

## 4 Discapacidad y derecho de acceso al mercado financiero del crédito tras la reforma del Código Civil: impacto en la prevención del sobreendeudamiento

Disability and right to access to the financial credit market after the reform of the Civil Code: impact on the prevention of overindebtedness

**M.<sup>a</sup> ISABEL DOMÍNGUEZ YAMASAKI**

*Dra. en Derecho Privado Abogada*

ISSN 0211-6138

**Revista de Derecho Bancario y Bursátil 164**  
**Octubre - Diciembre 2021**

### Sumario:

- I. Introducción a la contratación en el mercado financiero de crédito por las personas con discapacidad
  1. Superación de la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas mayores de edad
  2. Capacidad para contratar de las personas con discapacidad
  3. Apunte sobre el concepto de “discapacidad”
  4. Breve referencia a los nuevos regímenes de apoyo y de representación en relación con la contratación de las personas con discapacidad
- II. Coexistencia del derecho al acceso al mercado financiero de crédito de las personas con discapacidad y las medidas dirigidas a la prevención del sobreendeudamiento
- III. La evaluación de solvencia como obstáculo al acceso al mercado financiero del crédito para las personas con su capacidad de entendimiento y discernimiento reducida
  1. Generalidades sobre el deber de evaluación de solvencia
  2. Evaluación de solvencia negativa debido a la baja tasa de empleo de las personas con discapacidad
  3. Moderación del requisito de la evaluación de solvencia positiva en el marco de la Unión Europea
- IV. Complejidad y comprensibilidad de los contratos financieros de crédito: oferta e información
  1. Planteamiento de la cuestión
  2. Adaptación de la oferta a las necesidades cognitivas del cliente
  3. Adaptación de la información a las necesidades cognitivas del cliente
  4. Ejemplos de operaciones de financiación complejas

4.1. Introducción

4.2. Complejidad del crédito “revolving”

4.3. Complejidad del préstamo hipotecario con “opción multdivisa”

V. Conclusión

**RESUMEN:** Durante los últimos años, en el ámbito jurídico ha sido constante la preocupación por el deber de información en la contratación financiera. A propósito de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, en este trabajo se plantea el porvenir de la contratación financiera en consideración con lo previsto por el art. 12.5 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, según el cual estas personas tienen derecho a acceder al mercado financiero del crédito en condiciones de igualdad.

**ABSTRACT:** Over the last years, information requirements in finance contracts have been a constant concern in the legal field. Considering the Law 8/2021, the 2nd of June, which reforms the civil and the procedural legislation for the support of people with disabilities in exercising their legal capacity, this paper deals with the future of finance contracts in connection with Article 12.5 of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities, by which these persons hold a right to access to the financial credit market in conditions of equality.

**PALABRAS CLAVE:** Discapacidad - Crédito - Préstamo - Deber de evaluación de solvencia - Deber de información

**KEYWORDS:** Disability - Credit - Loan - Information requirements - Assessment of creditworthiness

**Fecha recepción original:** 20 de Agosto de 2021

**Fecha aceptación:** 12 de Septiembre de 2021

## I. INTRODUCCIÓN A LA CONTRATACIÓN EN EL MERCADO FINANCIERO DE CRÉDITO POR LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

### 1. SUPERACIÓN DE LA DISTINCIÓN ENTRE CAPACIDAD JURÍDICA Y CAPACIDAD DE OBRAR DE LAS PERSONAS MAYORES DE EDAD

El art. 12 de la Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad –en lo sucesivo “Convención de Nueva York”–, bajo la rúbrica “[i]gual reconocimiento como persona ante la ley”, prevé en su primer apartado la reafirmación en que “las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica” y, seguidamente, en su apartado segundo establece que los estados que sean parte de la convención “reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”.

Ahora bien, de acuerdo con el art. 12.3 de la Convención de Nueva York, los estados habrán de adoptar “las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica” y en el siguiente apartado cuarto que dicho apoyo deberá consistir en “salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional de derechos humanos”.

Lo dispuesto por el art. 12 de la Convención de Nueva York puede ser objeto de interpretaciones diversas. Así, en la

STS 282/2009, de 29 de abril, se reproducía parte del escrito del Ministerio Fiscal que, en el contexto de dicho procedimiento, consideraba que la aplicación del art. 12 de la Convención de Nueva York suponía “*un desafío para nuestro sistema, pues no solo afecta a los tradicionales conceptos de capacidad jurídica y capacidad de obrar y a las consecuencias que su unificación representa, sino que incide de lleno en el proceso especial de ‘capacidad de las personas’, fundamentalmente en la incorporación del ‘modelo de apoyos’, que se enfrenta directamente al sistema de tutela tradicional*”. No obstante, para el Alto Tribunal, en la citada sentencia, debía admitirse la compatibilidad de la regulación específica relativa a la incapacidad y los valores constitucionales; puesto que “[t]odas las personas, por el hecho del nacimiento, son titulares de derechos fundamentales con independencia de su estado de salud, física o psíquica. Los derechos reconocidos constitucionalmente se ostentan con independencia de las capacidades intelectivas del titular”.

Pero la conclusión a la que se llegó en la STS 282/2009, de 29 de abril, que defendía la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar existente en nuestro ordenamiento jurídico hasta la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica –“Ley 8/2021” en adelante–, no se correspondía con la interpretación del art. 12 de la Convención de Nueva York de la Observación general n.º 1 del Comité de los Derechos las Personas con Discapacidad, del año 20141).

Así pues, a propósito del apartado segundo del art. 12 de la Convención de Nueva York, en dicho documento se sostiene que “[l]a capacidad jurídica es la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones (capacidad legal) y de ejercer esos derechos y obligaciones (legitimación para actuar)”<sup>2</sup>). Por tanto, aunque las referencias a la discriminación de las personas con discapacidad al no tener reconocida plena capacidad jurídica podrían dar a entender que dicha circunstancia no se daba en nuestro país, el significado que otorga el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad a la expresión “capacidad jurídica” difiere de la que se había venido manteniendo en nuestro ordenamiento jurídico.

A juicio del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, “los déficits en la capacidad mental, ya sean supuestos o reales, no deben utilizarse como justificación para negar la capacidad jurídica”, entendida como aquella capacidad que aglutina la capacidad jurídica –“capacidad legal”– y de obrar –“legitimación para actuar”–. De esta forma, prosigue dicho Comité en la referida Observación general n.º 1 que cuando la “legitimación para actuar” o capacidad de obrar es objeto de restricción o incluso denegación a las personas con discapacidad, esta circunstancia supone la vulneración del *derecho a la capacidad jurídica*, cuyas dos facetas, capacidad legal y legitimación para actuar, no pueden separarse ya que, según se desprende de este texto que se comenta, ambas son inherentes a la *condición de ser humano*. En consecuencia, el art. 12 de la Convención de Nueva York ha de ser interpretado en el sentido de que la negación o limitación de la capacidad de obrar o legitimación para actuar supone rebajar la condición de “persona” ante la ley, lo cual ha de ser entendido como una discriminación por razón de discapacidad a tenor de lo previsto por los arts. 2 y 5 de la Convención de Nueva York<sup>3</sup>).

Pues bien, con la reforma operada por la Ley 8/2021, la clásica distinción entre ambas modalidades de capacidad ha sido sustituida por un único concepto de “capacidad jurídica” en el que se incluye la capacidad de obrar de conformidad con lo dispuesto por el art. 12.1 y 2 de la Convención de Nueva York. De acuerdo con la Exposición de Motivos de la Ley 8/2021, la reforma que se ha llevado a cabo en nuestro ordenamiento jurídico “sienta las bases del nuevo sistema basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad”, lo que ha implicado la eliminación de la figura del incapaz, de tal manera que el Título IX del Libro I del CC se dedica ahora a la figura de la tutela y guarda de los menores de edad.

## 2. CAPACIDAD PARA CONTRATAR DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

De acuerdo con el art. 12.5 de la Convención de Nueva York, se insta a los Estados Partes a que adopten las medidas necesarias para que *las personas con discapacidad* accedan al mercado financiero de crédito. En concreto, dicha garantía se refiere al “derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a (...) controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, (...)”.

Si acudimos a la Observación general n.º 1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en ella se razona que el art. 12.5 de la Convención de Nueva York se fundamenta en un principio de no discriminación ya que, “[d]e la misma manera que no se puede utilizar el género como base para discriminar en las esferas de las finanzas y la propiedad, tampoco se puede usar la discapacidad”. Por otro lado, según la misma Observación general n.º 1, la persona discapacitada tiene *derecho a asumir riesgos y a cometer errores*, lo que supone dotar de

coherencia a lo dispuesto por el referido art. 12.5 de la Convención de Nueva York.

Aunque el art. 12.5 de la Convención de Nueva York no ha sido expresamente plasmado en la Ley 8/2021, tal derecho de acceso al mercado financiero de crédito podría entenderse implícitamente reconocido con motivo de la eliminación de la incapacitación y, de otra parte, de conformidad con la nueva redacción del art. 1263 CC. El art. 1263 CC dispone ahora que “[l]os menores de edad no emancipados podrán celebrar aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales”.

Considerando el debate parlamentario en torno a la regulación de la capacidad de contratar en consonancia con lo establecido por la Convención de Nueva York<sup>4</sup>), y dada la redacción final del art. 1263 CC, que elimina toda referencia a la contratación por parte de las personas con discapacidad<sup>5</sup>), es necesario en este punto hacer referencia a la consiguiente responsabilidad derivada del ejercicio de dicha capacidad, puesto que según la Convención de Nueva York las personas con discapacidad tienen derecho a acceder al mercado financiero de crédito. A este respecto, según prevé la Exposición de Motivos de la Ley 8/2021, “la comprensión de las personas con discapacidad como sujetos plenamente capaces, en la doble dimensión de titularidad y ejercicio de sus derechos, ha de repercutir de modo ineluctable en la idea de responsabilidad, (...)”. Aunque no se haga mención expresa a la responsabilidad contractual de las personas que tengan afectada su capacidad de autogobierno, son muchos los interrogantes –y también preocupaciones– que nacen de esta reforma en lo que se refiere al plano estrictamente contractual. Es más, teniendo en cuenta la complejidad manifiesta del mercado financiero y las abundantes controversias judiciales acerca de los contratos que se celebran en dicho ámbito, entiendo que lo dispuesto por el art. 12.5 de la Convención de Nueva York, acerca del derecho a acceder al mercado de crédito financiero, debería ser objeto de desarrollo<sup>6</sup>).

### 3. APUNTE SOBRE EL CONCEPTO DE “DISCAPACIDAD”

Dadas las implicaciones jurídicas y económicas que derivan de la reforma operada por la Ley 8/2021 para las personas con discapacidad, un obstáculo a la labor interpretativa es, a mi juicio, el empleo de un lenguaje o terminología inapropiados por imprecisos. En este sentido, la Convención de Nueva York, que se dedica a los derechos de las personas con discapacidad, las define en su art. 1 como aquellas personas “que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

Teniendo en cuenta la diversidad de discapacidades posibles que la propia Convención de Nueva York expresa en su Preámbulo –lo que se deduce de su apartado i) al reconocer “la diversidad de las personas con discapacidad”–, si acudimos a la Exposición de Motivos de la Ley 8/2021, en relación con el cambio de trato que van a recibir las personas con discapacidad en nuestro país, se afirma que dicha reforma no consiste en un “mero cambio de terminología que relegue los términos tradicionales de ‘incapacidad’ e ‘incapacitación’ por otros más precisos y respetuosos, sino de un nuevo y más acertado enfoque de la realidad, que advierta algo que ha pasado durante mucho tiempo desapercibido: que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones, derecho que ha de ser respetado; se trata, por tanto, de una cuestión de derechos humanos”.

No obstante, el haber considerado que los términos “incapacidad” o “incapacitación” son menos respetuosos que el de “discapacidad” creo que es susceptible de justificada objeción, ya que los primeros son simplemente unos conceptos jurídicos que aluden a un estado civil que repercute en la capacidad de obrar de las personas y que se determinaba cuando la persona padeciese “enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma”, según preveía el anterior art. 200 CC. Y he aquí el problema que presenta el empleo del concepto de “discapacidad” en sustitución del de “incapacidad”, ya que, la “discapacidad”, aparte de abarcar una gran variedad de situaciones personales de muy distinta naturaleza y con diferentes consecuencias que pueden tener ninguna, poca o mucha trascendencia jurídica, resulta que dicho término no ha sido definido por nuestro legislador.

De acuerdo con lo expuesto hasta ahora, acudir al concepto de “discapacidad” transcrito que ofrece la Convención de Nueva York no parece que sea una opción. Frente a la precisión con la que se expresaba el anterior art. 200 CC en cuanto a la limitación de la capacidad de autogobierno de las personas, el art. 1 de la Convención de Nueva York entiende que son discapacitadas las personas con una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial que: 1) al interactuar con diversas barreras, 2) no puedan participar plena y efectivamente en la sociedad. Así pues, en contraposición con lo relativamente restrictivo que era el término “incapacidad” desde un punto de vista jurídico, el uso de la palabra “discapacidad” en los mismos términos en que lo hace la Convención de Nueva York abarca tanto

a las personas con su capacidad de autogobierno limitada como a otras que no la tienen en absoluto, pero que “no pueden participar plena y efectivamente en la sociedad” –pensemos en las dificultades para acceder a determinado contenido cultural en lenguaje de signos o en braille, lo cual no se traduce en tener limitada la capacidad de autogobierno–7).

Si acaso, en el nuevo art. 249 CC podría apreciarse cierta voluntad del legislador español de alejarse de la etérea definición de las “personas con discapacidad” de la Convención de Nueva York. De este modo, aunque el párrafo primero del art. 249 CC no es tan expresivo como el anterior art. 200 CC, ya que las medidas de apoyo se preverán para “las personas mayores de edad o menores emancipadas que las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica”, cuya finalidad será “permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad”; a continuación, acerca de las medidas de apoyo de origen legal o judicial, dice el art. 249 CC que “solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate”, lo cual guarda cierta relación con la referencia que hacía antes el art. 200 CC a la limitación de la capacidad de autogobierno.

#### **4. BREVE REFERENCIA A LOS NUEVOS RÉGIMENES DE APOYO Y DE REPRESENTACIÓN EN RELACIÓN CON LA CONTRATACIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD**

Si la incapacitación ha sido suprimida en nuestro ordenamiento jurídico por medio de la Ley 8/2021, en su lugar, de acuerdo con su Exposición de Motivos se ha previsto que la curatela se constituya como “principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad”, que tiene por finalidad primordial su asistencia. De tal forma que, para los supuestos excepcionales, cuando no sea posible determinar la voluntad de las personas con discapacidad, al curador se le atribuirán funciones de representación.

De este modo, el Título XI del Libro I del Código Civil, bajo la rúbrica “De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica”, a partir de los arts. 249 y siguientes del Código Civil se regulan las distintas instituciones de apoyo a las personas con discapacidad, distinguiendo entre los poderes y mandatos preventivos, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial.

Este nuevo régimen de apoyo, de conformidad con el art. 249 CC, consiste en la actuación de las personas que ostenten dicho cargo “atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera” y, además, procurarán que la persona que necesite su apoyo “pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias”.

Por su parte, la representación de las personas con discapacidad se producirá, según el tercer párrafo del nuevo art. 249 CC, cuando, “pese a haber hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona”. Dicha representación se realizará teniendo en cuenta “la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que hubiera adoptado la persona en caso de requerir representación”. Lo previsto en este tercer párrafo concuerda con la interpretación que realiza el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que según la Observación general n.º 1, en relación con el régimen de salvaguardias que propone el art. 12.4 de la Convención de Nueva York, en los supuestos en los que no se pueda determinar la voluntad de la persona con discapacidad habrá de emplearse como criterio en la toma de decisiones “la mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias”, rechazando, por tanto, el criterio del mejor interés –que se considera contrario a lo previsto por el art. 12 de la Convención de Nueva York–.

Teniendo en mente la contratación en materia de créditos financieros, es difícil aventurar el grado de autonomía de las personas con discapacidad en este sentido si se parte, por un lado, de la interpretación realizada por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en su Observación general n.º 1 sobre estas nuevas salvaguardias de las personas con discapacidad ya que, si bien declara que debe protegerse al discapacitado de la influencia indebida, “la protección debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, incluido el derecho a asumir riesgos y a cometer errores”. Pero, por otro lado, ateniéndonos a la realidad y teniendo en mente aquellas situaciones *frontera* en las que sea discutible si es necesario que el curador ostente funciones de representación o no, debería determinarse de qué manera debería interpretarse este supuesto *derecho a asumir riesgos y a cometer errores* y qué consecuencias jurídicas tendría para la persona con discapacidad<sup>8</sup>). Para dar respuesta a estos interrogantes puede recurrirse a la STS 654/2020, de 3 de diciembre, que, en el caso concreto y de conformidad con el Convenio de Nueva York, entiende que prever la asistencia a una persona con discapacidad de tipo cognitivo o intelectual tiene por finalidad “*impedir que sea objeto de una explotación que la lleve a tomar decisiones sin contar con la debida información y comprensión para formar su verdadera voluntad, pues en caso*

*contrario es su propia dignidad la que se ve comprometida”.*

## **II. COEXISTENCIA DEL DERECHO AL ACCESO AL MERCADO FINANCIERO DE CRÉDITO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y LAS MEDIDAS DIRIGIDAS A LA PREVENCIÓN DEL SOBREENDEUDAMIENTO**

Desde hace años, por medio de la transposición de directivas europeas como 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 por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo o la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/36/UE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n.º 1093/2010, la actividad legislativa en nuestro país se ha dirigido hacia el fomento del crédito responsable, que tiene por finalidad evitar en la medida de lo posible el sobreendeudamiento.

El sector del crédito, como uno de los sectores que componen el mercado financiero, se caracteriza por la intermediación de las entidades que lo forman entre los depositantes de fondos y las empresas y particulares que soliciten financiación<sup>9</sup>). Pues bien, en lo que respecta al derecho al acceso al mercado financiero de crédito de las personas con discapacidad *ex art. 12.5* de la Convención de Nueva York, nos interesan las operaciones dirigidas a la financiación de los particulares: esto es, los préstamos y créditos en sus diferentes formas.

Por otro lado, el crédito responsable lo define Goñi Rodríguez de Almeida como “aquel que se concierta, contrata y concede con seguridad, respondiendo a su propia finalidad: la devolución”. Y la devolución del crédito depende, principalmente, de que el deudor tenga capacidad y voluntad de pago. Según la misma autora, de estos dos factores derivan para la entidad que concede el crédito el deber de obtener información del deudor –materializado en el deber de evaluación de solvencia– y de informar a este sobre las características del crédito y asegurarse de que efectivamente las ha comprendido<sup>10</sup>).

De esta forma, tanto la efectiva supresión de la incapacitación como estado civil por la Ley 8/2021 como la adaptación de nuestro ordenamiento jurídico a lo previsto por la Convención de Nueva York, cuyo art. 12.5 establece el derecho de acceso al mercado financiero de crédito por parte de las personas con discapacidad, plantean si las normas que regulan esta modalidad de contratos deberían prever medidas de tipo preventivo, repercutiendo tanto en el deber de evaluación de la solvencia del solicitante del crédito como en el deber de información a cargo del concedente del préstamo/crédito; o si, por el contrario, reconocida la plena capacidad de obrar de las personas con discapacidad, para el cumplimiento de lo dispuesto por la Convención de Nueva York bastaría con acudir a las reglas que son de aplicación con respecto a la validez del consentimiento contractual, el control de condiciones generales y cláusulas predispuestas cuando fuese necesario o la aplicación de la Ley, de 23 de julio de 1908, de la Usura, cobrando especial relevancia la figura de los préstamos leoninos que fueron aceptados a raíz de la inexperiencia o limitación de las facultades mentales del prestatario dada la reforma operada por la Ley 8/2021<sup>11</sup>).

La elección entre adoptar medidas de tipo preventivo en el sentido de adaptar la legislación actual a las necesidades intelectivas o cognitivas de las personas o bien optar por una intervención del Derecho *ex post* en este tipo de situaciones ha de fundamentarse, a mi juicio, con base en las posibles controversias que pueden surgir en este ámbito de la contratación que nos ocupa y en la observancia de lo establecido en la Convención de Nueva York. Sin embargo, creo que no será del todo fácil mantener el equilibrio entre la necesaria protección de las personas con su capacidad de discernimiento y entendimiento limitada y el cambio efectivo que se pretende en nuestro ordenamiento jurídico. Me refiero al hecho de que las normas existentes dirigidas al fomento del préstamo/crédito responsable con la finalidad de evitar el sobreendeudamiento contiene ciertas dosis de paternalismo, por ejemplo, al excluir del acceso al crédito a aquellas personas cuya solvencia sea insuficiente o ninguna<sup>12</sup>); en cambio, según se indica en la Exposición de Motivos de la Ley 8/2021, a dicha reforma le debe de acompañar una “transformación de la mentalidad social, (...), partiendo de los nuevos principios y no de visiones paternalistas que hoy resultan periclitadas”.

En el supuesto de que se optase por el establecimiento de medidas de tipo preventivo, acordes con las ya vigentes relativas al fomento del préstamo/crédito responsable y prevención del sobreendeudamiento, sería necesario el examen de las normas que regulan el deber de evaluación de solvencia y los deberes de información precontractual y contractual.

Dicha adaptación del mercado financiero de crédito debería llevarse a cabo teniendo en cuenta aspectos de tipo objetivo. Es decir, adaptaciones según el tipo de contrato de préstamo o de crédito de que se trate, debiéndose

valorar, entre otras cosas, la facilidad con la que se pueda acceder al préstamo o crédito –pensemos, por ejemplo, en los préstamos/créditos rápidos–, la complejidad de los préstamos/créditos que se ofrecen y las consecuencias jurídicas y económicas derivadas de la celebración del contrato –como los contratos de préstamo con garantía hipotecaria–. De otra parte, en cuanto a los aspectos subjetivos, en primer lugar, sería necesaria la referida adaptación en función del grado de discapacidad del potencial deudor y el hecho de que éste cuente con medidas de apoyo o no –*grosso modo*, las distintas situaciones que podrían darse tras la reforma operada por la Ley 8/2021, serían, en primer lugar, que la persona discapacitada no cuente con ninguna clase de apoyo; en segundo lugar, estarían aquellas en las que la persona discapacitada cuenta con apoyo y, por último, los supuestos en los que la persona discapacitada tenga el apoyo de un tercero que, además, ostente facultades de representación–.

### III. LA EVALUACIÓN DE SOLVENCIA COMO OBSTÁCULO AL ACCESO AL MERCADO FINANCIERO DEL CRÉDITO PARA LAS PERSONAS CON SU CAPACIDAD DE ENTENDIMIENTO Y DISCERNIMIENTO REDUCIDA

#### 1. GENERALIDADES SOBRE EL DEBER DE EVALUACIÓN DE SOLVENCIA

El deber de evaluación de la solvencia del deudor se encuentra expresamente prevista en el art. 29 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible –“LES”–, el art. 14 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo –“LCCC” en adelante–, en el art. 18 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios –“Orden EHA/2899/2011”– y en el art. 11 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario –“en los sucesivos LCCI”–. Si bien en las LES y LCCC no se define tal deber, en virtud de lo establecido por el art. 18.1 de la Orden EHA/2899/2011 la evaluación de solvencia consiste en “evaluar la capacidad del cliente para cumplir con las obligaciones derivadas” de la celebración de un cualquier contrato de crédito o préstamo, y, de otra parte, según el art. 4.16) LCCI dicha obligación tiene por finalidad “la evaluación de las perspectivas de cumplimiento de las obligaciones vinculadas a la deuda que se deriven del contrato de préstamo”.

Como pone de relieve busto Iago, la expresión “solvencia” del potencial deudor puede entenderse de diverso modo, ya sea de manera amplia o bien estricta. En el caso de nuestra legislación vigente, se ha optado por un concepto estricto de “solvencia”, en el sentido de la “capacidad, aptitud o idoneidad para cumplir en el futuro con las obligaciones derivadas del contrato de crédito o préstamo y, en particular, hacer frente a la restitución o amortización del préstamo en el plazo que se haya establecido”. Ahora bien, si las personas con su capacidad de discernimiento y entendimiento reducida tienen derecho a acceder al mercado financiero de crédito y, según los casos, podría ocurrir sin ser asistidas por un curador que las apoye, cabría la posibilidad de valorar si sería más adecuado optar por un concepto amplio de “solvencia” según el cual el potencial deudor podrá devolver lo recibido por tener patrimonio suficiente y, además, “lo va a poder hacer cómodamente, porque ha concertado un producto financiero –préstamo o crédito” adecuado teniendo en cuenta su futuro bienestar económico, dentro de las diversas posibilidades que ofrece el mercado de crédito<sup>13</sup>).

En lo concerniente a la LCCC, la obligación de evaluación de solvencia del consumidor contenida en el art. 14 se realizará de acuerdo con la información que proporcione el propio consumidor a petición del prestamista o del intermediario y la que se encuentre recogida en los ficheros de solvencia patrimonial y crédito; sin que se realice especificación alguna acerca de la información que el prestamista habrá de recabar del potencial deudor. En cambio, la LCCI, en su art. 11, indica que la evaluación de solvencia se realizará *en profundidad* y, para ello, los factores que serán tenidos en cuenta son, entre otros: a) la situación de empleo, b) los ingresos presentes y previsibles durante la vida del préstamo, c) propiedades y ahorros y d) gastos fijos y deudas ya asumidas.

Debido a que tanto la LCCC como la LCCI tienen, obviamente, su ámbito de aplicación circunscrito a las modalidades de contratos que regulan, asimismo ha de estarse a lo dispuesto por el art. 18 de la Orden EHA/2899/2011 que contiene la obligación de evaluación de solvencia antes de la celebración de “cualquier contrato de crédito o préstamo”. Según este artículo, los aspectos a valorar en la realización de la evaluación de solvencia será la situación de: a) empleo, b) ingresos, c) patrimonial y d) financiera.

#### 2. EVALUACIÓN DE SOLVENCIA NEGATIVA DEBIDO A LA BAJA TASA DE EMPLEO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Partiendo de los datos que son empleados para la evaluación de solvencia de los potenciales deudores y de que se entiende que en los supuestos de discapacidad que nos ocupa, el art. 12.5 de la Convención de Nueva York dispone

que se debe garantizar el acceso al mercado financiero de crédito en condiciones de igualdad, materializar dicho mandato plantea si en la evaluación de solvencia puede o debe repercutir dicha circunstancia personal de discapacidad en relación con el objeto de prevenir el sobreendeudamiento y fomentar el préstamo responsable.

Aun en el supuesto de que la modalidad de discapacidad al que me refiero no sea tenida en cuenta de manera directa, según lo que se entienda por “igualdad” podría llegar a plantearse, por ejemplo, si las condiciones laborales de la persona con este límite de tipo cognitivo, en relación con el nivel de ingresos presente y presumible en el futuro, supone una suerte de discriminación, aunque no directa, en lo que respecta a su acceso al mercado financiero de crédito. Es decir, como reflejo de la situación laboral de las personas que tienen esta clase de discapacidad, la evaluación de solvencia puede suponer una suerte de barrera de entrada al mercado de crédito para estas personas. Esta afirmación se justifica en que, según el Instituto Nacional de Estadística –“INE”–, en el año 2019 la tasa de empleo de las personas con discapacidad fue del 25,9%<sup>14</sup>). No obstante, como ya he tenido ocasión de apuntar –vid. supra–, el amplio concepto de “discapacidad” es inadecuado a la hora de tratar las posibles vicisitudes que pueden darse en materia contractual –más aún cuando se trata de la celebración de un contrato financiero de crédito–. Así pues, cuando se consultan los datos de empleo de las personas con discapacidad según el tipo de deficiencia que conlleve, en el caso de las personas con discapacidad intelectual la tasa de empleo es del 20,4% y las que tienen una discapacidad mental dicha tasa es del 16,9%<sup>15</sup>).

Es cierto que en la evaluación de solvencia se utilizan otros datos aparte de la situación de empleo o desempleo; sin embargo, cuando la persona se encuentre desempleada –que será lo más probable según los datos del INE–, también es probable que los datos relativos a los ingresos no sean favorables para que el resultado de la evaluación de solvencia sea positivo. En este sentido, por ejemplo, de acuerdo con el primer apartado del art. 17 del Real Decreto 46/2021, de 26 de enero, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social, de las pensiones de Clases Pasivas y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2021, “la cuantía de las pensiones de jubilación e invalidez, en su modalidad no contributiva, queda fijada en 5.639,20 euros íntegros anuales”.

Consecuentemente, en vista de la necesaria observancia de las normas dirigidas al fomento de los créditos y préstamos responsables que pretenden evitar el sobreendeudamiento, nos encontramos ante la necesidad de interpretar el sentido del art. 12.5 de la Convención de Nueva York en cuanto al “acceso en igualdad de condiciones” al mercado financiero de crédito. Sobre la igualdad y no discriminación, el art. 5 de la Convención de Nueva York dispone, en su apartado cuarto, que no tendrán la consideración de discriminatorias “las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad”, lo que supone la promoción de adoptar las medidas que comúnmente se denominan de “discriminación positiva”. Así, conforme a la Observación general núm. 6 (2018) sobre la igualdad y la no discriminación del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad<sup>16</sup>), la igualdad y la no discriminación se constituyen como instrumentos interpretativos del resto de principios y derechos que se consagran en la Convención. Pues bien, según dicha Observación, estas medidas “consisten en introducir o mantener ciertas ventajas a favor de un grupo insuficientemente representado o marginado”, señalando más adelante que unos ejemplos de esta clase de medidas son “los programas de divulgación y apoyo, la asignación o reasignación de recursos, la selección, contratación y promoción selectivas, los sistemas de cuotas, las medidas de adelanto y empoderamiento, así como los servicios de relevo y la tecnología de apoyo”<sup>17</sup>).

### 3. MODERACIÓN DEL REQUISITO DE LA EVALUACIÓN DE SOLVENCIA POSITIVA EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA

A mi juicio, el acceso al mercado financiero de crédito en condiciones de igualdad por las personas con su capacidad de discernimiento y entendimiento reducida no debe suponer la introducción de ninguna clase de *ventaja* en cuanto a la previsión de una evaluación de solvencia menos rigurosa y así poder *garantizar* su acceso al crédito. No sería razonable desplegar una mayor protección hacia las personas que no tienen una discapacidad de este tipo fundamentándose en la igualdad de oportunidades para las personas con una discapacidad de tipo cognitivo o intelectual y favorecer, de este modo, su inclusión en dicho mercado y así *poder* ostentar la condición de deudoras.

Sin embargo, este no es el criterio que se sigue a nivel europeo. El párrafo segundo del art. 18.4 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa los créditos al consumo, de 30 de junio de 2021 –en adelante, “Propuesta”–, prevé que “cuando el resultado de la evaluación de solvencia indique que no es probable que las obligaciones derivadas del contrato o del contrato para la provisión de servicios de crédito de financiación participativa se cumplan de la forma requerida en dicho contrato, el prestamista o el proveedor de servicios de crédito de financiación participativa podrá, excepcionalmente, poner crédito a disposición del consumidor en

circunstancias concretas y bien justificadas”.

El art. 18.4 de la Propuesta ha de ponerse en relación con su Considerando Cuadragésimo séptimo, de tal manera que la remisión a las “circunstancias concretas y bien justificadas” ha de interpretarse en el sentido de lo que se dispone en dicho considerando, según el cual, en el supuesto de que la evaluación de solvencia sea negativa, se permite, excepcionalmente, que los prestamistas o proveedores de servicios de crédito de financiación participativa faciliten “créditos en circunstancias concretas y justificadas, como cuando mantienen una relación duradera con un consumidor, o en el caso de préstamos para financiar gastos sanitarios excepcionales, préstamos para estudiantes o préstamos para consumidores con discapacidad”. Si bien termina este considerando indicando que la decisión sobre la concesión del préstamo o crédito se deberá tomar según “el importe y la finalidad del crédito, así como la probabilidad de que se cumplan las obligaciones derivadas del contrato” –lo que no dejaría de ser una evaluación de solvencia, aunque moderada–.

Pendientes por conocer el destino final de la Propuesta de Directiva, por ahora, las Directrices de la Autoridad Bancaria Europea, sobre concesión y seguimiento de préstamos (EBA/GL/2020/06) que entraron en vigor el 30 de junio de 2021 y que derogan las Directrices de la Autoridad Bancaria Europea sobre evaluación de la solvencia del consumidor (EBA/GL/2015/11), no incluyen referencia alguna la posibilidad de conceder préstamos y créditos aun cuando la evaluación de solvencia haya resultado negativa tal y como se prevé en la Propuesta de Directiva –vid., pp. 25 y ss. de las Directrices que han entrado en vigor recientemente–.

## **IV. COMPLEJIDAD Y COMPENSIBILIDAD DE LOS CONTRATOS FINANCIEROS DE CRÉDITO: OFERTA E INFORMACIÓN**

### **1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN**

Desde hace más de una década, la contratación en el mercado financiero se ha caracterizado, entre otras cosas, por su alto nivel de litigiosidad y las nefastas consecuencias derivadas de la incapacidad de cumplimiento por parte de los deudores. En especial, han destacado las controversias relativas a la introducción de cláusulas abusivas en los contratos de préstamo hipotecario y la concurrencia de error como vicio del consentimiento en los contratos de adquisición de productos financieros asociados a préstamos hipotecarios como los contratos de cobertura de tipos de interés.

Aunque no voy aquí a enumerar los motivos por los cuales el cumplimiento del deber de información es fundamental en lo concerniente a la formación de la voluntad de los contratantes y la validez del consentimiento contractual; sobre esta cuestión, creo que si la adaptación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención de Nueva York ha de suponer un cambio efectivo en lo que respecta a la autonomía de las personas cuya capacidad de entendimiento y discernimiento se encuentre mermada –vid., Exposición de Motivos de la Ley 8/2021–, esta circunstancia ha de suponer la concreción de los deberes de información en materia crediticia cuando el prestatario es una persona que tiene una discapacidad de este tipo.

En principio, a pesar de que el art. 12.5 de la Convención de Nueva York no ha sido objeto de desarrollo en nuestro ordenamiento jurídico –aun habiéndose producido la modificación del art. 1263 CC por la Ley 8/2021–, el deber de transparencia material tal cual se encuentra formulado en la legislación vigente permite afirmar que el cumplimiento de dicho deber debería implicar la adaptación de la información a la capacidad de discernimiento y entendimiento del deudor, puesto que no parece suficiente el recurso al principio general de buena fe o las alusiones en abstracto al deber de transparencia material. En términos generales, acerca del deber de información y circunscribiéndonos al ámbito crediticio, el art. 6 de la Orden EHA/2899/2011 establece que la información precontractual deberá facilitarse al cliente de servicios bancarios “para adoptar una decisión informada”. Para ello, la información habrá de ser “clara, oportuna y suficiente, objetiva y no engañosa y habrá de entregarse con la debida antelación en función del tipo de contrato u oferta (...)”. Así pues, para que el contratante que tenga una discapacidad de tipo cognitivo pueda adoptar una “decisión informada”, la información que se le proporcione tendrá que ser adaptada a sus necesidades.

### **2. ADAPTACIÓN DE LA OFERTA A LAS NECESIDADES COGNITIVAS DEL CLIENTE**

Partiendo entonces del respeto a la autonomía de las personas con discapacidad y de la necesaria comprensión de la información para que éstas puedan celebrar válidamente contratos financieros de crédito, creo pertinente plantear, en primer lugar, hasta qué punto sería acorde con el principio general de buena fe que a las personas cuya capacidad de discernimiento y entendimiento se encuentre reducida se les ofrezcan aquellos contratos de financiación que tengan cierto grado de complejidad. Este planteamiento no se basa en la idoneidad o no de estas

personas para celebrar estos contratos; sino, más bien, lo que se pretende poner de relieve es si la información precontractual y contractual de toda clase de contrato de préstamo o de crédito es susceptible de ser *adaptada* independientemente del grado de complejidad de la operación de financiación.

En cuanto al ofrecimiento de préstamos/créditos, en virtud del primer apartado del art. 5 LCCI los principios de actuación en la concesión de tales créditos son la honestidad, la imparcialidad, la transparencia y la profesionalidad, “tanto en la elaboración de productos crediticios, la concesión de préstamos, (...)”. A continuación, en el segundo apartado del mismo art. 5 LCCI se establece que “[e]n la concesión, intermediación o prestación de servicios de asesoramiento sobre el préstamo, las actividades se basarán en la información sobre las circunstancias del prestatario y en cualquier requisito específico que éste haya dado a conocer, así como en hipótesis razonables sobre los riesgos para su situación durante la vigencia del contrato de préstamo. (...)”.

De los dos primeros apartados del art. 5 LCCI se desprenden, en mi opinión, dos deberes específicos en cuanto a la posibilidad de contratación de esta clase de préstamos por personas que tengan el tipo de discapacidad que nos ocupa. En primer lugar, la adecuación de la modalidad de préstamo ofrecido a estas personas. En segundo lugar, y en relación con lo anterior, la discapacidad del potencial deudor habrá de ser tenida en cuenta tanto en la fase precontractual como contractual.

De esta forma, y a pesar de que intuyo que sería una propuesta tachada de discriminatoria, podría ser ajustada a Derecho la limitación de la oferta de las operaciones de financiación, al menos cuando la LCCI sea de aplicación, en función de su idoneidad con respecto a la capacidad de entendimiento de la persona con discapacidad –en cambio, no puede decirse lo mismo respecto de los créditos al consumo a tenor de lo dispuesto por la normativa que regula este tipo de contratos–.

### 3. ADAPTACIÓN DE LA INFORMACIÓN A LAS NECESIDADES COGNITIVAS DEL CLIENTE

Por otro lado, sobre la adaptación de la información precontractual de manera que se entienda cumplido el deber de transparencia material, el art. 9 LCCI prevé que los prestamistas, intermediarios y representantes designados deberán facilitar “información general clara y comprensible sobre los contratos de crédito”. Así pues, dado que las circunstancias del prestatario han de ser tenidas en cuenta en todo momento, la claridad y comprensibilidad de la información que exige el art. 9 LCCI deberá adaptarse a los límites cognitivos del deudor. Asimismo, a continuación, el art. 10 LCCI dispone que la información personalizada se proporcionará al potencial prestatario por medio de la Ficha Europea de Información Personalizada –“FEIN”–. Ahora bien, si de lo que se trata es que el cliente o potencial cliente comprenda efectivamente las cargas jurídicas y económicas que derivan de la celebración del contrato, no parece que la FEIN que se recoge en el Anexo I de la LCCI esté redactada de manera que, en general, las personas con su capacidad de discernimiento y entendimiento reducida puedan comprender la referida información.

En consecuencia, considerando que la información que se suministra a los potenciales clientes se encuentra prerredactada, el cumplimiento del art. 12.5 de la Convención de Nueva York debería conllevar la elaboración de distintos formularios adaptados a las necesidades de tipo cognitivo de los potenciales clientes. En este sentido, teniendo en cuenta que las distintas necesidades que se pueden dar dentro de este tipo de discapacidad que nos ocupa son muy variadas, el primer paso sería la clasificación de los tipos de discapacidad según el grado de discernimiento y entendimiento de las personas. Esto, a su vez, implicaría la necesaria *identificación* del tipo de discapacidad que afecta al potencial cliente de tal manera que la información que se le proporcione sea adaptada a sus necesidades. De nuevo, en este punto, se plantearía si dicha *determinación o identificación* supondría alguna clase de discriminación hacia las personas que tuviesen su capacidad de discernimiento y entendimiento reducida.

Pero, en contra de este razonamiento según el cual la determinación del tipo/grado de discapacidad a la hora de celebrar un tipo de contrato como los que nos ocupan, pensemos, por ejemplo, en lo dispuesto por el art. 11 LCCC, según el cual tanto los prestamistas como los intermediarios “facilitarán al consumidor explicaciones adecuadas de forma individualizada para que éste pueda evaluar si el contrato de crédito propuesto se ajusta a sus intereses, a sus necesidades y a su situación financiera”, incluyéndose dentro de esta labor de asistencia la explicación de la información precontractual, los elementos esenciales del contrato propuesto y las consecuencias que derivan de su celebración. Así pues, la referida *explicación adecuada* para el consumidor solo podrá facilitarse cuando previamente se tenga conocimiento exacto o muy aproximado del tipo de discapacidad que afecte al potencial deudor.

### 4. EJEMPLOS DE OPERACIONES DE FINANCIACIÓN COMPLEJAS

## 4.1. Introducción

A continuación, en relación con el problema al que me vengo refiriendo en cuanto a la adaptación de la información a las necesidades de la personas con una discapacidad intelectual y la posibilidad de que tal vez la información precontractual y contractual de algunas operaciones de financiación pueden no ser susceptibles de ser adaptadas con motivo de su naturaleza compleja, expondré brevemente los aspectos más relevantes sobre dos modalidades de crédito y préstamo, respectivamente, que vienen siendo objeto de controversia en nuestro país.

## 4.2. Complejidad del crédito “revolving”

Si bien es cierto que los litigios en relación con esta modalidad de crédito vienen girando en torno a los intereses posiblemente usurarios estipulados contractualmente; no en vano, abundan las sentencias en las que se procede a la aplicación de los controles de incorporación y de transparencia. Acerca de la complejidad de las tarjetas revolving, en la STS 600/2020, de 4 de marzo, se puso de manifiesto que su sistema de amortización tiene la peculiaridad de *“que el límite del crédito se va recomponiendo constantemente, las cuantías de las cuotas no suelen ser muy elevadas en comparación con la deuda pendiente y alargan muy considerablemente el tiempo durante el que el prestatario sigue pagando las cuotas con una elevada proporción correspondiente a intereses y poca amortización del capital, hasta el punto de que puede convertir al prestatario en un deudor ‘cautivo’, y los intereses y comisiones devengados se capitalizan para devengar el interés remuneratorio”*. Este párrafo transcrito sobre el funcionamiento del crédito revolving ha de ponerse en relación con la doctrina jurisprudencial según la cual *“la exigencia de claridad y comprensibilidad de una condición general, a los efectos de realizar el control de incorporación, no es uniforme, sino que depende de la propia complejidad de la materia sobre la que versa el contrato y, más en concreto, de la cláusula controvertida”*, a lo cual ha de sumarse que dicho criterio a aplicar en el control de incorporación habrá de ser tenido en cuenta asimismo a la hora de realizar el control de transparencia, que es un control dirigido a asegurar que el adherente tuviese la posibilidad de comprender las cargas jurídicas y económicas que asumiría en el supuesto de que celebrase el contrato.

Pues bien, para que el potencial deudor pueda tomar su decisión debidamente es necesario, en sede de aplicación del control de transparencia, que éste hubiese podido comprender las cargas jurídicas y económicas que derivan del contrato. Ponen de manifiesto las SSAP Barcelona, sección 13ª, 252/2021, de 19 de abril, y 294/2021, de 30 de abril, que, dadas las características de los créditos revolving, las recomendaciones del Banco de España para la comercialización de estos tipos de créditos *“ponen de relieve la dificultad que supone para un consumidor medio apercibirse de la real carga económica que supone la suscripción del contrato, que es lo relevante para efectuar el control de transparencia (...)”*. Sin embargo, en la aplicación del control de transparencia de las cláusulas por las que se prevé el sistema de amortización de estos créditos, puede optarse por considerar, según la SAP Oviedo, sección 6ª, 207/2021, de 24 de mayo, que *“es también necesario ponderar que se trata de información compleja por razón de la materia, de manera que puede resultar de difícil inteligencia para quienes tienen un conocimiento matemático-financiero básico o rudimentario, como sucede al común de los ciudadanos, pero no por ello puede tachárselas de oscuras o ininteligibles”*. Así, frente al finalidad del control de transparencia consistente en comprobar si la cláusula controvertida era comprensible en relación con las cargas jurídicas y económicas del contrato, en esta misma sentencia se indica que el objetivo de dicho control es velar *“por que el condicionado controvertido no añada una complicación adicional innecesaria a lo que ya de por sí resulta complejo”*, de tal forma que con el control de transparencia se sancionan las cláusulas que *“desvirtúen, oscurezcan o difuminen de cualquier otro modo la información relevante sobre el coste total del crédito”*.

Sobre la transparencia de las cláusulas por las que se prevé el sistema de amortización del crédito no puede realizarse una valoración con carácter general acerca de si cumplen dicho deber de transparencia material o no, ya que habría que ir caso por caso. Sin embargo, en cuanto a la complejidad de las operaciones de financiación actuales, entiendo que la información precontractual puede ser de difícil comprensión para una persona con su capacidad de discernimiento y entendimiento reducida. Tomando como ejemplo la Información Precontractual de la “Tarjeta Aqua Crédito” del BBVA, el titular de la tarjeta de crédito puede optar por un “sistema para el reembolso del capital dispuesto contra el límite de la tarjeta” que puede consistir en un “Pago total”, “Pago Aplazado ‘Revolving’” o “Pago Personalizado ‘Revolving’”.

A fin de ilustrar la complejidad a la que me refiero, con respecto al “Pago Aplazado ‘Revolving’”, según dicha Información Precontractual:

*“Permite a su vez las siguientes opciones:*

1) *Por un porcentaje mensual: Supone el reembolso mensual de, al menos, el 3,00 % aplicado sobre la suma del saldo dispuesto que refleje el extracto de la ‘Cuenta de Tarjeta de Crédito’ antes de la liquidación, más los intereses y comisiones devengados durante el periodo mensual de liquidación correspondiente. Se podrá optar por cualquier otro porcentaje, superior al 3,00 % e inferior al 100 %. No obstante lo anterior, si el resultado de aplicar el porcentaje elegido del capital pendiente de la ‘Cuenta de Tarjeta de Crédito’, más los intereses y comisiones, fuese inferior a la cantidad fija mensual de 5.00 euros se cargará dicha cantidad (‘Cuota Fija mínima de Amortización’).*

2) *Por una cantidad fija mensual ‘Revolving’: Supone el reembolso de una cantidad fija mensual comprensiva de capital, intereses y comisiones. La cifra mínima de dicha cantidad fija mensual es de 12,00 €, y se podrá elegir cualquier cantidad superior.*

*En el caso del pago aplazado la cuota mensual elegida, se destina en primer lugar al pago de los intereses, comisiones y gastos pactados y, en segundo lugar a amortizar el capital.*

*En ambas opciones el reembolso mínimo mensual vendrá determinado por el 3,00 % del saldo dispuesto que refleje el extracto mensual de la ‘Cuenta de Tarjeta de Crédito’ antes de la liquidación, más los intereses y comisiones devengados durante el periodo mensual correspondiente”.*

El texto transcrito está en negrita en el documento original, salvo el penúltimo párrafo –“En el caso del pago aplazado la cuota mensual elegida, (...)”– a pesar de ser información relevante sobre el sistema de amortización. Pero, dejando a un lado si la información precontractual cumple con los deberes de transparencia material o no, entiendo razonable cuestionar si es acorde con el principio de buena fe ofrecer un crédito de esta clase a una persona con una discapacidad de tipo cognitivo o intelectual y que, por ejemplo, no cuente con ninguna de medida de apoyo que le ayude a tomar una decisión de este tipo. Cabe precisar que en la Información Precontractual que nos ocupa, aparte del “Pago Aplazado ‘Revolving’“, que consta de dos modalidades de sistema de amortización –1) Por un porcentaje mensual; 2) Por una cantidad fija mensual “Revolving”–, al titular se le da la opción de elegir entre otros dos sistemas de amortización.

### **4.3. Complejidad del préstamo hipotecario con “opción multidivisa”**

Otro ejemplo de operación de financiación compleja es la hipoteca con cláusula multidivisa. Sobre este tipo de hipotecas cabe destacar que, en un primer momento, tuvieron la consideración de producto financiero complejo. Así se sostuvo en la STS 323/2015, de 30 de junio, al considerar que este tipo de préstamo hipotecario era “*un instrumento financiero derivado por cuanto que la cuantificación de la obligación de una de las partes del contrato (el pago de las cuotas de amortización del préstamo y el cálculo del capital pendiente de amortizar) depende de la cuantía que alcance otro valor distinto, denominado activo subyacente, que este caso es una divisa extranjera*”. Sin embargo, tras la STJUE de 3 de diciembre de 2015, *Banif Plus Bank, C-312/14*, con la STS 608/2017, de 15 de noviembre, se corrigió dicha calificación de manera que pasó a considerarse exclusivamente como préstamo hipotecario, en tanto que “*las cláusulas del contrato de préstamo relativas a la conversión de una divisa no constituye un instrumento financiero distinto de la operación que constituye el objeto de este contrato, sino únicamente una modalidad indisociable de ejecución de éste (apartado 72), (...)*”.

Según reiterada doctrina jurisprudencial –vid. las recientes SSTS 391/2021 y 392/2021, ambas de 8 de junio, y 553/2021, de 20 de julio–, en las hipotecas multidivisa sucede que “[a]l riesgo de variación del tipo de interés se añade el riesgo de fluctuación de la moneda. Pero, además, este riesgo de fluctuación de la moneda no incide exclusivamente en que el importe en euros de la cuota de amortización periódica, comprensiva de capital e intereses, pueda variar al alza si la divisa se aprecia frente al euro. (...) El tipo de cambio de la divisa elegida se aplica, además de para el importe en euros de las cuotas periódicas, para fijar el importe en euros del capital pendiente de amortización, de modo que la fluctuación de la divisa supone un recálculo constante del capital prestado. Ello determina que (...) si la divisa se ha apreciado frente al euro, el prestatario no solo tenga que pagar cuotas de mayor importe en euros, sino que además adeude al prestamista un capital en euros mayor que el que le fue entregado al concertar el préstamo”.

Un ejemplo de cláusula multidivisa es el que se reproduce en la STS 608/2017, de 15 de noviembre. Según esta sentencia, la cláusula financiera 1.º.I.c) preveía lo siguiente:

*“El presente préstamo se conviene en la modalidad de multimoneda, de forma que el préstamo podrá queda representado en cada uno de los periodos de mantenimiento de moneda e interés en cualquiera de las monedas que se indican a continuación en tanto sean negociadas en el mercado de divisas de Madrid a solicitud del*

*prestatario y con sujeción a las condiciones establecidas en el presente contrato: dólar USA, yen japonés, franco suizo, libra esterlina inglesa y euro. La transformación de la moneda, en caso de que la parte prestataria elija en cualquiera de tales periodos una moneda distinta a la del anterior, no constituye novación o modificación alguna del préstamo. La parte prestataria deberá reintegrar las cuotas comprensivas de pago e intereses en la moneda en que esté representado el préstamo en cada momento.*

*Los cambios de moneda podrán realizarse únicamente en la fecha de inicio de cada uno de los periodos de mantenimiento de moneda e interés en que se divide la presente operación crediticia. A tal fin, la parte prestataria deberá manifestar su voluntad al BANCO, suscribiendo documento cuyo modelo figura como anexo de esta escritura y entregándolo en la oficina del BANCO reseñada en la cláusula 8ª de esta escritura con cinco días de antelación, cuando menos, a la expresada fecha de inicio.*

*El principal del préstamo quedará representado en la nueva moneda elegida por la parte prestataria y el importe de ésta se obtendrá por la cotización que tenga la anterior moneda en que estuviera representado el préstamo en relación a la nueva moneda según los cambios de divisa que rijan en el Mercado Español de Divisas dos días hábiles antes de la fecha de inicio del periodo de mantenimiento de moneda y de interés en que haya de realizarse el cambio al cambio vendedor del BANCO en cuanto a la anterior moneda y al cambio comprador del BANCO respecto a la nueva moneda”.*

Hoy día el reconocimiento de la complejidad de las hipotecas multdivisa es un hecho, habida cuenta el sistema empleado para el cálculo de las cuotas de amortización y del capital pendiente a devolver. No obstante, esta circunstancia no supone la declaración automática de abusividad de estas cláusulas por no superar el control de transparencia, sino que, como ha reiterado nuestra doctrina jurisprudencial –vid., SSTS 69/2021, de 9 de febrero y 553/2021, de 20 de julio–, las cláusulas multdivisa serán transparentes cuando se constate que el prestatario comprendió que: “(i) el riesgo de fluctuación de la moneda en que se referencia el préstamo puede influir en el importe de las cuotas periódicas de amortización; y (ii) que también puede influir en la cantidad que haya que amortizar en toda, lo que supone que puede acabar pagándose más capital del recibido”.

Ahora bien, cabe plantearse si sería posible garantizar la comprensión de dicho clausulado por personas con su capacidad de discernimiento y entendimiento reducida aun cuando se hubiese cumplido con lo dispuesto en la legislación vigente. En la Parte B del Anexo I de la LCCI, sobre la FEIN, se proporciona una serie de instrucciones para cumplimentarla. En lo que respecta a la “Sección 3. Características del préstamo”, en el segundo apartado se dice que “Cuando la moneda del crédito sea distinta de la moneda nacional del prestatario, el prestamista indicará que el prestatario recibirá regularmente advertencias, como mínimo cuando el tipo de cambio registre una fluctuación superior al 20%; mencionará asimismo, si ha lugar, el derecho del prestatario a convertir la moneda del contrato de crédito o la posibilidad de renegociar las condiciones aplicables, y cualesquiera otros mecanismos a los que pueda acogerse el prestatario para limitar su exposición al riesgo de tipo de cambio. Si los contratos de crédito contienen disposiciones destinadas a limitar el riesgo de cambio a que está expuesto el prestatario, el prestamista indicará el importe máximo que deba reembolsar el prestatario, si ha lugar. Si los contratos de crédito no contienen disposiciones de destinadas a limitar el riesgo tipo de cambio a que está expuesto el prestatario, a una fluctuación del tipo de cambio inferior al 20 %, el prestamista indicará una ilustración del efecto que tendría en el valor del préstamo una disminución del 20 % del valor de la moneda nacional del prestatario frente a la moneda del crédito”.

No parece que el cumplimiento de la normativa actual permita que un número considerable de personas con una discapacidad de tipo cognitivo o intelectual pueda tomar una decisión fundada acerca de la celebración o no de este tipo de contrato de préstamo. Y, en consideración con el sistema ideado para el cálculo de las cuotas de amortización y del capital restante, cabe preguntarse asimismo si la información precontractual y contractual podría adaptarse a las necesidades de las personas con el tipo de discapacidad que nos ocupa.

## **V. CONCLUSIÓN**

De la legislación actualmente vigente no puede concluirse con certeza de qué manera se materializará el derecho de acceso al mercado financiero de crédito de las personas con discapacidad ex art. 12.5 de la Convención de Nueva York.

En este trabajo se ha realizado una aproximación a las medidas de tipo preventivo que podrían idearse, aunque es preciso recordar que la protección de los intereses de las personas con una discapacidad como la que nos ocupa puede dispensarse *ex post* por la vía de la teoría de los vicios del consentimiento, los controles propios de la contratación por adhesión o bien a través de la legislación relativa a la represión de la usura.

Sobre las medidas preventivas, y de acuerdo con la normativa reguladora del mercado financiero de crédito, se llega a la conclusión de que la evaluación de solvencia supone una barrera de entrada al préstamo/crédito para las personas con discapacidad, dado el elevado número de estas personas que se encuentra en situación de desempleo. No obstante, en lo que al crédito al consumo respecta, parece ser que en el marco de la Unión Europea se optará por prever medidas que se corresponden con la llamada “discriminación positiva”, *permitiéndose* la concesión de esta clase de crédito a las personas con discapacidad aun cuando la referida evaluación de solvencia haya sido negativa –vid., Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa los créditos al consumo, de 30 de junio de 2021–.

El cambio que preconiza la Exposición de Motivos de la Ley 8/2021, en tanto que el enfoque de la realidad ha de ser que “las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones”, por un lado, puesto en relación con la nueva formulación del art. 1263 CC y lo dispuesto por el art. 12.5 de la Convención de Nueva York, plantea serias dudas acerca del modo en que se ha de materializar el derecho al acceso al mercado financiero de crédito de las personas con su capacidad de discernimiento y entendimiento reducida. De este modo, es fundamental tener una idea clara acerca de qué se entiende por “igualdad” y por “no discriminación” a la hora de llevar a cabo los cambios que, a mi juicio, son necesarios para el efectivo cumplimiento de lo dispuesto por el art. 12.5 de la Convención de Nueva York. Y, para ello, aparte de las consideraciones de tipo político o ideológico, debe tenerse siempre presente que la validez del consentimiento contractual exige que la información proporcionada sea comprensible para el contratante.

Por este motivo, a pesar de que es evidente la necesidad de adaptar la información para que pueda ser comprensible para las personas que tengan una discapacidad de tipo cognitivo o intelectual, dentro de la oferta de préstamos y créditos en la actualidad se observa que en ella abundan operaciones de financiación complejas, lo que podría comprometer la idoneidad de la adaptación de la información de algunos de estos préstamos o créditos. De este modo, se ha planteado en este trabajo si sería adecuado limitar la oferta cuando se dé esta circunstancia.

Ahora bien, existen dudas justificadas acerca de la posibilidad de adaptar la oferta de las operaciones financieras y de la información precontractual y contractual a las necesidades cognitivas de los potenciales clientes con base en que estas medidas, que podríamos entender de tipo preventivo, podrían ser consideradas como discriminatorias. De hecho, en parte se llega a esta conclusión tomando como referencia la propia Propuesta de Directiva antes citada, que parece priorizar el acceso al crédito antes que la propia prevención del sobreendeudamiento y el fomento del préstamo/crédito responsable en consideración con la capacidad de discernimiento y entendimiento del contratante.

Es fundamental que se llegue a un consenso en cuanto a qué se entiende por “igualdad” y “no discriminación” de tal manera que se produzca la adaptación plena del ordenamiento jurídico español a la Convención de Nueva York, sin que el acceso al mercado financiero de crédito por las personas con discapacidad suponga una alteración de los principios más básicos del Derecho de contratos ni se entre en contradicción con las normas de prevención del sobreendeudamiento y el fomento del préstamo/crédito responsable. Es más, en virtud del art. 3.2 TRLGDCU introducido por el Real Decreto-ley 1/2021, de 19 de enero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, las personas con el tipo de discapacidad a las que me he venido refiriendo a lo largo de este trabajo tienen la consideración de “consumidores vulnerables”, y según el nuevo art. 8.2 TRLGDCU los poderes públicos *deberán* adoptar políticas y actuaciones adaptadas a la *concreta situación de vulnerabilidad*<sup>18</sup>). Por lo que, en caso de que se entienda que no es justificación suficiente la invocación del principio general de buena fe y las más elementales reglas del Derecho de contratos, con el actual art. 8.2 TRLGDCU ya se ha plasmado expresamente en la norma la necesidad de una especial protección de las personas con límites a su capacidad cognitiva o intelectual y, por otro lado, que dicha protección sea adaptada a sus necesidades particulares.

1 COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, Observación general n.º 1. Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley, 2014, pp. 3-5 y 7.

2 En su redacción original dice así lo transcrito: “[l]egal capacity is the ability to hold rights and duties (legal standing) and to exercise those rights and duties (legal agency)”.

3 De acuerdo con el art. 2 de la Convención de Nueva York, la “discriminación por motivos de discapacidad” se define como “cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo”. Por otro lado, según su art. 5.1 prevé que “[l]os Estados Partes reconocen que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna”.

4 Publicadas en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, el 18 de diciembre de 2020.

5 En este sentido, las enmiendas presentadas por los Grupos Parlamentarios Socialista y Confederado de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común se fundamentaban en que la el segundo párrafo de la Propuesta de Ley contravenía la Convención de Nueva York por limitar la capacidad para contratar de las personas con discapacidad; y, por otro lado, en la presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso se argumentaba la eliminación de dicho segundo párrafo con base en una “mejora técnica”.

6 Acerca de la relación entre capacidad y responsabilidad, DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., “La situación jurídica de los deficientes mentales en el Derecho español”, Ensayos Jurídicos (1953-2011), Tomo I, Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 948-949.

7 Vid., CARRASCO PERERA, Á., “Discapacidad personal y estabilidad contractual. A propósito del Anteproyecto de Ley presentado por el Ministerio de Justicia para la reforma de la legislación civil en materia de discapacidad”, Centro de Estudios de Consumo. Publicaciones jurídicas, octubre 2018. También, SÁNCHEZ GÓMEZ, A., “Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad. Reflexiones del Proyecto de Ley de 17 de julio de 2020 por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, Revista de Derecho Civil, Vol. VII, núm. 5, 2020, pp. 413 a 415.

8 Sobre esta cuestión, PETIT SÁNCHEZ, M., “La adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad: armonización entre la autonomía de la voluntad y el mejor interés”, Revista de Derecho Civil, Vol. VII, núm. 5, 2020, pp. 303 y ss.

9 Vid., ZUNZUNEGUI, F., “Concepto y sistema del derecho del mercado financiero”, Revista de Derecho del Mercado Financiero, Working Paper 2/2019, p. 2.

10 GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., “Los deberes de información precontractual en los contratos de préstamo”, La prevención del sobreendeudamiento privado. Hacia un préstamo y consumo responsables, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 525. Asimismo, BUSTO LAGO, J. M., “El deber de evaluar la solvencia del consumidor de crédito como mecanismo de prevención del sobreendeudamiento y su regulación en España”, Sobreendeudamiento de consumidores. Estrategias para garantizar una segunda oportunidad, Bosch, España, 2019, p. 23.

11 Como señala JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., La usura. Evolución histórica y patología de los intereses, Dykinson, Madrid, 2010, p. 92, este tipo de préstamo leonino apenas ha trascendido en nuestra jurisprudencia debido a que, en caso de que la limitación de las facultades mentales fuese relevante, la persona afectada habría sido incapacitada previamente, lo cual se resolvía apreciándose la nulidad o anulación del contrato por falta de capacidad de contratar.

12 Sobre la justificación de estas medidas de corte paternalista, ARROYO AMAYUELAS, E., “La política de préstamo responsable en la Unión Europea. En particular, la valoración del mérito crediticio”, Revista de Derecho Bancario y Bursátil, núm. 149, enero-marzo 2018.

13 BUSTO LAGO, J. M., *Op. Cit.*, pp. 27 a 29.

14 Datos que pueden ser consultados en la siguiente dirección web del Instituto Nacional de Estadística:

[https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?](https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=estadistica_C&cid=1254736055502&menu=ultiDatos&idp=1254735976595)

[c=estadistica\\_C&cid=1254736055502&menu=ultiDatos&idp=1254735976595.](https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=estadistica_C&cid=1254736055502&menu=ultiDatos&idp=1254735976595)

15 [https://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?tpx=29817#!tabs-grafico.](https://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?tpx=29817#!tabs-grafico)

16 [http://www.convenciondiscapacidad.es/observaciones/.](http://www.convenciondiscapacidad.es/observaciones/)

17 Observación general núm. 6 (2018) sobre la igualdad y la no discriminación del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, p. 9.

18 Sobre el escaso o nulo valor del art. 8.2 TRLGDCU en cuanto a que no contiene un mandato al legislador ni una habilitación para su labor legislativa, CARRASCO PERERA, Á., “Consumidores vulnerables”, OTROSÍ: Revista del Colegio de Abogados de Madrid, n.º 8, 2021, pp. 42 y 43.