

INFORME DEL CONSEJO FISCAL SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY DE CONTRATOS DE CRÉDITO AL CONSUMO

1. Antecedentes.

Por medio de comunicación de fecha 22 de febrero de 2010 del Sr. Secretario de Estado de Justicia, se remite a la Fiscalía General del Estado el texto del Anteproyecto de Ley de Contratos de Crédito al Consumo, que deroga la Ley 7/1995 de 23 de marzo de Crédito al Consumo.

A tenor de las previsiones del artículo 14.4.j) del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, corresponde al Consejo Fiscal emitir informe acerca de los proyectos de ley o normas reglamentarias que afecten a la estructura, organización y funciones propias del Ministerio Fiscal.

El Anteproyecto no afecta a la organización y estructura del Ministerio Fiscal, pero sí incide en el ámbito de sus funciones –concretamente en las previsiones sobre legitimación del Ministerio Fiscal para el ejercicio de la acción de cesación a que se hace referencia en el artículo 36, precepto único del Capítulo VIII- y es por ello que la emisión del presente informe entra dentro de las competencias consultivas del Consejo Fiscal, expresa el parecer de dicho órgano colegiado sobre el Anteproyecto, y da cumplimiento al trámite preceptivo previsto en la legislación orgánica del Ministerio Público.

2. Consideraciones previas. Orden expositivo y materias objeto de informe.

Como se ha anticipado, es en el Capítulo VIII relativo al régimen de impugnaciones, dónde el nuevo texto incide especialmente en la actividad del Ministerio Fiscal. Constituye una novedad la posibilidad de someter al arbitraje de consumo los conflictos en materia de contratos de crédito, y se mantiene la legitimación del Ministerio Fiscal para el ejercicio de la acción de cesación *contra conductas contrarias a la Ley que lesionen los intereses tanto colectivos como difusos*, acción y legitimación que ya estaban reconocidas en el artículo 20 de la Ley 7/1995 de 23 de marzo de Crédito al Consumo, que fue introducido en dicho cuerpo legal por medio de la Ley 39/2002 de 28 de octubre de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El presente informe analiza en primer término la delimitación que el Anteproyecto efectúa en cuanto a su propio ámbito de aplicación, considerando la importancia que ello tiene por ser ese específico contexto en el que habrá de ejercitar el Ministerio Público la acción de cesación para la que está legitimado. Se incide brevemente en el contenido del Capítulo VII relativo al régimen sancionador, considerando sus particularidades en los casos en que el prestamista o intermediario sea una entidad de crédito. Como veremos, la acción de cesación amplía la esfera de su ejercicio en la medida en que también el propio Anteproyecto amplía su ámbito de aplicación sustantivo.

En segundo lugar, y aun cuando ello suponga una alteración del orden expositivo en relación con la sistemática de la Ley, se efectúa el estudio de la regulación de la propia acción de cesación en el nuevo texto y en relación con

las previsiones de la Ley de Enjuiciamiento Civil en ese mismo ámbito, por ser esta la materia que más directamente afecta a las funciones del Ministerio Público.

El contenido del informe se completa con el estudio, en epígrafes separados, de algunos aspectos concretos del Anteproyecto de especial interés, concretamente del contenido del artículo 15 en cuanto se refiere al ejercicio del derecho constitucional a la protección de datos de carácter personal, y de los artículos 26 y 29 relativos a los denominados *contratos de crédito vinculados*, por ser esta última una modalidad contractual que ha demostrado contar con una notable potencialidad lesiva para los intereses de los consumidores, y que puede, en consecuencia, determinar la intervención del Ministerio Fiscal en la protección de dichos intereses –recuérdese lo ocurrido en el pasado con la red de academias de inglés de la marca *Opening*-, siendo por ello importante que la norma reconozca y aborde sus particularidades, contribuyendo en la medida de lo posible a restablecer el equilibrio entre las partes en esa modalidad contractual.

3. El Anteproyecto de reforma de la Ley de Crédito al consumo:

A) Marco normativo comunitario e interno en materia de derechos de los consumidores y usuarios y de crédito al consumo.

Las nuevas formas de contratación de que es principal destinatario el consumidor o usuario de nuestros días y la generalización de la *contratación en*

masa por adhesión, donde los proveedores de bienes y prestadores de servicios predisponen las condiciones a aplicar en los contratos de forma unilateral, han supuesto el final del pretendido equilibrio entre partes en este específico marco de relación, siendo tal la magnitud del fenómeno que, en determinadas áreas productivas o profesionales –un buen ejemplo lo constituyen las operaciones crediticias- el consumidor o usuario tan sólo conserva un reducidísimo margen de maniobra, circunscrito casi exclusivamente a la decisión última sobre contratar o no hacerlo.

Según prevé el artículo 9.2 de la Constitución Española de 1978, corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. Sin duda, este precepto ha constituido uno de los engarces constitucionales a través de los cuales se ha materializado la penetración en nuestro ordenamiento jurídico de una serie de ideas socializadoras que se han ido implantando progresivamente en todos y cada uno de los diferentes ámbitos normativos de nuestro derecho interno.

El artículo 51 de la Constitución establece además la obligación de los poderes públicos de garantizar la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. Asimismo, la norma constitucional atribuye a los poderes públicos la promoción de la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentando sus organizaciones y estando atentos a las cuestiones que puedan afectarles, en los términos que la

Ley establezca. De igual modo y con base en el artículo 24 de la Constitución, el consumidor tiene derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos.

Con anterioridad a la entrada en vigor de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil, el artículo 20 de la Ley 26/1984 de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, reconocía legitimación extraordinaria a las corporaciones, asociaciones y grupos para la defensa de los llamados intereses o derechos colectivos, suponiendo un primer paso en la defensa de los consumidores que hoy ha sido integrado en el Texto Refundido de la Ley General aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre. En 1985 la propia Ley Orgánica del Poder Judicial contemplaba en su artículo 7.3 la protección de los intereses colectivos cuando disponía que *“Los Juzgados y Tribunales protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Para la defensa de estos últimos se reconocerá la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción.”*

También en el seno de la Unión Europea se fue diseñando a lo largo de los años una política legislativa dirigida a proteger los intereses de quienes ostentan la condición de consumidores y usuarios de bienes y servicios en el marco del espacio común europeo, dónde personas, mercancías, capitales y servicios circulan libremente. Sin duda, el impulso de la normativa comunitaria ha constituido el principal precursor de la prolija actividad normativa llevada a cabo por nuestro legislador a todos los niveles, material y procesal, general, autonómico y sectorial.

El primer hito en la construcción de ese incipiente derecho del consumo europeo se remonta a los Programas subsiguientes a la Carta de Protección del Consumidor del Consejo de Europa de 1973. Algunos años más tarde, el artículo 153 de la versión consolidada del Tratado de la Unión Europea, en el nuevo Título que se introdujo en 1992 en Maastricht, establecía de forma mucho más explícita que *“para promover los intereses de los consumidores y garantizarles un alto nivel de protección, la Comunidad contribuirá a proteger su salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores así como a promover su derecho a organizarse para salvaguardar sus intereses”*.

Partiendo de esa orientación programática, constituyen herramientas de la máxima trascendencia la Directiva 93/13/CE de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores cuya transposición se efectuó por medio de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y la Directiva 98/27/CE de 19 de mayo de 1998 relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, incorporada a nuestro derecho por medio de la Ley 39/2002 de 28 de octubre de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000, la cual, además de dar nueva redacción a determinados preceptos de la propia Ley de Enjuiciamiento, modificó también un amplio grupo de disposiciones sectoriales sustantivas a las que nos referiremos más adelante, partiendo del modelo asumido finalmente por nuestra legislación, dónde, a la vista de la enorme dificultad de abordar la codificación de las normas de protección a los consumidores -entre otras muchas razones, como consecuencia del hecho de que la regulación jurídico administrativa del sector corresponde casi en exclusiva a las Comunidades Autónomas-, se optó por

contar con la ya mencionada Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios y con otras normas con rango de Ley que otorgan protección al consumidor en diferentes sectores de actividad, en forma similar a lo que ocurre en Portugal, Luxemburgo o Grecia. A la Directiva 98/27/CE le ha seguido la Directiva 2009/22/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 23 de abril de 2009, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, que entró en vigor el 29 de diciembre de ese mismo año y aborda la codificación de la normativa europea sobre la materia.

En cuanto al sector específico que nos ocupa, el 14 de abril de 1975 una Resolución del Consejo Europeo consagró como prioridad la armonización de la normativa reguladora del crédito al consumo. Así, el 22 de diciembre de 1986 se publicó la Directiva 87/102/CEE relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo, modificada por la Directiva 90/88/CEE del Consejo de 16 de febrero de 1998 y por la Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de mayo de 1998.

Los informes y consultas recabados en relación con la aplicación de la Directiva 87/102/CE pusieron, sin embargo, de manifiesto, las importantes disfunciones generadas en el mercado del crédito al consumo como consecuencia de las diferencias sustanciales entre las legislaciones de los Estados miembros. La conveniencia de abordar la armonización total de las legislaciones internas para facilitar el acceso del consumidor al crédito interior y transfronterizo en condiciones óptimas de protección y seguridad jurídica, unida a la demostrada necesidad de dotar a los mercados crediticios de una mayor transparencia y eficacia, movieron al legislador comunitario a abordar la

regulación de la materia con un instrumento legal nuevo, la Directiva 2008/48/CE, cuyas disposiciones han de incorporarse al derecho interno de los estados miembros, según prevé su artículo 27, antes del 11 de junio de 2010.

Así pues, el Anteproyecto que informamos tiene su causa en la publicación en fecha 22 de mayo de 2008 en el Diario Oficial de la Unión Europea de la relativamente nueva Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2008 sobre contratos de crédito al consumo, cuya Disposición Derogatoria, contenida en el artículo 29, deja sin vigor a la Directiva 87/102CEE del Consejo de 22 de diciembre de 1986 con efectos a partir del 12 de mayo de 2010.

De igual modo que la Directiva 2008/48/CE opta por derogar a su predecesora -dada la amplitud y calado de las reformas a abordar-, el Anteproyecto de Ley que informamos deroga la Ley 7/1995 de 23 de marzo de Crédito al Consumo, que además de suponer la transposición a nuestro derecho interno del instrumento comunitario derogado, ha constituido el primer cuerpo legal que ha disciplinado de modo unitario los aspectos jurídicos del crédito al consumo en nuestro país, donde anteriormente se venían aplicando las disposiciones comunitarias en relación con el consumidor únicamente a través de la normativa sectorial sobre transparencia bancaria.

B) Delimitación del ámbito de aplicación del Anteproyecto y régimen sancionador.

Como expresa la propia Exposición de Motivos del Anteproyecto, el texto de la Ley pretende la transposición a nuestro ordenamiento jurídico interno de la Directiva 2008/48/CE *del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2008* relativa a los contratos de crédito al consumo, asumiendo, como no puede ser de otro modo, la vocación marcadamente armonizadora de la Directiva en tanto establece que los Estados miembros no pueden mantener o introducir disposiciones nacionales diferentes a las convenidas en la norma europea, si bien es cierto que no existe objeción alguna a que se conserven o adopten normas nacionales en aquellas materias en las que no existan disposiciones armonizadas.

La nueva Directiva 2008/48/CE consta de 32 artículos y tres anexos. El texto del Anteproyecto de Ley que ahora se informa se estructura de forma muy similar, constando de una Exposición de Motivos y 36 artículos distribuidos en ocho capítulos, además de una disposición transitoria, una disposición derogatoria, cuatro disposiciones finales y tres anexos. Se trata por tanto de un texto legal notablemente más extenso que la Ley 7/95 que se deroga, con tan solo 19 artículos, una disposición adicional única, una disposición transitoria, cuatro finales y un anexo.

El Capítulo I del Anteproyecto titulado “*Disposiciones generales*” regula el ámbito de aplicación de la propia ley, proporcionando definiciones propias que evitarán el recurso o la remisión a otros textos legales para su integración; en este sentido, el artículo 2 establece su ámbito subjetivo de aplicación, definiendo al *consumidor* –que en esta norma y a diferencia de lo previsto en el artículo 3 de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, de 16 de noviembre de 2007, tan sólo lo es la persona física; al *prestamista* –ya no se

habla de empresario como en la ley anterior, aun cuando se exige que la prestación del crédito no tenga carácter aislado u ocasional sino que se efectúe en el ejercicio de su actividad comercial o profesional- y al *intermediario de crédito*, cuya incorporación al ámbito subjetivo de la Ley constituye una novedad que se valora positivamente, en tanto viene a corregir una omisión del texto anterior que dejaba extramuros de la norma a un agente económico de intervención frecuente en la práctica y cuya responsabilidad e incidencia en el importe último del crédito, aparecían diluidos en la Ley anterior como consecuencia de aquel olvido.

En el artículo 5 del Anteproyecto se prevé el carácter imperativo de sus normas y las consecuencias legales de la renuncia a los derechos reconocidos por la Ley y de los actos en fraude de ley, y el artículo 6 facilita las definiciones de determinados elementos propios del contenido económico del contrato, y las previsiones sobre constancia –en papel o en cualquier otro soporte duradero- de la información que debe facilitarse al consumidor por orden de la propia norma.

A pesar de su complejidad, la Ley acoge en lo fundamental las previsiones de la nueva Directiva en cuanto a su ámbito de aplicación, facilitando en el artículo 1 una definición del contrato de crédito al consumo que determina su esfera objetiva de aplicación, asumiendo también las previsiones comunitarias respecto de los contratos excluidos -cuya relación, en el artículo 3, se actualiza respecto de la que hacía la Ley 7/1995-. Se consigna además un catálogo de contratos sometidos tan sólo a determinados preceptos de la norma, como ocurre en el caso de los créditos en forma de descubierto del artículo 4 de la Ley.

Pese a que entendemos que el problema se debe, en buena medida, al tenor de la propia Directiva cuya transposición se pretende, de nuevo el Anteproyecto –como ya le ocurría también a Ley 7/1995-, adolece de un excesivo casuismo en las normas delimitadoras de su ámbito de aplicación. Dicho de forma sencilla, el hipotético consumidor que quiera conocer si su crédito se halla específicamente protegido por la normativa del nuevo texto legal, deberá en primer término precisar si su contrato se ajusta a la definición del artículo 1 de la Ley, si la suya es o no una de las modalidades contractuales excluidas conforme al apartado 2 del artículo 1 y el artículo 3, o le resulta de aplicación el intrincado artículo 4, y si ha sido ulterior y reglamentariamente exceptuado de su ámbito de aplicación por razón de su cuantía (artículo 29.4 del Anteproyecto). Sabido es que el conocimiento de la esfera de aplicación de una norma determina en buena medida el nivel de protección que la misma otorga en la práctica, por lo que la complejidad a que aludimos pudiera restar alguna eficacia a la regulación que se propone.

Destaca el prelegislador en la Exposición de Motivos de la Ley que la misma *extiende sus previsiones a determinados contratos de crédito que no están incluidos en la norma que se transpone*, como es el caso de los *contratos de crédito destinados a adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir, los contratos de crédito cuyo importe total sea superior a los 75.000 euros, los garantizados con prenda y los contratos de crédito gratuitos a plazo superior a un año*, cuya exclusión sí permite la Directiva en su artículo 2 apartado 2º. Aun cuando se valora positivamente la *no exclusión* de estos supuestos -sobre todo en tanto amplía el abanico de las mayores garantías del consumidor previstas en esta Ley

respecto de aquella contratación en la que puede verse implicado el interés general, como en el caso de los contratos gratuitos-, la técnica legislativa utilizada, entendiendo que dichos contratos están incluidos en tanto no han sido expresamente excluidos, pudiera no resultar del todo *autosuficiente*, y previsiblemente obligará al intérprete de la norma a integrar su contenido con el de la propia Directiva.

En otro orden de cosas, merece expresa mención el artículo 34 del Capítulo VII, dónde se regula el régimen sancionador partiendo de dos previsiones diferentes, según que el prestamista sea una entidad de crédito, en cuyo caso el incumplimiento dará origen a responsabilidad administrativa conforme a las previsiones de la Ley 26/1988 sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, o que se produzca por parte de las demás personas físicas y jurídicas, supuesto en el que constituirá infracción en materia de protección de los consumidores y usuarios, remitiendo al Texto Refundido de la Ley General de Defensa del Consumidor y el Usuario.

Sin duda la Ley 26/1988 sobre Disciplina e Intervención constituye la norma básica sobre la que se ordena la supervisión bancaria, constituyendo su objeto principal la ordenación del crédito y el establecimiento de un régimen disciplinario propio de ese ámbito de actividad. Así, en su artículo 1.5 la Ley define las normas de ordenación y disciplina como aquellas *“leyes y disposiciones administrativas de carácter general que contengan preceptos específicamente referidos a las entidades de crédito y de obligada observancia para las mismas”*. Aún así, la norma no se limita de forma aséptica a regular las relaciones entre la administración y las entidades de crédito, sino que se refiere también a la actividad que estas últimas desarrollan, de modo que incide

inevitablemente en cuestiones relacionadas con la contratación bancaria. Lo dicho no es más que una consecuencia de la acusada transversalidad de este sector del derecho público, en el que resulta forzosa una cierta implicación en aspectos que son más propios del derecho privado.

El artículo 48.2 de la Ley 26/1988 de Disciplina -que constituye el precepto del que parte en nuestro derecho la regulación de la denominada *transparencia bancaria*-, faculta al Ministerio de Economía y Hacienda a establecer, en protección de los legítimos intereses de la clientela de las entidades de crédito *y sin perjuicio de su libertad de contratación*, una serie de obligaciones cuyo desarrollo ulterior se ha llevado a cabo mediante un complejo entramado de Órdenes Ministeriales y Circulares del Banco de España, además de por la propia Ley 7/1995 de Crédito al Consumo.

Es en el Real Decreto 303/2004 de 20 de febrero por el que se aprueba el Reglamento de los Comisionados para la defensa del cliente de servicios financieros, dónde se facilita por vez primera el concepto y naturaleza de las normas de transparencia bancaria en su artículo 6.4 párrafo 2º cuando dice *que “son normas de transparencia y protección de la clientela aquellas que contienen preceptos específicos referidos a las entidades [de crédito] que con la finalidad de proteger los legítimos intereses de los clientes, establecen un conjunto de obligaciones específicas aplicables a las relaciones contractuales entre unos y otros, exigen la comunicación de las condiciones básicas de las operaciones y regulan determinados aspectos de su publicidad, normas de actuación e información”*.

En este específico contexto, el artículo 34.2 del Anteproyecto considera normas de ordenación y disciplina las disposiciones contenidas en los

Capítulos II, III, V y VI, en los artículos 16 a 20 y en el artículo 35 del propio Anteproyecto, remitiéndose en cuanto al régimen sancionador al artículo 5 e) de la Ley 26/1988 que tipifica como falta grave, siempre que no tengan carácter ocasional o aislado, *“la realización de actos u operaciones con incumplimiento de las normas dictadas al amparo del número 2 del artículo 48 de esta Ley”*.

Así pues, y aun cuando pueda considerarse que el consumidor juega un papel secundario en la normativa sobre disciplina bancaria, -en tanto ésta impone una serie de obligaciones de transparencia e información a cargo de las entidades de crédito, más con el objetivo de garantizar el óptimo funcionamiento del sistema financiero, que con el fin de atribuir derechos sustantivos al cliente bancario-, también lo es que sus legítimos intereses, al menos de forma indirecta, resultan reforzados como consecuencia de dichas exigencias legales. Siguiendo este esquema, y dado que la nueva Directiva sobre crédito al consumo contiene un régimen más severo en cuanto a los deberes de información y transparencia de las entidades de crédito, el Anteproyecto que la transpone contribuye también a mejorar la protección del cliente-consumidor de determinados productos financieros.

C) La acción de cesación en el artículo 36 del Anteproyecto de Ley de Crédito al Consumo. Legitimación. Posibles reformas procesales.

Quizá una de las novedades jurídicas de mayor trascendencia en los últimos años ha sido la progresiva incorporación en nuestro ordenamiento de la regulación sustantiva y procesal de las llamadas acciones colectivas, institutos jurídicos llamados a dar satisfacción a ciertas exigencias de justicia material y

social y de economía procesal, lógicamente alejadas de las estructuras legislativas herederas de la tradición napoleónica, dónde los niveles de contratación estaban lejos de alcanzar el grado de masificación actual y los principales intereses en juego eran los exclusivamente privados.

En el contexto de la normativa reguladora del consumo, los que denominaremos *intereses supraindividuales* constituyen situaciones jurídico-materiales cuyos titulares son las personas no tanto en su vertiente individual, sino como miembros determinados o indeterminados de una colectividad. Así entendidos, dichos intereses, pueden ser a su vez de dos tipos, *colectivos*, cuando sus titulares están determinados o son fácilmente determinables y su nexo de unión deriva de una vinculación jurídica entre los miembros del grupo y el demandado (ejemplo: las personas que han suscrito un contrato con una determinada entidad bancaria) a los que se refiere el artículo 11.2 de la LEC, y *difusos*, en cuyo caso sus titulares están indeterminados o son de difícil determinación y el nexo de unión que les agrupa lo constituyen circunstancias fácticas o contingentes (ejemplo: los afectados por un producto defectuoso) a los que se refiere el artículo 11.3 de la LEC.

Siguiendo a cierta distancia el precedente de las llamadas *class actions* del derecho del Common Law, -especialmente norteamericano-, la acción de cesación es en nuestro ordenamiento la acción colectiva por excelencia, pues sin duda constituye uno de los más eficientes recursos para proteger y/o restablecer los *intereses supraindividuales, colectivos o difusos*, de consumidores y usuarios.

Conforme a su diseño positivo, la acción de cesación puede ejercitarse en dos momentos diferentes, ya sea como consecuencia de una actividad dañosa, en cuyo caso la pretensión de cesación tendrá por objeto solicitar una sentencia de condena al cese del comportamiento dañoso y una condena a no hacer consistente en la prohibición expresa de reiterarla en el futuro, ya cuando el comportamiento dañoso haya cesado, en cuyo caso la pretensión contendrá la petición expresa de prohibir su reiteración, siempre y cuando concurren indicios racionalmente suficientes que hagan pensar en que dicha reiteración puede producirse. Así pues, y en tanto en cuanto su ejercicio es posible con carácter previo a la producción de daños concretos, la acción de cesación resulta apta para procurar una tutela de los derechos de los consumidores de naturaleza abstracta e inhibitoria.

El artículo 36 del Anteproyecto bajo el título “*Acciones de cesación*”, establece:

- 1. Podrá ejercitarse la acción de cesación contra las conductas contrarias a esta Ley que lesionen los intereses tanto colectivos como difusos de los consumidores y usuarios.*
- 2. La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta contraria a esta Ley y a prohibir su reiteración futura. Asimismo, la acción podrá ejercerse para prohibir la realización de una conducta cuando ésta haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato.*

3. *Estarán legitimados para ejercitar la acción de cesación:*

- a) *El Instituto Nacional de Consumo y los órganos o entidades correspondientes de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores y usuarios.*
- b) *Las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en el Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores y usuarios.*
- c) *El Ministerio Fiscal.*
- d) *Las entidades de otros Estados miembros de la Comunidad Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios que estén habilitadas mediante su inclusión en la lista publicada a tal fin en el “Diario Oficial de la Unión Europea”.*
- e) *Los Jueces y Tribunales aceptarán dicha lista como prueba de la capacidad de la entidad habilitada para ser parte, sin perjuicio de examinar si la finalidad de la misma y los intereses afectados legitiman el ejercicio de la acción.*

4. *Todas las entidades citadas en el apartado anterior podrán personarse en los procesos promovidos por otra cualquiera de ellas,*

si lo estiman oportuno para la defensa de los intereses que representan.

El fundamento constitucional de la intervención del Ministerio Fiscal en el ámbito de la legislación relativa a los consumidores y usuarios se encuentra en el artículo 124 de la Constitución, en la medida en que atribuye al Ministerio Público –sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos-, la misión de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, de oficio o a petición de los interesados, precepto que, en las jurisdicciones civil o mercantil, debe ser interpretado con referencia a las leyes en que se concreta ese mandato, de modo que la intervención del Ministerio Fiscal requiere de una previsión normativa específica que el legislador ha efectuado en la propia Ley de Enjuiciamiento Civil y en diversas normas generales y sectoriales del ámbito del consumo.

Habilitaciones semejantes a esta se efectuaron en el artículo 54 del Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que otorga legitimación al Ministerio Fiscal para el ejercicio de la acción de cesación en materia de cláusulas abusivas, contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil, venta a distancia, garantías en la venta de productos y viajes combinados o, en general, cuando se lesionen intereses colectivos o difusos de consumidores y usuarios (artículo 54.3º del TRLGDCU); en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, cuando sus artículos 12 y 16 otorgan legitimación al Fiscal para ejercer las acciones de cesación, retractación y declarativa en caso de condiciones generales que resulten contrarias a la ley; en la Ley 29/2006, de 26

de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, en la que su artículo 106.3 confiere legitimación activa al Fiscal para ejercer la acción de cesación en el ámbito de la publicidad de medicamentos de uso humano o de productos sanitarios o productos con supuestas propiedades para la salud; en la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias, cuyo artículo 16 bis hace la misma atribución al Ministerio Fiscal para el ejercicio de la acción de cesación contra las conductas contrarias a lo dispuesto en la ley y en los artículos 21 y 22 de la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorporaba al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552 CEE, sobre coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, Ley ésta última que ha sido recientemente derogada por la Ley 7/2010 de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (BOE de 1 de abril de 2010), en la que se sustituye la acción de cesación por un procedimiento administrativo sancionador *quivis ex populo* previsto en el artículo 9. Las anteriores habilitaciones tienen su origen en la Ley 39/2002 a la que ya nos referimos al principio, que también introdujo, con carácter general, el apartado 11.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, conforme al cual “... *el Ministerio Fiscal y las entidades habilitadas a que se refiere el artículo 6. 1. 8º estarán legitimadas para el ejercicio de la acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios*”.

En estricta relación con la materia que nos ocupa, muy recientemente, la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los

consumidores y usuarios, -que entró en vigor el pasado día 1 de enero de 2010-, además de abordar ciertas reformas en el ámbito sectorial, introdujo en su Disposición Final primera una modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil por medio de un nuevo párrafo en el apartado 1 del artículo 15 con la siguiente redacción: *“El Ministerio Fiscal será parte en estos procesos cuando el interés social lo justifique. El tribunal que conozca de alguno de estos procesos comunicará su iniciación al Ministerio Fiscal para que valore la posibilidad de su personación”*, como consecuencia quizá de la indicación efectuada en anterior informe del Consejo Fiscal en ese sentido, tanto respecto de la necesidad de acotar expresamente la intervención del Ministerio Público a aquellos casos en que el interés social lo justifique, como de que la ley ordenara expresamente la necesaria comunicación de dichos procedimientos al Ministerio Fiscal, tal y como establece ahora el último párrafo del punto 1 del artículo 15 de la LEC.

La anterior falta de previsión en este sentido hacía posible que, en la práctica, pudiera desarrollarse el proceso en defensa de los intereses colectivos o difusos de los consumidores y usuarios con total desconocimiento del Ministerio Fiscal, a pesar de estar legitimado para el ejercicio de las acción de cesación en el ámbito de la LEC y en las normas sectoriales enunciadas con anterioridad. Si bien es cierto que, en cuanto al fondo del asunto, el texto de esta última reforma resuelve satisfactoriamente la omisión denunciada en anteriores informes del Consejo Fiscal, su inclusión como segundo párrafo del punto 1 del artículo 15 de la LEC puede dar lugar a la interpretación de que tales previsiones acerca de la intervención del Ministerio Fiscal -en defensa del interés social y la necesaria comunicación al mismo de los procedimientos por parte de los tribunales que los tramiten-, sólo resultan de aplicación en el

supuesto previsto en el artículo 15.1 de la LEC, que se refiere a acciones de reparación del daño, quedando excluidas las de cesación, que no se verían afectadas como consecuencia de su inclusión en el punto 4 del propio artículo 15. A fin de evitar esta exégesis, que parece de todo punto contraria al espíritu de la propia reforma, el nuevo párrafo debería llevarse a un apartado separado en el mismo artículo 15, designado con el número 5, de forma que resulte clara su aplicación respecto de todos los procedimientos a que hace alusión el precepto.

El Anteproyecto de Ley de Crédito al Consumo no hace ninguna precisión en esos mismos términos cuando alude a la legitimación del Ministerio Fiscal, lo que resultaría quizá conveniente aun a pesar del carácter supletorio de las normas de la LEC en cuanto a todas aquellas cuestiones procesales relacionadas con la materia y respecto de las cuales no se prevea ninguna especialidad en la correspondiente normativa sectorial.

Por otra parte, resulta difícil de justificar que la legitimación del Ministerio Fiscal esté limitada, conforme prevé el artículo 11.4 de la LEC, al ejercicio de la acción de cesación, siendo por lo demás indiscutible que el interés público puede verse comprometido en el marco de cualesquiera otras acciones colectivas, sin que la iniciativa del Fiscal en su defensa pueda aparecer condicionada a que una asociación de consumidores tome la iniciativa ejercitando la acción en los supuestos, por ejemplo, a que se refiere el artículo 11.3 del mismo texto legal. Es por ello, que, sin perjuicio de mantener la legitimación de las asociaciones en los términos ya previstos, en cuanto a la del Ministerio Fiscal se refiere, debería modificarse el artículo 11 de la LEC, incluyendo un ordinal con el siguiente tenor: *“El Ministerio Fiscal estará*

legitimado para ejercitar cualquier acción en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios”.

Igualmente, y a fin de garantizar la eficacia práctica de las acciones de cesación, debería añadirse en el artículo 53 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (aprobado por RD Legislativo 1/2002, de 16 de noviembre) un párrafo con la misma redacción del artículo 12.1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre las Condiciones Generales de la Contratación, en cuanto establece que *“a la acción de cesación podrá acumularse, como accesorio, la de devolución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de las condiciones a que afecte la sentencia y la de indemnización de daños y perjuicios que hubiere causado la aplicación de dichas condiciones”* al que habrá de añadirse la frase siguiente: *“que se tramitará por los cauces del proceso verbal, cualquiera que sea la cantidad reclamada”*.

En cuanto a la legitimación prevista en el artículo 36.3. b) del Anteproyecto de reforma respecto de las *asociaciones de consumidores y usuarios* que reúnan los requisitos establecidos en el Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores y usuarios, debe hacerse notar que el artículo 55.2 de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios prevé que, para que una asociación española pueda entenderse legitimada para ejercitar la acción de cesación en otro estado miembro de la Unión Europea -además de

estar incluida en la lista publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas-, debe estar presente en el Consejo de Consumidores y Usuarios, entidad dependiente del Instituto Nacional de Consumo cuya función es la de seleccionar a través de su Comisión de Valoración, las Asociaciones y Cooperativas de Consumidores y Usuarios o sus federaciones, confederaciones o uniones de ámbito estatal que se consideren más representativas a los efectos de formar parte del referido Consejo. La concurrencia a esta selección queda además limitada a aquellas asociaciones o cooperativas inscritas en el libro registro de asociaciones de consumidores que se lleva en el Ministerio de Sanidad y Consumo, cuyas normas de acceso están recogidas en la Orden de 8 de octubre de 2003 del Ministerio de Sanidad y Consumo (BOE 10 de octubre).

Esta exigencia parece justificada, particularmente si tenemos en cuenta que conforme prevé el artículo 15.4 de la LEC, están exceptuados del régimen de llamamientos a que se refiere el propio artículo 15, aquellos procesos que se hayan iniciado mediante el ejercicio de una acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios, resultando en este caso particularmente útil que las asociaciones legitimadas gocen de cierta acreditada representatividad, dado que los efectos de la cosa juzgada material se pueden extender a personas no llamadas al proceso, con la posible repercusión que ello puede tener en el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución Española.

Sin embargo, el requisito de la presencia en el Consejo de Consumidores y Usuarios constituye una limitación a las asociaciones de consumidores españolas respecto de las de los otros países de la Unión,

dónde no les es exigida la pertenencia a un órgano administrativo de corte similar. Sin que ello suponga una defensa de la supresión de cualquier clase de control previo, no podemos dejar de hacer notar que la difícil e insuficiente armonización de las legislaciones comunitarias en esta cuestión en particular, puede traer consigo una restricción para las asociaciones españolas a la que no están afectas las asociaciones de los restantes países comunitarios, circunstancia que tan sólo puede encontrar un *cierto correctivo* en la práctica a través del arbitrio judicial a que se refieren las letras d) y e) del apartado 3 del artículo 36 cuando, en referencia a las entidades de otros Estados miembros de la Comunidad Europea habilitadas mediante su inclusión en la lista publicada a tal fin en el Diario Oficial de la Unión Europea, se atribuye a Jueces y Tribunales la posibilidad de examinar si la finalidad de las entidades y los intereses afectados legitiman el ejercicio de la acción, evitando además un supuesto de prueba tasada.

En otro orden de cosas y de igual modo que se ha abordado la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil por medio de la *Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios*, cuya Disposición Final primera añade un nuevo párrafo en el artículo 15 de la LEC en el sentido apuntado más arriba, podría haberse aprovechado el Anteproyecto objeto de informe para acometer ciertas reformas de la Ley de Enjuiciamiento Civil que supriman las deficiencias de técnica legislativa de que adolecen los vigentes artículos 221 y 222.3 l) *in fine* de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En primer término y por lo que respecta al artículo 221 de la LEC, su tenor plantea problemas en cuanto a la determinación de su ámbito de aplicación. La literalidad de su rúbrica únicamente se refiere a los *procesos promovidos por asociaciones de consumidores y usuarios*, de dónde parece desprenderse que sus previsiones sólo son aplicables en ese concreto supuesto, de modo que los afectados no litigantes no pueden beneficiarse de la sentencia estimatoria que se obtenga a resultas de un proceso iniciado por un legitimado distinto a la asociación de consumidores y usuarios. Esta interpretación, que sin duda es la más próxima a la literalidad de la norma, parece sin embargo contraria a su espíritu por cuanto carecería de sentido y de virtualidad práctica que se atribuya la legitimación para promover estos procesos a otros entes distintos a la asociación, si finalmente no se otorga a los afectados por el hecho dañoso la posibilidad de obtener una sentencia que beneficie a todos los damnificados, hayan o no intervenido en el proceso.

Entendemos por ello oportuno que se aborde una sencilla reforma de la rúbrica y el apartado primero del artículo 221 de la LEC –bien suprimiendo la referencia exclusiva a las asociaciones de consumidores y usuarios, bien ampliando dicha mención expresa en cuanto al resto de legitimados del artículo 11 en relación con el 6.1.8º del mismo texto legal-, de modo que se eliminen las disfunciones apuntadas, consecuencia de la actual dicción del precepto.

El ámbito de aplicación del artículo 221 de la LEC precisaría de una segunda matización, ésta vez en sentido inverso. El artículo 11 de la LEC establece que las asociaciones de consumidores gozan de legitimación para litigar en defensa de sus propios derechos e intereses, los de sus asociados y los generales o *supraindividuales*. Sin embargo, el artículo 221 no prevé

ninguna limitación en cuanto a la extensión de sus propios efectos, pese a que los mismos no debieran ampliarse a los casos en que las asociaciones de consumidores litiguen en el ejercicio de su legitimación ordinaria, es decir, en defensa de sus propios intereses o derechos corporativos. Habría pues que acotar la extensión de esos efectos en los procedimientos iniciados por asociaciones de consumidores, cuando estas litiguen *en defensa de un número representativo de sus asociados o en defensa de derechos generales o supraindividuales*.

Por otra parte, el artículo 221.1 2ª LEC establece que *“si, como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declarara ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, la sentencia determinará, si conforme a la legislación de protección de los consumidores y usuarios, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente”* mientras el precepto del 222.3.l) in fine prevé que *“la cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte [...] así como a los sujetos no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de esta ley”*.

A la vista de los dos preceptos transcritos, un importante sector de la doctrina ha advertido, no sin razón, del solapamiento o aparente contradicción existente entre ambos preceptos, por cuanto los efectos procesales a que se refiere la regla 2ª del artículo 221.1 de la LEC no pueden ser otros que los de la cosa juzgada material de la sentencia –de los que ya se ocupa el artículo 222- y los terceros que se pueden ver afectados por los mismos son los consumidores o usuarios no litigantes pero interesados en aquel proceso.

Algunos autores entienden, sin embargo, que la regla 2ª del artículo 221.1 no se refiere a los efectos de la cosa juzgada material, de la que se ocupa el artículo 222, y no estaría pensada para extender dichos efectos a los consumidores y usuarios no litigantes en la posición activa, de lo que se ocupa específicamente el artículo 222.3 I), sino que podría referirse a otros eventuales demandados, de forma que, en el caso de que la sentencia, por ejemplo, declarare nula una condición general de contratación, pudiera producir efectos *erga omnes*, resultando que otros empresarios no demandados tampoco podrían insertarla en sus contratos. Sin embargo, esta interpretación vulnera frontalmente el principio de audiencia y la interdicción de la indefensión, sin que tan grave efecto pueda evitarse garantizando a estos eventuales demandados la misma publicidad del proceso que establece la LEC en el artículo 15 para los demandantes, supuesto que por otra parte, no está previsto en la redacción actual de dicho precepto.

Parece, por tanto, que la única exégesis posible de las dos normas aludidas conforme a su tenor literal actual, es generadora de cierta inseguridad jurídica, lo que sin duda justifica su reforma. En ese sentido, convendría que el legislador precisara cuál es el ámbito de aplicación específico del artículo 221.2ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en caso de que el precepto se refiera -como hemos anticipado- a la cosa juzgada material en los procedimientos en los que se ejerciten acciones colectivas, debería entonces suprimirse el tenor del apartado 3º *in fine* del artículo 222 o al menos matizarse su contenido haciendo uso, por ejemplo, de una cláusula de remisión con el texto siguiente “*sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 221.1.2º*”, de modo que la cosa juzgada en esos supuestos surta efectos más allá de las partes en el

procedimiento no en todo caso (como prevé la actual redacción del 222.3 LEC), sino tan solo en los supuestos en que así se determine en la propia resolución (221.2ª LEC).

D) La libre circulación de datos en la Unión Europea. El artículo 15 del Anteproyecto de reforma de la Ley de Crédito al consumo.

En nuestro ordenamiento jurídico, el punto de partida de cualquier análisis del derecho a la protección de datos lo constituye el artículo 18.4 de la Constitución en el que se establece que *“la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”*.

El precepto, al que buena parte de la doctrina especializada atribuyó cierta ambigüedad en tanto parecía configurar la protección de datos como una manifestación del derecho a la intimidad y privacidad, y por tanto, de marcado carácter instrumental, ha sido objeto de posteriores pronunciamientos constitucionales, siendo capitales en esa evolución dos importantes sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra varios preceptos de la Ley Orgánica 5/1992 de 29 de octubre de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal (en adelante LORTAD).

Así, la Sentencia del Tribunal Constitucional número 290/2000 de 30 de noviembre reconoce en primer término que el derecho a la protección de datos

deriva directamente de la Constitución y ha de considerarse como un derecho autónomo e independiente. La Sentencia número 292/2000 de 30 de noviembre, en relación con el principio de información, hace referencia al que constituye un elemento indispensable del derecho fundamental a la protección de datos, el poder de disposición y control sobre los mismos. El Tribunal argumenta que *“resultan indispensables para hacer efectivo el contenido del derecho fundamental a la protección de datos, el reconocimiento del derecho a ser informado de quién posee sus datos personales y con qué fin, y el derecho a poder oponerse a esa posesión y uso requiriendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de los datos. Es decir, exigiendo del titular del fichero que le informe de qué datos posee sobre su persona, accediendo a sus oportunos registros y asientos, y qué destino han tenido, lo que alcanza también a los posibles cesionarios; y en su caso, requerirle para que rectifique o los cancele”*.

El 24 de octubre de 1995, el legislador comunitario aprobó la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de los mismos. Si bien es cierto que nuestra Ley Orgánica 5/1992 de 29 de octubre de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal era anterior en el tiempo a la propia Directiva y había tenido en cuenta los trabajos preparatorios de la misma, el Gobierno español, tras un intento de acometer su reforma parcial, se decidió finalmente a redactar una ley nueva que elevara los niveles de protección de la propia Directiva; surge así la vigente Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre de Protección de datos de carácter personal.

La Directiva 95/46/CE establece en su artículo 1 apartado 2 que *“Los Estados miembros no podrán restringir ni prohibir la libre circulación de datos personales entre los Estados miembros por motivos relacionados con la protección garantizada en virtud del apartado 1”*. Esta medida garantiza los movimientos de datos de carácter personal entre los estados miembros de la Unión Europea”.

El artículo 33 de nuestra LOPD, en relación con esta materia, establece lo siguiente:

1. No podrán realizarse transferencias temporales ni definitivas de datos de carácter personal que hayan sido objeto de tratamiento o hayan sido recogidos para someterlos a dicho tratamiento con destino a países que no proporcionen un nivel de protección equiparable al que presta la presente Ley, salvo que, además de haberse observado lo dispuesto en ésta, se obtenga autorización previa del Director de la Agencia Española de Protección de Datos, que sólo podrá otorgarla si se obtienen garantías adecuadas.

2. El carácter adecuado del nivel de protección que ofrece el país de destino se evaluará por la Agencia Española de Protección de Datos atendiendo a todas las circunstancias que concurran en la transferencia o categoría de transferencia de datos. En particular, se tomará en consideración la naturaleza de los datos, la finalidad y la duración del tratamiento o de los tratamientos previstos, el país de origen y el país de destino final, las normas de derecho, generales o sectoriales, vigentes en el país tercero de que se trate, el contenido de los informes de la Comisión de la Unión Europea, así como las normas profesionales y las medidas de seguridad en vigor en dichos países.

Las principales críticas doctrinales a esta regulación fueron consecuencia del redactado en términos negativos del apartado 1, del que parece desprenderse que la regla general es que para tratar un dato personal extramuros del territorio nacional, resulta necesaria la autorización previa porque el país de destino *previsiblemente* no proporcionará un nivel de protección equiparable al de la LOPD, *apareciendo como la excepción* el que tal Estado cesionario sí ostente ese nivel de protección equiparable al nuestro. De esta interpretación del precepto se infería además la aparente desconfianza del legislador nacional respecto de los movimientos internacionales de datos, e incluso la incompatibilidad del precepto con la legislación comunitaria que, como hemos visto, consagra el principio de libre circulación de datos.

Sin embargo, en 2005, la Memoria de la Agencia Estatal de Protección de Datos ya dispuso que los países integrantes del Espacio Común Europeo proporcionan un *nivel de protección adecuado* en los términos a que hace referencia el artículo 33.1 de la LOPD. Por tanto, y aun a pesar de que en el pasado no fue exactamente así, actualmente la doctrina de la Agencia Estatal de Protección de Datos mantiene el criterio de que, para la integración económica y social resultante del establecimiento y funcionamiento del mercado interior, es necesario un notable flujo transfronterizo de datos personales entre todos los agentes de la vida económica y social de los estados miembros, ya se trate de agentes públicos o privados, sin que técnicamente dicho flujo implique una transferencia internacional de datos, que solo existirá de acuerdo con los artículos 25 y 26 de la Directiva cuando los datos personales tengan como destino los llamados “*países terceros*”, esto es, aquellos que no son miembros de la Unión Europea.

Por otro lado, en el marco de nuestra Ley Orgánica de Protección de Datos, la creación de ficheros de titularidad privada que contengan datos de carácter personal, solo está amparada por la norma cuando resulte necesario para el logro de la actividad u objeto legítimos de la persona, empresa o entidad titular, y se respeten las garantías que la propia Ley Orgánica y su reglamento de desarrollo establecen para la protección de las personas. Los ficheros de titularidad privada deben ser notificados a la Agencia Estatal de Protección de Datos por la persona o entidad privada que pretenda crearlos, con carácter previo a su creación.

El deber de información se perfila de forma específica en el artículo 29.1 y 2 de la LOPD, en relación con aquellos responsables del tratamiento que se dediquen a la prestación de servicios de información sobre la solvencia patrimonial y el crédito de las personas, de manera que no resulta preciso el consentimiento del afectado para el tratamiento y cesión de sus datos de carácter personal, lo que constituye una excepción a los principios rectores de la propia Ley. Como contrapeso a dicha excepción -limitada al caso concreto del cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias- se establece la obligación de notificar a los afectados el hecho de que se han registrado sus datos de carácter personal, con los requisitos previstos en el artículo 29 de la LOPD, cuyo tenor literal es el siguiente:

1. Quienes se dediquen a la prestación de servicios de información sobre la solvencia patrimonial y el crédito sólo podrán tratar datos de carácter personal obtenidos de los registros y las fuentes accesibles al público establecidos al efecto, o procedentes de informaciones facilitadas por el interesado o con su consentimiento.

2. Podrán tratarse también datos de carácter personal relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias facilitados por el acreedor o por quien actúe por su cuenta o interés. En estos casos se notificará a los interesados respecto de los que hayan registrado datos de carácter personal en ficheros, en el plazo de treinta días desde dicho registro, una referencia de los que hubiesen sido incluidos y se les informará de su derecho a recabar información de la totalidad de ellos, en los términos establecidos por la presente Ley.

3. En los supuestos a que se refieren los dos apartados anteriores, cuando el interesado lo solicite, el responsable del tratamiento le comunicará los datos, así como las evaluaciones y apreciaciones que sobre el mismo hayan sido comunicadas durante los últimos seis meses y el nombre y dirección de la persona o entidad a quien se hayan revelado los datos.

4. Sólo se podrán registrar y ceder los datos de carácter personal que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica de los interesados y que no se refieran, cuando sean adversos, a más de seis años, siempre que respondan con veracidad a la situación actual de aquéllos.

Teniendo en consideración esta perspectiva, el Capítulo III del Anteproyecto que comentamos bajo el título “Acceso a las bases de datos”, propone un único artículo, el 15, que constituye una novedad en la regulación sectorial del crédito al consumo y una muy explícita previsión de derecho interno en relación con la libre circulación de datos prevista en la Directiva

95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995. Dicho precepto establece lo siguiente:

- 1. Los ficheros de titularidad privada sobre solvencia patrimonial y crédito están sometidos a la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre, de Protección de datos de carácter personal, a las normas que la desarrollan y a lo establecido en este artículo.*
- 2. Si la denegación de una solicitud de crédito se basa en la consulta de una base de datos, el prestamista deberá informar al consumidor inmediata y gratuitamente de los resultados de dicha consulta y de los pormenores de la base de datos consultada.*
- 3. La información a que se refiere el apartado anterior no se facilitará al consumidor en los supuestos en que una Ley o una norma de derecho comunitario de aplicación directa así lo prevea o sea contrario a objetivos de orden público o de seguridad pública.*
- 4. Los responsables de los ficheros a que se refiere el apartado 1 de este artículo deberán facilitar a los prestamistas de los demás Estados miembros de la Unión Europea el acceso a las bases de datos para la evaluación de la solvencia de los consumidores, en condiciones no discriminatorias en comparación con los prestamistas españoles.*

Visto el contenido de los dos preceptos transcritos, se comprueba que aquello que en el artículo 29 de la LOPD se prevé como una *opción* de la que es titular el *interesado*, -que puede solicitar del responsable del tratamiento los

datos, las evaluaciones y apreciaciones que sobre el mismo hayan sido comunicadas durante los últimos seis meses y el nombre y dirección de la persona o entidad a quien se hayan revelado los datos-, se configura en el Anteproyecto de Ley de Crédito al Consumo como una *obligación* para el *prestamista* –con las únicas excepciones previstas en el nº 3 del propio artículo 15 que asumen en su literalidad lo revisto en el artículo 9.3 de la Directiva- quien deberá informar al consumidor de forma inmediata y gratuita en el caso de denegación de una solicitud de crédito que se base en la consulta de una base de datos, facilitando los resultados de dicha consulta y los pormenores de la base consultada, previsión que, sin duda, constituye un importante refuerzo de las garantías del consumidor titular de los datos, en la medida en que el precepto le confiere un cauce de acceso para el eventual ejercicio de cualesquiera otras de las facultades que tiene reconocidas en la legislación de protección de datos personales –por ejemplo, el derecho de rectificación- frente a los responsables e intervinientes en el propio tratamiento de los mismos.

D). Eficacia de los contratos de consumo vinculados a la obtención de crédito y derechos ejercitables en el marco de los mismos. Régimen de la contratación crediticia vinculada en la Ley 7/1995 y en el Anteproyecto.

Una de las realidades más características de nuestro sistema económico actual es el progresivo incremento del volumen de operaciones de adquisición de bienes y servicios por medio del crédito. De facto, este medio de acceso al consumo ha ido evolucionando hacia formas cada vez más complejas de contratación -entre las que se encuentran los contratos de crédito vinculados-,

en las que es justo reconocer que los intereses de los consumidores y usuarios no siempre han resultado suficientemente protegidos.

De todos son conocidos los déficits de amparo jurídico que la normativa contractual que denominaremos *clásica* –en tanto prevé los efectos de los dos contratos independientemente considerados- otorga al consumidor que accede a un contrato de consumo vinculado a otro de crédito, desprotección que en buena medida se deriva de la imposibilidad de que el consumidor pueda servirse de instrumentos tales como la excepción por incumplimiento y/o la resolución del contrato frente al financiador de la operación, en caso de producirse el incumplimiento del proveedor del bien o servicio.

Se comprenden por tanto las razones por las que el legislador ha intervenido en la regulación de esta modalidad contractual, definiendo la figura y previendo para ella una serie de efectos específicos. El aun vigente artículo 14 de la Ley 7/1995 de Crédito al Consumo, llegando más allá de lo exigido por la derogada Directiva 87/102/CEE en materia de protección al consumidor, condiciona la eficacia de los contratos de consumo vinculados a la obtención de un crédito, a la efectiva concesión de este último. Asimismo, está previsto que la ineficacia del contrato de consumo determine también la del contrato destinado a su financiación, siempre que concurren las circunstancias previstas en los párrafos a), b) y c) del apartado 1 del artículo 15. Por su parte, el artículo 15 de la Ley 7/1995 prevé la posibilidad de que el consumidor, además de ejercitar los derechos que le correspondieran frente al proveedor de los bienes o servicios adquiridos mediante un contrato de crédito, pueda ejercitar esos mismos derechos frente al empresario que concedió el crédito, siempre que

concurran *todos* los requisitos comprendidos en la letras a), b), c), d) y e) del propio precepto.

En lo que aquí interesa, y dejando al margen las diferencias interpretativas que el precepto ha generado en los Tribunales a lo largo de los años, el apartado b) del artículo 15 exige que *"entre el concedente del crédito y el proveedor de los bienes o servicios exista un acuerdo previo, concertado en exclusiva, en virtud del cual aquél ofrecerá crédito a los clientes del proveedor para la adquisición de los bienes o servicios de éste"*.

Este así llamado *pacto de exclusividad* constituye una exigencia altamente distorsionadora, por cuanto hace posible que los prestamistas y los proveedores tengan muy fácil eludir a priori la aplicación del precepto en sus relaciones comerciales. Simplemente, mediante la celebración de acuerdos con varias entidades crediticias, se puede evitar, en evidente fraude de ley, la exigida exclusividad, y por ende, la aplicación del artículo 15 de la Ley 7/1995.

El texto del nuevo artículo 29 del Anteproyecto bajo la rúbrica *"Derechos ejercitables en los contratos de crédito vinculados"*, establece lo siguiente:

1. Por contrato de crédito vinculado se entiende aquel en el que:

1º) El crédito contratado sirve exclusivamente para financiar un contrato relativo al suministro de bienes específicos o a la prestación de servicios específicos y

2º) Los dos contratos constituyen una unidad comercial desde un punto de vista objetivo. Se considerará que existe una unidad comercial cuando el proveedor del bien o el suministrador del servicio financian el crédito al consumo o, en el caso de que éste sea financiado por un tercero, cuando el prestamista se sirve de la intervención del proveedor del bien o el suministrador del servicio en la preparación o celebración del contrato de crédito o cuando los bienes específicos o la prestación de un servicio específico vienen expresamente indicados en el contrato de crédito.

2. Si el consumidor ha ejercido su derecho de desistimiento respecto a un contrato de suministro de bienes o servicios financiado total o parcialmente mediante un contrato de crédito vinculado, dejará de estar obligado por este último contrato.

3. El consumidor, además de poder ejercitar los derechos que le correspondan frente al proveedor de los bienes y servicios adquiridos mediante un contrato de crédito vinculado, podrá ejercitar esos mismos derechos frente al prestamista, siempre que concurren todos los requisitos siguientes:

- a) Que los bienes o servicios objeto del contrato no hayan sido entregados en todo o en parte, o no sean conformes a lo pactado en el contrato.*
- b) Que el consumidor haya reclamado judicial o extrajudicialmente, por cualquier medio acreditado en derecho, contra el proveedor y no haya obtenido la satisfacción a la que tiene derecho.*

4. Lo dispuesto en los apartados 2 y 3 no se aplicará cuando la operación individual de que se trate sea de una cantidad inferior a la fijada reglamentariamente.

El precepto acoge, casi en su literalidad, la definición que del contrato vinculado da la Directiva en su artículo 3 letra n), -concepto que por otra parte, responde a la verdadera naturaleza económica de la operación-, y elimina con buen criterio, la referencia al pacto de exclusividad al que nos acabamos de referir.

Además, y aún a pesar de que las previsiones del artículo 15 de la Directiva 2008/48/CE, relativo a los contratos de crédito vinculados, no forman parte del ámbito de la armonización plena o total, -por cuanto según el apartado 3 de dicho precepto *“el presente artículo se entenderá sin perjuicio de las disposiciones nacionales que asignen al prestamista una responsabilidad solidaria respecto de cualquier reclamación del consumidor contra el proveedor cuando la adquisición a este de bienes o servicios se haya financiado mediante un contrato de crédito”*, el artículo 29 del Anteproyecto mantiene la regulación de los efectos del desistimiento -conforme se contenían en la legislación española en los artículos 14.2 de la Ley 7/95 de Crédito al Consumo y 77 del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de Consumidores y Usuarios-, que ahora coinciden con los criterios de la nueva Directiva, de modo que siempre que el consumidor desista del contrato de consumo, quedará liberado también del contrato de préstamo, estableciendo el artículo 29. 2º del Anteproyecto, en sus apartados 2 y 3, -con terminología más clara que la de la propia Directiva, que habla de un *derecho de recurso contra el prestamista*-,

que el consumidor pueda ejercitar frente al prestamista los *derechos* que le correspondan frente al proveedor de los bienes y servicios, siempre y cuando concurren los presupuestos de los apartados a) y b) del apartado 3.

Se valora pues positivamente el contenido del Anteproyecto en materia de contratos vinculados, por entender que especialmente la supresión de la exigencia del pacto de exclusividad, puede evitar la elusión indebida de la aplicación de las normas contenida en los artículos 26 y 29 del Anteproyecto, en cuyo contenido se reconocen determinados efectos a esta modalidad de contratación, que sin duda fortalecen las garantías del consumidor que accede a la misma.

Como apuntamos al inicio, la previsión de desarrollo reglamentario a que se refiere el número 4 del propio artículo 29 puede contribuir a la ya de por sí complicada delimitación del ámbito de aplicación de la Ley.

4. Conclusiones.

Con carácter general, se valora positivamente la regulación que el texto del Anteproyecto realiza de las materias que son objeto de análisis, en la medida en que transpone fielmente la Directiva 2008/48/CE, e incluso amplía el ámbito de aplicación de las garantías reforzadas del consumidor a que se refiere la norma comunitaria.

Sin embargo, –y como ya ocurriera con la Ley 7/1995–, adolece el Anteproyecto de un excesivo casuismo en las normas delimitadoras de su ámbito de aplicación, que se complicará previsiblemente con su desarrollo reglamentario. Resulta indudable que el conocimiento de la esfera de aplicación de las normas, determina el nivel real de protección que las mismas otorgan en la práctica; es por ello que el prelegislador quizá debiera hacer un esfuerzo por simplificar estas previsiones en la medida de lo posible.

El mayor rigor del régimen sobre transparencia bancaria del Anteproyecto deberá contribuir, al menos de forma indirecta, a mejorar la protección de los legítimos intereses del cliente-consumidor de productos financieros.

Podría haberse aprovechado el Anteproyecto para abordar la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto a las deficiencias de técnica legislativa de que adolecen los artículos 11, 15, 221 y 222.3 I) *in fine* de la Ley de Enjuiciamiento Civil y del artículo 53 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, conforme al análisis que se efectúa en el apartado 3.C) del presente informe.

El artículo 36.3 c) del Anteproyecto, como el resto de leyes sectoriales que reconocen legitimación al Ministerio Fiscal para el ejercicio de la acción de cesación, no efectúa ninguna precisión similar a la prevista en el último párrafo del artículo 15.1 de la LEC en cuanto a que la intervención del Ministerio Fiscal como parte se produzca en los casos en que lo justifique el interés social y a la necesaria comunicación al Fiscal de la iniciación del procedimiento por el Tribunal que conozca a fin de que aquel valore la posibilidad de su

personación, lo que resultaría quizá conveniente aun a pesar del carácter supletorio de las normas de la LEC en cuanto se refiere a todas aquellas cuestiones procesales relacionadas con la materia y respecto de las cuales no se prevea ninguna especialidad en la correspondiente normativa sectorial.

El hecho de que el artículo 55.2 de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios prevea que, para que una asociación española pueda entenderse legitimada para ejercitar la acción de cesación en otro estado miembro de la Unión Europea deba estar presente en el Consejo de Consumidores y Usuarios, es un *filtro administrativo* que parece justificado y útil en el contexto de nuestra normativa procesal, que, sin embargo, no es exigido en otros países de la Unión, lo que objetivamente constituye una restricción para las asociaciones de consumidores españolas consecuencia de nuestra normativa interna y de la difícil armonización en esta específica materia.

Se valora positivamente el Anteproyecto en cuanto su artículo 15 impone al prestamista la obligación de informar al consumidor de forma inmediata y gratuita en el caso de denegación de una solicitud de crédito fundamentada en la consulta de una base de datos, facilitando los resultados de dicha consulta y los pormenores de la base consultada, previsión que sin duda constituye un importante refuerzo de las garantías del consumidor en relación con el tratamiento de sus datos sobre solvencia patrimonial.

También merece una valoración favorable la reforma que efectúa el Anteproyecto en materia de contratos de crédito vinculados por cuanto la redacción del nuevo texto legal reconoce importantes garantías al consumidor en el ámbito de esa modalidad contractual, mientras la supresión del

denominado *pacto de exclusividad* evitará la indebida elusión de las previsiones de la Ley a ese respecto.

Madrid, a 3 de mayo de 2010

FISCAL GENERAL DEL ESTADO
PRESIDENTE DEL CONSEJO FISCAL

Cándido Conde-Pumpido Tourón