

*El enfoque del «crédito responsable»
como mecanismo de protección del consumidor
frente al riesgo de insolvencia*

*FERNANDO PEÑA LÓPEZ
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de A Coruña*

I. INTRODUCCIÓN: EL «CRÉDITO RESPONSABLE», LA CRISIS ECONÓMICA Y LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR FRENTE A LA INSOLVENCIA

De las intervenciones de los expertos y del público al hilo del tercer y último panel de estas «*Jornadas sobre el consumidor ante la crisis económica*», en el que se abordaron las cuestiones relativas a la insolvencia y el concurso del consumidor, es posible extraer, sin temor a equivocarse, la idea de que el punto de referencia fundamental de cualquier política relativa a la insolvencia del consumidor debe ser la concesión del crédito. Esta conclusión, sin suponer necesariamente el abandono del enfoque concursal del problema, sí parece conducir a que un modo correcto de actuar contra la insolvencia es insistir básicamente en la tutela preventiva y, por consiguiente, en el modo de concertar los contratos de financiación con los consumidores.

Es más, en las exposiciones de los Profesores CARRASCO y GARCÍA VICENTE se puso de manifiesto que la presunta bondad de la medida del «borrón y cuenta nueva» (*fresh start*) como colofón del concurso del consumidor honesto, además de

plantear otro tipo de problemas, podría resultar ineficaz por efecto de instrumentos de control de la concesión de crédito empleados por las entidades financieras (como las listas de morosos), ajenos –y contradictorios- con la postulada liberación concursal de deudas. Por otra parte, en las intervenciones de los expertos (fundamentalmente CARRASCO) se argumentó que, entre otros factores, la propia composición del pasivo del consumidor provoca que el actual proceso concursal no constituya, ni de lejos, un instrumento adecuado para dar respuesta a la situación de insolvencia, y que los costes de instauración de un procedimiento específico de corte concursal para los consumidores quizá sean excesivamente elevados en comparación con sus efectos beneficiosos (en términos de coste y beneficio social, obviamente).

Por lo demás, la crisis económica en la que todavía estamos inmersos ha evidenciado que el modo en que las entidades financieras en Europa y Estados Unidos conceden crédito tanto a los consumidores como a las empresas (y básicamente a las que operan en el sector inmobiliario) es un factor decisivo en el devenir –lo ha sido en el desplome- de nuestros sistemas económicos. En efecto, en contra de la opinión más generalizada en la ciencia económica en los años que precedieron a la actual crisis, si algo ha quedado claro es que, tanto en Europa como en Estados Unidos, todavía existe un espacio demasiado grande para la concesión irresponsable de crédito; y que conviene adoptar a la mayor brevedad todas las medidas que sean precisas para su eliminación como fenómeno significativo. La realidad del crédito irresponsable ha resultado especialmente penosa en los países con un mercado inmobiliario dominando el crecimiento económico. Entre ellos, sin duda, está España, en donde la concesión de crédito hipotecario de forma, cuando menos, próxima a la subprimización (entendiendo ésta como un modo de concesión de crédito hipotecario en el que se contempla como garantía esencial de devolución del crédito la rápida revalorización del activo inmobiliario), está lastrando todavía hoy la recuperación de la actividad de nuestro sistema financiero.

Desde estos parámetros y en este contexto, no es de extrañar que tanto en Europa como en EE.UU. una de las primeras reacciones frente a la crisis en términos de debate sobre medidas legislativas haya girado en torno al concepto de crédito responsable (*responsible lending*), frente al crédito irresponsable en general y, en Estados Unidos, particularmente frente al denominado crédito predatorio (*predatory lending*). En realidad, en Europa, ya en 2007 el Libro Blanco de la

Comisión Europea *sobre la Integración de los mercados hipotecarios de la UE* [COM (2007) 807 final] contenía un apartado específico sobre: «Concesión y contratación responsable de los préstamos» en el que se determinaban varias áreas de trabajo en las que era necesario incidir para conseguir una integración satisfactoria de los mercados hipotecarios¹. Del mismo modo en la Directiva de crédito al consumo de 2008 la potenciación de las normas sobre información al consumidor en la fase precontractual, así como la obligación de asesoramiento y de evolución de la solvencia del consumidor que se asignan al empresario son típicas del enfoque del «crédito responsable»². En todo caso, en la Comunicación de la Comisión de 4 marzo de 2009 sobre *conducción de la recuperación europea* [(COM 2009) 114], ésta manifiesta su intención de emprender la adopción de medidas a nivel de la UE sobre crédito responsable, incluyendo la creación de un entorno de fiabilidad respecto de la actividad de intermediación de créditos, con el objeto de desarrollar mercados financieros más responsables y dignos de confianza hacia el futuro³.

Sin perjuicio de lo dicho, la presencia del concepto de crédito responsable en etapas anteriores a que se conociese la hondura y la profundidad de la crisis actual, pone de manifiesto que este enfoque no es sólo la típica medida de choque contra la crisis, sino un instrumento de mejora y estabilización del mercado financiero en cualquier circunstancia. Es además, en opinión del Profesor CARRASCO, el modo más

-
- 1 De hecho, desde la publicación del Libro Blanco se han conseguido algunos progresos, como la elaboración de un *Acuerdo europeo relativo a un código de conducta voluntario sobre información precontractual para créditos-vivienda*, en el que se incluye una “*Ficha europea de información normalizada*” con la información precontractual que debería facilitarse al consumidor (incorporada como Anexo I a este escrito); o la creación de un Grupo de expertos en historiales crediticios (cfr. http://ec.europa.eu/internal_market/finservices-retail/credit/history_en.htm).
 - 2 Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2008 relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo. Un análisis sucinto de esta Directiva se puede encontrar entre los apéndices al trabajo del Profesor CARRASCO en este mismo Libro de Actas.
 - 3 En esta dirección, durante el verano de 2009, la Comisión realizó una Consulta Pública sobre crédito responsable en la UE, con el objeto de proveerse de la opinión de todos los sectores implicados acerca de las medidas a adoptar (tanto el contenido de la Consulta, como las respuestas obtenidas están a disposición del público en http://ec.europa.eu/internal_market/finservices-retail/credit/responsible_lending_en.htm#hearing).

adecuado –en términos de coste-beneficio, y de eficacia- para luchar contra el riesgo de insolvencia del deudor honrado. Desde su punto de vista, “*es más fácil crear, por vía de amenaza de responsabilidad civil, un fuerte incentivo en las entidades financieras para que controlen el volumen del sobreconsumo, que imponer soluciones concursales específicas*”⁴.

Sobre la base de lo expuesto, se entiende que la verdadera dimensión que se le atribuye a la cuestión del crédito responsable se relaciona, más que con medidas coyunturales o de impacto, con el concepto de economía sostenible, o lo que es lo mismo, con el modelo económico hacia el que se pretende que evolucione la configuración actual de la economía de mercado por parte tanto de las autoridades europeas como de las españolas. No en vano en el Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible, elaborado por el Gobierno de España, incluye un Capítulo III, relativo a los «mercados financieros» en el que se establecen una serie de principios y medidas relativas a este sector de actividad, entre las cuales ocupan el lugar más destacado las relativas a la «responsabilidad del crédito y protección de los usuarios de servicios financieros» (artículo 27). Especialmente interesante resulta la previsión de que, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la Ley, se aprueben las “*normas de conducta dirigidas a promover las prácticas de concesión responsable de créditos*” en relación con cualquiera de las modalidades de financiación al consumidor (préstamos y créditos hipotecarios, créditos al consumo y servicios prestados por las entidades de pago).

II. EL CONCEPTO DE «CRÉDITO RESPONSABLE» Y LAS MEDIDAS CONCRETAS QUE SE HAN ADOPTADO O PROYECTADO HASTA EL MOMENTO PARA SU FOMENTO

El «crédito responsable» al que se refieren los documentos, proyectos, acciones y textos legales señalados en el apartado anterior podría describirse como un acto de concesión de financiación en el que el producto financiero (cualquiera que sea su configuración negocial) es, por una parte, apropiado para la necesidad de

⁴ Cfr. CARRASCO PERERA, A.: “Sobreendeudamiento del consumidor y concurso de acreedores”, incluido en este mismo Libro de Actas.

financiación que quiere satisfacer el consumidor con él y, por otra parte, ajustado a la capacidad económica del prestatario en orden a su devolución. Se trata, por lo tanto, de un crédito en el que el riesgo de insolvencia ha sido debidamente valorado y asumido por la entidad financiera y también por un usuario informado de forma exhaustiva de las –seguras y posibles– consecuencias económicas de la financiación.

A partir de esta sencilla noción que describe un crédito en el que el riesgo de impago ha sido debidamente valorado y asumido responsablemente por todas las partes se dibuja un conjunto de líneas de actuación político-jurídicas, todas las cuales constituyen lo que hemos denominado: el enfoque del crédito responsable. En efecto, ya se ha dicho que, por si había alguna duda, la crisis ha demostrado que ni las entidades financieras ni los usuarios de los servicios de financiación se han ajustado a los parámetros de racionalidad elementales que se encuentran detrás de la noción de crédito responsable. Por esta razón es preciso que el Poder Público tome la iniciativa creando un marco de regulación que corrija las deficiencias que se han detectado en el mercado del crédito. Algunas de estas líneas de actuación se encuentran bastante alejadas del Derecho de consumo y nos interesan menos que otras. A continuación, y con el objeto de que el lector se forme una idea cabal del tipo de medidas de las que estamos hablando iremos exponiendo las distintas líneas de actuación que forman parte del enfoque, junto con las medidas concretas que ya se han adoptado en ciertos sectores, y con las que se proyecta adoptar en el futuro inmediato, prestando especial atención a aquellas materias propias o más relacionadas con eventuales futuras normas de Derecho privado positivo español:

1.- Medidas de supervisión eficaces tendentes a garantizar que las entidades financieras adoptan las provisiones de capital adecuadas a los riesgos que asumen cuando conceden financiación.

- a) En el **Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible**, se fortalecen, en esta dirección, las facultades de las autoridades financieras en materia de inspección y sanción (art. 26 y DF 7^a a 12^a).
- b) El 2 de diciembre de 2009, el **Consejo ECOFIN** acordó constituir tres nuevas autoridades para la supervisión de los servicios financieros en la UE (las llamadas «A.S.E.» –Autoridad Supervisora Europea–), cada una especializada

en una materia (bancaria, de seguros y pensiones, y de valores y mercados), con las que se tratará de modernizar la calidad y coherencia de la actual supervisión realizada por las autoridades nacionales, y la consolidación de grupos financieros transfronterizos, así como un único código de normas aplicables a todas las instituciones financieras⁵.

2.- Fortalecer las obligaciones de asesoramiento e información precontractual y contractual a cargo de la entidad financiera, de tal modo que consigan un conocimiento preciso y completo de las consecuencias económicas de la financiación por parte del consumidor, así como de las posibles alternativas a la misma.

a) En la **Directiva sobre crédito al consumo**, además del sometimiento de los contratos de crédito al consumo a la normativa sobre prácticas desleales, se disponen:

- Deberes específicos de información del prestamista tanto para la simple publicidad, como para la fase precontractual propiamente dicha, más profundos y extensos que los de la legislación precedente. Respecto de la simple publicidad se obliga al financiador, en caso de que indique cualquier información relativa al coste del crédito, a proporcionar una «información básica» que relaciona el art. 4.2 de la Directiva, y en la que está incluida la comunicación de la Tasa Anual Equivalente, calculada en la forma que el propio texto europeo señala, además de, entre otros, la duración del contrato, el tipo deudor (fijo/variable) y los eventuales recargos, el importe total del contrato y de cada uno de los plazos, así como la necesidad, si existe, de concluir un contrato accesorio de servicios para obtener la financiación –un seguro-, siempre que el coste de ese servicio no pueda calcularse de antemano. Igualmente, se fortalece considerablemente la obligación de información precontractual, destacando, en este sentido, la de facilitar gratuitamente la «información normalizada europea sobre el crédito al consumo» extraordinariamente detallada, que se precisa en el Anexo II de la Directiva.

5 Vid. el comunicado de prensa de la Sesión n.º 2981 del Consejo de Asuntos Económicos y Financieros, celebrada en Bruselas, el 2 de diciembre de 2009, disponible en: http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/es/ecofin/112351.pdf.

Asimismo, se establecen reglas específicas de información en relación con ciertos contratos concretos de crédito (arts. 5.2 y 3 y 6).

- Una obligación de asesoramiento del prestamista, que debe dar al consumidor las explicaciones necesarias para que éste pueda valorar si el contrato se ajusta a sus necesidades y a su situación financiera, si bien se deja a los Estados miembros que decidan la configuración jurídica que debe adoptar esta obligación.

- b) En el **Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible**, se establece la obligación de las entidades financieras de facilitar: *«a los consumidores, en especial a través de la oportuna información precontractual, las explicaciones adecuadas para que puedan evaluar si todos los productos bancarios que les ofrecen, en particular los depósitos a plazo y los créditos hipotecarios o personales, se ajustan a sus intereses, necesidades y a su situación financiera, llamando su atención sobre las características esenciales de dichos productos y los efectos que puedan tener sobre el consumidor, en especial las consecuencias en caso de impago»*. Para ello, se prevé que, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la Ley, se aprueben las normas precisas para regular la información precontractual que debe facilitarse a los consumidores, incluyendo la que debe aparecer en las páginas electrónicas de la entidad, así como el modo en que deben ofrecerse para alcanzar su total conocimiento y comprensión [arts. 27.1-III y 27.2 c)].
- c) **El Libro Blanco de la Comisión sobre la integración de los mercados de crédito hipotecario de la UE** a este respecto (último apartado del punto 4.1) establece, al igual que los dos textos anteriores, pero con la formulación programática y de opinión que le es propia, que los prestamistas hipotecarios deben facilitar al consumidor una información completa, así como las explicaciones que sean necesarias para efectuar una elección con conocimiento de causa⁶. Sin embargo, en este caso, la Comisión opinaba que no debería existir una obligación del prestamista de asesorar al consumidor a no ser que él propio

6 Ya se ha mencionado que se ha culminado, en esta dirección, la elaboración por parte de las Asociaciones Europeas de Consumidores de un *Acuerdo europeo relativo a un código de conducta voluntario sobre información precontractual para créditos-vivienda*, en el que se incluye una “*Ficha europea de información normalizada*” con la información precontractual que debería facilitarse al consumidor.

cliente lo pida de forma expresa, y ello porque: «repercutiría negativamente en los precios de las hipotecas y limitaría la gama de productos a disposición del consumidor, pues los prestamistas, como es lógico, asesorarían en relación con su propia gama de productos». Sin embargo, lo que sí estima la Comisión es que, cuando se proporcione el asesoramiento a petición del consumidor, éste debe «responder a principios muy estrictos»⁷.

3.- *Obligación de evaluación de la situación patrimonial del consumidor y de su nivel de ingresos actual y futuro, en orden a ponderar sus posibilidades reales de hacer frente a la devolución y pago del producto financiero. Especialmente importante, por el impacto que tuvieron determinadas malas prácticas en este ámbito durante la gestación de la crisis, es la correcta valoración de las garantías inmobiliarias que aseguren la devolución de los préstamos y créditos hipotecarios.*

- a) En la **Directiva sobre crédito al consumo** se crea una obligación del prestamista de evaluar la solvencia del consumidor sobre la base de una información suficiente. Esta información se obtendrá del propio consumidor y de la consulta de las bases de datos existentes al efecto. Esta misma obligación de evaluación se mantiene en cada momento en que las partes del contrato acuerden la modificación de las condiciones del crédito original, debiendo el prestamista actualizar la efectuada en el momento inicial. En cuanto al uso de bases de datos, la Directiva establece que los financiadores de un Estado puedan consultar las bases de datos de los demás Estados miembros en las mismas condiciones que los prestamistas de dichos Estados (art. 9). En caso de que el crédito se deniegue como consecuencia de una de estas consultas, se deberán indicar al consumidor los resultados de la misma.
- b) En el **Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible**, se impone también a las entidades financieras el deber de evaluar la solvencia del prestatario sobre la base de una información suficiente «incluyendo aquella facilitada por el solicitante y la resultante de la consulta de ficheros automatizados de datos de acuerdo con

7 En el Libro Blanco, la Comisión se proponía hacer una consulta entre todos los interesados acerca de la elaboración de criterios de asesoramiento rigurosos. Esta consulta ya ha sido realizada durante el verano de 2009 y sus resultados pueden verse en http://ec.europa.eu/internal_market/finservices-retail/credit/responsible_lending_en.htm#hearing.

la legislación vigente». Adicionalmente, se obliga a estas entidades a elaborar anualmente un documento escrito de buenas prácticas en la «concesión responsable de créditos», del que se dará cuenta en una nota de la memoria anual de la entidad, incluyendo «*una manifestación expresa del Consejo de Administración u órgano equivalente de la entidad sobre la existencia de dichas prácticas y de procedimientos dirigidos a su cumplimiento*» (art. 27.1). Dentro de las normas cuya aprobación prevé que se produzca en el plazo de seis meses desde su entrada en vigor, deben estar las tendentes a conseguir el objetivo que se acaba de enunciar. En concreto se refiere el Anteproyecto, entre varias generalidades, a la utilización obligatoria de un cuestionario detallado a cubrir por el prestatario, a la adecuada e independiente valoración de los inmuebles que se ofrecen en garantía, y a la consideración de diferentes escenarios en la evolución de los tipos junto con las posibilidades de cobertura en cada uno de ellos [27.2.a)].

- c) La evaluación de la solvencia del consumidor, antes de concederle el préstamo, es también uno de los pilares del apartado «concesión y contratación responsable de los préstamos» del **Libro Blanco de la Comisión sobre la integración de los mercados de crédito hipotecario de la UE** (último apartado del punto 4.1). En este sentido, además de anunciar una evaluación de las medidas posibles a adoptar en relación con esta posibilidad y sus costes, el Libro Blanco se preocupa de señalar que los prestamistas hipotecarios no deben ser «*discriminados en el acceso transfronterizo a los registros de créditos*», y que los datos crediticios, en este sentido, deben circular sin dificultad (sin perjuicio de las normas sobre protección de datos, claro está). En concreto, la misión que, en el ámbito de la circulación de datos, se impone la Comisión es la de examinar «*hasta qué punto las disposiciones sobre el acceso transfronterizo no discriminatorio a los registros de crédito y sobre el deber de dar explicaciones, contenidas en la (entonces) propuesta de Directiva de crédito al consumo, pueden hacerse extensivas al crédito hipotecario*». En la misma dirección, como ya se ha señalado, se creó en 2008 el Grupo de expertos sobre historiales de crédito⁸.

8 Cfr. http://ec.europa.eu/internal_market/finservices-retail/credit/history_en.htm.

4.- Creación de estándares normativos de conducta para quienes practican la intermediación en el crédito.

En la **Directiva sobre crédito al consumo**, se dispone la obligación de los intermediarios de crédito de proporcionar la misma información precontractual a los consumidores que los prestamistas. Además de dicha información, relativa al contrato en sí, deberán identificarse en el propio contrato con su dirección, informar de la remuneración que percibirán del consumidor por sus servicios, haciéndolo constar el acuerdo alcanzado con el intermediario en un documento escrito o en soporte duradero. Este acuerdo debe ser comunicado al prestamista para que el precio sea incluido en el cálculo de la Tasa Anual Equivalente (art. 21). Por otra parte, los intermediarios están obligados, de acuerdo con esta Directiva, a prestar asesoramiento al consumidor, en el mismo sentido y con el mismo alcance que los prestamistas, al efecto de que pueda valorar la idoneidad del instrumento de financiación seleccionado (arts. 5.1 y 5.6).

5.- Creación de estándares de conducta tendentes a garantizar un adecuado seguimiento del usuario durante el período de devolución del préstamo o crédito.

- a) En la **Directiva sobre crédito al consumo**, en este sentido, se establece únicamente la obligación de los Estados miembros de velar por que, si las partes acuerdan «*modificar el importe total del crédito tras la celebración del contrato de crédito, el prestamista actualice la información financiera de que disponga sobre el consumidor y evalúe su solvencia antes de aumentar significativamente el importe total del crédito*» (art. 8.2).
- b) En el **Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible**, se presta una especial atención (siempre a nivel de principios y objetivos generales, pues en este ámbito del crédito responsable, como se ha podido comprobar, el texto apenas se refiere medidas concretas) al seguimiento del usuario. En concreto, dentro de las normas que deben aprobarse para garantizar el adecuado nivel de protección de los clientes de las entidades de crédito se encuentran:

- «Parámetros de seguimiento que, en caso de que se produzcan cambios esenciales en las condiciones del mercado o en las circunstancias de los consumidores,

permitan la puesta en marcha de un proceso de renegociación de las condiciones contractuales con el fin de facilitar la continuidad de la relación contractual».

- Normas que regulen: *«La información que debe facilitarse cuando se emprenda un proceso de renegociación contractual, incluyendo los posibles efectos, consecuencias financieras, implicaciones legales y todos los costes que pueden derivarse de la operación»*

- *«Normas de conducta en el tratamiento de los impagos, dirigidas a promover el mejor procedimiento posible para ambas partes, de manera que la ejecución de la garantía se realice sólo cuando los intentos de alcanzar acuerdos alternativos no hayan tenido éxito».*

.....

Como se puede deducir de la lectura de este breve excurso, la situación normativa en relación con el enfoque del «crédito responsable» se encuentra todavía en plena fase de gestación. Las líneas de actuación generales que se acaban de señalar⁹, todavía no se han concretado en medidas de regulación del mercado del crédito del mismo alcance, y ni siquiera están recogidas por normas concretas integradas en el ordenamiento jurídico español (más allá del efecto indirecto que pueden tener las contenidas en una Directiva). Por otra parte, muchas de las medidas que se proponen o que nuestro Estado está obligado a adoptar supone una modificación de normas vigentes de Derecho privado y muy especialmente de normas de Derecho privado de consumo. Una buena parte de ellas (como las que afectan a la información precontractual y contractual) pueden considerarse una profundización o revisión de reglas y principios ya existentes. Sin embargo otras (como las que establezcan la obligación de evaluar la solvencia y una eventual responsabilidad civil de la entidad financiera por la concesión irresponsable de un crédito) son nuevas y no es fácil predecir en el momento presente siquiera cómo van a quedar configuradas, y mucho menos cómo van a funcionar¹⁰. En todo caso, no cabe duda de que, si tienen éxito,

9 Y que se pueden encontrar, por ejemplo, en el ya citado Libro Blanco de la Comisión Europea sobre la Integración de los mercados hipotecarios de la UE [COM (2007) 807 final], o en la *Propuesta de un marco europeo de préstamos responsables*, de la Asociación Hipotecaria Española y la Federación Hipotecaria Europea (cfr. <http://www.abe.es/bocms/sites/abe/pages/MenuOK.jsp?mID=26>).

10 En este sentido, conviene no perder de vista que al otro lado del Atlántico, en donde se padeció un nivel de crédito irresponsable superior (o muy superior) al de la mayor parte de los países

podrían incidir favorablemente en la reducción del nivel de conductas peligrosas (como la sobrevaloración de las garantías) en orden a la creación de situaciones de insolvencia del consumidor.

europeos, el 11 de diciembre de 2009, la Cámara de Representantes de los EEUU aprobó la reforma de Wall Street (*Wall Street Reform*) y una nueva Ley de Protección de los Consumidores (*2009 Consumer Protection Act*; H.R. 4173). En ambas se contiene un paquete de reformas con el que se ha pretendido conformar un sistema financiero más justo y equitativo para los ciudadanos estadounidenses. Dentro de las mismas se incluyen medidas que se encuentran en la misma línea de las que se están proponiendo en España y en el marco de la UE para promover que la concesión de crédito se efectúe de forma responsable. Entre ellas destaca la creación de una Agencia de protección financiera del consumidor, cuya misión será la de elaborar reglas (legales y de sentido común) tendentes a evitar el crédito predatorio y la concesión o petición de créditos irresponsables por parte de entidades financieras y consumidores