

# **SOBRE ENDEUDAMIENTO DEL CONSUMIDOR Y CONCURSO DE ACREEDORES**

*Por Angel Carrasco Perera*

## **Congreso Iberoamericano y Argentino de Derecho Concursal Mendoza 4-7 octubre 2009**

En el año 2009 hubo 200% de aumento de casos de concurso de persona física sin actividad empresarial en España.

### *Las características del pasivo del consumidor sobreendeudado*

Deudas de alimentos familiares a hijos y cónyuges. Estas deudas no son descargables en el concurso, ni están sujetas a convenio. No pueden ser objeto de quita y espera.

Deudas fiscales. Estas deudas no pueden ser objeto de reducción o de moratoria, porque una situación de este tipo violaría el principio de igualdad ante las cargas tributarias, y, básicamente, enfrenta a la Hacienda Pública a una situación inaceptable.

Deudas alimenticias en caso de ruptura matrimonial (pensiones de separación o divorcio). Es claro que el acreedor no solicitará nunca el concurso de su deudor por el impago de estas deudas, pero el deudor tiene incentivos poderosos para solicitar el concurso con objeto de someter estas deudas a reducción.

Deudas de crédito personal no hipotecario para la adquisición de bienes o servicios. Son las deudas características del sobreendeudamiento consumista, en un mercado de crédito barato, una situación de bonanza económica y una relajación de los criterios bancarios.

Deuda hipotecaria con carga sobre la vivienda habitual.

### *Desatención del concurso del consumidor en la Ley Concursal española, ley 23/2003*

No hay paralización de la ejecución garantías reales (art. 56 LC). Al tratarse de garantías reales (hipoteca) de bienes no afectos a una explotación empresarial o profesional, la hipoteca de la vivienda habitual no se suspende en su ejecución por la declaración de concurso

A diferencia de las sociedades, donde la liquidación supone su extinción societaria, la persona física sigue respondiendo (no hay *fresh start*). El Derecho concursal español no libera al concursado deudor del pago de sus deudas no

pagadas durante el concurso, salvo que en el convenio concursal con los acreedores así se determine

No consideración de la vivienda habitual, salvo para el caso marginal del pacto de sobrevivencia de 78.3 LC, con dudosa generalización.

Subordinación de créditos de personas físicas, incluso cuando han dejado de ser *insiders* (art. 92 LC), y presunción de perjuicio de 71.3. La situación de concurso conduce inmediatamente a la subordinación de todas las deudas familiares o exfamiliares. Con la ley española, incluso se subordinaría el crédito del ex cónyuge por el pago de la pensión compensatoria por divorcio o separación. Básicamente ello supone que el legislador concursal presume que los créditos intrafamiliares son pseudocréditos o se trata de créditos cuya liquidación y pago debe hacerse, y se hará, al margen del Derecho

Pérdida de derecho a alimentos con apertura de fase de liquidación (art. 145.2) y pago como deudas de la masa durante la fase común y de convenio (arts. 47 y 84.2.4º). Como es casi imposible que se obtenga un convenio en un concurso de consumidor, lo normal es que se abriera la fase de liquidación, con la consecuencia de que tanto el deudor como su familia pierde la posibilidad de cubrir sus necesidades básicas por medio de los fondos patrimoniales propios.

#### *El contra de un sistema de concurso específico de consumidores sobreendeudados*

Básicamente toda la filosofía de un procedimiento especial que atiende a la especificidad del concurso del consumidor consiste en:

- establecer un procedimiento que regule un plan de pago
- garantizar que los activos futuros líquidos en determinada medida son entregados a un fiduciario para los acreedores
- fresh start
- solucionar el problema de si puede haber liberación de la deuda hipotecaria.

El concurso es muy caro de gestionar. Antes de proponer soluciones concursales, específicas o generales, para el consumidor, hay que determinar si el coste merece la pena, en función de los resultados esperables y asumibles. En mi opinión no vale la pena.

Básicamente considero acertada la solución de la Ley Concursal española, que es, por la vía de los hechos, expulsar a los consumidores del sistema concursal, y remitir las situaciones de sobreendeudamiento a arreglos privados informales al margen del concurso.

La solución francesa tiene altos costes de establecimiento y manejo y altos costes de vigilancia sobre la conducta del deudor. En primer lugar, para

determinar su buena o mala fe a efectos de ser merecedor del procedimiento. La gestión administrativizada en una agencia gubernamental, escasamente coordinada con las instancias judiciales, conduce a la confusión y a la dispersión de fondos y esfuerzos. Por lo demás, las medidas de recomendación final obligatorias, que pueden suponer una reducción o supresión de la deuda o una suspensión de su exigibilidad finalmente tendrá que ser pagado a costa de una única clase de acreedores (hipotecarios y financiadores del consumo), con efectos perversos de futuro, sin que afecte a las deudas alimenticias ni a las fiscales.

Igualmente costoso es el sistema de *Rechtsschuldbefreiung* alemán. Requiere un plan de pagos en el que se ceden a un fiduciario parte de los ingresos futuros, y se remite la deuda subsistente si al cabo de tres años el deudor ha observado una buena conducta. Este sistema requiere altos costes de monitorización, que no está justificado hacer recaer sobre el presupuesto público, y que no podría ser costado por los particulares.

Es preferible seguir insistiendo sobre los tres pilares clásicos de la protección del consumidor en el mercado del crédito: información precontractual, exigencia de préstamo responsable por parte de entidad financiera y derecho de desistimiento del consumidor sin costes, Directiva 2008/48.

El acreedor doméstico más importante (hipotecario) no está sujeto a convenio, luego no tiene sentido el proceso concursal. Sólo tiene sentido proponer un sistema específico de concurso de consumidor si estuviéramos dispuestos a sacrificar al acreedor hipotecario mediante una quita o una moratoria de su crédito. Esta solución es inadmisibles, y generaría efectos perversos.

Las deudas de ruptura familiar no pueden reconducirse a una situación de concurso, entre otras cosas porque entre los protagonistas ya no existe una colaboración positiva normalmente. Es preferible acudir a los criterios propios del Derecho de familia que permiten la modulación de la deuda conforme a la cláusula *rebus sic stantibus*. Por lo demás, es preferible hacer costoso el acceso a un procedimiento de concurso del consumidor sobreendeudado con pasivo de esta clase, pues genera incentivos perversos.

Propuestas de fortalecer la rescisoria concursal de los contratos de crédito y declaración de complicidad concursal frente a las entidades que incurren en concesión abusiva de crédito. ¿A quién favorece? Habrá que preguntarles a los consumidores como un todo si aceptarían la importante restricción de crédito personal que supondría lastrar a las entidades financieras con unos costes y riesgos de esta clase.

Como de hecho las deudas familiares y las deudas fiscales no pueden ser restringidas ni minoradas, el sedicente sistema concursal específico del deudor sobreendeudado se limitaría a castigar y sacrificar a un único acreedor, el acreedor hipotecario.

## **Apéndice 1**

## **“HIPOTECAS PARA LOS POBRES”**

**Angel Carrasco Perera**

**Catedrático de Derecho civil**

**Publicado en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, septiembre 2009**

He leído que el Partido Popular en la Asamblea de Madrid ha apoyado una proposición no de ley para que en las hipotecas prestadas en ciertas condiciones (de indigencia, suponemos) los acreedores no tengan recurso a la acción personal, y, en caso de impago, deban contentarse con lo que puedan obtener del valor de los inmuebles recuperados. La superfluidad de una medida de esta clase (por fortuna, la Comunidad Autónoma de Madrid carece de competencia para ello) no hace menos condenable la temeridad de quienes promueven normas sin sentido de la responsabilidad institucional, abonando día a día el descrédito de los políticos. ¿Adónde nos llevaría una propuesta como la referida?

Primero, acentuaría y redundaría en la misma patología de *subprimización* que ha hecho estallar el mercado hipotecario USA, y en menor medida también el español. ¡Porfiar en las causas de la crisis! La tormenta que ha pasado nos ha enseñado a todos que lo verdaderamente importante no es que todo el mundo tenga casas en propiedad, sino que el mercado hipotecario esté diseñado de tal forma que sólo puedan comprar casas aquellos que dispongan de ingresos tres veces superiores al coste de la hipoteca. Es “esencial” que no obtenga préstamo hipotecario quien sólo cuente con la casa adquirida como recurso para repagar el crédito.

Segundo, supuesto que hubiera crédito hipotecario en estas condiciones, el coste del crédito sería superior. Entre otras cosas porque ya no habría un mercado para las garantías personales colaterales de la hipoteca. En estas condiciones no sólo los pobres estarían expulsados del mercado, sino un amplio espectro de sujetos que podrían pagar una hipoteca si el acreedor no se hubiera blindado con un sobrecoste.

Tercero, la conocida ratio préstamo/valor sería mucho menor. Es decir, no habría entidades financieras (salvo las suicidas, y que el Gobierno haría bien en dejar quebrar) que concedieron ni siquiera el 80% del valor de tasación. Como el margen de fluctuación futura del valor del inmueble habría de pagarse con la horquilla del 20% no cubierto, y ésta podría ser totalmente insuficiente para absorber el hundimiento del precio del parque inmobiliario, el montante del crédito concedido tendría que ser muy inferior al valor de tasación, con lo que se acabaría retrayendo irracionalmente el mercado hipotecario, agravando con ello la crisis de una forma irremediable.

Cuarto, la demagógica e infernal medida aumentaría el parque inmobiliario que acabaría en manos de los bancos y cajas, aumentando su activo amortizable, incrementando su falta de tesorería y concurriendo a poner en riesgo más aún el sistema financiero, que tendría que ser restaurado con déficit público e impuestos de todos. Mas este activo inmobiliario, que no deja de ser tóxico en manos de bancos y cajas, tendría que salir al mercado de una manera que hundiera a la baja más aún el precio de las promociones inmobiliarias,

umentando la lista de empresas inmobiliarias que hacen cola en los juzgados concursales.

Lo bueno del verano canicular es que los parlamentarios de toda condición toman vacaciones, y no se acuerdan de legislar.

## **Apéndice 2**

### **La nueva regulación europea del crédito al consumo (Directiva 2008/48/CE, de 23 de abril de 2008)**

#### **I. Introducción.**

Recientemente se ha publicado 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, y que deroga la vieja Directiva 87/102/CEE (DOCE L nº 133, de 22 mayo 2008). La nueva Directiva consta de 32 artículos y tres Anexos. Se trata de un texto largo, y en ocasiones de difícil comprensión, que va a afectar de manera importante al régimen del crédito al consumo en nuestro país. La Directiva debe ser incorporada a los Estados miembros antes del 12 de mayo de 2010 (art. 27).

La Directiva pretende conseguir una armonización total para garantizar que todos los consumidores de la Unión puedan beneficiarse de un nivel elevado y equivalente de protección de sus intereses y para crear un auténtico mercado interior. Por eso, los Estados miembros no pueden mantener o adoptar en su legislación nacional disposiciones distintas de las previstas en esta Directiva (art. 22.1). En relación a las normas armonizadas, la Directiva no es de mínimos, sino de máximos. En caso de que no existan normas armonizadas, los Estados miembros son libres para mantener o adoptar normas nacionales; así, por ejemplo, en materia de contratos vinculados, donde se permite que la normativa nacional asigne al prestamista una responsabilidad solidaria con el proveedor en el supuesto de incumplimiento de éste.

La Directiva no impone sanciones por el incumplimiento de la normativa nacional que incorpore la Directiva. Corresponde a los Estados miembros establecer el régimen de sanciones, que deberán ser efectivas, proporcionadas y disuasorias (art. 23).

#### **II. Ámbito de aplicación.**

La Directiva se aplica a los contratos de crédito (art. 2.1). Son aquellos mediante los cuales un prestamista concede o se compromete a conceder a un consumidor un crédito en forma de pago aplazado, préstamo u otra facilidad de pago similar [art. 3.c)]. La delimitación del ámbito de aplicación objetivo es compleja. En principio, la Directiva se aplica a cualquier modalidad de crédito, siempre que las partes sean un prestamista (persona física o jurídica que concede un crédito en el marco de su actividad comercial o profesional) y un

consumidor (persona física que actúa con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional). Pero hay créditos totalmente excluidos de la Directiva, enumerados en el art. 2.2; por ejemplo, los garantizados con hipoteca, los de importe total inferior a 200 € o superior a 75000 €, los gratuitos (concedidos sin intereses y sin ningún tipo de gastos), los créditos relativos al pago aplazado sin gastos de una deuda existente, etc. Y otros créditos están sometidos a la norma, pero sólo a determinados preceptos; así, los créditos en forma de descubierto que deban reembolsarse previa petición o en el plazo de tres meses (art. 2.3), los créditos en forma de rebasamiento (art. 2.4), o los casos citados en los arts. 2.5 y 2.6. La Directiva también se aplica a los intermediarios de crédito.

### **III. Prácticas previas a la celebración del contrato de crédito.**

A la publicidad de créditos al consumo le es de aplicación la Directiva 2005/29/CE, de prácticas comerciales desleales (art. 4.4). Además, si la publicidad de un crédito indica un tipo de interés o cualquier tipo de interés relacionada con el coste del crédito, deberá incluir una información básica (la exigida en el art. 6.2), mediante un ejemplo representativo (art. 6.1). Dentro de esta información básica se incluye la tasa anual equivalente, que es el coste total del crédito para el consumidor, expresado en un porcentaje anual del importe total del crédito concedido, y que habrá de calcularse de acuerdo con lo previsto en el art. 19 y con la fórmula matemática que figura en el Anexo I de la Directiva.

Se potencia la información precontractual (art. 5). El prestamista, o en su caso, el intermediario de crédito, deberán facilitar al consumidor la información que sea precisa para comparar las diversas ofertas y poder adoptar una decisión con conocimiento de causa. Esta información, en papel o en cualquier otro soporte duradero, se facilitará mediante la "Información normalizada europea sobre el crédito al consumo" que figura en el Anexo II de la Directiva. El art. 5.1 y el citado Anexo II especifican cuál ha de ser el contenido de esa información, que es extraordinariamente detallada. Además de esta "Información normalizada", se facilitará gratuitamente al consumidor, previa petición, una copia del proyecto del contrato de crédito (art. 5.4). La Directiva no establece el carácter vinculante de la información precontractual o del proyecto de contrato. Pero los Estados miembros podrán establecer la obligación del prestamista de facilitar al consumidor una oferta vinculante y el período de tiempo durante el cual el prestamista queda vinculado por ella (Considerando nº 25).

Existen normas específicas sobre información precontractual para determinados contratos de crédito (art. 6); por ejemplo, para los créditos en forma de posibilidad de descubierto. También existen particularidades cuando la comunicación con el consumidor se hace a través de telefonía vocal (arts. 5.2 y 6.4), o cuando el contrato se ha suscrito utilizando un medio de comunicación a distancia (arts. 5.3 y 6.7). Las normas sobre información precontractual no se aplican a los proveedores de bienes o servicios que solo actúan como intermediarios de crédito a título subsidiario; en estos casos, la información precontractual debe recibirla el consumidor del prestamista (art. 7).

En la fase previa a la celebración del contrato el prestamista asume dos obligaciones: (i) Obligación de asesoramiento. Los Estados miembros velarán para que los prestamistas faciliten al consumidor las explicaciones adecuadas para que éste pueda evaluar si el contrato de crédito propuesto se ajusta a sus necesidades y a su situación financiera (art. 5.6). (ii) Obligación de evaluar la solvencia del consumidor. Los Estados miembros velarán para que, antes de que se celebre el contrato, el prestamista evalúe la solvencia del consumidor (art. 8.1). Para valorar la solvencia, el prestamista ha de atender a la información suficiente facilitada por el consumidor, y a la información que resulte de la consulta de las bases de datos. La Directiva regula el acceso a las bases de datos de una manera muy escueta (art. 9): permite a los prestamistas de un Estado miembro consultar las bases de datos de otros Estados miembros en las mismas condiciones que los prestamistas de ese Estado, y si el prestamista deniega el crédito basándose en la consulta de la base de datos, deberá indicar al consumidor los resultados de esa consulta. Como es obvio, declara aplicable la Directiva 95/46/CE, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Con estas dos obligaciones impuestas al prestamista, se asume el principio del “préstamo responsable”, ya consagrado en algunos Estados miembros.

#### **IV. Contrato de crédito al consumo: forma y contenido.**

Los contratos de crédito se documentarán en papel o en otro soporte duradero (art. 10.1). Deberán mencionar, de forma clara y precisa, todas las circunstancias enumeradas en el art. 10.2. La información es detalladísima. Entre otras, ha de mencionarse el tipo de crédito; identidad de las partes; duración del contrato; importe total del crédito y condiciones de disposición del crédito; el tipo deudor, los tipos de referencia aplicables y las condiciones y procedimiento de variación del tipo deudor; la tasa anual equivalente y el importe total adeudado por el consumidor; importe, número y periodicidad de los pagos que debe efectuar el consumidor; interés de demora; advertencias sobre las consecuencias en caso de impago, las garantías y seguros exigidos, en su caso; la existencia o no de derecho de desistimiento, y su régimen jurídico; los derechos del consumidor en caso de contratos vinculados; el derecho de reembolso anticipado; la existencia o no de procedimientos extrajudiciales de resolución, etc. Para los créditos en forma de posibilidad de descubierto se exige en el contrato un contenido específico (art. 10.5).

Una vez celebrado el contrato, también se prevé la obligación de informar al consumidor de cualquier modificación del tipo deudor, antes de que el cambio entre en vigor (art. 11). Igualmente, en el contrato de crédito en forma de posibilidad de descubierto, el consumidor deberá ser informado periódicamente mediante un extracto de cuenta de ciertas circunstancias (art. 12), como el importe del que se ha dispuesto, el saldo existente, el tipo deudor aplicado, los recargos que se aplican, el importe mínimo que debe pagarse, etc.

#### **V. Derechos del consumidor en la fase de ejecución del contrato.**

El consumidor tiene derecho a reembolsar anticipadamente todo o parte del capital prestado (art. 16). En tal caso, el consumidor tendrá derecho a una reducción del coste del crédito, que comprende los intereses y costes correspondientes a la duración del contrato que quede por transcurrir. En caso de reembolso anticipado, el prestamista tiene derecho a una compensación. Esta compensación ha de estar justificada objetivamente por los posibles costes directamente derivados del reembolso anticipado del crédito. La compensación no podrá ser superior al 1% del importe del crédito reembolsado anticipadamente, si cuando se produce el reembolso al contrato le queda una duración superior a un año; si su duración prevista es inferior, la compensación no podrá superar el 0,5%. En cualquier caso, la compensación no excederá en ningún caso del importe del interés que el consumidor habría pagado durante el período de tiempo comprendido entre el reembolso anticipado y la fecha pactada de finalización del contrato de crédito. Además, se prevén determinados supuestos en los que no se podrá reclamar esta compensación (art. 16.3).

En caso de cesión de créditos del prestamista a un tercero, el consumidor podrá hacer valer ante el acreedor cesionario las mismas excepciones y defensas que ante el prestamista original, incluida la compensación, si está admitida en el Estado miembro (art. 17). El consumidor debe ser informado de la cesión, salvo cuando el prestamista original, de acuerdo con el acreedor cesionario, siga prestando los servicios relativos al crédito al consumidor.

En caso de contratos de crédito de duración indefinida, el consumidor podrá ponerle fin gratuitamente y en cualquier momento (art. 13), a menos que las partes hayan previsto un plazo de notificación, que deberá ser respetado (el plazo de preaviso no podrá exceder de un mes). También el prestamista podrá poner fin a este tipo de contratos de crédito, siempre que así se disponga en el contrato y que se haga con un preaviso de dos meses como mínimo.

## **VI. Derecho de desistimiento.**

Una de las novedades más interesantes de la Directiva 2008/48/CE es el reconocimiento al consumidor del derecho de desistimiento (art. 14), que se regula en condiciones similares a las de la Directiva 2002/65/CE, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores. El desistimiento tiene un plazo de catorce días, cuyo cómputo se inicia la fecha de celebración del contrato, o si fuera posterior, la fecha en que el consumidor recibe el documento contractual con las condiciones contractuales mencionadas en el art. 10. Dentro de ese plazo deberá notificárselo al prestamista, y se entiende que lo hace dentro de plazo cuando la notificación se ha enviado antes de que expire el plazo.

Si el consumidor ejercita el desistimiento, deberá devolver al prestamista el capital recibido y el interés acumulado sobre dicho capital entre la fecha de disposición del crédito y la fecha de reembolso del capital. Deberá restituir estas cantidades sin ningún retraso indebido, y a más tardar a los 30 días de haber enviado la notificación de desistimiento. El prestamista no tendrá derecho a reclamar al consumidor ninguna otra cantidad, excepto la



compensación de los gastos no reembolsables abonados por el prestamista a la administración pública.

Los Estados miembros podrán disponer que el desistimiento no se prevea para los contratos de crédito que, por imperativo legal, se celebren ante notario, siempre que el notario confirme que se garantizan al consumidor los derechos previstos en los arts. 5 (información precontractual) y 10 (menciones obligatorias del contrato de crédito).

La regulación del desistimiento se aplica sin perjuicio de que una disposición de derecho interno establezca un plazo antes de cuyo vencimiento no pueda comenzar la ejecución del contrato ni entregarse el dinero del crédito al consumo (art. 14.7). Sin embargo, en estos casos es posible que el consumidor quiera asegurarse de que recibirá con antelación los bienes o servicios adquiridos. Por eso, y para la hipótesis de contratos vinculados, los Estados miembros podrán establecer excepcionalmente que si el consumidor manifiesta de forma explícita su deseo de recibir con antelación los bienes o servicios, el plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento se reduzca al plazo de tiempo antes del cual no puede ponerse el dinero del crédito a disposición del consumidor (art. 14.2).

## **VII. Contratos vinculados.**

La regulación de los contratos vinculados (denominado “contrato de crédito vinculado”) difiere notablemente de la establecida en la Directiva 87/102/CEE. Sobre todo, en su definición. Se requiere que el contrato de crédito sirva exclusivamente para financiar un contrato de adquisición de bienes o servicios específicos, y que los dos contratos constituyan una unidad comercial desde un punto de vista objetivo [art. 3.n), que abandona, con acierto, el requisito del “acuerdo previo en exclusiva” recogido en la Directiva de 1987]. Hay una unidad comercial cuando el proveedor del bien o servicio financia el crédito al consumo, y si ese financiador es un tercero, cuando ese tercero prestamista se sirve de la intervención del proveedor del bien o servicio en la preparación o celebración del contrato de crédito, o cuando los bienes o servicios específicos vienen expresamente indicados en el contrato de crédito.

Si existen contratos vinculados, la Directiva establece dos consecuencias (art. 15): (i) si el consumidor desiste del contrato de consumo, dejará de estar obligado por un contrato de crédito vinculado; y (ii) si el proveedor del bien o servicio incumple, pues no entrega el bien o entrega un bien no conforme, el consumidor tendrá “derecho de recurso” contra el prestamista. Los Estados miembros establecerán en qué medida y bajo qué condiciones se podrá ejercitar este dicho derecho. En cualquier caso, todo esto se entiende sin perjuicio de las disposiciones nacionales que asignan al prestamista una responsabilidad solidaria respecto de cualquier reclamación del consumidor contra el proveedor, cuando la adquisición del bien o servicio ha sido financiada mediante un contrato de crédito (art. 15.3).

## **VIII. Intermediarios de crédito.**

Algunas disposiciones de la Directiva se aplican al intermediario de crédito. Se define como la persona física o jurídica que no actúa como prestamista y que, en el transcurso de su actividad profesional, y a cambio de una remuneración, presenta u ofrece contrato de crédito al consumo, asiste a los consumidores en los trámites previos de los contratos de crédito, o celebra contratos de crédito con consumidores en nombre del prestamista [art. 3.f)]. En realidad, la Directiva sólo regula determinadas obligaciones de los intermediarios de crédito con respecto a los consumidores. Así, el intermediario de crédito debe facilitar al consumidor la información precontractual (art. 5.1), está obligado a prestar asesoramiento (art. 5.6), y su identidad y dirección debe constar en el contrato de crédito [art. 10.2.b)].

Según el art. 21, los Estados miembros velarán para que: (i) el intermediario de crédito indique, tanto en la publicidad como en la documentación destinada a los consumidores, el alcance de sus competencias; en particular, si trabaja en exclusiva con uno o varios prestamistas o como intermediario independiente; (ii) si el consumidor debe pagar una remuneración al intermediario por sus servicios, se le haya informado de ello al consumidor antes de la celebración del contrato de crédito, debiendo constar el acuerdo entre intermediario y consumidor relativo al precio en un documento escrito o en otro soporte duradero; y (iii) si el consumidor debe pagar una remuneración al intermediario, éste informe de su cuantía al prestamista, a efectos del cálculo de la tasa anual equivalente.

### **Apéndice 3**

#### ***DO WE NEED A DEFINITION OF CONSUMER "OVERINDEBTEDNESS"? Brussels, Institute Social Studies, October 2007***

**Prof. Dr. Ángel Carrasco**  
**Centro de Estudios de Consumo,**  
**Universidad de Castilla-La Mancha,**  
**Toledo, Spain.**  
**Of Counsel *Gómez Acebo & Pombo Abogados, S.L.*, Madrid**

1. Firstly, it must be pointed out that a global definition of consumer overindebtedness, valid for Economics sciences, Social and Psychological sciences and for Law policies, surely has no fruitful consequences. It may eventually result that a concept that fits Macroeconomics predictions or serves Sociological patterns, does not provide a useful milestone for legal regulation. The more outstanding decision for a Lawmaker is to determine the extent it should be optimal to link legal measures to a given situation of consumer indebtedness. The decision does not solely depend on the true description and framing of the economic or social situation of overindebtedness (even in case this can be achieved), but on the balance between sociological or economic consumers urgencies and the cost for the Law system to create specific consumer insolvency solutions. The outcome of M. Green's paper, so valuable as it might be, provides methodological conclusions for Economics, but do not touch the Legal concern.

2. This small paper attempts to offer a modest contribution to the legal problem of defining overindebtedness. In my opinion, there is neither necessity nor possibility to grasp and define an unique (legal) concept for overindebtedness, that may be useful in every context in Law where consumer indebtedness, and the measures to treat it, are at stake. Moreover, focusing on the real problems concerning the subject of consumer indebtedness, proposals to normalize a “canonical” and “definite” meaning and boundaries of overindebtedness should fail or become useless.

3. There is at least **four** legal/financial situations in which the problem of consumer overindebtedness arises. In every one of them, the applicable concept might or should be different, because of the different purposes which the consumer policy aims to fulfil.

(a) When should **public consumer protection agencies** act in order to prevent the danger arising from families’ financial difficulties? Facing this challenge, the question as whether the consumer unit has or has not breached its contractual duties should not be an issue, neither should be whether there is or not unsatisfied creditors. The actual or feared impossibility of paying the debts when they fall and mature is not necessarily the problem to face. Public agencies may use a quantitative test (a ratio between income and debts or between debts and assets, etc) or a subjective test (the personal consumer feeling or anxiety to be over burdened with debts, etc). Whether the consumer unit has or has not yet arrived to an “insolvency” position is not relevant in this context. **Administrative measures** may take several forms and attempt a wide range of policies: counselling, providing rational financial planning, help to restructure the set of debts, facilitating meetings between debtor and creditors, etc. In order to achieve these purposes, administrative bodies may resort to an objective-quantitative measure of overindebtedness, like the well known three-tests approach, proposed by the English Task Force on Tackling Overindebtedness, Second Report (2003), or they may encourage consumers to ask for help when they feel themselves at risk. These agencies may very well rely on both approaches simultaneously.

(b) Which measures should be included in the Consumer Credit Directive in order to prevent situations of consumer overindebtedness? This is a well know problem, widely discussed during the current drafting of the Directive. To attain an adequate level of **preventive legal measures** (information requirements, cooling off periods, full disclosure, etc), we ought not to raise a specific concept of overindebtedness. The policy problem of framing better Law solutions may be very well achieved by managing a proximate or uncompromising definition of overindebtedness or adopting several and diverse approaches of overindebtedness. An intuition of the problem suffices, as well as an proximate or indefinite concept. The problem is how to act to help consumers avoid the risk embodied in large credit taking, without any need to define the threshold in which this risk becomes real overindebtedness. Because of this

specific field, overindebtedness is something to be prevented, but not the *condition* to any legal provision.

- (c) When ought **contractual regulations of consumer credit contracts** provide solutions to prevent or to react to an overindebtedness problem? Also in this context, there is no pressure to face the necessity to offer an accurate definition of overindebtedness. For instance, in order to grant the consumer a delay when default occurs or to make void excessive guarantees. We know that these measures are issued to prevent overindebtedness problems, but we do not need to know in advance, nor furnish, a precise definition as to what we understand for overindebtedness.
- (d) Assuming the legal system provides an **adjustment debt procedure for consumers in difficulties or a proxy-bankruptcy procedure for consumers in difficulties**, in which situations of overindebtedness should these procedures come into action? In such cases, the legal framework may require, for instance, an “insolvency (real or imminent) debtor’s situation”, or a plurality of concurring creditors, or a specific composition or origins of the debts. All these circumstances may be embodied in the concept of overindebtedness needed for this purpose, which on its own may differ from the concept used to other legal purposes. Only in these cases, “overindebtedness” is clearly a regulatory condition for a legal regimen to be applied. The reason is that only to these purposes we face the overindebtedness as the element of fact to which legal consequences may be linked. “Overindebtedness” is not in this situation a mere policy or a single fear of public concern, but the definition of a state of fact to whom the Law endorses legal effects.

4. In order for “debts” to exist, there ought to be contractual claims due and payable in the future. Without future obligations to be paid, there is no “indebtedness”. However, it might very well exist “overexpenses”, where, for instance, the family pays in cash their larger and unreasonable costs and expenses, without resorting to credit, or without using credit cards. Plainly speaking, we may also refer to this situation as “overindebtedness”. Of course, it is clear that there should be legal policy issues in which this non-technical concept may be fruitful, and be also considered by the Law as an “overindebtedness” situation. The family reduced dangerously its economic standing because of the increased and unnecessary expenses incurred in, perhaps encouraged by the irrepressible pull of commercial advertising, or perhaps because of an irresistible compulsion to gamble, etc. Of course, such case would be a serious social and psychological problem, and the Law System may have solid reasons to consider these situations as “overindebtedness situations” for certain purposes.

5. We focus now on the problem of **proxy-bankruptcy procedures**, and let aside the other above mentioned situations. Let us suppose our legal system provides (which is not the Spanish case) a specific consumer related insolvency proceeding, whose intended outcomes may be, let us say, to create conditions for the future financial recovery of the consumer unit, to make possible a fresh

start, to adjust the time of maturing of future debts, etc. Even in this narrow field of Law, we are not entitled to build a specific and unique concept of consumer overindebtedness. It is at least obvious that:

- (a) Like general (corporate) Insolvency Law in most European countries, the overburdened consumer debtor should be allowed to file for insolvency proceedings before any debt has been yet unpaid, if such debtor *feels* that continuation of the current financial situation, and the perspective of future maturing of debts, should be unbearable to him. Like general Insolvency Law, at present a **subjective** concept for overindebtedness *prima facie* suffices. And this concept corresponds to the classical concept of “feared insolvency”, used in Spanish Bankruptcy Act 2004 (article 2.3). Hereupon, we need only to settle when a consumer is “insolvent” and to enumerate the elements that make the definition of consumer insolvency different from that of commercial insolvency. But strictly speaking, we do not require a particular “overindebtedness” concept that differs from the “insolvency” legal term.
- (b) To the contrary, creditors have no right to resort to filing for insolvency (consumer) proceedings, before their matured and due claims are unperformed. There is no place for fear of insolvency. The objective-quantitative overindebtedness situation (ratio between income and debts) is also of no moment, if the accrued debts are not yet unpaid. **According to our prospective legal model**, and supposing we would enable creditors to file for this proceedings, we ought to grant unsatisfied creditors with the right to rely on the specific legal insolvency proceedings regardless of whether there is or not real chances for the consumer’s future disposable income to improve. Present insolvency, not chances for future improvement, is what counts in this context. Besides, creditors cannot file for insolvency only proving that the future probable income will not be sufficient to cover the future flow of debts, when at present, there is no default. In conclusion, here we also have a specific subject matter related concept of overindebtedness: not only an objective approach, but also an approach based on the effective default of due debts. Hereupon, we do not need any special consumer bankruptcy definition. Again it suffices with the general pattern of insolvency situation, as the financial situation in which the debtor is no longer able to comply with its contractual obligations, when they fall due (article 2.2 Bankruptcy Act 2004). In these cases, I do not like the manner in which the meaning of consumer default may differ from commercial default. Of course, we can construct the legal model to provide debt adjustment or “fresh start” measures specific for consumer indebtedness. But this option has nothing to do with the problem of definition, but with the options of substantive regulation.
- (c) Of course, neither in fall (a) suffices with the fear of insolvency or breakdown of family economy, nor in fall (b) suffices with the breach of contractual duties, for our legal theoretical model to be applied. Subjective feeling and no-performance, in each case, are central and necessary parts of the definition of overindebtedness, but perhaps these

are not per se able nor sufficient to trigger the **specific legal consequences of our theoretical and prospective regulatory model**. In other words, our legal model may require not only that consumer is overindebted, but may oblige additional requirements for specific insolvency procedures to be opened. There is at least to decide:

- Which is the maximum renunciation threshold required to the consumer in order to “favour” him with access to the theoretical procedures? Which commodities, living facilities should the consumer unit give up if it wants to enjoy favourable treatment of specific procedures?
- Should the Law open the regulatory model to indebted consumers whose debts surpass a specific ratio of its income but lies below a specific ratio of its assets?
- Should the Law open the regulatory model to indebted consumers who incur this situation by mismanagement or irresponsible lending or luxurious purchasing?
- Should the imbalance between income and debts be “structure based” imbalance or suffices a contingent imbalance?
- Which future risks should be taken into consideration in order to decide whether future income would cover the future stock of debts?

All these points may be fine tuned and discussed upon, without “compromising” the definition of overindebtedness we may have chosen in advance. A definition that asserts that “overindebtedness” amounts and corresponds to “insolvency” in Bankruptcy Law. In this field of Law, a consumer is in overindebtedness when it is insolvent, and, like a commercial or professional debtor, the consumer is overindebted when he is in no condition to face payment of his debts when they fall due. Certainly, other approaches and definitions of overindebtedness may be useful in other contexts and with other purposes. But facing the overindebtedness problem as an adjustment/bankruptcy consumer related insolvency procedure – which, we repeat, is neither the only nor, perhaps, the most prominent approach- “overindebtedness” amounts to “insolvency”. And we need no further details, as we do not need further details to deal with the “insolvency” definition in commercial Insolvency Law.

**6.** In any case, for a definition of consumer overindebtedness to be useful for Law policies, two conditions should be met. First, the definition should have clear boundaries. Indeterminate sociological or economic descriptions are out of service for legal matters. Secondly, the definition must be proportionate to intended the legal consequences. Many nuances incorporated into the several definitions of consumer overindebtedness laid down in current literature are legally unimportant, not because of meaningless, but because of the impossibility for legal techniques to provide for a correct translation of those nuances. The “stressed feelings” of the overindebtedness household, the

“unsustainability” of the debt burden, as part of the definition, are legally without significance.