



ADICAE – Consumidores críticos, responsables y solidarios
Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas y Seguros de España
C/ Gavín, 12 Local 50.001 Zaragoza 976 39 00 60
Paseo de la Esperanza, 9 Entrepantana A y B 28.005 Madrid
Tel. +34 91 468 06 32 presidencia@adicae.net <http://www.adicae.net>

Propuesta al Gobierno y los Grupos Parlamentarios en relación a los problemas de los consumidores y la necesidad de cambios legislativos

Presidencia de la Junta Directiva Nacional de ADICAE

POR UN UN PACTO DE ESTADO EN MATERIA DE TRANSPARENCIA COMO VALOR O PRINCIPIO PARA LA PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS CONSUMIDORES Y LA MEJORA Y COMPETITIVIDAD DE LAS EMPRESAS

I. JUSTIFICACIÓN

La presente legislatura va a estar presidida por el diálogo entre los diversos partidos políticos, particularmente ejemplificado en la propuesta de pactos de Estado. El objeto de estos pactos de Estado se dirige a resolver los problemas más urgentes que tiene la sociedad española, conforme a los intereses generales de la Nación.

En este último ámbito hay que destacar que la contratación bajo condiciones generales constituye uno de los problemas básicos de nuestro sistema económico y de nuestro tráfico patrimonial, por lo que su incidencia en la ciudadanía como consumidores y

usuarios es notoria y capital. De ahí, la importancia de impulsar **un pacto por la transparencia en la contratación**, pues su incidencia comprende el conjunto de los bienes jurídicos e intereses que son objeto de tutela.

Como asociación de consumidores y usuarios ADICAE, miembro del Consejo de Consumidores y Usuarios y representante de los consumidores en diferentes órganos consultivos previstos en la legislación como el Comité Consultivo de la CNMV, la Junta Consultiva de Seguros y otros en ámbitos del “gran consumo” distintos al financiero, defiende precisamente el carácter clave de la transparencia como elemento fundamental en las relaciones contractuales entre consumidores y empresas, y en general en el tráfico económico-jurídico en la actualidad, especialmente tras haberse puesto de manifiesto las graves consecuencias derivadas de una incompleta e inadecuada regulación (por desfasada o falta de actualización) al actual marco general de contratación seriada o masiva y basada en la adhesión a condiciones predispuestas que rige, además de en los servicios financieros, en los ámbitos del suministro energético, las telecomunicaciones, y en general lo que podría venir en denominarse “los grandes sectores del consumo masivo”. Unos ámbitos en los que incluso, pese a existir dudas en derecho, podría entenderse que los profesionales y pequeñas empresas se encuentran en una posición equivalente a la de los consumidores y usuarios y que, de hecho en muchos códigos jurídicos de Estados de nuestro entorno, se encuentran asimilados a la figura del consumidor en su tratamiento legal en estos ámbitos de contratación.

Prueba de lo afirmado y, por tanto, de la urgencia por este pacto de Estado, es el inmenso coste humano y económico que ha supuesto para la sociedad, especialmente para la parte más débil representada por los consumidores y usuarios, esto es, por los ciudadanos en general, la tremenda judicialización conexas a este ámbito de la contratación con relación tanto a las relaciones relativas al crédito (tanto hipotecario como de otros tipos) como a las relativas al ahorro, sin olvidar aquellas vinculadas a la contratación de servicios de interés general o pseudo-universal (por su amplio impacto en el conjunto de los consumidores) como los que se refieren a los suministros energéticos, las telecomunicaciones, los transportes o la gran distribución comercial, por señalar algunos.

Así, han sido objeto de una desmedida judicialización los procedimientos de ejecución hipotecaria, entre otros supuestos, intereses de demora y vencimiento anticipados abusivos y cláusulas suelo. Pero también en el ámbito del ahorro (bien de carácter clave y que precisa de una especial protección) son sobradamente conocidos los conflictos que han abocado a los consumidores a los tribunales, como la comercialización de productos complejos financieros a clientes minoristas, caso de las conocidas preferentes, obligaciones subordinadas o contrataciones de swaps.

De esta forma, la realidad y experiencia de la contratación y práctica bancaria, tan importante cualitativamente en la vida de los ciudadanos como consumidores y con grandes “vacíos” de regulación (baste señalar el ámbito de las comisiones bancarias) ha puesto en evidencia la necesidad de contar con un control pleno de transparencia como garantía tanto del buen funcionamiento de nuestro sistema patrimonial, como de la salvaguarda del derecho constitucional a una tutela judicial efectiva (art. 24 c.).

Además, en la actualidad, conforme a la convicción social de los españoles, resulta incuestionable que la transparencia, como ideal o valor de lo justo, ha arraigado plenamente en las aspiraciones de la sociedad española. En este sentido, puede afirmarse que el cambio social en pro de este ideal ya se ha producido y se ha instalado, de un modo permanente, en la forma en que los españoles entienden su relación política con el Estado, como ciudadanos, su relación con la Administración, como administrados, y su relación con las empresas, como consumidores o clientes. Sin duda, este pacto de Estado por la transparencia, dada su dimensión tanto social y económica, como ética y moral, debe constituir una de las prioridades de este nuevo ámbito de consenso a los efectos de conseguir tanto la plena protección de los consumidores, en su condición de ciudadanos, como de las pequeñas y medianas empresas como agentes sociales imprescindibles en el sistema productivo español, propiciando además una adecuada garantía de la competencia como elemento de avance económico y positivo para los consumidores. Facilitando, a su vez, esta nueva senda de diálogo que va a informar la presente legislatura.

Por todo ello cabe afirmar, también de un modo incuestionable, que la apuesta por la transparencia, como expresión de la calidad de negociación, constituye una exigencia inaplazable en el contexto social y económico de este siglo XXI. Además de una

oportunidad inmejorable para el Reino de España en su convergencia real con las políticas y aspiraciones que marcan en la actualidad la agenda europea y de abordar una profundización del mandato constitucional de protección de los consumidores (art. 51 c.), la defensa y mejora de la libre competencia de las empresas (art. 38 c.), así como el fortalecimiento del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 c.). Un principio de seguridad jurídica al que vienen apelando constantemente como “principio sagrado” las entidades del sector financiero y otras grandes empresas de sectores clave para los consumidores como argumento de rechazo a la adopción de medidas o impulso de reformas pero que no ha sido aplicado a los consumidores, que han carecido de dicha seguridad jurídica en ejemplos múltiples.

En consecuencia, y en su condición de asociación representativa de los intereses generales de los consumidores y usuarios, ADICAE plantea una serie de reformas legislativas que, como auténtico pacto de Estado, permita avanzar en la adecuación de la regulación al entorno económico, jurídico y social del siglo XXI, adecuándola a la realidad actual y estableciendo unos criterios de transparencia en la contratación, y que contribuya a los objetivos de mejorar la posición de los consumidores en el mercado, evitar distorsiones de la competencia en el mismo, y por lo tanto establecer unas reglas de juego que propicien mejoras y beneficios para todos los agentes involucrados en el tráfico jurídico-económico a través, precisamente, de la transparencia en las relaciones negociales y de consumo.

II. PRINCIPIOS DE PROPUESTAS LEGISLATIVAS A DESARROLLAR PARA UNA PROTECCIÓN NORMATIVA COMPLETA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS

En orden a la consecución de este pacto de Estado por la transparencia, se proponen las siguientes propuestas legislativas:

1. Reforma legal para garantizar el reconocimiento normativo del control de transparencia y su régimen de aplicación básico.

La consecución de los objetivos de este pacto por la transparencia se sustenta necesariamente sobre dos presupuestos que garanticen su plena aplicación. En este sentido, resulta imprescindible tanto el **reconocimiento normativo del control de transparencia como control de legalidad**, propiamente dicho, como el **reconocimiento de la plena ineficacia de las cláusulas declaradas abusivas en base a la legislación aplicable**. Ineficacia que, conforme a la función tuitiva de la Directiva Europea 93/13 (principio de no vinculación para el consumidor de la cláusula abusiva, y efecto disuasorio de la sanción de ineficacia) no admite moderación o integración, salvo que sea en beneficio de la posición del consumidor. En esta dirección se proponen las siguientes reformas:

1.1. Reconocimiento del control de transparencia como control de legalidad de la reglamentación predispuesta.

Modificación del 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 y de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones generales de la contratación, en el sentido de **contemplar, en toda su extensión, el control de transparencia como control de legalidad de la reglamentación predispuesta**. Tal y como ya desarrollan la STJUE 30 de abril de 2014, asunto C-26/13 y la STS de 8 de septiembre de 2014, núm. 464/2014.

Estas modificaciones tienen un gran impacto en la superación de los problemas y déficits apreciados en los últimos años en los campos de contratación con los consumidores señalados en la justificación del presente pacto de Estado, campos decisivos para los derechos de los consumidores y usuarios, la calidad de vida de los ciudadanos, y la propia economía y mercado.

1.2. Reconocimiento de la plena ineficacia de las cláusulas declaradas abusivas.

Modificación del 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 y de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones generales de la contratación, en el sentido de **contemplar, en toda su extensión, el régimen de ineficacia derivado de la declaración de abusividad** (art. 6 y 7 de la Directiva 93/13); **tanto temporal como material, con el consiguiente reconocimiento del pleno efecto restitutorio o ex tunc que comporta dicha declaración** (por ejemplo, en los casos de cláusulas suelo e intereses de demora) **y la plena ineficacia de los actos que traigan causa de la cláusula abusiva** (sobreseimiento de la ejecución instada por una cláusula de vencimiento anticipado declarada nula).

La actual ausencia de la previsión legal propuesta con estas modificaciones no sólo genera conflictos interpretativos que dan lugar a la vulneración de la Directiva 93/13, sino que supone *de facto* vaciar de contenido los aspectos más básicos y relevantes de la actual normativa europea de protección de los consumidores en materia de cláusulas abusivas y condiciones generales de la contratación.

En concreto y a modo de ejemplo, el hecho de que se permita que la nulidad de una cláusula (por ser calificada como abusiva) sólo tenga efectos a partir del momento en que dicha nulidad es apreciada judicialmente, genera incentivos a que cualquier empresa incluya condiciones abusivas en sus contratos con consumidores, dado que incluso si esas cláusulas fuesen declaradas nulas la empresa habría disfrutado durante todo el tiempo previo a la resolución judicial de los efectos de esa cláusula, que debería dejar de aplicar pero sin deshacer los efectos que esa cláusula hubiese generado en perjuicio del consumidor o sin devolver las cantidades que hubiera

cobrado en aplicación de la misma, en su caso. Es decir, si durante 5 años una empresa hubiese estado aplicando una cláusula abusiva, cuando la misma fuese declarada nula sólo debería dejar de aplicarla, consolidándose en favor de la empresa los beneficios y efectos que la aplicación de la cláusula hubiera generado. De esta forma la protección de los consumidores prevista en la normativa europea y española quedaría fuertemente menoscabada, además de verse privada de cualquier efecto de desincentivo que permitiese avanzar en la mejora de las prácticas en el mercado.

De hecho, el problema va más allá incluso del ámbito de los derechos de los consumidores. La cuestión planteada podría tener efectos perniciosos sobre la libre competencia competitiva en el mercado (con empresas en situación de privilegio al emplear cláusulas abusivas frente a las que no lo hicieran) y sobre la defensa colectiva de los consumidores, entre otros.

2. Reforma legal para la necesaria extensión del marco de aplicación del control de transparencia.

En este S. XXI, tras el reconocimiento normativo del control de transparencia y de su régimen básico de aplicación, su extensión a la contratación bancaria de productos complejos por clientes minoristas constituye otra exigencia ineludible conforme a los principios que informan este pacto de Estado, teniendo en cuenta que la protección sectorial del cliente minorista de productos complejos gira, en definitiva, en torno a que la información que reciba resulte transparente con relación a los riesgos concretos que asume. Protección que se alcanza, realmente, con la **incorporación a esta legislación sectorial del control de transparencia.**

De forma añadida, cabe destacar que ha de ser objeto de valoración la extensión del régimen de aplicación del control de transparencia a la contratación entre empresarios; como se ha apuntado en la Justificación de la presente propuesta, la posición que ostentan profesionales y pequeñas empresas al contratar con grandes entidades de sectores como el financiero, energético, telecomunicaciones, etc....., resulta asemejable a efectos jurídicos a la del consumidor y usuario, habiéndose comprobado en los últimos años una multiplicidad de casos en los que el profesional o pequeño empresario ha vinculado bienes ajenos a su actividad (como la vivienda) a contratos financieros de los que se ha derivado, en última instancia, la pérdida de dicho bien.

En estos casos el pequeño o mediano empresario asume una idéntica posición jurídica a la del consumidor o usuario, esto es, resulta un mero adherente de las condiciones establecidas por el empresario predisponente, lo que justifica la extensión del control de transparencia a estos contratantes.

2.1. Extensión del control de transparencia a la contratación de productos financiero de carácter complejo por el cliente minorista.

Inclusión en la legislación sectorial correspondiente, aparte de los deberes de información ya contemplados (MIFID), del control de transparencia en el ámbito de esta contratación.

Ha sido habitual la apelación por parte de sectores que cuentan con regulación sectorial específica a la primacía de esta sobre los principios generales de protección del consumidor y de la contratación con consumidores, traduciéndose en el caso de la necesaria transparencia en la contratación en el mero cumplimiento formal de las normas imperativas aplicables a los requisitos de información precontractual y contractual (tal es el caso de la normativa MiFID, transpuesta a nuestro ordenamiento a través de la Ley del Mercado de Valores y su normativa de desarrollo, entre otras).

2.2. Extensión del control de transparencia a la contratación entre empresarios.

Modificación de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones generales de la contratación, en el sentido de la aplicación extensiva del control de transparencia en el ámbito de la contratación entre empresarios, respecto del pequeño y mediano empresario que actúe como mero adherente, sin posibilidad de negociación, en la contratación de bienes y servicios con otro empresario predisponente.

3.Reforma legal para potenciar la tutela preventiva de los derechos de los consumidores y usuarios.

La tutela preventiva constituye una de las mejores herramientas para la lucha contra las cláusulas abusivas. En este sentido, dada la situación actual, interesa que **se potencie el control de transparencia, no sólo formal, sino material**, que tanto los **Notarios como los Registradores**, en sus respectivos ámbitos profesionales, **pueden y deben realizar respecto a sus actuaciones de autorización y calificación jurídica**.

En la misma línea, una aproximación a las experiencias de otros Estados de la UE resultan de interés en la perspectiva de la prevención de algunas problemáticas para los consumidores. Tal es el caso del Reino Unido en el ámbito de la comercialización de la denominada “hipoteca inversa”, caso respecto del cual la legislación británica establece la obligación de que previamente a la contratación de este producto se certifique que el consumidor ha sido asesorado bien por la administración a través de sus áreas de servicios sociales, bien por organizaciones sociales reconocidas, como es el caso de las Asociaciones de Consumidores en España, u otras.

También en esta perspectiva resultan de interés los ejemplos francés o belga, que hace 35 y 20 años, respectivamente, disponen de una Comisión de Cláusulas Abusivas que, contando con una amplia participación de la administración y los sectores implicados (en esencia, empresas y consumidores), está encargada de conocer y buscar en los modelos de contratos habitualmente propuestos por los profesionales a los contratantes no profesionales o consumidores si estos documentos contienen cláusulas que pudieren presentar un carácter abusivo. Se trata de un órgano administrativo transversal con finalidad cuando menos consultiva y de recomendación que pretende paliar las ineficiencias del control *ex post* y proponer criterios uniformes sobre distintas cláusulas abusivas. De esta forma, la labor de esta comisión puede calificarse como un control preventivo de cláusulas abusivas, un control que además de abarcar todos los sectores, involucra a todos los actores que tienen relación con el consumo

Por lo expuesto resulta necesario abordar el **establecimiento de un organismo o mecanismo equivalente a la comisión francesa que ejerza esa necesaria labor preventiva** y limite por lo tanto la generación y extensión de perjuicios a los consumidores y la posterior judicialización de los problemas derivados de la aplicación de condiciones generales abusivas. No obstante, en el marco de la presente propuesta y teniendo en cuenta la realidad actual de nuestro mercado, las funciones de una comisión de este tipo no debieran circunscribirse en exclusiva al control de contenido sobre la abusividad de los condicionados generales, sino que resulta necesario su extensión al ya meritado control de transparencia.

Por último, debe destacarse la necesidad de **revisar el vigente Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación**, Reglamento que vió anulado gran parte de su articulado por la Sentencia TS (Sala 3.ª, Sección 6.ª) de 12 febrero 2000, quedando “inutilizado” como la herramienta para los consumidores y su seguridad jurídica que pretendía ser, en aplicación de la Ley que desarrolla. No es objeto de esta reflexión discutir acerca de la sentencia señalada y sus argumentos, sino destacar la necesidad de reactivar el citado Registro, creado en aplicación de la Ley, para el logro eficaz de los objetivos perseguidos.

A este respecto debe reseñarse que la vigente Ley de Condiciones Generales de la Contratación contempla en su artículo 11.2 (no anulado hasta la fecha), frente al carácter voluntario de la inscripción de condicionados generales, la posibilidad de que *“el Gobierno, a propuesta conjunta del Ministerio de Justicia y del Departamento ministerial correspondiente”*, pueda imponer la inscripción obligatoria *“en determinados sectores específicos de la contratación”*. Esta facultad, no explotada hasta el momento, puede contribuir caso de ser empleada a facilitar el conocimiento público y examen de los condicionados generales de empresas que operan en sectores clave, en especial por parte de las Asociaciones de Consumidores, al objeto de proponer a las empresas implicadas cambios o correcciones caso de entenderse abusivo parte de sus clausulados o de advertir al público de la existencia de cláusulas lesivas para los consumidores por su carácter abusivo.

Al respecto de lo expuesto, se proponen las siguientes reformas:

- Modificación de la legislación notarial y registral en orden a la potenciación material del control preventivo de transparencia que estos operadores jurídicos pueden desempeñar conforme al control de legalidad que encierra sus actuaciones de autorización y calificación jurídica.
- Potenciación de los denominados Protocolos o Sellos de transparencia que favorezcan su labor preventiva en el control de transparencia
- Implementación de mecanismos preventivos, con la participación paritaria de los agentes implicados, que analicen los condicionados generales de aquellas entidades y operaciones más comunes y de mayor impacto social en los sectores “clave” para los consumidores y la economía como los servicios financieros, la energía, las telecomunicaciones, el transporte o la gran distribución.
- Revisión de la regulación relativa al Registro de Condiciones Generales de la Contratación, y de las vías de aplicación efectiva de las previsiones legales al mismo referidas en la Ley 7/1998

4. Reforma legal para adecuar la Ley de Enjuiciamiento Civil a los avances producidos en el tratamiento del control de transparencia.

Nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, incluso con las reformas recientes, ya ha quedado obsoleta con relación a la doctrina jurisprudencial del TJUE, así como respecto de los problemas actuales que plantea el ejercicio de este control de transparencia en los Tribunales de Justicia. De ahí que se proponga la revisión y adecuación de la Ley de Enjuiciamiento Civil en los siguientes aspectos o cuestiones:

- Revisión de la acción judicial colectiva, empezando por la clarificación de este tipo de acciones, del sentido y objeto de la acción colectiva de cesación, y de la compatibilidad de dicha acción con las acciones individuales ejercitadas.
- Demanda de ejecución y actuación del Juez de control de oficio de las cláusulas abusivas.

- Incidente de oposición a la ejecución.
- Vista del incidente de oposición a la ejecución hipotecaria.
- Contenido de la resolución del incidente de oposición y régimen de recursos.
- Tratamiento del vencimiento anticipado y del recálculo de los intereses moratorios conforme a la Ley 1/2013.

Madrid, Noviembre de 2016