

# LA INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL EN LA DIRECTIVA DE CRÉDITO AL CONSUMO

BERNARDO HERNÁNDEZ BATALLER\*

Consejero del Comité Económico y Social de la Unión Europea

## EXCERTOS

*“La obligación de información encuentra su fundamento en un desequilibrio de conocimientos entre los contratantes, desequilibrio que se acentúa en materia de consumo”*

*“La Directiva establece una protección para los consumidores allí donde no existe legislación sectorial específica a nivel comunitario y prohíbe a los comerciantes crear una falsa impresión sobre la naturaleza de los productos”*

*“Esta Directiva, es un instrumento legislativo de aproximación de legislaciones de los Estados con objeto de modificar y consolidar las diferentes Directivas existentes sobre la materia”*

*“La obligación de los Estados miembros de aplicar las disposiciones de la Directiva debe limitarse, por consiguiente, al ámbito de aplicación que dichas definiciones determinan”*

## 1. Introducción: el denominado “deber precontractual de información”

El deber precontractual de información tiene en la actualidad, en la Unión Europea, una enorme trascendencia no solamente por la forma en que la información general e impersonalizada es transmitida a través de las nuevas tecnologías de la información sino también por la incidencia que ella tiene en la expresión del consentimiento para el perfeccionamiento de múltiples negocios jurídicos<sup>1</sup>. El deber de informar en la sociedad de la información tiene gran entidad y comprende toda la información privada en poder del vendedor que pudiese afectar a la decisión del comprador. De ahí que, en las numerosas leyes que aluden a este deber, se sostenga que la información ha de ser exacta, suficiente y completa.

En teoría, el empresario debe suministrar con carácter previo los datos que han de considerarse “determinantes de la voluntad negocial” del consumidor, esto es aquella información que es *sustancial* en la medida en que es susceptible de afectar a la decisión de contratar del consumidor<sup>2</sup>.

La obligación de información encuentra su fundamento en un desequilibrio de conocimientos entre los contratantes, desequilibrio que se acentúa en materia de consumo. Por ello, la información es el principal instrumento con que cuentan los consumidores para hacer frente a las técnicas agresivas del comercio moderno. De una buena información depende un consentimiento libremente formado y exento de vicios. Hay que tener en cuenta, además, que la obligación de informar, contemplada desde la perspectiva de la buena fe en sentido objetivo, adquiere utilidad como criterio de imputación de responsabilidad precontractual: la parte dañada se encuentra vinculada a un contrato que resulta insatisfactorio, y su actitud ante la configuración del mismo habría sido distinta de haber sido correctamente informada (por ejemplo, si la otra no le hubiera proporcionado datos falsos o no se hubiera callado los correctos).

La obligación de información encierra dos aspectos básicos: uno negativo (abstenerse de dar información errónea) y otro positivo (el de transmitir toda la información exigible). Así pues, será exigible aquella información que sea necesaria para el receptor de la misma al efecto de la formación adecuada de su consentimiento contractual.

Con carácter general, la información no es sólo un deber, sino también un derecho básico, que cobra especial relevancia en materia de consumo<sup>3</sup>.

### **1.1 El deber de información precontractual en algunos ordenamientos jurídicos europeos**

Los ordenamientos jurídicos pertenecientes al derecho continental europeo se caracterizan por una aproximación más flexible con una cierta tendencia al establecimiento de deberes precontractuales de informar, mientras que, en los ordenamientos pertenecientes al *common law* la respuesta se decanta por la negativa<sup>4</sup>.

Cabe hacer una somera referencia, a la regulación de este deber en algunos ordenamientos de países europeos:

–En derecho inglés:

El derecho inglés opta por un modelo de deberes de información excepcionales, circunscrito a ciertos supuestos de hechos identificados por el legislador o los jueces. Los autores<sup>5</sup> están de acuerdo en que durante la negociación de un contrato no existe lo que se podría denominar una *general obligation* de informar, es decir, durante la negociación de un contrato no existe un deber *general* de informar para las partes, aún cuando una de ellas conozca información que la otra ignore y dicha información sea determinante, para la decisión de esta última de contratar o no, o en qué términos hacerlo.

En el derecho inglés la regla era el *caveat emptor*, en base al cual cada parte se protege a sí mismo. Si no existen garantías explícitas o implícitas sobre la cosa y hubo oportunidad de inspeccionarla, ni se puede alegar luego que ésta carece de algunas cualidades determinantes de la voluntad de comprador. La expresión que suele utilizarse en el derecho inglés, y en general en el *common law* es *duty disclosure*.

En el derecho inglés existe una marcada diferencia en el tratamiento que se prodiga a suministro de información falsa y a la reticencia. Si bien, por una parte, se asume que, durante la negociación de un contrato, no existe un deber general de informar; de otra parte, sin embargo, existe una regla general y bastante estricta, según la cual una parte no debe formular declaraciones falsas a la otra. La formulación de declaraciones falsas es, salvo algunas excepciones, el supuesto de hecho de la *misrepresentation*<sup>6</sup>.

Debe clarificarse que, cuando se afirma que en el derecho inglés no existe un deber general de informar, no se incluye aquí las infracciones a

dicho deber a través de una acción: el suministro de información defectuosa. Quien elija suministrar información debe hacerlo de forma correcta. En general, la *misrepresentation*, puede definirse, como una declaración falsa de una parte que, induce a la otra a celebrar un contrato. Es más, existen, al menos, dos supuestos que, generalmente, se consideran como hipótesis de reticencia, respecto de los cuáles se considera que pueden ser alegados a través de la figura de la *misrepresentation*, el primero de ellos es el cambio de las circunstancias (*representation falsified by later events*) y, el segundo, las verdades a medias (*half-truths*).

Las verdades a medias son declaraciones, literalmente ciertas, pero engañosas (*statement literally true, but misleading*). Son hipótesis en las que aquello que se declara es cierto, sin embargo, se omite cierta información que cualifica dicha verdad e impide a quien recibe la declaración ponderarla adecuadamente.

Para que exista *misrepresentation* no es necesario que la declaración sea formulada con ánimo de engañar, ni siquiera de forma negligente. En cuanto a las declaraciones excluidas, la regla general es que, para que una declaración produzca los efectos propios de la *misrepresentation* es necesario que se satisfagan múltiples requisitos, a saber: que recaiga sobre una cuestión de hecho presente —no futura— que esa cuestión sea relevante y que la declaración no sea ambigua.

Por otra parte, la existencia de una declaración falsa es una condición necesaria pero no suficiente para que haya *misrepresentation*. Es necesario, además, que dicha declaración induzca a quien la recibe a celebrar el contrato.

Por último, hacer constar que el rechazo a la imposición de un deber general de informar en el derecho inglés, se encuentra en el ámbito de las abstenciones. La razón de esa prevención es la existencia de numerosos deberes precontractuales de informar específicos<sup>7</sup>. Puede considerarse al deber de informar como un error para prevenir el error (*mistake*) unilateral<sup>8</sup>.

—En derecho francés:

La doctrina francesa parece mostrarse de acuerdo en que es posible derivar un deber de informar directamente de las exigencias que impone la buena fe a las partes durante la negociación de un contrato<sup>9</sup>.

En general, se considera que, la existencia de un amplio deber de informar se deriva de las exigencias de la buena fe, si bien con límites a dicho deber fijados, tanto por la doctrina como la jurisprudencia, en

especial, a que no toda información debe suministrarse, sino sólo aquella que es relevante y cuya revelación es lícita.

En definitiva, en el derecho francés permite derivar de las exigencias de la buena fe deberes precontractuales de informar sin necesidad de que el legislador los haya tipificado, es decir, permite derivar deberes atípicos.

–En derecho alemán:

En el derecho alemán<sup>10</sup> un importante sector de la doctrina señala que, al negociar un contrato, se presume que cada parte debe proteger sus propios intereses y que, cada uno de los negociantes puede mantener en silencio cierta información, aun cuando sea relevante para la otra parte.

Sin embargo, existe un límite para la legitimidad del silencio, determinado por las exigencias de la buena fe: si mantenerse en silencio es contrario a las exigencias de la buena fe, entonces existe un deber de informar.

En general, se ha identificado, al menos, tres situaciones en las que se asume que las exigencias de la buena fe imponen un deber de informar:

a) la primera de ellas, se presenta, cuando una parte solicita información a la otra;

b) la segunda, sucede cuando la información se refiere a las circunstancias que, en forma evidente, son totalmente determinantes para la otra parte, y,

c) la tercera sucede cuando existe una relación de confianza entre las partes;

–En derecho italiano:

En el derecho italiano, existe una disposición concreta en el Código Civil –el artículo 1.337– que impone a las partes el deber de comportarse de buena fe durante las negociaciones del contrato y otra –el artículo 1.338– que obliga a resarcir el daño a aquella parte que, conociendo o debiendo conocer una causa de ineficacia del contrato, no informa de ella a la otra.

La doctrina<sup>11</sup> suele afirmar que, la buena fe origina un deber precontractual de información y que, el artículo 1.338 no es más que una especificación del artículo 1.337.

En el derecho italiano, no se plantea dudas acerca de la existencia de un deber de informar la existencia de causas de nulidad del contrato, ni tampoco sobre el hecho que de la buena fe derive un deber de informar, aunque no existe un acuerdo acerca del alcance de dicho deber.

–En derecho español:

La información precontractual<sup>12</sup>, está regulada en el artículo 60 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios –que es fruto de la transposición de la Directiva 2011/83/UE– que, viene a establecer la obligación del empresario a suministrar al consumidor.

En base a dicho precepto el empresario debe facilitar la información “antes que el consumidor y usuario quede vinculado por un contrato u oferta correspondiente”<sup>13</sup>.

El artículo 60 del TR obliga al empresario a informar sobre las “características principales” del contrato y, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas. Por su parte, el apartado 2º de este mismo artículo contiene una lista de menciones obligatorias, lista que es aún más extensa y detallada tras la nueva redacción de este precepto.

La información que se suministra debe satisfacer varias características:

a) Ha de ser comprensible y clara. Para ello, es preciso que sea fácilmente perceptible y legible, que sea susceptible de comprensión directa (sin reenvíos a otros documentos), y que se facilite en una lengua que el destinatario pueda comprender.

b) Ha de ser suficiente, esto es, sobre cada una de las menciones obligatorias, ha de informarse de todos sus aspectos relevantes, de manera que el consumidor pueda hacerse una idea exacta de los elementos que lo conforman.

c) Ha de ser veraz, es decir, exacta u ajustada a la realidad. Están prohibidas las informaciones inexactas y las omisiones engañosas que pueden confundir al consumidor, induciéndole a error<sup>14</sup>.

d) Esta información ha de facilitarse de forma gratuita al consumidor.

Por último, en cuanto a la forma, en que ha suministrarse la información precontractual, para la contratación con los consumidores, el ordenamiento jurídico español no exige con carácter general una forma determinada. En cambio en determinados sectores sí se requiere que se haga por escrito o en cualquier soporte de naturaleza duradera, conforme establece la Directiva 2011/83/UE.

## 1.2 En la Unión Europea

Con carácter general, es posible derivar del acervo comunitario una regla general que imponga deberes contractuales de información, en cuanto que se viene a establecer un “régimen general” y otro

más concreto para lo que se denominan “sectores específicos”. El derecho de la Unión establece una diferencia entre información precontractual en las prácticas comerciales y la información precontractual en los contratos concluidos por consumidores.

En primer lugar, la Directiva 2005/29/CE<sup>15</sup> sobre “prácticas comerciales desleales” resulta aplicable sólo en la medida en que no haya disposiciones específicas del derecho comunitario que regulen aspectos concretos de dichas prácticas comerciales desleales, como requisitos relativos a la información y normas sobre la manera en que ha de presentarse la información al consumidor.

El artículo 2,d) viene a definir a las “prácticas comerciales de las empresas en sus relaciones con los consumidores” como, *“todo acto, omisión, conducta o manifestación, o comunicación comercial, incluidas la publicidad y la comercialización, procedente de un comerciante y directamente relacionado con la promoción, la venta o el suministro de un producto a los consumidores”*.

Su ámbito de aplicación viene establecido en el artículo 3 de la Directiva que la considera aplicable a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores, antes, durante y después de una transacción comercial en relación con un producto, y, en todo caso, sus normas deben entenderse sin perjuicio del derecho contractual, y en particular de las normas relativas a la validez, la formación o el efecto de los contratos<sup>16</sup>.

La Directiva establece una protección para los consumidores allí donde no existe legislación sectorial específica a nivel comunitario y prohíbe a los comerciantes crear una falsa impresión sobre la naturaleza de los productos.

La Directiva complementa, pues, el acervo comunitario aplicable a las prácticas comerciales que perjudican a los intereses económicos de los consumidores. La Directiva establece una única prohibición general de aquellas prácticas comerciales desleales que distorsionan el comportamiento económico de los consumidores. Establece también normas sobre las prácticas comerciales agresivas, que en la actualidad no están reguladas a escala comunitaria.

En los casos en que el derecho de la Unión establece requisitos de información relacionados con las comunicaciones comerciales, la publicidad y la comercialización (“sectores específicos”), esa información se considera sustancial con arreglo a dicha Directiva.

Los Estados miembros podrán mantener o añadir requisitos de información relacionada con el derecho contractual y con repercusiones en el ámbito del derecho contractual si así lo autorizan las cláusulas mínimas de los instrumentos de derecho comunitario vigentes.

En segundo lugar lo establecido en la Directiva 2011/83/UE<sup>17</sup>, regula aspectos relacionados con la reglamentación que deben armonizarse por afectar exclusivamente a los contratos celebrados entre comerciantes y consumidores.

Esta Directiva establece normas relativas a la información que es preciso facilitar en los contratos a distancia y en los contratos celebrados fuera del establecimiento, así como en los contratos distintos de estos. Y debe entenderse sin perjuicio de las disposiciones de la Unión relativas a sectores específicos<sup>18</sup>.

Contiene la regulación general en materia de contratos de consumo, algunas de cuyas normas se refieren al derecho a la información precontractual y a la información de proporcionar en los contratos a distancia. Pretende reforzar la información al consumidor y usuario ampliando con carácter general los requisitos de información precontractual exigibles en los contratos con consumidores y usuarios.

Esta Directiva, de contratos a celebrar entre comerciantes y consumidores, viene a diferenciar entre los requisitos exigidos a los contratos fuera de establecimientos comerciales y ventas a distancia, a los que específicamente exige unos requisitos concretos en su artículo 6 y el resto de contratos suscritos por los consumidores, a los que exige unos requisitos con carácter general en el artículo 5 de la Directiva, en especial, el relativo a que el comerciante deberá facilitar de forma clara y comprensible al consumidor, salvo que dicha información resulte evidente por el contexto. Además, se faculta a los Estados miembros para que establezcan requisitos precontractuales de información adicionales.

La información que el comerciante debe facilitar al consumidor debe ser obligatoria y no debe modificarse. No obstante, las partes contratantes deben poder acordar expresamente un cambio en el contenido del contrato posteriormente celebrado, por ejemplo en lo relativo a los procedimientos de entrega.

La información que el comerciante debe facilitar al consumidor debe ser obligatoria y no debe modificarse

Por su parte, esta Directiva en su artículo 2,12, define el “servicio financiero”: como “*todo servicio en el ámbito bancario, de crédito, de seguros, de pensión personal, de inversión o de pago*”, quedando excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva según establece el artículo 3,2, d). En todo caso, dicha exclusión es parcial, en tanto en cuanto, el artículo 3, 2º de la Directiva establece que si sus disposiciones entrasen en conflicto con una disposición de otro acto de la Unión que regule sectores específicos, la disposición del otro acto de la Unión prevalecerá y, será de aplicación a dichos sectores específicos.

Al considerar que la Directiva 2008/48/CE sobre crédito al consumo regula uno de los denominados “*sectores específicos*”, sus preceptos tienen prevalencia, en caso de discordancia con el régimen general, establecido en materia de información precontractual, tanto en lo relativo a prácticas comerciales como al contenido del contrato. Este régimen jurídico se va exponer pormenorizadamente más adelante.

Por último, hacer constar que con posterioridad a la aprobación de la Directiva sobre crédito al consumo, la Directiva 2014/17/UE<sup>19</sup> contiene unas obligaciones que difieren de forma significativa a la de la Directiva 2008/48/CE, al considerar más oportuno que las disposiciones relativas a la evaluación de la solvencia sean más estrictas que las vigentes en relación con el crédito al consumo, al establecer que los intermediarios de crédito faciliten información más precisa sobre su situación legal y vínculo con los prestamistas, a fin de revelar posibles conflictos de intereses, y que cuantos intervienen en la emisión de los contratos de créditos para bienes inmuebles estén debidamente reconocidos y supervisados<sup>20</sup>.

## **2. La Directiva de crédito al consumo y la armonización de legislaciones**

### **2.1 Los objetivos de la Directiva**

Esta Directiva<sup>21</sup>, es un instrumento legislativo de aproximación de legislaciones de los Estados con objeto de modificar y consolidar las diferentes Directivas existentes sobre la materia. Tiene una base jurídica en el artículo 114 del TFUE, es decir, para mejorar el funcionamiento del mercado interior, que es una competencia compartida entre la Unión y los Estados miembros. Esto implica que la Unión y los Estados miembros tienen potestad para legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes

por los Estados que ejercen su competencia, únicamente si la Unión no ha ejercido la suya o haya decidido dejar de ejercerla y sólo en la medida en que no lo haya hecho, conforme establece el artículo 2,2 del TFUE.

El principal objetivo de la Directiva de crédito al consumo (Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008<sup>22</sup>) es ofrecer un elevado grado de protección del consumidor y por lo tanto, aumentar la confianza de los consumidores, permitir la libre circulación de las ofertas de crédito transfronterizas y corregir las distorsiones de la competencia resultantes de diferencias entre las legislaciones nacionales en materia de crédito al consumo<sup>23</sup>. Al mismo tiempo cabe destacar que la Directiva no tiene como objetivo incitar a los consumidores a obtener más crédito, sino a darles toda la información y los derechos necesarios para reflexionar a fondo antes de obtenerlo. Pretende la Directiva que la obligación de facilitar asesoramiento al consumidor en la fase precontractual se precise y adapte a las circunstancias de la oferta de crédito.

La Comisión persigue tres objetivos fundamentales en el ámbito del crédito al consumo:

- establecer las condiciones necesarias para un auténtico mercado interior. La situación de hecho y de derecho resultante de las disparidades de las legislaciones nacionales produce en algunos casos distorsiones de la competencia entre prestamistas dentro de la Comunidad y entorpece el funcionamiento del mercado interior cuando las disposiciones obligatorias adoptadas por los Estados miembros son más restrictivas que las establecidas en la Directiva 87/102/CEE. Asimismo, reduce las posibilidades de los consumidores de acogerse directamente al crédito al consumo transfronterizo, cuya disponibilidad aumenta paulatinamente. Estas distorsiones y restricciones pueden, a su vez, afectar a la demanda de bienes y servicios.

- garantizar un alto nivel de protección de los consumidores, con el fin de que el consumidor pueda conocer sus derechos y obligaciones en virtud del contrato, y éste deba contener toda la información necesaria de forma clara y precisa.

- aumentar la claridad de la normativa comunitaria refundiendo las tres Directivas vigentes sobre crédito al consumo (87/102/CE, 90/88/CE y 98/7/CE). La Directiva 98/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998, que modifica la Directiva 87/102/CEE del Consejo relativa a la aproximación de las disposiciones legales,

reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo<sup>24</sup>.

Parte del principio que, para garantizar una total transparencia debe facilitarse al consumidor información sobre el tipo deudor, tanto en la fase precontractual como en el momento de la celebración del contrato. A lo largo de la relación contractual, debe informarse al consumidor sobre cualquier cambio significativo del tipo deudor, como señala en el Considerando 23 de la Directiva.

La Directiva era un aspecto clave de la estrategia de la Comisión para ampliar el mercado de servicios financieros al por menor, ya que:

- estaban surgiendo nuevas oportunidades de negocios que estimulaban el potencial del mercado interior; la tecnología, y en particular internet, al permitir a los consumidores y a los prestamistas celebrar contratos a distancia, con lo que era previsible que la demanda de crédito pudiese aumentar como consecuencia del incremento de las ventas al por menor en internet y el acceso creciente a internet estaba empezando a alentar las operaciones bancarias a distancia.

- la eliminación de las barreras a la competencia se podría traducir en una diversificación de las ofertas y en mejores productos. El nivel de innovación ya era bastante alto en algunos Estados miembros, pero a menudo sucede que ciertos productos crediticios que están disponibles en un Estado miembro no podían venderse en otro país de la Unión Europea. Para los consumidores era conveniente poder acceder a todos los productos de crédito existentes en la Unión Europea y, a la vez, tener garantizado un alto nivel de información y protección.

Sin embargo, dichos argumentos han quedado, parcialmente, disvirtuados por la crisis económica de los últimos años que ha hecho disminuir el número de contratos suscritos por los consumidores.

## **2.2 La armonización de la Directiva de crédito al consumo**

La Directiva 2008/48/CE es una Directiva de armonización “plena” o “total”, siguiendo el nuevo criterio de la Comisión frente a la anterior armonización de mínimos, lo que implica –entre otras cuestiones– que los aspectos que son objeto de armonización no pueden ser modificados por los Estados miembros, al menos en teoría, aunque, luego se podrá comprobar que, no resulta, exactamente, así.

La Directiva 2008/48/CE no regula cuestiones de derecho contractual relativas a la validez de los contratos de crédito. Por consiguiente, en ese

ámbito, los Estados miembros pueden mantener o adoptar disposiciones nacionales que sean conformes con el derecho comunitario.

También, La Directiva, faculta a los Estados miembros para establecer el régimen jurídico de la oferta del contrato de crédito, en particular, cuándo debe darse ésta y durante, cuánto tiempo es vinculante para el prestamista. Si dicha oferta se hace al mismo tiempo que se comunica la información precontractual prevista en la Directiva 2008/48/CE, debe transmitirse, al igual que cualquier otra información adicional que el prestamista desee facilitar al consumidor, en un documento aparte que podrá adjuntarse a la información normalizada europea sobre el crédito al consumo.

Para facilitar la emergencia de un mercado interior con un funcionamiento satisfactorio en el ámbito del crédito al consumo, la Comisión consideró que era necesario prever un marco comunitario armonizado en una serie de ámbitos que denomina “esenciales”.

En base a lo anterior y, teniendo en cuenta el desarrollo continuo del mercado del crédito al consumo y la creciente movilidad de los ciudadanos europeos, la Comisión propuso unas normas comunitarias orientadas hacia el futuro, que pudieran adaptarse a futuras formas de crédito y que permitiesen a los Estados miembros un grado idóneo de flexibilidad en su aplicación para poder contribuir a lograr una legislación moderna en materia de crédito al consumo<sup>25</sup>.

Para poder llevar a término la armonización había que garantizar la confianza de los consumidores y que, el mercado les ofreciera un grado de protección suficiente. De este modo, por lo menos teóricamente, se consideraba que era posible que la libre circulación de las ofertas de crédito se efectúase en las mejores condiciones, tanto para los que ofrecen como para los que solicitan el crédito, teniendo debidamente en cuenta las situaciones específicas de cada Estado miembro.

La Comisión consideraba que la armonización de algunos elementos fundamentales de los contratos de crédito al consumo podría hacer aumentar la confianza de los consumidores y, en consecuencia, podría animar a suscribir un crédito en un país de la Unión Europea distinto del suyo. El reducido número de contratos transfronterizos de crédito al consumo existentes se debía, según la Comisión, también a las preocupaciones que suscita en cuanto al nivel de protección de los consumidores en los demás Estados miembros, lo que cierta forma ha sido desmentido con los datos públicos que actualmente existen<sup>26</sup>.

Una armonización total, según la Comisión, se consideraba necesaria para garantizar que todos los consumidores de la Comunidad se pudieran beneficiar de un nivel elevado y equivalente de protección de sus intereses y para crear un auténtico mercado interior.

En este sentido, los Estados miembros no debían poder mantener o introducir disposiciones nacionales distintas a las previstas por la presente Directiva, pero tal restricción solo debía aplicarse cuando en la Directiva haya disposiciones armonizadas. En caso de que no existan esas disposiciones armonizadas, los Estados miembros son libres de mantener o adoptar normas nacionales.

Las definiciones que contiene la Directiva determinan el alcance de la armonización. La obligación de los Estados miembros de aplicar las disposiciones de la Directiva debe limitarse, por consiguiente, al ámbito de aplicación que dichas definiciones determinan. No obstante, estas disposiciones deben entenderse, sin perjuicio de la posibilidad de que los Estados miembros, conforme al derecho de la Unión, apliquen las disposiciones de la misma a aspectos que no pertenezcan a su ámbito de aplicación<sup>27</sup>.

No obstante, los Estados miembros, son los que deben determinar en qué medida y bajo qué condiciones el consumidor ha de recurrir contra el proveedor antes de poder ejercer un derecho de recurso contra el prestamista, determinando en particular si los consumidores han de interponer una acción contra el proveedor antes de poder recurrir contra el prestamista. Las disposiciones de la Directiva no privan a los consumidores de los derechos que les otorgan las disposiciones nacionales que prevén la responsabilidad solidaria del vendedor o proveedor de servicios y del prestamista.

La Comisión mantiene el enfoque de plena armonización, con lo que, después de haber pasado la propuesta de Directiva por el Parlamento Europeo y en conciliación con el Consejo, lo denomina “armonización con cierto grado de flexibilidad” para los Estados miembros en algunos ámbitos. En otros casos, la Directiva deja un margen de libertad para la aplicación nacional, debido principalmente a la heterogeneidad existente en cuanto a los mercados o las legislaciones nacionales. Es el caso, por ejemplo, en lo que se refiere al reembolso anticipado o lo que se denomina los rebasamientos (o descubiertos). Los aspectos sobre los que los Estados miembros tienen un margen de actuación versan sobre la posibilidad de opción de adoptar medias legales o reglamentarias sobre:

– la exención para las organizaciones creadas para el beneficio mutuo de sus miembros (artículo 2, apartado 5).

– contratos de crédito relativos al pago aplazado o los métodos de reembolso (artículo 2, apartado 6).

– legislación nacional que requiere que figura la TAE (Tasa Anual Equivalente) en la publicidad que no indique un tipo de interés o cualesquiera cifras relacionadas con cualquier coste del crédito para el consumidor (artículo 4, apartado 1).

– la TAE en la publicidad, en la información precontractual y en los contratos de crédito contemplados en el artículo 2, apartado 3 (“descubiertos” que deben pagarse cuando se soliciten o bien en el plazo de 3 meses (artículo 4, apartado 2º, letra c); artículo 6, apartado 2 y artículo 10, apartado 5, letra f).

– normas nacionales relativas a la validez de la celebración de contratos de crédito (artículo 10, apartado 1º).

– derecho de desistimiento en el caso de los contratos de crédito vinculados (artículo 14, apartado 2).

– derecho de reembolso anticipado y compensación del prestamista (artículo 16, apartado 4).

A todo lo anterior cabe añadir que la Directiva contiene algunas formulaciones abiertas para permitir a los Estados miembros adaptarlas a su cultura jurídica y a la situación de mercado<sup>28</sup>, tales como:

– el concepto de “gastos mínimos” en lo que se refiere a los contratos de crédito en virtud de los cuales el crédito deba ser reembolsado en el plazo de tres meses (artículo 2, apartado 2, letra f).

– el concepto de “con la debida antelación” en lo que se refiere a la provisión de información precontractual (artículo 5, apartado 1, y artículo 6, apartado 1).

– el concepto de “explicaciones adecuadas” y la prestación de asistencia al consumidor por parte de los prestamistas o los intermediarios de crédito (artículo 5, apartado 6).

– facilitación de información precontractual para determinados contratos de crédito por medio del formulario de información europea de créditos al consumo (SECCI) que figura en el anexo III (artículo 6, apartado 1).

– el concepto de “información suficiente” en lo que se refiere a la obligación de evaluar la solvencia del consumidor (artículo 8, apartado 1º).

– el concepto de “aumento significativo” en lo que se refiere a la obligación de evaluar la solvencia del consumidor (artículo 8, apartado 2).

– el término “rebasamiento importante” (artículo 18, apartado 2).

La armonización total, además va acompañada en la Directiva con otros preceptos que refuerzan el principio, tales como el artículo 22 de la Directiva que, considera que los derechos que contiene a favor de los consumidores son irrenunciables, y que no puedan eludirse para sustraerlos de su ámbito de aplicación. Por su parte, el artículo 23 establece las sanciones que deberán ser efectivas, proporcionadas y disuasorias, siguiendo una reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>29</sup>, relativa al principio de cooperación leal, consagrado en el artículo 4 del TUE, en base al cual los Estados miembros, aunque conservan la facultad de elegir las sanciones, deben velar por que las infracciones del Derecho de la Unión sean sancionadas, en condiciones de fondo y de procedimiento, análogas a las aplicables a las infracciones del derecho nacional de naturaleza e importancia similares y que, en todo caso, confieran a la sanción un carácter efectivo, proporcionado y disuasorio.

### **3. La información precontractual en la Directiva de crédito al consumo**

#### **3.1 El objetivo de la información precontractual y el contenido de la Directiva**

La Directiva parte del principio consistente en que los consumidores deben estar protegidos contra las prácticas desleales o engañosas, especialmente en lo que se refiere a la revelación de información por el prestamista, conforme a lo dispuesto en la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales. No obstante, en la Directiva se adoptan disposiciones específicas sobre la publicidad relativa a los contratos de crédito y sobre algunos elementos de información básica que deben facilitarse a los consumidores para que puedan comparar diferentes ofertas.

Dicha información debe proporcionarse de forma clara, concisa y destacada<sup>30</sup>, mediante un ejemplo representativo. Cuando no se pueda indicar el importe total del crédito, a saber, la suma de todas las cantidades puestas a disposición del consumidor, debe indicarse un importe máximo, en particular cuando el contrato de crédito dé al consumidor libertad

para disponer de los fondos con una limitación respecto del importe. El importe máximo debe indicar la cantidad máxima del crédito que se puede poner a disposición del consumidor. Además, los Estados miembros conservan la libertad de regular en su derecho nacional los requisitos en materia de información por lo que respecta a la publicidad en la que no incluye información sobre el coste del crédito.

A fin de que el consumidor pueda tomar una decisión con pleno conocimiento de causa, antes de la celebración del contrato, la Directiva 2008/48/CE establece que debe recibir información adecuada, que pueda llevarse consigo para su examen, sobre las condiciones y el coste del crédito, así como sobre sus obligaciones. Con objeto de lograr la mayor transparencia posible y que las ofertas puedan compararse, esta información debe incluir, en particular, la tasa anual equivalente correspondiente al crédito, calculada de idéntica forma en toda la Unión<sup>31</sup>.

La transparencia en el funcionamiento del mercado afectado se refleja en que se pretende que el conocimiento real de los gastos que posee el prestamista se evalúe de forma objetiva, teniendo en cuenta los requisitos en materia de diligencia profesional, lo que ha dado lugar a algún pronunciamiento del Tribunal de Justicia al que más tarde nos vamos a referir. El coste total del crédito para el consumidor debe incluir todos los gastos, incluidos intereses, comisiones, impuestos, remuneración de los intermediarios de créditos y cualquier tipo de gastos que el consumidor deba abonar en relación con el contrato de crédito, exceptuando los gastos notariales.

Se insiste en esa “flexibilidad de la armonización plena” al establecer que los Estados miembros deben conservar la libertad de mantener o adoptar disposiciones nacionales que prohíban 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 accesorios o el abono de los gastos o las remuneraciones de esas cuentas bancarias o de esos servicios accesorios. En los Estados miembros que autoricen esas ofertas combinadas, los consumidores deben ser informados antes de la celebración del contrato de crédito de los servicios accesorios que sean obligatorios para obtener el crédito o para obtenerlo en las condiciones ofrecidas. Los gastos de estos servicios accesorios deben incluirse en el coste total del crédito o, cuando el importe de dichos gastos no pueda determinarse de antemano, los consumidores han de ser debidamente informados de su existencia en la fase precontractual<sup>32</sup>.

Sin embargo, en el caso de ciertos tipos específicos de contratos de crédito, y con el fin, alcanzar el doble objetivo de la Directiva que es, por una parte, de garantizar un nivel adecuado de protección de los consumidores y, por otra que todo ello se realice, sin imponer una carga excesiva a los prestamistas o, en su caso, a los intermediarios de crédito, se vienen a limitar los requisitos de información precontractual, teniendo en cuenta el carácter específico de dichos tipos de contratos.

En cuanto al contenido de ese deber de información precontractual que regula la Directiva, viene regulado en el capítulo II que se denomina “*Información y prácticas previas a la celebración del contrato de crédito*” en el que contempla los ámbitos siguientes:

- la información básica que debe figurar en la publicidad (artículo 4).
- la información precontractual (artículo 5).
- requisitos de información precontractual para determinados contratos de crédito en forma de posibilidad de descubierta y para ciertos contratos de crédito específicos (artículo 6).
- las excepciones a los requisitos de información precontractual (artículo 7).
- la obligación de evaluar la solvencia del consumidor (artículo 8).

En todo caso, también podría entenderse incluido en esta materia, el capítulo III que se denomina “Acceso a bases de datos” que contiene un sólo precepto jurídico (artículo 9) con la misma denominación.

### **3.2 La denominada “información y prácticas previas a la celebración del contrato de crédito”**

La Directiva 2009/48/CE establece que el consumidor debe ser ampliamente informado antes de la celebración del contrato, con independencia de que en la venta del crédito haya participado o no un intermediario de crédito. En consecuencia, como regla general, los requisitos de información precontractual deben aplicarse también a los intermediarios de crédito. No obstante, a los proveedores de bienes y servicios que actúen como intermediarios de crédito de manera subsidiaria no procede imponerles la obligación legal de proporcionar la información precontractual tal como se establece en la presente Directiva<sup>33</sup>. Los Estados miembros pueden establecer la obligación del prestamista de facilitar al consumidor antes de la celebración del contrato de crédito una oferta vinculante y el período de tiempo durante el cual el prestamista queda vinculado por ella.

El artículo 5-1º establece los requisitos que debe reunir la información precontractual en los contratos de crédito al consumo:

*“1. Con la debida antelación, y antes de que el consumidor asuma cualquier obligación en virtud de un contrato u oferta de crédito, el prestamista y, en su caso, el intermediario de crédito deberán facilitar al consumidor, sobre la base de las condiciones del crédito ofrecidas por el prestamista y, en su caso, de las preferencias manifestadas y de la información facilitada por el consumidor, la información que sea precisa para comparar las diversas ofertas y adoptar una decisión informada sobre la suscripción de un contrato de crédito. Esta información, en papel o en cualquier otro soporte duradero, se facilitará mediante la Información normalizada europea sobre el crédito al consumo que figura en el anexo II.....”*

Para garantizar una total transparencia debe facilitarse al consumidor información sobre el tipo deudor, tanto en la fase precontractual como en el momento de la celebración del contrato. A lo largo de la relación contractual, debe informarse al consumidor sobre cualquier cambio del tipo deudor variable y de las modificaciones que tal variación comporte sobre los pagos<sup>34</sup>.

La Directiva sobre las prácticas comerciales desleales (2005/29/CE) ya se ocupa de la publicidad, por lo que la Directiva 2008/48/CE propone sólo una lista de los elementos de información obligatorios que deben mencionarse en la publicidad sobre la financiación de créditos, de manera que la publicidad general sobre un servicio de crédito concreto no se vea afectada. La finalidad de la información precontractual permite al consumidor comparar ofertas<sup>35</sup>.

La denominada información “básica” se contempla en el artículo 4-2º y abarca los elementos siguientes:

*“2. La información básica especificará los elementos siguientes de forma clara, concisa y destacada mediante un ejemplo representativo:*

*a) tipo deudor, fijo y/o variable, junto con información sobre los recargos incluidos en el coste total del crédito para el consumidor;*

*b) el importe total del crédito;*

*c) la tasa anual equivalente; en el caso de los contratos de crédito indicados en el artículo 2, apartado 3, los Estados miembros podrán decidir que no es necesario estipular la tasa anual equivalente;*

*d) en su caso, la duración del contrato de crédito;*

*e) en el caso de los créditos en forma de pago aplazado de un bien o servicio en particular, el precio al contado y el importe de los posibles anticipos, y*

*f) en su caso, el importe total adeudado por el consumidor y el importe de los pagos a plazos.”*

Toda esta información “básica” puede ser examinada de oficio por el juez nacional que puede aplicar de oficio determinadas disposiciones de la Directiva 2008/48/CE<sup>36</sup>. La sentencia “Rampion y Godard” versaba sobre la necesidad, para garantizar la efectividad de la protección a los consumidores, de una “intervención exterior”, es decir, de establecer la facultad del juez que conocía del asunto para aplicar de oficio las disposiciones por las que se trasponía la Directiva (en ese caso, la anterior sobre crédito al consumo, la 87/102/CE). Así, pues, el juez desde el momento en que se plantea la existencia de eventuales incumplimientos de las obligaciones precontractuales previstas en la Directiva 2008/48/CE puede, e incluso debe, acordar todas las diligencias necesarias para determinar si dichas obligaciones se han cumplido correctamente.

– La evaluación de solvencia del consumidor:

Los prestamistas deben tener la responsabilidad de controlar individualmente la solvencia del consumidor. A tal efecto, se les permite servirse de la información facilitada por el consumidor no solo durante la preparación del contrato de crédito, sino también durante toda la relación comercial. Las autoridades de los Estados miembros podrían también dar instrucciones y orientaciones adecuadas a los prestamistas. Los consumidores, por su parte, deben actuar con prudencia y cumplir sus obligaciones contractuales.

En la Posición común Consejo/Parlamento, si bien se mantiene el principio en base al cual los consumidores deben recibir información suficiente para poder tomar decisiones motivadas y responsables antes de firmar un contrato, entre los cambios introducidos, se procedió a suprimir el principio de “concesión responsable de crédito” que constaba en el artículo 5 y en su lugar se introdujo en el artículo 8 la obligación para el prestamista de evaluar la solvencia del consumidor.

No obstante, el vigésimo sexto considerando de la Directiva, todavía, indica que tiene por objeto la concesión de crédito de forma responsable, lo que supone en particular que los “*prestamistas deben tener la responsabilidad de controlar individualmente la solvencia del consumidor*”. Este objetivo entraña que el prestamista debe asegurarse de la solvencia del candidato al préstamo a través del método o de los métodos que estime más oportunos. Dicha comprobación puede efectuarse mediante documentos acreditativos de su situación financiera, como nóminas,

extractos e historiales de cuentas bancarias y liquidaciones tributarias, aunque no exclusivamente.

El artículo 8-1º de la Directiva, respecto a la obligación de evaluar la solvencia del consumidor establece que:

*“1. Los Estados miembros velarán por que, antes de que se celebre el contrato de crédito, el prestamista evalúe 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. Los Estados miembros cuya legislación exija que los prestamistas evalúen la solvencia del consumidor sobre la base de una consulta de la base de datos pertinente deben poder mantener esta obligación.”*

Del artículo 8-1 de la Directiva 2007/48/CE, leído a la luz del Considerando 28 de ésta, se desprende que antes de celebrar un contrato de crédito el prestamista está obligado a evaluar la solvencia del consumidor, obligación que puede incluir, en su caso, la consulta a las bases de datos pertinentes.

También tiene por objeto la Directiva proteger a los consumidores contra los riesgos de sobreendudamiento y de insolvencia

Es más, el Considerando 26 de la Directiva enuncia que, *“en un mercado competitivo es importante que los prestamistas no concedan préstamos de forma irresponsable o sin haber evaluado previamente la solvencia del consumidor, y que los Estados miembros lleven a cabo el control necesario para evitar tales comportamientos, así como los medios necesarios para sancionar a los prestamistas en caso de que ello ocurra”*. Es decir, también tiene por objeto la Directiva proteger a los consumidores contra los riesgos de sobreendudamiento y de insolvencia, por lo que la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario contribuye a alcanzar el objetivo de la Directiva 2008/48/CE.

El artículo 8, apartado 1º de la Directiva atribuye 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. 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 este 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.

La evaluación de la solvencia constituye una garantía tanto para el consumidor, en la medida en que evita que asuma un compromiso que no puede atender desde el punto de vista económico, como para el prestamista profesional que corre el riesgo de que no se efectúen los reembolsos convenidos.

Dicha evaluación de solvencia, que es de interés para ambas partes, se basa en obligaciones recíprocas. Por un lado, el prestamista debe recabar información suficiente que acredite la capacidad económica del consumidor. Por otro el consumidor debe colaborar lealmente y se entiende que actúa de buena fe al entregar los documentos solicitados.

Este precepto –el artículo 8-1º de la Directiva– ha sido objeto de interpretación por parte del Tribunal de Justicia, en los asuntos C-565/12, cuya sentencia de 27 de marzo de 2014 (asunto LCL Le Crédit Lyonnais, S.A. y Fesih Kalhan), versaba sobre el carácter efectivo proporcional y disuasorio de la sanción prevista en un ordenamiento jurídico por el incumplimiento del prestamista de dicho deber y el asunto 449/13, cuya sentencia se dictó el 18 de diciembre de 2014 (asunto CA Consumer Finance, SA e Ingrid Bakkaus, Charline Bonato, Florian Bonato) que versaba sobre la carga de la prueba en la obligación de información precontractual de comprobar la solvencia del prestatario.

En el asunto C-449/13, el Tribunal de Justicia se pronunció, en primer lugar, sobre la carga de la prueba, recordando la vigencia del principio de autonomía procesal<sup>37</sup> de los Estados miembros y el cumplimiento de los principios de equivalencia y efectividad<sup>38</sup>, considerando que una normativa que atribuye la carga de la prueba del incumplimiento de estas obligaciones precontractuales al consumidor resultaba contraria a los artículos 5 y 8 de la Directiva, al igual que, en base a una cláusula tipo, se pueda considerar que el consumidor ha reconocido el, pleno y debido, cumplimiento de estas obligaciones.

Esta sentencia, recaída en el asunto C-449/13, hacía constar que no se opone la Directiva a una legislación nacional que contemple que esa evaluación de la solvencia del consumidor se realice a partir exclusivamente de la información presentado por éste, siempre que dicha información sea suficiente y que las simples declaraciones del consumidor se acompañen de documentos acreditativos, por una parte. Por otra parte dicho precepto de la Directiva no exige al prestamista comprobar sistemáticamente, la

información facilitada por el consumidor. También la indicada sentencia, considera que no debe formalizarse en un documento específico las explicaciones por parte del prestamista sobre la evaluación de la solvencia del consumidor, que se le facilitan a éste, pero deben hacerse en tiempo oportuno y, antes de la firma del contrato de crédito.

En el asunto C-565/12, antes citado, en el apartado 43 de dicha sentencia se interpreta, que las sanciones son una competencia de los Estados miembros, al declarar que:

“43. – A la luz de tal objetivo, que pretende garantizar una protección efectiva de los consumidores contra la concesión irresponsable de contratos de crédito que sobrepasen sus *capacidades financieras* y puedan entrañar su *insolvencia*, el artículo 23 de la Directiva 2008/48 establece, por un lado, el régimen de sanciones aplicables al supuesto de infracción de las disposiciones nacionales en materia de evaluación precontractual de la solvencia del prestatario, adoptadas con arreglo al artículo 8 de dicha Directiva, se defina de modo tal que las sanciones sean efectivas, proporcionadas y disuasorias y, por otro que, los Estados miembros adopten todas las medidas necesarias que para aquéllas se apliquen. Se deriva además, del considerando 47 de la misma Directiva que, dentro de estos límites, la elección del régimen de sanciones queda a discreción de los Estados miembros”.

– La asistencia al consumidor por parte del prestamista:

Antes de concluir el contrato de crédito el consumidor 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, por tanto, 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.

Esa obligación de proporcionar explicaciones adecuadas pretende hacer posible que el consumidor tome su decisión con pleno conocimiento sobre un tipo de contrato de crédito.

A pesar de la información precontractual que ha de proporcionarse, el consumidor puede necesitar ayuda para decidir qué contrato de crédito, de entre todos los productos propuestos, es el que mejor se ajusta a sus necesidades y su situación financiera. Por consiguiente, los

Estados miembros deben asegurarse de que los prestamistas proporcionan dicha asistencia respecto de los productos crediticios que ofrecen al consumidor<sup>39</sup>.

Según establece la Directiva, si fuera necesario, la información precontractual pertinente, así como las características esenciales de cada uno de los productos propuestos, deben explicarse al consumidor de forma personalizada, de manera que pueda entender qué repercusiones pueden tener sobre su situación económica. Si procede, la citada obligación de prestar asistencia al consumidor debe aplicarse también a los intermediarios. Los Estados miembros pueden determinar en qué momento y en qué medida han de facilitarse esas explicaciones al consumidor, teniendo en cuenta las circunstancias particulares de la situación en la que se ofrece el crédito, la necesidad de asistencia del consumidor y la naturaleza de cada uno de los productos crediticios.

Además de la información precontractual que debe proporcionarse, el consumidor puede necesitar ayuda para decidir qué contrato de crédito, de entre todos los productos propuestos, es el que mejor se ajusta a sus necesidades y su situación financiera. Por ello, los Estados miembros velan, según la Directiva, por que los prestamistas y, en su caso, los intermediarios de crédito, presten tal asistencia. Si fuera necesario, la información precontractual pertinente, así como las ventajas e inconvenientes de cada uno de los productos propuestos, deben explicarse al consumidor de forma personalizada, teniendo en cuenta la posible complejidad del contrato en cuestión.

Se ha modificado, en la Directiva 2008/48/CE, el concepto de deber de asesoramiento y así el artículo 5, párrafo 6, regula la asistencia que se debe prestar al consumidor:

*“6. Los Estados miembros velarán por que los prestamistas y, cuando proceda, los intermediarios de crédito faciliten al consumidor las explicaciones adecuadas para que este pueda evaluar si el contrato de crédito propuesto se ajusta a sus necesidades y a su situación financiera, si fuera preciso explicando la información precontractual que se facilitará conforme a lo dispuesto en el apartado 1, las características esenciales de los productos propuestos y los efectos específicos que pueden tener sobre el consumidor, incluidas las consecuencias en caso de impago por parte del consumidor. 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.”*

La obligación de facilitar explicaciones adecuadas tiene por objeto permitir a los consumidores suscribir un contrato de préstamo con pleno conocimiento de causa. Se trata de facilitar a los consumidores ayuda para decidir qué contrato de crédito, de entre todos los productos propuestos, es el que mejor se ajusta a sus necesidades y su situación financiera, lo cual puede exigir que se expliquen al consumidor de forma personalizada de manera que pueda entender qué repercusiones pueden tener sobre su situación económica. Por ello, la Directiva, al regular la obligación de información que incumbe al prestamista, no le impone el deber de comprobar la situación financiera del prestatario. Así, pues, la comprobación de la adecuación del crédito a las necesidades y a la situación financiera del prestatario le incumbe al consumidor personalmente, mientras que el análisis de la solvencia es una tarea que compete ejecutar al prestatario.

– Acceso a las bases de datos:

Para evaluar la situación financiera de un consumidor, el prestamista debe también consultar las bases de datos pertinentes; las circunstancias jurídicas y reales pueden requerir que dichas consultas tengan distinto alcance. Para evitar toda distorsión de la competencia entre prestamistas, debe garantizarse su acceso a bases de datos privadas o públicas relativas a los consumidores de un Estado miembro en el que no estén establecidos en condiciones no discriminatorias en comparación con las de los prestamistas de ese Estado miembro.

El prestamista debe evaluar la solvencia del consumidor a partir de la información que éste le revele y, cuando proceda, mediante la consulta de bases de datos. De la amplia consulta realizada en el sector bancario la Comisión no ha deducido que esta obligación origine costes adicionales para los bancos, ya que responde a buenas prácticas del sector.

El artículo 9 de la Directiva regula dicho acceso a las bases de datos, con pleno respeto a la normativa sobre protección de la intimidad por el tratamiento de los datos personales<sup>40</sup>.

*1. Cada Estado miembro garantizará que los prestamistas de los demás Estados miembros tengan acceso a las bases de datos utilizadas en su territorio para la evaluación de la solvencia de los consumidores. Las condiciones de acceso deberán ser no discriminatorias.*

*2. Si la denegación de una solicitud de crédito se basa en la consulta de una base de datos, el prestamista informará al consumidor inmediata y gratuitamente de los resultados de dicha consulta y de los pormenores de la base de datos consultada.*

*3. La información deberá facilitarse a menos que esté prohibido por otras disposiciones de la legislación comunitaria o sea contrario a objetivos de orden público o de seguridad pública.*

El acceso a las bases de datos no deberán ser discriminatoria, y en todo caso, deberán cumplirse los requisitos del artículo 6 de la Directiva 95/46/CE, en cuanto que los datos deben resultar adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con los fines para los que se recaben y se utilicen posteriormente. Por otra parte, se establece el deber de información al consumidor, de forma gratuita e inmediata sobre los datos de la consulta efectuada, cuyos únicos límites vienen fijados por la propia legislación de la Unión o, en su caso, por resultar contraria a objetivos de interés público o de seguridad pública.

## **4. Conclusiones**

Han transcurrido 7 años, aproximadamente, desde la aprobación de la Directiva 2008/48/CE, pero las circunstancias económicas han variado considerablemente desde su aprobación, por lo que la aplicación de la misma puede resultar desigual en los diferentes Estados miembros, según la dimensión e impacto que la crisis económica haya producido en cada uno de ellos.

La Comisión ya ha efectuado el primer informe de aplicación de la Directiva, donde quedan expuestos los problemas generados por una armonización denominada “total”, pero que ha suscitado una adaptación diferente en los Estados miembros del texto de la Directiva, que quedan reflejados pormenorizadamente en dicho informe y que deben hacer reflexionar sobre si la forma de proceder a la armonización de legislaciones es la más adecuada de todas las posibles.

Aunque se trate de una Directiva de mercado interior, que pretende mejorar el funcionamiento del mercado interior europeo del crédito, y, a la vez garantizar un alto nivel de protección de los consumidores, su aplicación ha mejorado sustancialmente la protección de los consumidores, al menos en los aspectos de información precontractual y contractual que contiene la Directiva.

Lo que no ha quedado claro –hasta el momento presente– es en el supuesto de colisión de ambos objetivos entre sí, cuál de los dos objetivos debería prevalecer sobre el otro, aunque por la base jurídica utilizada y, por

las consideraciones efectuadas por las distintas instituciones de la Unión, incluidas las sentencias pronunciadas por el Tribunal de Justicia, todo parece indicar que existiría una prioridad de las disposiciones relativas al mercado único de crédito sobre el elevado nivel de protección de los consumidores.

A pesar de todo, actualmente en el proceso de integración europea, priman las denominadas “libertades económicas” sobre el principio general –establecido en el artículo 38 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales de la Unión– de garantizar un elevado nivel de protección a los consumidores.

Por último, en el futuro deberán subsanarse las divergencias que existen sobre materias sustanciales de la Directiva, según la legislación de los diferentes Estados miembros, cuando éstos han procedido a la transposición de la Directiva y que ya han sido detectados en el primer informe de aplicación de la Directiva 2008/487CE.

## Notas

- \* Bernardo Hernández Bataller. Consejero del Comité Economico y Social de la Unión Europea.
1. En los Códigos Civiles de derecho continental, la regulación de la evicción y de los vicios redhibitorios plasma dos deberes precontractuales de información típicos, éstos poseen un funcionamiento objetivo, al proteger “objetivamente al comprador frente a la menor utilidad y el menos valor de la cosa, tratándose de los primeros y frente a la privación de la cosa tratándose de la segunda. El vendedor, garantiza que la cosa es lo que aparenta ser. Sin embargo, además de aquello que garantizan, los remedios propios de ambas figuras jurídicas extienden su protección más allá: a la tutela de la persona y de los bienes sólo se impide que el acreedor satisfaga su interés contractual, sino que, eventualmente, puede irrogarle otros daños a éste. La satisfacción del interés contractual se protege de forma objetiva; la tutela frente a otros daños no. Este último, es el ambito de los debres precontractuales de información. Véase, *Inigo De la Maza Gazmuri*, “Los límites del deber precontractual de información”, pags 70 y siguientes, Ed. Civitas(Thomson Reuters), Madrid, 2010.
  2. Véase, Carrasco Perera en “Desarrollos futuros del derecho del consumo en España, en el horizonte de la transposición de la Directiva de derechos de los consumidores” en S. CÁMARA LAUENTE(Dir.). “La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores”, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2012).
  3. Véase, *María Ángeles Zurilla Cariñana(Prof. Titular de Derecho Civil de la UCLM)*, en “El derecho de información del consumidor en los contratos con consumidores y usuarios” en la Revista CESCO n. 9 (2014).

4. Véase, *Íñigo De la Maza*, op. cit.
5. Véase, ALLEN, d. *Misrepresentation*, Sweet & Maxwell, Londres, 1988, Beale, h. BISHOP, H. Y FURMSTORM, *Contract cases and materials*, 2ª Ed. Butterworth, Londres 1990; STONE, R. “The modern law of Contract”, Cavendish, Londres 2005.
6. Exponer la regulación de la “misrepresentation” en el derecho inglés es una tarea complicada por, al menos, dos razones. La primera es que involucra reglas derivadas de precedentes (*common law*), soluciones en equidad (*equity*) y leyes. La segunda es que existen, otras figuras jurídicas cuya aplicación se superpone en los supuestos de hecho que suelen considerarse como de “misrepresentation”, como sucede por ejemplo, con el error y el incumplimiento contractual (*breach of contract*).
7. Por ejemplo, en el contrato de seguro, en el cual se exige al asegurado suministrar información al asegurador acerca de todas aquellas circunstancias que resulten relevantes para determinar la relación entre la prima y la indemnización y para decidir si se asegura o no el riesgo.
8. El error unilateral puede considerarse como aquel en que una de las partes sabía o debía haber sabido que la otra estaba cometiendo un error y no se lo informó a la otra parte. El derecho inglés distingue entre tres manifestaciones del error; el que recae sobre el contenido del contrato (*mistake about the terms of the contract*); aquel que recae sobre el autocontrol de la identidad de la otra parte y, finalmente, aquel que recae sobre el objeto (*subject-matter*) del contrato.
9. Véase, a Mazeaud H.L. y Chabas F. “Leçons de Droit Civil: Obligations Théorie Générale”, 9ª ed. Montchrestien, París, 1998 y Picod Y. “Le devoir de loyauté dans l’execution del contrat”, LGDJ, París, 1989.
10. Véase, Von Thur, A. “Derecho civil. Teoría general del derecho civil alemán”, Vol. II, “Los hechos jurídicos”.
11. Véase, Sacco, R. “Le invalidità” en Resigno P.(Dir), “Trattato di diritto privato” vol. 10, “Obbligazioni e contratti, 2º” UTET, Turín 1982.
12. Véase, a Manuel Jesús Marín López, en “Información precontractual en contratos con consumidores: cuándo, qué y cómo informar”. Centro Estudios de Consumo, Revista CESCO.
13. Según redacción dada por la Ley 3/2014 que transpone la Directiva 2011/83/UE, ya que la redacción anterior se refería a “antes de contratar”. El artículo 60-1 del TRLGDCU no señala con qué antelación debe hacerse. La antelación dependerá del tipo de contrato. Pero en todo caso, ha de ser con la antelación necesaria para que el consumidor pueda asimilar la información recibida y tenerla en cuenta para decidir si contrata o no.
14. Con ello, se dota de coherencia al ordenamiento jurídico, tener correspondencia con estos conceptos incluidos en los artículos 5,7, y 19 y siguientes de la Ley 3/1991, sobre Competencia Desleal.
15. DO L 149 de 11.6.2005, p. 22.
16. Ahora bien, en lo que respecta a los “servicios financieros” definidos en la Directiva

2002/65/CE, los Estados miembros pueden imponer requisitos más exigentes o más restrictivos que los previstos en la Directiva, en el ámbito objeto de la aproximación que ésta realiza.

17. DOUE, L 304, de 22.11.2011.
18. Se consideran como “sectores específicos” los medicamentos para uso humano, los productos sanitarios, la intimidad y las comunicaciones electrónicas, los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza, el etiquetado de los alimentos y el mercado interior de la electricidad y el gas natural.
19. Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento(UE) nº 1093/2010. DO L 60 de 28 de febrero de 2014, p.34.
20. Véase, a tal efecto el Considerando vigésimo segundo de dicha Directiva.
21. Viene definida en el artículo 288 TFUE, y se caracteriza porque contiene una “obligación de resultado”, en la medida en que deja en manos de las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios de dar efectividad a sus preceptos en el ordenamiento jurídico interno. Véase, a Carlos F. Molina del Pozo, “Manual de Derecho de la Unión Europea”. También Araceli Mangas Martín y otro, “Instituciones y Derecho de la Unión Europea”, Ed. Tecnos, Madrid, 2010.
22. DO L 133 de 22.5.2008. Se aprobó más de veinte años después de la adopción de la primera Directiva sobre el crédito al consumo de 1987(Directiva 87/102/CEE del Consejo de 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo, DO L 42 de 12.2.1987, p.48)
23. Es importante recordar que quedan fuera del ámbito de aplicación de la Directiva los siguientes contratos de créditos: 1.- todos los contratos de crédito garantizados por una hipoteca o por otra garantía comparable comúnmente utilizada en un Estado miembro sobre bienes inmuebles o garantizados por un derecho relativo a un bien inmueble y; 2.- todos los contratos de crédito cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios existentes o por construir. También debe tenerse en cuenta que todo contrato de crédito por un importe total inferior a 200 eur está, asimismo, fuera del ámbito de aplicación de la Directiva, aunque los Estados miembros puedan hacer extensiva, voluntariamente, la aplicación de la Directiva a los contratos de créditos que están fuera de su ámbito de aplicación.
24. DO, L 101 de 1.4.1998, p.17.
25. La Comisión, en fecha 14.5.2014, presentó el Informe al Parlamento Europeo y al Consejo, sobre la aplicación de la Directiva 2008/48/CE relativa a los contratos de crédito al consumo(COM(2014) 259 final).
26. Sin embargo, siete años después de la entrada en vigor de la Directiva, el crédito transfronterizo carece de relevancia en los respectivos países o su volumen es insignificante. En el indicado Informe de la Comisión(COM 2014) 259 final) se

hace constar que los préstamos transfronterizos son relativamente infrecuentes entre los consumidores, siendo, entre otros, los posibles obstáculos, la “dificultad para recuperar importes pendientes por vía contenciosa”, así como “obstáculos culturales y lingüísticos”.

27. Por lo tanto, un Estado miembro podría mantener o adoptar normas nacionales que correspondan a las disposiciones de la Directiva o a algunas de sus disposiciones en materia de contratos de crédito al margen del ámbito de aplicación de la Directiva, por ejemplo, en materia de contratos de créditos para cantidades inferiores a 200 euros o superiores a 75.000 euros. Por otra parte, los Estados miembros también pueden aplicar las disposiciones de la Directiva a los créditos vinculados que no se ajusten a la definición de crédito vinculado de la propia Directiva.
28. Puede consultarse: “Study on the Impact of the Legal Choices of the Member States and other Aspects of Implementing the Directiva 2008/48/CE on the Functioning of the Consumer Credit Market in the European Unión”.
29. Vease, en este sentido, en particular, las sentencias de 3 de mayo de 2005, Berlusconi y otros, C-387/02, C-391/02 y C-403/02, apartados 64 y 65 y sentencia de 26 de septiembre de 2013, Texdata Software, C-418/11, apartado 50).
30. En la posición común del Consejo/Parlamento(DO C 270 E de 13.11.2007), se hace constar la ampliación de la lista de información precontractual que deberá facilitarse al consumidor y la introducción del formulario de “información normalizada europea sobre el crédito al consumo, aclarándose la información precontractual que debe facilitarse en el caso de las comunicaciones a través de la telefonía vocal, para la venta a distancia de los servicios financieros.
31. Dado que, en esta fase sólo puede indicarse mediante un ejemplo, éste según la Directiva, debe ser representativo. Por tanto, debe corresponder, por ejemplo, a la duración media y al importe total del crédito concedido para el tipo de contrato en cuestión y, en su caso, a los bienes adquiridos. Al elegir el ejemplo representativo, debe tenerse en cuenta, también, la frecuencia de ciertos tipos de contratos de crédito en un mercado concreto. En lo que se refiere al tipo deudor, la frecuencia de los pagos a plazos y la capitalización de los intereses, los prestamistas deben recurrir al método de cálculo habitualmente utilizado para el respectivo crédito al consumo.
32. Debe suponerse que el prestamista conoce el coste de dichos servicios accesorios que, el mismo o en nombre de un tercero, ofrece al consumidor, salvo si el precio está en función de las características específicas del consumidor o de su situación particular.
33. Puede considerarse, por ejemplo, que los proveedores de bienes y servicios actúan como intermediarios de crédito a título subsidiario si su actividad como intermediarios no constituye el objeto principal de su actividad comercial, empresarial o profesional. En tales casos, el consumidor sigue estando suficientemente protegido, ya que el prestamista ha de garantizar que reciba la información precontractual completa, bien a través del intermediario, si el prestamista y el intermediario así lo acuerdan o bien por cualquier otro medio adecuado.
34. Esto se entiende sin perjuicio de las disposiciones de la legislación nacional no

relacionada con la información al consumidor que establece las condiciones o los efectos de las modificaciones, distintas de las modificaciones relativas a los pagos, los tipos deudores y otras condiciones económicas relativas al crédito, por ejemplo disposiciones que establezcan que el prestamista esté facultado para modificar el tipo deudor solo cuando exista un motivo válido, o que el consumidor pueda poner fin al contrato en caso de modificación del tipo deudor o de otra condición económica relacionada con el crédito.

35. Sin embargo, durante el proceso legislativo y de consulta, varias partes interesadas mostraron su temor a que un exceso de información pudiera inducir a confusión, por lo que se eliminaron algunos requisitos sobre información precontractual.
36. Al efecto, cabe citar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sentada en la Sentencia “Rampion y Godard” asunto C-y, también las Sentencias Arcor(C-55/06), apartado 191 y jurisprudencia citada y Steffensen(asunto C-276/01), apartado 62 y 63.
37. Véase, la Sentencia Specht y otros, asunto C-501/12, apartado 112 y jurisprudencia allí citada).
38. Véase a tal efecto, la Sentencia Kusioniová, asunto C- 34/13, en especial el apartado 52 y la jurisprudencia allí citada).
39. Frente a algunas peticiones del sector bancario, la Comisión ha mantenido que el prestamista no solo debe cumplir los requisitos de información precontractual sino que, además, debe facilitar explicaciones complementarias para que el consumidor pueda tomar una decisión con pleno conocimiento. Sin embargo, es siempre el consumidor el responsable final de su decisión de suscribir un contrato de crédito, por lo que la referencia al asesoramiento se especifica como la obligación de facilitar al consumidor las explicaciones necesarias para que este pueda sopesar las ventajas y los inconvenientes del préstamo. Asimismo, se ha dejado a los Estados miembros una mayor flexibilidad para adaptar sus disposiciones de transposición a la situación comercial de sus mercados.
40. En principio, regulada esta materia en la Directiva 95/46/CE del Parlamento y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.