Centro de Estudios de Consumo

www.uclm.es/centro/cesco

NOTAS A LA STJUE DE 18 DE DICIEMBRE 2014 (ASUNTO C-449/13, CA CONSUMER FINANCE SA VS I. BAKKAUS; MR.&MRS. BONATO). OBLIGACIONES DERIVADAS DEL PRINCIPIO DE CRÉDITO RESPONSABLE: PRIMERAS INTERPRETACIONES DEL TJUE

Natalia Álvarez Lata
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad de A Coruña

Fecha de publicación: 16 de enero de 2015

1. INTRODUCCIÓN

Entre las obligaciones que la Directiva 2008/48/CE de contratos de crédito al consumo ha impuesto al prestamista, dos de ellas, las de los arts. 5.6 y 8 de la Directiva, son ciertamente novedosas. Se trata de la obligación de darle al consumidor las explicaciones adecuadas sobre la información contractual que se le reporta y la de evaluar su solvencia; ambas representativas del principio de responsabilidad en la concesión del crédito -en su doble faceta de *responsible borrowing* y *responsible lending*-, que exige la participación de todos los agentes que intervienen en el proceso de concesión del crédito. Por un lado, se procura que el consumidor se haga responsable de su propia decisión de endeudamiento, de la toma de decisiones informadas acerca de las condiciones y efectos del contrato de crédito al que se accede. Paralelamente, el enunciado principio de concesión de crédito responsable impone a las entidades concedentes de crédito el deber de prestar de manera prudente, honesta y transparente.

Las diferentes normas de transposición de los países miembros han venido integrando estas obligaciones en sus ordenamientos jurídicos de forma parecida, generalmente transcribiendo sin más las previsiones comunitarias. Es el caso de la Ley española de contratos de crédito al consumo, la Ley 16/2011, cuyos arts. 10, 11 y 14 han transpuesto las reglas comunitarias sin demasiada variación respecto de la Directiva 2008/48/CE. La ley francesa, sobre la que se plantea la cuestión prejudicial que resuelve la sentencia que se comenta, lo ha hecho a través de la Ley nº 2010-737, de 1 de julio de 2010, de reforma del crédito al consumo (recién modificada por la Ley n°2013-672 de 26 de julio de 2013), integrando en los artículos L. 311-1 y siguientes del *Code de la Consommation* las nuevas coordenadas en la materia, con ligeras variaciones respecto

de la Directiva y, en cualquier caso, de manera mucho más precisa que el legislador español.

La petición de decisión prejudicial que sirve de base a la resolución que se comenta tiene por objeto la interpretación de los referidos artículos 5 y 8 de la Directiva 2008/48/CE. De este modo, la STJUE 18 de diciembre 2014 (asunto c-449/13) se erige en fuente de las primeras interpretaciones del TJUE sobre los contornos de estas peculiares obligaciones, y asimismo acerca de su interrelación y prueba.

Esa petición se ha presentado en el marco de los litigios entre, por una parte, CA Consumer Finance SA (en lo sucesivo, «CA CF»), y, por otra, la Sra. Bakkaus, en uno de ellos, y los Sres. Bonato, acerca de reclamaciones de pago de cantidades adeudadas por préstamos personales que esa sociedad había concedido a los prestatarios, e impagadas por éstos. Los hechos que se exponen en la sentencia son los siguientes. El 5 de mayo de 2011 el matrimonio Bonato concluyó con CA CF, a través de un comerciante intermediario, un contrato de préstamo personal para la adquisición de un automóvil, por un importe de 20 900 euros, con un tipo deudor fijo anual del 6,40 % y una tasa anual equivalente del 7,685 %. El 15 de julio de 2011, la Sra. Bakkaus concluyó con CA CF un contrato de préstamo personal por un importe de 20 000 euros, con un tipo deudor fijo anual del 7,674 % y una tasa anual equivalente del 7,950 %. Habiendo dejado de pagarse las cantidades debidas para la devolución de esos préstamos, CA CF demandó a los prestatarios ante el tribunal d'instance d'Orléans para que se les condenara al pago del saldo de esos préstamos, más los intereses. El tribunal remitente apreció de oficio el motivo fundado en la posible pérdida del derecho a los intereses, prevista en el artículo L. 311-48, párrafo segundo, del Código de consumo[1], dado que CA CF no aportó en la vista la ficha de información precontractual que se debía entregar a los prestatarios ni ningún otro documento que pueda acreditar que cumplió en relación con ellos su deber de información y de comprobación de su solvencia. El tribunal remitente señala que la Directiva 2008/48 y la Ley nº 2010-737, que se propone transponer esa Directiva en el Derecho interno francés, imponen a los prestamistas obligaciones de información y de explicación que permitan al prestatario

[1] El artículo L. 311-48, párrafos segundo y tercero, del Código de consumo francés establece como sanción a las obligaciones del prestamista lo siguiente: "Cuando el prestamista no haya cumplido las obligaciones establecidas en los artículos L. 311-8 y L. 311-9, perderá el derecho a percibir intereses, en su totalidad o en la proporción que el juez determine. [...] El prestatario sólo estará obligado a devolver el capital en los plazos de vencimiento previstos y, en su caso, a pagar los intereses a cuya percepción no haya perdido derecho el prestamista. Las cantidades percibidas en concepto de intereses, que producen interés al tipo de interés legal desde el día de su abono, serán reembolsadas por el prestamista o se imputarán al capital restante adeudado". Sobre la (no) adecuación de estas sanciones (por el efecto perverso que puede producir) a la Directiva 2008/48/CE, cfr. la STJUE 27 marzo 2014, asunto C-565/2012.

tomar una decisión razonada sobre el compromiso contraído al suscribir el crédito. Sin embargo, ninguna disposición de esa Directiva ni de esa Ley establece reglas acerca de la carga y las modalidades de la prueba del cumplimiento de las obligaciones que incumben a los prestamistas. En lo que atañe a la obligación del prestamista de entregar a los consumidores una ficha de «información normalizada europea sobre el crédito al consumo», el tribunal remitente expone que CA CF no presentó dicha ficha. Esa sociedad tampoco presentó documentos relativos a su deber de explicación ni dio explicaciones sobre esa falta de justificante. El mismo tribunal señala, sin embargo, que en el contrato firmado por la Sra. Bakkaus figura una cláusula estandarizada así redactada: «Yo, Ingrid Bakkaus, abajo firmante, reconozco haber recibido la ficha de información normalizada europea y me doy por enterada de ella». Ese tribunal considera que dicha cláusula podría originar dificultades si su efecto fuera invertir la carga de la prueba en perjuicio del consumidor. El mismo tribunal estima que ese tipo de cláusula podría hacer difícil, si no imposible, el ejercicio por el consumidor del derecho a impugnar el pleno cumplimiento de las obligaciones a cargo del prestamista. En cuanto a la comprobación de la solvencia de los prestatarios, el tribunal remitente manifiesta que, si bien en el asunto en el que la Sra. Bakkaus es demandada, CA CF ha aportado una ficha de ingresos y de cargas firmada por esa persona, así como los documentos justificativos de los ingresos que la interesada le había presentado, no sucede así en el asunto en que son demandados los cónyuges Bonato.

2. ACREDITACIÓN Y PRUEBA DE LAS OBLIGACIONES DEL PRESTAMISTA

Resulta interesante la primera parte de la sentencia, relacionada con la prueba y acreditación de las obligaciones de información y evaluación de solvencia que atañen al prestamista en el ámbito de los contratos de crédito al consumo. Como es habitual, nada dice la norma comunitaria acerca de a quién corresponde la acreditación y prueba de las obligaciones. La sentencia comentada, por tanto, trae a colación la jurisprudencia reiterada, y citada por la propia resolución, según la cual: "a falta de normativa de la Unión en la materia, las modalidades procesales dirigidas a garantizar la salvaguardia de los derechos que nacen para los justiciables del Derecho de la Unión se determinan por el ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro en virtud del principio de autonomía procesal de los Estados miembros, a condición, sin embargo, de que esta regulación no sea menos favorable que la aplicable a situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) y de que no haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad) (véase, en especial, la sentencia Specht y

otros, C-501/12 a C-506/12, C-540/12 y C-541/12, EU:C:2014:2005, apartado 112 y la jurisprudencia citada)".

En este marco, las cuestiones concretas que se plantean, con respecto a la prueba de las obligaciones, son dos. Una más general, sobre si incumbe al prestamista demostrar el cumplimiento pleno y debido de las obligaciones que le corresponden en la celebración y el cumplimiento de un contrato de crédito. Otra, más concreta, acerca de si se opone la Directiva 2008/48/CE a que pueda probarse el cumplimiento pleno y debido de las obligaciones que incumben al prestamista tan solo mediante una cláusula tipo que figura en el contrato de crédito por la que el consumidor reconoce que el prestamista ha cumplido sus obligaciones, sin que lo corroboren los documentos emitidos por el prestamista y entregados al prestatario.

Respecto a la primera cuestión y apoyándose en el principio de efectividad antes aludido, la STJUE comentada no puede ser más clara al proclamar que "la observancia de ese último principio quedaría afectada si la carga de la prueba del incumplimiento de las obligaciones impuestas por los artículos 5 y 8 de la Directiva 2008/48/CE incumbiera al consumidor. En efecto, éste no dispone de los medios que le permitan probar que el prestamista no le ha facilitado la información prescrita por el artículo 5 de esa Directiva y no ha comprobado su solvencia. En cambio, la efectividad del ejercicio de los derechos conferidos por la Directiva 2008/48/CE se asegura por una regla nacional según la cual el prestamista está obligado en principio a acreditar ante el juez el buen cumplimiento de esas obligaciones precontractuales. Como se ha recordado en el apartado 21 de la presente sentencia, esa regla pretende así garantizar la protección del consumidor, sin lesionar de modo desmesurado el derecho del prestamista a un proceso justo". *Las disposiciones de la Directiva 2008/48 deben interpretarse en el sentido de que, "se oponen a una normativa nacional según la cual la carga de la prueba del incumplimiento de las obligaciones prescritas en los artículos 5 y 8 de la Directiva 2008/48 corresponde al consumidor*".

Respecto del hipotético impacto de la resolución en la LCCC, esta resolución viene a reforzar la tesis razonable por la cual se entiende que al empresario le corresponde acreditar el cumplimiento de *sus* obligaciones, en atención al principio de disponibilidad y facilidad probatoria recogido en el art. 217.7º LEC. Esta tesis ha sido mantenida para algunos pasajes del Derecho contractual de consumo -respecto, por ejemplo, de la propia obligación de documentar el contrato[2]-, y ya con carácter específico en el ámbito

[2] Cfr. GARCÍA VICENTE: "Comentario al art. 63", en BERCOVITZ: *Comentario al TRLGDCU*, 1ª ed., 2009, pp. 815-816; CÁMARA LAPUENTE: "Comentario al art. 63" en CÁMARA: *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, 2011, p. 568..

de las obligaciones de información de la LCCC[3], que nada dice acerca de la carga de la prueba[4]. En concreto, nosotros hemos defendido[5] que, aunque no lo diga la norma, la carga de la prueba debe recaer sobre el prestamista o el intermediario, posición que se derivaría, como ahora sostiene el TJUE en esta sentencia, de la lógica de la Directiva.

Sobre la segunda cuestión, se aborda la eficacia de las denominadas "cláusulas de conformidad" sobre el cumplimiento de las obligaciones –que, en el Derecho español, podrían entrar ya en el ámbito del art. 89.1 TRLGDCU, que las considera abusivas-. Aunque la STJUE comentada entiende que dicha cláusula tipo "no afecta a la efectividad de los derechos reconocidos por la Directiva 2008/48 si, en virtud del Derecho nacional, esa cláusula sólo implica que el prestatario reconoce que se le ha entregado la ficha de información normalizada europea", *otra cosa acontecería* si a dicha cláusula se le concede un efecto probatorio de las obligaciones del prestamista: "Si, en cambio, una cláusula tipo de esa clase significara, en virtud del Derecho nacional, el reconocimiento por el consumidor del pleno y debido cumplimiento de las obligaciones precontractuales a cargo del prestamista, originaría como consecuencia una inversión de la carga de la prueba del cumplimiento de esas obligaciones que podría perjudicar la efectividad de los derechos reconocidos por la Directiva 2008/48". En definitiva, y respecto a este segundo punto, las disposiciones de la Directiva 2008/48 "se oponen a que, en razón de una cláusula tipo, el juez deba considerar que el consumidor ha reconocido el pleno y debido cumplimiento de las obligaciones precontractuales que incumben al prestamista, de modo que esa cláusula origine así una inversión de la carga de la prueba del cumplimiento de esas obligaciones que pueda perjudicar la efectividad de los derechos reconocidos por la Directiva 2008/48, por otra parte".

3. ¿PUEDE EL PRESTAMISTA REALIZAR LA EVALUACIÓN DE LA SOLVENCIA SÓLO SOBRE LA BASE DE LA INFORMACIÓN

[3] BUSTO LAGO: "Comentario al art. 7", en MARÍN LÓPEZ: *Comentarios a la LCCC*, 2013, pp. 374-375.

[4] En cambio, el art. 97 TRLGDCU que regula la información precontractual de los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil (fruto de la Directiva 2011 de derechos de los consumidores), establece en su núm.8 que "La carga de la prueba en relación con el cumplimiento de los requisitos de información establecidos en este artículo incumbirá al empresario".

[5] Cfr. ÁLVAREZ LATA, "Comentario al art. 11", en MARÍN LÓPEZ: *Comentarios a la LCCC*, cit., p. 544. Sobre la carga de prueba en las obligaciones de información alguna jurisprudencia se ha pronunciado expresamente: «la carga de la prueba de la correcta información sobre productos financieros recae sobre el profesional, respecto del cual la diligencia exigible es la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes, siendo esta conclusión lógica puesto que, desde la perspectiva del cliente, se trataría de probar un hecho negativo como es la ausencia de dicha información» (SSAP Zamora 22 septiembre 2011 [JUR 2011, 392819]; Valencia 26 abril 2006 [JUR 2006, 272575], entre otras).

PROPORCIONADA POR EL CONSUMIDOR? ¿DEBERÍA VERIFICAR DICHA INFORMACIÓN EN CUALQUIER CASO?

Uno de los principales interrogantes que plantea la obligación de solvencia del art. 8 Directiva 2008/48/CE –al margen de la otra gran cuestión: la de las consecuencias de su vulneración (sobre esto puede verse la STJUE 27 marzo 2014, asunto C-565/2012[6])- es el del modo de su cumplimiento. El art. 8.1 de la norma comunitaria establece que, antes de que se celebre el contrato de crédito, el prestamista está obligado a evaluar la solvencia del consumidor, sobre la base de una información suficiente, facilitada en su caso por el consumidor y, cuando proceda, basándose en la consulta de la base de datos pertinente. Como se observa de la mera lectura del precepto –y dice la resolución comentada-, la Directiva 2008/48 "no enuncia de forma exhaustiva la información que ha de servir para que el prestamista analice la solvencia del consumidor, ni tampoco precisa si esa información debe comprobarse y de qué manera". Es decir, el legislador comunitario ha dejado un margen de apreciación al prestamista para determinar si la información de la que dispone es o no suficiente para acreditar la solvencia del consumidor y si debe verificarla por otros medios.

En este contexto, la STJUE es clara en la contestación de la cuestión planteada, y siempre desde la interpretación del art. 8 Directiva 2008/48/CE:

1º El prestamista debe apreciar en cada caso y atendiendo a las circunstancias específicas de éste si la referida información es adecuada y suficiente para evaluar la solvencia del consumidor. En ese sentido, "la suficiencia de esa información puede variar en función de las circunstancias en las que se concluye el contrato de crédito, de la situación personal del consumidor o del importe previsto por ese contrato. Esa evaluación puede realizarse mediante documentos justificativos de la situación económica del consumidor, pero no cabe excluir que el prestamista pueda servirse del conocimiento previo de la situación económica del solicitante del préstamo de la que disponga, en su caso".

2º No obstante, "las simples declaraciones no sustentadas de un consumidor no pueden por sí mismas calificarse como suficientes *si no las acompañan documentos acreditativos*".

3º La Directiva 2008/48 "no exige a los prestamistas comprobar sistemáticamente la veracidad de la información facilitada por el consumidor". Serán las circunstancias de cada caso específico las que determinen el contexto de esta exigencia; dice el TJUE que

[6] Cfr. al respecto el comentario de GARCÍA RUBIO: "La obligación a cargo del profesional de evaluar la solvencia del consumidor prestatario", en *Unión Europea*, 87-2014, pp. 49 y ss.

"el prestamista puede considerarse satisfecho con la información que le aporte el consumidor o bien juzgar que es necesario obtener su confirmación". Claro, esto, como la propia sentencia señala, "sin perjuicio de la segunda frase del apartado 1 del artículo 8 de la Directiva 2008/48, según la cual los Estados miembros pueden mantener en su legislación la obligación de que el prestamista consulte una base de datos".

En fin, "el artículo 8, apartado 1, de la Directiva 2008/48 debe interpretarse en el sentido de que *no se opone a que la evaluación de la solvencia del consumidor se realice a partir exclusivamente de la información presentada por éste, siempre que esa información sea suficiente y que las simples declaraciones del consumidor se acompañen de documentos acreditativos, por una parte, y de que no exige al prestamista comprobar sistemáticamente la información facilitada por el consumidor, por otra*".

Sin ocultar cierta perplejidad respecto del planteamiento de parte de esta cuestión prejudicial precisamente referido al Derecho francés, en tanto en cuanto la ley francesa sí exige la consulta, en términos generales, de las bases de datos para el prestamista (cfr. art. L 311-9 del *Code de la Consommation*[7]; vid. también, en el sentido de exigir su consulta, la citada STJUE 27 marzo 2014, asunto C-565/2012), me centraré en comentar la repercusión de esta resolución en el caso de que el derecho aplicable al caso fuera el Derecho español[8].

En este sentido, la LCCC no ha concretado, a pesar de poder hacerlo, el mandato del art. 8 de la Directiva -más profusa es, en cambio, la normativa aplicable a las entidades de crédito, que sí determina ciertas prácticas para la evaluación de la solvencia del cliente[9]-. En otros sistemas, en cambio, sí se ha tratado de establecer ciertas pautas o buenas prácticas en este sentido. Acerca de la consulta de ficheros de datos, algunos estados la consideran relevante sólo cuando sea necesaria; en Portugal[10] y en Francia es, como se

[7] Art. L 311-9 del Code de la Consommation: "Avant de conclure le contrat de crédit, le prêteur vérifie la solvabilité de l'emprunteur à partir d'un nombre suffisant d'informations, y compris des informations fournies par ce dernier à la demande du prêteur. Le prêteur consulte le fichier prévu à l'article L. 333-4, dans les conditions prévues par l'arrêté mentionné à l'article L. 333-5, sauf dans le cas d'une opération mentionnée au 1 de l'article L. 511-6 ou au 1 du I de l'article L. 511-7 du code monétaire et financier. El último aserto deriva de la LOI n°2013-672 du 26 juillet 2013.

[8] Sobre el art. 14 LCCC, nos remitimos a nuestro comentario en MARÍN LÓPEZ: *Comentarios a la LCCC*, cit., pp. 578 y ss.

[9] Cfr. art. 18 de la Orden EHA 2899/201, que exige la implementación de "procedimientos internos específicamente desarrollados para llevar a cabo la evaluación de solvencia mencionada en el párrafo anterior". Vid. también la norma 12ª de la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos

[10] El art. 10 de la norma portuguesa establece la "consulta obrigatória à Central de Responsabilidades de Crédito, a que se refiere el Decreto-Lei nº 204/2008, de 14 de Outubro". Además, para completar la

vio, obligatoria. En general, la obligación está reservada para los bancos e instituciones de crédito, sin que estén los intermediarios sujetos a esa obligación. La evaluación de la solvencia debe basarse asimismo en la suficiente información dada por el consumidor, que, en puridad, es el sujeto evaluado (aunque, por ejemplo, en la Ley belga se establece la necesidad de evaluar a terceros que presten garantía personal en el crédito). En general, se establece la posibilidad de que se consulten fuentes diversas (datos que el prestamista tuviera respecto del consumidor; información dada por el consumidor; y la consulta de ficheros). Ciertos países claramente hacen referencia no sólo a los ficheros negativos o de incidencias de pago sino también a los positivos, en donde conste el historial de créditos o de otros datos relevantes para la solvencia patrimonial del deudor (v. gr. Austria, República Checa).

Sin embargo, el art. 14 LCCC diseña la obligación de evaluar la solvencia como una obligación abierta, sin marco formal determinado, y que debe venir presidida por la finalidad a la que responde: la valoración de la situación económica del consumidor y, en particular, de su capacidad para hacer frente a la devolución del préstamo[11]. La evaluación de solvencia del consumidor generalmente se traduce en un procedimiento complejo que se nutre de fuentes variadas y que puede responder a diferentes sistemas (*credit reporting*). En cualquier caso, la clave en el proceso de evaluación es la consecución de la *información suficiente* que fundamente el análisis del riesgo. La norma señala que se debe evaluar la solvencia del consumidor "sobre la base de una información suficiente obtenida por los medios adecuados a tal fin, entre ellos, la información facilitada por el consumidor, a solicitud del prestamista o intermediario en la concesión de crédito. Con igual finalidad, podrá consultar los ficheros de solvencia patrimonial y crédito, a los que se refiere el art. 29 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, en los términos y con los requisitos y garantías previstos en dicha Ley Orgánica y su normativa de desarrollo".

El legislador español da posibilidades diferentes para su cumplimiento (acceso a ficheros, información dada por el consumidor; otros medios adecuados a tal fin). En atención a la norma y a su interpretación conforme a la Directiva y, especialmente, a los parámetros que se plasman en las nuevas propuestas en la materia (mayor protagonismo de la información dada por el consumidor; derecho a revisión manual de la evaluación…) se podría extraer la idea de que es preferible que no se evalúe la

---

información anterior, el prestamista debe pedir información al consumidor y también puede «completamente, proceder à avaliação prevista no número anterior a través da consulta da lista pública de execuções, a que se refere o Decreto-Lei nº 201/2003, de 10 de Setembro, ou de outras bases de dados consideradas úteis para a avaliação da solvabilidade dos consumidores".

solvencia de manera automática, acudiendo sólo a una fuente, sino que juegue un papel fundamental la *valoración multifactorial o multicausal de la misma*. Adviértase que la evaluación de la solvencia habrá de basarse –según el art. 8 Directiva 48/2008/CE y art. 14.1 LCCC– en una «*información suficiente*». No hay duda de que la pluralidad de fuentes redundará en beneficio del consumidor, y del propio prestamista, por lo que habrá de tender hacia este modelo (que por otra parte ya se ha trasladado a las reglas expuestas de la Orden 2011, en la que el procedimiento del art. 18 agrupa la valoración de numerosos criterios). Por las razones anteriores –y también por motivos económicos– en el proceso de elaboración de la Directiva se descartó la creación de macroficheros o bases de datos centralizadas, a cambio, eso sí, de la garantía de los prestamistas a las bases de datos de los países de la UE en condiciones no discriminatorias.

En todo caso, según la resolución ahora comentada el prestamista tiene suficiente margen de maniobra para considerar cuándo la información reportada por el consumidor es suficiente y prescindir de otras comprobaciones. El límite que señala la resolución es la "acreditación" de la información cuando es recibida por el consumidor. No es considerada, por tanto, información suficiente la que se base en *simples declaraciones del consumidor que no se acompañen de documentos acreditativos*.

Finalmente, téngase en cuenta que no es sustituible, el proceso de evaluación de la solvencia, por otras cautelas, como la suscripción de un seguro por el consumidor o la prestación de garantías accesorias[12]. En cualquier caso, si se exige como condición para la concesión del crédito un seguro u otro contrato accesorio, habrá de expresarse en forma clara, concisa y destacada, tanto en la publicidad (art. 9.3 LCCC) como en la información precontractual (art. 10.3.k) LCCC). En punto a la exigencia de garantías adicionales, el Informe del Parlamento sobre la aplicación de la Directiva 2008/48/CE, de octubre de 2012, pide que "a las entidades financieras que no concedan créditos al consumo garantizados con la vivienda del consumidor cuando el sueldo o salario del mismo no sea suficiente […] y si procede, se obtenga una garantía adecuada, con el fin de asegurar un nivel de riesgo apropiado tanto para el consumidor como para el proveedor"[13].

4. ¿SE PUEDEN PROPORCIONAR LAS EXPLICACIONES ADECUADAS AL CONSUMIDOR SIN SABER CUÁL ES SU SITUACIÓN FINANCIERA? ¿DEBE,

[12] Expresamente lo prohíbe el art. 18 Orden EHA/2899/2011: "En el caso de suscripción de seguros de amortización de créditos o préstamos, *tal suscripción no podrá sustituir, en ningún caso, la necesaria y completa evaluación de la solvencia del cliente* y de su capacidad para cumplir con sus obligaciones de pago por sus propios medios".

[13] *Informe del Parlamento sobre la aplicación de la Directiva 2008/48/CE*, de 19 octubre de 2012, p. 11.

POR TANTO, LA OBLIGACIÓN DE INFORMACION SER POSTERIOR A LA DE EVALUAR LA SOLVENCIA?

La cuestión que se plantea en este punto es la interrelación de las obligaciones de evaluación de solvencia y de dar las explicaciones adecuadas. No en vano, como ya se explicó al inicio, constituyen dos perspectivas diferentes del mismo principio de crédito responsable. El Tribunal que remite la cuestión prejudicial pregunta, en primer término, si el art.5.6 Directiva 2008/48 debe interpretarse en el sentido de que no se puede considerar que el prestamista haya facilitado explicaciones adecuadas al consumidor si no ha comprobado previamente la situación económica y las necesidades de éste. En segundo lugar, también se cuestiona si esa disposición debe interpretarse en el sentido de que se opone a que las explicaciones adecuadas facilitadas al consumidor deriven únicamente de las informaciones contractuales mencionadas en el contrato de crédito, sin que se haya elaborado un documento específico.

Acerca de estas dos cuestiones planteadas, el TJUE contesta de la siguiente forma:

1º En el entendimiento (interpretación de art. 5.6 con CDO 27 de la Directiva) de que el consumidor antes de concluir el contrato de crédito puede necesitar ayuda complementaria para decidir qué contrato de crédito es el que mejor se ajusta a sus necesidades y su situación económica, "el prestamista debe facilitar al consumidor explicaciones adecuadas y personalizadas gracias a las que éste se encuentre en condiciones de determinar si el contrato de crédito ofrecido se adapta a sus necesidades y a su situación económica, en su caso dándole explicaciones sobre la información precontractual, las características esenciales de los productos ofrecidos y los efectos específicos que puedan tener en su situación, incluidas las consecuencias de un impago por el consumidor". Esta obligación "pretende hacer posible que el consumidor tome su decisión con pleno conocimiento sobre un tipo de contrato de crédito" y, junto con la del art. 8, "tratan de proteger y asegurar a todos los consumidores de la Unión un nivel elevado y equivalente de protección de sus intereses". Sin embargo, aunque evidente sea su interrelación y su carácter precontractual, dice la STJUE comentada que "no se deduce del texto ni de los objetivos de los artículos 5 y 8 de la Directiva 2008/48 que la evaluación de la situación económica y de las necesidades del consumidor deba realizarse antes de proporcionar explicaciones adecuadas. No existe, en principio, un nexo entre las dos obligaciones derivadas de esos artículos de la referida Directiva. El prestamista está en condiciones de dar al consumidor explicaciones, fundadas únicamente en los datos que éste le comunica, para que el consumidor se decida en relación con un tipo de contrato de préstamo, sin que esté obligado a evaluar antes la solvencia de éste. No obstante, el prestamista debe tener en cuenta la evaluación de la

solvencia del consumidor en el supuesto de que esa evaluación haga necesaria una adaptación de las explicaciones facilitadas".

2º En cuanto a las modalidades de cumplimiento de la obligación, la resolución claramente establece que el art. 5.6 de la Directiva 2008/48, "a diferencia del apartado 1 del mismo artículo, no precisa la forma en la que las explicaciones adecuadas que prevé deben proporcionarse al prestatario. Por tanto, "*ni del texto de ese apartado 6 ni del objetivo que persigue se deduce que esas explicaciones deban facilitarse en un documento específico, y no cabe excluir que esas explicaciones puedan comunicarse oralmente por el prestamista al consumidor en una entrevista con éste*". Ello con independencia de que los Estados miembros puedan precisar la obligación de proporcionar explicaciones adecuadas que incumbe al prestamista.

Nada sorprendente hay en esta interpretación, plenamente aplicable al Derecho español. Obviamente la Directiva 2008/48/CE no marca la forma en que se han de procurar estas explicaciones –que debería ser, como la propia sentencia reconoce, cuestión a regular por los Derechos nacionales[14]-, por lo que, en principio, no se habría de oponer a la Directiva el hecho de que el prestamista dé las explicaciones pertinentes al consumidor de cualquier modo -si el Estado al transponer la norma comunitaria no ha determinado una forma específica para hacerlo-. Es más, puede entenderse como síntoma de la propia plasticidad que debería de predicarse de este tipo de obligación[15], que no debería encorsetarse en formas concretas. En este sentido, es obvio que la Directiva 48/2008/CE ha querido dar un paso más en el modo de suministrar la información, para evitar dar todo el protagonismo a la forma escrita como el vehículo idóneo para garantizar que el consumidor tenía acceso a la misma. No hay que proporcionar muchos argumentos para poner de relieve de que tal proceder, que ha consistido en muchos casos en una inflación de la documentación contractual, no ha resultado suficiente ni eficiente. Por estas razones, la Directiva entendió que debía *añadirse al deber objetivo de la información uno de explicación de carácter subjetivo*. En términos generales, por tanto, ha de valorarse positivamente que se consagre en la Directiva (y en la LCCC) el deber del prestamista de explicar el contrato al consumidor antes de que se celebre; regla que aporta flexibilidad, frente a otras maneras de suministrar la información, y adecuación al perfil concreto del consumidor: una información *ad hoc* para que *ese* consumidor entienda. Asimismo reduce los efectos de la información excesiva, sobre todo por lo que

[14] Dice al final el art. 5.6: "Los Estados miembros podrán adaptar el modo de prestación de esta asistencia y su alcance, así como la identidad de la parte que se hará cargo de ella, a las circunstancias particulares de la situación en que se ofrece el contrato de crédito, la persona a quien se ofrece y el tipo de crédito ofrecido".

[15] Me remito a ÁLVAREZ LATA: "Comentario al art. 11", en MARÍN LÓPEZ: *Comentarios a la LCCC*, 2013, p. 533 y ss.

se refiere al *not reading at all*, que echa por tierra la efectividad de las obligaciones de información que parten precisamente de la lectura[16].

Claro que el contraargumento a este nuevo modo de proceder asoma fácilmente, sobre todo en los casos, como el español, en los que no quedan claros los contornos de dicha obligación ni, por ejemplo, si debe haber evidencia del modo y forma en el que se producen esas explicaciones. No es difícil pensar que la explicación personalizada de la información precontractual, dada por una persona de la oficina de la entidad de crédito o del prestamista (o a través del teléfono o de otro medio) o del intermediario, derivará en una simplificación de algunos extremos del contrato (con el fundamento de que «el consumidor lo entienda»), cuya consecuencia podrá ser la omisión, contradicción o reducción de algunos aspectos del contrato (dejamos al margen conductas pseudoengañosas o malintencionadas movidas por incentivos basados en la consecución de objetivos comerciales). Ello nos sitúa ante dos problemas relacionados entre sí –y claramente puestos de relieve en esta sentencia-: la forma y prueba de prestación de la obligación de asistencia y el conflicto entre la información precontractual dada por escrito y las explicaciones o aclaraciones que se hagan personalmente al consumidor.

Como ya se anticipó, el art. 11 LCCC no detalla el modo en que se entiende por cumplida la asistencia al consumidor, limitándose a señalar se darán las "*explicaciones adecuadas de forma individualizada"*[17]. Para la legislación española es suficiente con que se facilite verbalmente esta explicación de manera exclusiva o individual al consumidor, a modo de informe o comentario individualizado. No habría necesidad, si nos atenemos al art. 11 LCCC, de que se reproduzcan por escrito las explicaciones ni tampoco que se entregue al consumidor un informe individualizado sobre éstas. Ello se cohonesta con lectura del precepto, en conexión con el art. 10 LCCC y tal interpretación viene ahora refrendada por la STJUE comentada.

Sin embargo, no considero que esta interpretación sea la más razonable. No exigir algún tipo de evidencia, prueba o documental constatación *de cuáles son las conclusiones o las explicaciones que se dan en ese acto* –sea cual sea su soporte– tendrá una de estas dos consecuencias: a) convertir a la obligación de asistencia en una fuente de litigios en los que los consumidores defraudados en sus expectativas con el producto contratado, cuya capacidad de endeudamiento rebase aquellas expectativas, o simplemente incumplidores, defiendan que las explicaciones dadas no se compadecen con la información por escrito que no entienden y que no se les explicó debidamente

[16] Cfr; VAN BOOM: "Information disclosure in the EU Consumer Credit Directive…", *Rotterdam Institute of Private Law, 2009*, p. 19.

[17] Tampoco las normas sectoriales aplicables a las entidades de crédito establecen ningún requisito formal para la prestación de la obligación (cfr. art. 29.1 LES y art. 9 Orden EHA/2899/2011).

para que pudieran considerar si iban a ser capaces de asumir el repago del crédito; o b) dejar a la obligación de asistencia sin efecto jurídico alguno, si es que los tribunales entienden que es difícil la prueba de esas explicaciones, porque lo relevante es la ficha de información que se facilita o cuestiones semejantes. Nótese –en favor de esta última alternativa (*rectius*, de la intuición de que el art. 11 LCCC está abocado a convertirse en papel mojado)– que la norma, además de no implicarse en el modo de prestación de la obligación, no resuelve los dos problemas fundamentales que plantea: el de la contradicción entre lo explicado y el contenido de la información de los arts. 10 o 12 LCCC y el del incumplimiento de la obligación de asistencia. La necesidad de evidencia escrita o su plasmación en algún soporte duradero para las explicaciones del art. 11 LCCC puede encontrar algún apoyo normativo en el art. 7 LCCC, cuyo núm. 1, somete a ciertos requisitos generales la información de la Ley. En efecto, este precepto, en sede de disposiciones generales, dice que "La información que con arreglo a esta Ley se ha de proporcionar al consumidor, ya sea con carácter previo al contrato, durante su vigencia o para su extinción, *constará en papel o en cualquier otro soporte duradero"*. En el entendimiento de que las explicaciones adecuadas del art. 11 LCCC constituyen, en realidad, información precontractual –el art. 5.6 de la Directiva 48/2008/CE está incluido dentro del art. 5: Información precontractual– cabe sostener que algún reflejo documental habrá de suceder a las explicaciones que se le den al consumidor[18]. Lógicamente, la plasmación por escrito o en otro soporte de estas explicaciones individualizadas, a modo de informe personalizado o resumen de lo explicado o aclarado –como un acta de la explicación personalizada–, resolvería asimismo el problema de la prueba del cumplimiento de la obligación[19] del art. 11 LCCC

[18] En este sentido, nos convence plenamente la transposición que realizó el legislador portugués realizada en el art. 7 del Decreto-Lei nº 133/2009 de 2 de Junho, cuyo apartado 2 exige esta plasmación documental de las explicaciones realizadas: "Estes esclarecimentos devem ser fornecidos antes da celebração do contrato de crédito, *devem ser entregues ao consumidor em suporte duradouro reprodutível* e devem ser apresentados de forma clara, concisa e legível".

[19] Otra vez, la norma portuguesa ha incorporado esta cuestión: "*Compete ao credor e, se for o caso, ao mediador de crédito fazer prova do cumprimento das obrigações previstas neste artigo"* (art. 7.4 Decreto-Lei nº 133/2009 de 2 de Junho).