En cambio, cuando se trata de renovar un crédito, con condiciones exactamente iguales, se puede considerar como siempre vigente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo según la cual no es preciso repetir las informaciones precontractuales y contractuales exigidas para la celebración del contrato inicial⁷⁹.

36- La cuestión de la ejecución de un crédito vinculado. Aparte del desistimiento del contrato, vinculado al crédito, de suministro de bienes o de servicios en aplicación de un texto comunitario⁸⁰, que libera al consumidor del contrato de crédito, existen otras dificultades que considerar.

Primero, en caso de anulación del contrato principal financiado, se aplican las disposiciones nacionales al respecto⁸¹. Pueden prever, como consecuencia, el aniquilamiento del contrato de crédito. Es una solución lógica puesto que dicho crédito, en los términos convenidos, ha perdido su interés y pertinencia. La resolución del contrato principal y sus efectos obedecen también a reglas nacionales. Por ejemplo, la ley nacional puede disponer que, en caso de resolución imputable al vendedor, aquel último, a petición del prestamista, deberá indemnizarlo o garantizar el reembolso del préstamo.

En segundo lugar, cuando el bien o el servicio financiado no se ha facilitado según lo convenido, el consumidor tiene recurso contra el prestamista a falta de haber obtenido satisfacción por parte del proveedor⁸². Es otra consecuencia lógica del principio de la “unidad comercial” y de la interdependencia de los contratos. Las modalidades de este recurso competen a las legislaciones nacionales; puede establecerse una responsabilidad solidaria entre el proveedor y el prestamista. Sin embargo, conforme a lo juzgado por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo⁸³ bajo el efecto de la directiva anterior, este recurso contra el prestamista no está supeditado a la condición de que aquel último tenga exclusividad para el suministro de crédito a los clientes del proveedor.

37- El reembolso anticipado. En todo momento, el consumidor tendrá derecho a reembolsar su crédito, de modo anticipado, total o parcialmente⁸⁴. Y, consecuentemente, se beneficiará de una reducción del coste total del crédito con arreglo a la duración del contrato que queda por transcurrir. Ya la directiva de 1986 admitía estos principios.

Sin embargo, la nueva directiva recarga mucho el régimen de este derecho, globalmente en beneficio de los prestamistas. En efecto, en adelante y en principio, aquellos últimos tienen derecho a una compensación “justa y justificada objetivamente” en el caso de reembolso; lo que representa una regresión de los derechos de los consumidores en los Estados miembros que habían establecido el principio inverso de la gratuidad del reembolso anticipado.

Con más precisión, la directiva admite varias excepciones a este nuevo principio. No se aplica cuando el reembolso se produce dentro de un periodo en el cual el tipo deudor es variable, tampoco si se realiza en cumplimiento de un contrato de seguro que garantiza el crédito o en caso de posibilidad de descubierto.

Cuando se debe la compensación⁸⁵, la directiva limita doblemente su importe. Por una parte, no podrá superar al 1% del importe del crédito considerado si el plazo entre el reembolso anticipado y el término convenido resulta superior a un año (0,5% en el caso contrario) mientras que, por otra parte, no podrá exceder el importe de los intereses que el consumidor hubiera pagado durante el periodo de tiempo comprendido entre la fecha del reembolso

⁷⁹ CJCE 4 de marzo de 2004, asunto C-264/02, Cofinoga.

⁸⁰ Supra, n° 32.

⁸¹ Considerando 37.

⁸² Art. 15, apartado 2.

⁸³ CJCE 23 de abril de 2009, asunto C-509/07, Luigi Scarpelli.

⁸⁴ Art. 16, apartado 1.

⁸⁵ Contrapartida de un derecho otorgado al consumidor y no sanción de una culpa contractual, no puede analizarse como una penalidad contractual.

anticipado y el término inicialmente concertado del contrato. Desde nuestro punto de vista, si, aun dentro de estos límites, la compensación, según las circunstancias, no resulta “justificada objetivamente”, el consumidor debería poder solicitar su aminoración.

Sobre la base de esas reglas, la directiva reconoce cierto espacio de libertad a los Estados miembros. En especial, pueden determinar un umbral relativo al importe del crédito reembolsado anticipadamente a partir del cual el prestamista podrá reclamar una compensación. Dicho umbral no puede superar los 10 000 EUR en un periodo dado de doce meses. También es posible prever la disminución o el recargo de la compensación a nivel del perjuicio sufrido por el prestamista⁸⁶. En aquel último caso, se entiende que, de modo excepcional, se puede derogar el principio de doble limitación antes mencionado.

38- La resolución unilateral de los contratos de crédito de duración indefinida. La directiva reconoce este derecho de poner fin al contrato a cada una de las partes⁸⁷, pero según modalidades más ventajosas para el consumidor que para el prestamista.

El consumidor puede resolver gratuitamente y en todo momento a menos que el contrato haya estipulado un plazo de preaviso que, de todos modos, no podría exceder de un mes. Ninguna exigencia formal se requiere en este caso.

Por su parte el prestamista no puede resolver este tipo de contrato sino mediante documento en papel o en otro soporte duradero y el acatamiento de un preaviso de dos meses. Dicha posibilidad parece subordinada a la existencia de una estipulación en este sentido en el contrato. Pero, resulta claro que esa redacción no obstaculiza al ejercicio del derecho de cada una de las partes contratantes a resolver un contrato de duración indefinida conforme a los principios contractuales aplicables y, en especial, en caso de inejecución⁸⁸. Los principios contractuales no permiten que las partes se vinculen de modo perpetuo. Igualmente, “si así lo dispone el contrato”, el prestamista puede, “por razones objetivamente justificadas”, poner fin al derecho de utilización del crédito⁸⁹ mediante una información al consumidor, según las exigencias formales anteriormente descritas, sobre los motivos de la resolución. Esas “razones objetivamente justificadas” deberán ser interpretadas. Aquí también se necesitará referirse al derecho común aplicable al contrato considerado.

39- La cesión de los derechos del prestamista. El prestamista tiene la facultad de ceder a un tercero sus derechos nacidos del contrato concertado con el consumidor. Aquel último tiene que ser avisado de dicha cesión excepto cuando el prestamista sigue manejando el crédito negociado⁹⁰.

Por otra parte, la nueva directiva repite la regla ya expresada en 1986 según la cual el consumidor puede hacer valer ante el nuevo titular las mismas defensas y excepciones que ante el prestamista inicial.

40- La falta de reembolso. Al igual que la directiva, por principio, no rige las sanciones aplicables al prestamista que no respeta las obligaciones imperativas prescritas, no considera el caso del incumplimiento por el consumidor de sus obligaciones contractuales y, en especial, la de reembolsar el crédito. Sólo, recordamos, se prevé que el consumidor debe de ser informado, antes y en el contrato, del tipo de interés de demora y de los eventuales gastos por impago⁹¹. Es decir, que la determinación de las consecuencias jurídicas de los incumplimientos del consumidor compete también a las legislaciones nacionales.

⁸⁶ En este caso, el perjuicio se define como « la diferencia entre el tipo de interés acordado inicialmente y el tipo de interés al que el prestamista pueda prestar el importe del reembolso anticipado en el mercado en el momento de dicho reembolso » aumentada con los gastos administrativos : art. 16, apartado 3, b).

⁸⁷ Art. 13.

⁸⁸ Considerando 33.

⁸⁹ La directiva menciona exactamente el derecho « a disponer de cantidades » : art. 13, apartado 2.

⁹⁰ Art. 17, apartado 2.

⁹¹ Art. 5 y 6.

Se observa, sin embargo, que la directiva, según la moda actual, obliga a los Estados miembros a establecer modos alternativos “adecuados y eficaces” de arreglo de los litigios nacidos del crédito acordado. Desde nuestro punto de vista, no sería adecuado el establecimiento, por ejemplo, de un mediador asalariado por los organismos de crédito mismos. “Adecuado” debe significar competente, e independiente.

41- Esa directiva de 23 de abril de 2008, evidentemente, es un texto importante que forzará muchas modificaciones en la legislación de los Estados miembros. En todos los casos será una marcha hacia la complejidad; lo que se debe lamentar.

Por otra parte, a pesar del principio de armonización total, resulta claro que dicha directiva no tendrá por efecto de uniformizar las legislaciones nacionales sobre el crédito al consumo. Por lo demás, se puede poner en duda la oportunidad de este camino unificador habida cuenta de la variedad de las prácticas de crédito en los diferentes Estados miembros.

En cambio, en su contenido, la comentada directiva parece bastante equilibrada entre los derechos de los organismos de crédito y los de los consumidores. Desde este punto de vista, este texto participa a la vez de la regulación del mercado y de la protección de los consumidores. Sin embargo, respecto a todos sus aspectos de armonización total, tiene el inconveniente de obstaculizar cualquier progreso de las legislaciones nacionales en pro de los consumidores; lo que se puede lamentar habida cuenta del gran desequilibrio, tanto económico como jurídico, existente entre las partes que conforman el contrato de crédito.

BIBLIOGRAFÍA

CLARET, H., « Les obligations d'information du prêteur professionnel après la réforme du crédit à la consommation », *Contrats, Concurrence, Consommation* Noviembre de 2011, n° 14.

GOURIO, A., « La directive européenne du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs », *Juris Classeur Périodique - La Semaine Juridique* 2008, ed. E y A, 4 de septembre de 2008, n°2047.

GOURIO, A., « La réforme du crédit à la consommation », *Juris Classeur Périodique - La Semaine Juridique* 2010, ed. E y A, n° 1675.

RAYMOND, G., « Premières approches sur la directive n° 2008/48/CE », *Juris Classeur Périodique - La Semaine Juridique* 2008, ed. G., 26 de novembre de 2008, n° 215.

RAYMOND, G., « La loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation », *Contrats, Concurrence, Consommation* Octobre de 2010, p. 6 s.

LEGEAIS, D., « Directive crédit à la consommation », *Revue Trimestrielle Droit Commercial* 2008, p. 395 s.

PAISANT, G., « Vingt et un après : la nouvelle réforme des procédures de traitement des situations de surendettement par la loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010 sur le crédit à la consommation », *Revue Trimestrielle Droit Commercial* 2010, p. 800 s.

G. PAISANT, « La directive du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs », *Juris Classeur Périodique - La Semaine Juridique* 2012, ed. G, doct. 62.

PIÉDELIÈVRE, S., « La réforme du crédit à la consommation », *Dalloz* 2010, p 1952 s.

PIÉDELIÈVRE, S., Les nouvelles règles relatives au surendettement des particuliers, *Juris Classeur Périodique - La Semaine Juridique* 2010, ed. G 2010, n° 858.

VIGNEAU, V. Y LAURIAT, A., « La réforme du crédit à la consommation », *Droit et Procédures*, Febrero de 2011, p. 31 s.

VIGNEAU, V. Y LAURIAT, A., « La réforme du droit du surendettement des particuliers par la loi du 1^{er} juillet 2010 », *Dalloz* 2010, 2593 s.

