



## **CERTIFICACIÓN DE ACUERDO RELATIVO A INFORME**

**Acto que se certifica:** Acuerdo adoptado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión extraordinaria del día 05 de mayo de 2017, por el que se ha aprobado el siguiente:

### **INFORME SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO**

#### **I. ANTECEDENTES**

1.- Con fecha 27 de marzo de 2017, procedente de la Secretaría de Estado de Justicia del Ministerio de Justicia, tuvo entrada en el Consejo General del Poder Judicial a efectos de evacuación del correspondiente informe conforme a lo dispuesto en el artículo 561.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, el Anteproyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

2.- La Comisión Permanente del Consejo, en su reunión de 6 de abril de 2017 designó Ponentes de este informe a los Vocales don Vicente Guilarte Gutiérrez y don Wenceslao Olea Godoy.

#### **II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA FUNCIÓN CONSULTIVA DEL CGPJ**

3.- La función consultiva del Consejo General del Poder Judicial a que se refiere el artículo 561 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en la redacción dada a dicho precepto por la Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio), tiene por objeto los anteproyectos de leyes y disposiciones generales que afecten total o parcialmente, entre otras materias expresadas en el citado precepto legal, a "*[n]ormas procesales o que afecten a aspectos jurídico-constitucionales de la tutela ante los Tribunales ordinarios del ejercicio de derechos fundamentales*" (apartado 6 del art. 561.1 LOPJ).

4.- Atendiendo a este dictado, en aras a una correcta interpretación del alcance y sentido de la potestad consultiva que allí se prevé a favor de este Consejo, y considerado el contenido del Anteproyecto remitido, el informe



que se emite se centrará en el examen y alcance de las normas sustantivas o procesales que en él se incluyen específicamente.

5.- Sin perjuicio de lo anterior, y con arreglo al principio de colaboración entre los órganos constitucionales, el Consejo General del Poder Judicial ha venido indicando la oportunidad de efectuar en sus informes otras consideraciones relativas, en particular, a cuestiones de técnica legislativa o de orden terminológico, con el fin de contribuir a mejorar la corrección de los textos normativos y, por consiguiente, a su efectiva aplicabilidad en los procesos judiciales, por cuanto son los órganos jurisdiccionales quienes, en última instancia, habrán de aplicar posteriormente las normas sometidas a informe de este Consejo, una vez aprobadas por el órgano competente.

6.- El Anteproyecto de Ley que se somete a informe (en adelante, AL) tiene por objeto, esencialmente, la incorporación al ordenamiento español del régimen de protección previsto en 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 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) nº 1093/2010 (en lo sucesivo, la Directiva 2014/17). Se trata, por tanto, de incorporar al ordenamiento interno el régimen específico de protección que se dispensa desde la norma europea a los consumidores en la contratación de créditos inmobiliarios, si bien, como se verá, el ámbito subjetivo de la ley proyectada no se limita a los consumidores –que es el propio de la Directiva–, sino que ofrece un marco más amplio que alcanza a todas las personas físicas que sean deudores, fiadores o garantes de préstamos o créditos que estén garantizados con hipoteca sobre vivienda o cuya finalidad sea la adquisición de bienes inmuebles para uso residencial. A tales efectos, tal y como se indica en el artículo 1 del AL, se establecen normas de transparencia que han de regir dichos contratos, así como el régimen jurídico de los prestamistas e intermediarios de crédito inmobiliario, incluyéndose el régimen de supervisión y control.

7.- La norma proyectada sirve, en consecuencia, de instrumento de transposición de la Directiva europea que tiene por objeto establecer un marco jurídico armonizado en la contratación por los consumidores de créditos inmobiliarios de forma transparente, eficiente y competitiva, garantizando que puedan celebrar contratos de crédito para bienes inmuebles con la confianza de que las entidades con las que entablen relación –los prestamistas, los intermediarios y los representantes de unos y otros– se comportan de manera profesional y responsable. El objeto de la



norma es, por tanto, bifronte, por cuanto contiene normas que conforman el régimen de derechos y obligaciones entre las partes de la relación contractual –proyectado fundamentalmente a la fase precontractual-, al tiempo que incorpora el marco regulatorio aplicable a los prestamistas, intermediarios y sus representantes en la contratación de créditos inmobiliarios, si bien en último término este objeto plural confluye en el establecimiento de un marco normativo armonizado que persigue proporcionar un nivel elevado de protección a los consumidores.

8.- La ley proyectada, en la medida en que constituye el instrumento de transposición de la norma europea, y que esta presenta el señalado objeto, incide, pues, en el régimen de protección de los consumidores, cuya defensa han de garantizar los poderes públicos, a los que compete proteger, mediante procedimientos eficaces, los legítimos intereses de los mismos (artículo 51.1 CE). En tanto que la defensa y protección de los legítimos intereses de los consumidores forman parte de los principios rectores reconocidos en el Capítulo III del Título Primero de la CE, su reconocimiento, respeto y protección han de informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, pudiendo ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.

9.- No puede ignorarse, en este punto, que las normas sobre transparencia y de conducta que se articulan en el AL se insertan en el marco normativo vigente que impone el régimen de obligaciones –y sus correlativos derechos- a los operadores en este sector del tráfico jurídico y económico, particularmente el contenido en la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos y créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito (la Ley 2/2009, en lo sucesivo), y en la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre (la Orden EHA, en adelante). También entronca con el régimen de protección de los consumidores que se dispensa desde el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU), cuyo artículo 1 recuerda el carácter de principio informador del ordenamiento jurídico del art. 51.1 y 2 CE, y cuyo artículo 10 establece la irrenunciabilidad de las normas reconocidas por la Ley a los consumidores, en análogos términos a como lo hace el artículo 3 del AL.

10.- Este régimen normativo, en tanto que incluye reglas que incorporan deberes de transparencia, no solo se sitúa junto al que establecen aquellas



normas, sino que también se proyecta sobre los controles de transparencia –el formal o de incorporación y el material o de contenido- que guían el examen de la validez de las cláusulas contractuales incorporadas a condiciones generales de contratación, como son habitualmente las que rigen en la contratación bancaria y, en particular, en la contratación de créditos inmobiliarios, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 80 y siguientes del TRLGDCU y en los artículos 5, 7, 8 y 10 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación, todos ellos puestos en relación, en su caso, con la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores.

11.- Por consiguiente, encuentran directa vinculación con los remedios procesales –acciones y excepciones- a través de los cuales cabe articular la protección al consumidor que se dispensa desde la ley y desde la jurisprudencia, ya nacional, ya europea, interpretativa de la legalidad, bien sea a través de los procesos declarativos, bien en los procesos de ejecución.

12.- La potestad de informe de este órgano jurisdiccional deriva, por tanto, de lo dispuesto en el ordinal sexto del artículo 561.1 de la LOPJ, conforme al cual el Consejo General del Poder Judicial deberá informar los anteproyectos de ley y disposiciones generales que versen, entre otras, sobre normas procesales o que afecten a aspectos jurídicos constitucionales de la tutela ante los tribunales ordinarios del ejercicio de derechos fundamentales.

13.- Junto con lo anterior, no puede perderse de vista que se trata de incorporar al ordenamiento interno la Directiva 2014/17; por lo que este Consejo, en el ejercicio de su función consultiva, y en el marco propio de la colaboración institucional, ha de extender el objeto de su informe a la forma en que se ha llevado a efecto la transposición de la norma de Derecho Europeo y, en suma, al modo en que se ha dado cumplimiento a las obligaciones de elaboración normativa impuestas por legislador europeo.

14.- Este análisis, empero, ha de estar limitado a aquellas normas que se encuentran vinculadas, directa o indirectamente, con el contenido tuitivo de los derechos de aquellos que, en el ámbito de aplicación del AL, celebren contratos de crédito inmobiliario, y con los principios rectores que, en cuanto consumidores, informarán la actuación de los tribunales de justicia, a través de los cuales se hará valer la protección de los prestatarios. Asimismo se ha de extender a aquellas disposiciones que se encuentren vinculadas a normas de carácter procesal, o presenten carácter netamente



procesal. Por consiguiente, quedan al margen del ámbito material de este informe aquellas normas y disposiciones ajenas a este contenido, como las relativas al marco regulatorio de los intermediarios de crédito inmobiliario, sus representantes y los prestamistas inmobiliarios, y al régimen sancionador contenido en el Capítulo IV AL.

### **III.- ESTRUCTURA Y CONTENIDO**

15.- El Anteproyecto, que viene precedido de una Exposición de Motivos, y al que acompaña la pertinente Memoria de Análisis de Impacto Normativo (MAIN), se estructura en cuatro Capítulos.

16.- El Capítulo I, desarrollado en tres artículos, contiene las disposiciones generales relativas al objeto y ámbito de aplicación de la Ley, así como al carácter irrenunciable de sus normas.

17.- El Capítulo II contiene las Normas de transparencia en la contratación de los créditos inmobiliarios, y se estructura en tres secciones que versan, respectivamente, sobre las Disposiciones generales, que incluyen los principios de actuación en la concesión de préstamos inmobiliarios (artículo 4), las normas de transparencia en la comercialización de préstamos inmobiliarios (artículo 5) y las reglas de comprobación del cumplimiento del principio de transparencia material (artículo 6).

18.- La sección segunda (artículos 7 al 12, ambos incluidos) contiene las normas de conducta en la contratación de préstamos inmobiliarios propiamente dichas, y en particular, las relativas a los requisitos de conocimiento y competencia aplicables al personal de las entidades prestamistas, a las prácticas de ventas vinculadas y combinadas, a la política de remuneración, a la actividad de asesoramiento en préstamos inmobiliarios, a los préstamos inmobiliarios en moneda extranjera y a las variaciones en el tipo de interés.

19.- La sección tercera (artículos 13 al 16, incluidos) versa sobre la forma, la ejecución y la resolución de los contratos, con preceptos relativos a la forma y contenido de los mismos, al reembolso anticipado, al vencimiento anticipado y a los intereses de demora.

20.- El Capítulo III, que se estructura en cuatro secciones (artículos 17 al 36, ambos incluidos), regula el régimen jurídico de los intermediarios de



crédito inmobiliario, de los representantes y de los prestamistas inmobiliarios. El Capítulo IV contiene el régimen sancionador (artículos 37 al 40, incluidos), con el catálogo de infracciones y sanciones que establece y los órganos competentes, el procedimiento y el régimen de prescripción.

21.- El Anteproyecto cuenta con seis Disposiciones adicionales, cuatro Disposiciones transitorias, una Disposición derogatoria y quince Disposiciones finales.

#### **IV.- CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL CONTENIDO DEL PROYECTO**

##### **I**

22.- Tal y como explica la Exposición de Motivos del AL y la MAIN que acompaña al texto, el objeto de la ley es la incorporación al ordenamiento español del régimen de protección previsto en la Directiva 2014/17, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. La mayor parte de las previsiones de la ley proyectada tiende a trasladar al ordenamiento jurídico interno el régimen de derechos y obligaciones establecidos por la norma internacional para los prestamistas, los intermediarios de crédito y los prestatarios.

23.- El texto proyectado, como la Directiva que quiere transponer, atiende al interés público que se ha visto afectado como consecuencia de la crisis financiera y del comportamiento irresponsable de los participantes en el mercado, que puede socavar los cimientos del sistema financiero y debilitar la confianza de todos los interesados, particularmente los consumidores, con las subsiguientes graves consecuencias sociales y económicas. *<<Numerosos consumidores –dice el Considerando (3) de la Directiva- han perdido la confianza en el sector financiero y los prestatarios han experimentado cada vez más dificultades para hacer frente a sus préstamos, provocando un aumento de los impagos y las ventas forzosas. Como consecuencia de ello, el G-20 encargó al Consejo de Estabilidad Financiera que estableciera principios sobre criterios de suscripción correctos con respecto a bienes inmuebles de uso residencial. Aunque algunos de los mayores problemas de la crisis financiera se produjeron fuera de la Unión, los consumidores de la Unión mantienen importantes niveles de deuda, gran parte de la cual se concentra en créditos relacionados con bienes inmuebles de uso residencial. Por tanto, es*



*conveniente garantizar que el marco regulador de la Unión en este ámbito sea sólido, coherente con los principios internacionales y haga un uso adecuado de la gama de instrumentos disponibles, que pueden incluir la utilización de coeficientes de préstamo-valor del activo, préstamo-ingresos, deuda ingresos y coeficientes similares, unos niveles mínimos por debajo de los cuales no se consideraría aceptable ningún crédito, u otras medidas compensatorias para aquellas situaciones en las que los ingresos subyacentes sean más elevados para los consumidores o en las que resulten necesarias para prevenir el endeudamiento excesivo de los hogares. Ante los problemas que la crisis financiera ha puesto de manifiesto, y con el fin de garantizar un mercado interior eficiente y competitivo que contribuya a la estabilidad financiera, la Comisión ha propuesto, en su Comunicación de 4 de marzo de 2009 titulada "Gestionar la recuperación europea", medidas en relación con los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial –entre ellas un marco creíble sobre intermediación crediticia –con vistas a implantar, de cara al futuro, mercados responsables y fiables, y restablecer la confianza de los consumidores. La Comisión reafirmó su compromiso con un mercado interior eficiente y competitivo en su Comunicación de 13 de abril de 2011 titulada "Acta del Mercado Único: las doce prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza">>.*

24.- A partir de los problemas que la Comisión Europea ha detectado en los mercados hipotecarios de la Unión Europea, derivados de la irresponsabilidad en la concesión y contratación de préstamos, de la falta de información y comprensión adecuada del riesgo inherente al tipo de contrato –principalmente, los préstamos o créditos suscritos en moneda extranjera-, de las deficiencias del mercado y de la coyuntura económica general, así como de la incoherencia e ineficacia de los regímenes aplicables a los intermediarios de crédito y a las entidades no crediticias que otorgan créditos inmobiliarios, y de los escasos conocimientos financieros, y ante los importantes efectos macroeconómicos –y para también para el consumidor-, que pueden producirse, la Directiva persigue establecer un marco jurídico adecuadamente armonizado que garantice, desde la confianza que proporciona un régimen de derechos y obligaciones transparente, eficiente y competitivo, un nivel elevado de protección a los consumidores (cfr. Considerando 15).

25.- La Directiva 2014/17, que vino precedida de la Recomendación 2001/193/CE de la Comisión de 1 de marzo de 2001 relativa a la "Información precontractual que debe suministrarse a los consumidores por los prestamistas de créditos vivienda" (DL L 69, de 10.3.2001) –cuyo



Anexo contenía la información preliminar a proporcionar al consumidor, trasladada después a la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN), que regula el Anexo de la Directiva-, así como del Libro Verde de la Comisión de 2005, sobre "El crédito hipotecario en Europa" y el Libro Blanco de diciembre de 2007 sobre "Integración del mercado europeo de crédito hipotecario", es, por una parte, una norma deliberadamente abierta. Conforme reza el Considerando (9), *<<[E]n los ámbitos no cubiertos por la presente Directiva, los Estados miembros tiene la libertad de mantener o adoptar disposiciones nacionales. En concreto, deben poder mantener o adoptar disposiciones nacionales en el ámbito del Derecho contractual, en relación con aspectos tales como la validez de los contratos de créditos, el Derecho de propiedad, el registro de la propiedad, la información contractual y, en la medida en que no están reguladas en la presente Directiva, las cuestiones postcontractuales>>*.

26.- Por otra parte, debe retenerse que la Directiva se configura como una directiva de mínimos, en la medida en que el nivel de armonización solo se concibe en términos máximos, y por tanto, ineludibles para los Estados miembros, en relación con el suministro de información precontractual en el formato de la FEIN y en el cálculo de la TAE [Considerando (7) y artículo 2]. Fuera de tales materias, la Directiva no impide que los Estados miembros puedan mantener o adoptar disposiciones más estrictas que las previstas en ella en los ámbitos que no se definan en ella como ámbitos de máxima armonización (artículo 2.1). *<<[E]ste planteamiento diferenciado es necesario a fin de evitar generar un efecto adverso en el nivel de protección a los consumidores relativo a los contratos de crédito en el ámbito de la presente Directiva. Debe permitirse por ejemplo que los Estados miembros mantengan o adopten disposiciones más rigurosas por lo que atañe a los requisitos en materia de conocimientos y competencia del personal y a las instrucciones para cumplimentar la FEIN>>* [Considerando (7)].

## II

27.- La Ley proyectada está llamada a incorporarse a un marco normativo interno que regula la contratación de los créditos inmobiliarios en diferentes normas, de distinto rango y naturaleza, y desde diferentes ámbitos. Este acervo normativo muestra un abundante y disperso cuerpo legal, no siempre fácil de conjugar y conciliar, compuesto de distintas leyes y disposiciones, entre las que cabe señalar las siguientes, siguiendo su orden



cronológico, y en cuanto contienen normas tuitivas de los derechos de los prestatarios consumidores de créditos inmobiliarios:

- a) La Ley 41/2007, por la que se modifica la Ley 2/1981, de regulación del Mercado Hipotecario. Entre sus disposiciones, se facilita la reestructuración de la deuda a través de la novación de las condiciones financieras del préstamo, bien mediante la ampliación del plazo de amortización, bien mediante periodos intermedios de carencia de la amortización, con la consecuencia, en ambos casos, de reducirse el importe de la cuota mensual, prolongando temporalmente la amortización del préstamo. Al mismo tiempo, modifica el artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) para permitir la rehabilitación del préstamo hipotecario vencido anticipadamente por el impago de alguna cuota del mismo mediante el abono de las impagadas, cuando se trate de la vivienda habitual. Esta facultad se puede ejercitar por segunda o más veces siempre que hayan pasado cinco años desde la liberación anterior.
- b) El Real Decreto 1975/2008, de 28 de noviembre de 2008, de medidas urgentes a adoptar en materia económica, fiscal, de empleo y de acceso a la vivienda, por el cual se aprueba una moratoria temporal y parcial a favor de desempleados y autónomos –en las condiciones previstas- en el pago de los préstamos hipotecarios concertados con anterioridad a 1 de septiembre de 2008 por un importe inferior a 170.000 y para adquirir exclusivamente la vivienda habitual. La norma prevé la concesión de medidas de apoyo financiero para cubrir el 50% del importe de las cuotas mensuales de la hipoteca entre el 1 de marzo de 2009 y el 28 de febrero de 2011, cuya devolución se aplaza y se prorratea en la cuota mensual a partir del 1 de marzo de 2012.
- c) El Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo, por el que se modificó el artículo 607 de la LEC para ampliar los límites de inembargabilidad de los bienes teniendo en cuenta las cargas familiares del deudor hipotecario, y que fue posteriormente modificado por el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa. Este último, además, modificó los artículos 669, 670 y 671, en lo atinente al porcentaje del valor del inmueble conforme al cual debe hacerse su adjudicación.



- d) La Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, que da nueva redacción al artículo 579 de la LEC.
- e) El Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, por el que se crea el Código de Buenas Prácticas de las entidades de crédito, y, entre otras medidas, contempla la posibilidad de reestructuración de la deuda, de la quita de parte del capital y la dación en pago de la deuda, en las condiciones previstas.
- f) El Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, en el que se prevé, para los deudores que se encuentren en situación de vulnerabilidad y en las circunstancias económicas contempladas en la norma, la suspensión de los lanzamientos durante los dos años siguientes a la entrada en vigor del Real Decreto-ley, medida que será ampliada posteriormente por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que incluye medidas para obtener la condonación de parte de la deuda remanente tras la ejecución hipotecaria, y para modificar el valor de tasación a efectos de subasta, que no podrá ser inferior al 75% del valor de tasación, fijando, además, el porcentaje de adjudicación cuando se trate de vivienda habitual y la subasta concluyese sin ningún postor.
- g) La misma Ley 1/2013 introduce modificaciones en los requisitos del umbral de exclusión para poder reestructurar la deuda hipotecaria, aligerar la carga hipotecaria o entregar la vivienda en pago, en última instancia. Asimismo, en el caso de que el resultado de la subasta fuera insuficiente para cubrir toda la deuda garantizada, dicho resultado se aplicará en último lugar al pago de los intereses de demora, y permite que los fiadores e hipotecantes no deudores que se encuentren en el umbral de exclusión puedan exigir a la prestamista que agote el patrimonio del deudor principal, aun cuando aquellos hubiesen renunciado expresamente al beneficio de excusión.
- h) La Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, que modifica diversos preceptos de la LEC relativos al proceso de ejecución.
- i) La Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, además de introducir modificaciones a las normas anteriores, incorpora modificaciones en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, para regular el mecanismo de exoneración de deudas y el acuerdo extrajudicial de pagos.



- j) Por último, el reciente Real Decreto-ley 5/2017, de 17 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto-ley 6/2012 y la Ley 1/2013, modificando las condiciones para acceder a las medidas de protección establecidas en dichas normas, articulando, a través del Código de Buenas Prácticas, la posibilidad de concertar con el acreedor un alquiler en los casos de suspensión de los lanzamientos, y ampliando el plazo de suspensión de los lanzamientos en las ejecuciones judiciales y extrajudiciales de vivienda habitual, en los casos de adjudicación al acreedor.

28.- Junto con tales normas se encuentran otras, también de marcado carácter tuitivo de los consumidores, que inciden en el régimen de la contratación de créditos inmobiliarios: por supuesto, lo hace el TRLGDCU, pero también la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, circunscrita en su ámbito de aplicación a las empresas distintas de crédito y a los supuestos de concesión de préstamos o créditos hipotecarios bajo la forma de pago aplazado, apertura de crédito o cualquier otro medio equivalente de financiación y a la intermediación para la celebración de un contrato de préstamo o crédito con cualquier finalidad (artículo 1.1 de la Ley), y que contiene normas de transparencia en la información precontractual, relativas a las comunicaciones comerciales y publicidad, así como a diversos aspectos del contenido contractual, como la tasación del bien, comisiones, índices o tipos de referencia, junto con disposiciones regulatorias de las obligaciones de las entidades prestamistas, siempre con la mira puesta en mejorar la protección de los consumidores y usuarios.

29.- También, si bien situadas de forma un tanto tangencial, se encuentran la Ley 28/1998, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles, y la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo (LCCC).

30.- Y a la par que todas ellas, se sitúa la normativa sectorial de las entidades de crédito, constituida fundamentalmente por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible, la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, desarrollada por el Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, la Orden EHA 2899/2011, de 28 de octubre de 2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, y las Circulares del Banco de España 5/2012, 3/2014 y 4/2016, que recogen en cierta medida los requerimientos de la Directiva 2014/17, si bien referidos a las entidades de crédito, pues los créditos



concertados con otros profesionales quedan sometidos, como se acaba de indicar, a la Ley 2/2009, que, sin embargo, no contiene todos los requerimientos de la norma europea.

31.- Ante este panorama legislativo, el prelegislador ha optado por llevar a cabo la transposición de la Directiva 2014/17 mediante una ley que no incorpora la totalidad de las previsiones de la norma europea, y buena muestra de ello es la ausencia de regulación de la información que debe figurar en la publicidad [artículo 11 de la Directiva y Considerando (37)], y la falta de incorporación del contenido de la FEIN que figura como Anexo de la Directiva, tanto más cuanto afecta al ámbito de armonización máxima que persigue la Directiva. Esta falta de completa transposición se aprecia asimismo en el otro aspecto al que se reserva el grado de armonización máxima, a saber, la información sobre la Tasa Anual de Equivalencia (TAE) y su cálculo, pero también se observa en otros aspectos no afectados por las exigencias de armonización máxima.

32.- Así, la norma proyectada no recoge las definiciones fundamentales de los conceptos utilizados en la contratación inmobiliaria que constituye su objeto –por más que este se refiera, no tanto al contenido de la relación obligacional, sino a la fase preparatoria o precontractual-, incluidos los conceptos de “consumidor”, “importe total adeudado por el consumidor”, o “tipo deudor”. Estas definiciones, tal y como explica el Considerando (19) de la Directiva, deben ajustarse, por razones de seguridad jurídica y por razones de coherencia y complementariedad con otros actos de la Unión, a las establecidas en la Directiva 2008/48/CE, de modo que se utilice una misma terminología para referirse a hechos de un mismo tipo, con independencia de si se trata de crédito al consumo o de crédito para bienes inmuebles de uso residencial.

33.- Tampoco el prelegislador ha incluido previsión alguna relativa al derecho de desistimiento, al que también ha de referirse la información que ha de facilitarse al consumidor, en los términos contemplados en el Considerando (21) y en el artículo 14.6 y 11 de la Directiva. Conforme indica el Considerando (21), *<<[s]i bien la Directiva 2002/65/CE (relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores) establece la posibilidad de que el proveedor facilite la información precontractual tras la celebración del contrato, semejante posibilidad resulta inadecuada en relación con los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial, dada la importancia del compromiso financiero que adquiere el consumidor>>*.



34.- Prescinde asimismo de regular desde la Ley los aspectos relativos a la garantía de la tasación adecuada del bien antes de la celebración del contrato de crédito y, en particular, cuando la tasación afecte a la obligación residual del consumidor, en caso de impago. Según se expresa el Considerando (26), *<<[P]ara ser consideradas fiables, las normas de tasación deben tener en cuenta las normas de tasación reconocidas internacionalmente, en particular las elaboradas por el Comité internacional de Normas de Valoración, el Grupo Europeo de Asociaciones de Tasadores o la Royal Institution of Chartered Surveyors. Dichas normas de tasación reconocidas internacionalmente contienen principios de alto nivel que exigen que los prestamistas adopten y asuman, entre otras cosas, procedimientos adecuados de gestión de riesgos internos y de las garantías, que incluyen sólidos procedimientos de valoración, con objeto de adoptar métodos y normas de evaluación que conduzcan a tasaciones realistas y fundamentales de los inmuebles a fin de garantizar que los informes de tasación se elaboren con la adecuada competencia y diligencia profesionales y que los tasadores cumplan determinados requisitos de cualificación y mantengan a efectos de garantía una documentación de tasación adecuada que sea detallada y plausible>>.*

35.- Tampoco encuentran reflejo en el AL –al menos de manera directa- las previsiones de la Directiva relativas a la información contractual general (artículo 11 de la Directiva), la evaluación del prestatario (artículo 18), y a la información facilitada por este a tales fines, así como a la detección por la prestamista en fase temprana del riesgo de crédito emergente al objeto de establecer las medidas necesarias para garantizar *<<[q]ue los prestamistas se muestren razonablemente tolerantes y hagan todos los esfuerzos razonables para resolver la situación antes de iniciar un procedimiento de ejecución>>*, y que *<<[e]n aquellos casos en que la deuda saldada al término del procedimiento de ejecución, los Estados miembros deban garantizar la protección de las condiciones mínimas de subsistencia y establecer medidas para facilitar el reembolso evitando el endeudamiento a largo plazo>>*, así como no *<<[i]mpedir que las partes en un contrato de crédito acuerden expresamente que la entrega de la garantía al prestamista baste para reembolsar el crédito>>* [Considerando (27)].

36.- Paralelamente, el prelegislador aborda cuestiones al margen de la Directiva que afectan al contenido de la relación contractual, como los gastos y comisiones (artículo 5.2 y 3).

37.- Nos encontramos, por tanto, con que la norma proyectada renuncia a incluir en su contenido requerimientos derivados de la norma europea, y en



otros casos, incorpora diversos aspectos no regulados en ella en uso de la autorización que se contiene en la misma. Y, al mismo tiempo, el prelegislador ha renunciado a regular, de forma completa y sistemática, las normas de transparencia y el régimen de los operadores en la contratación inmobiliaria, eliminado la dispersión normativa, y proporcionando con ello mayor claridad y seguridad jurídica.

38.- Es cierto que muchas de las exigencias impuestas por la reglamentación europea ya se encuentran en cierta medida recogidas en las normas vigentes. Así sucede con la información general y personalizada al consumidor y la integración de la oferta, la promoción y la publicidad en el contrato, que se contempla en el TRLGDCU (artículos 60, 61 y 80) y en la Ley 2/2009 (artículos 12, 13 y 14), y con la información precontractual, a través de la guía de acceso al préstamo hipotecario, la ficha de información precontractual (FIPRE), y la ficha de información personalizada (FIPER), la oferta vinculante, la información adicional sobre instrumentos de cobertura sobre el riesgo de tipo de interés y cláusulas suelo y techo, reglas sobre tipos de interés, ya oficiales, ya de referencia y sobre la TAE, que se encuentran reguladas en la Orden EHA/2899/2011 (artículos 18, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 28 y 32, respectivamente), y, en lo que afecta a los tipos de interés de referencia, en la Disposición adicional 15ª de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

39.- En otros casos, las prevenciones encaminadas a garantizar la protección de los deudores en caso de ejecución judicial o extrajudicial del préstamo se encuentran, también de forma dispersa, en las diversas disposiciones que contienen las diferentes medidas de protección del deudor hipotecario adoptadas por el legislador nacional, y en distintos preceptos de la ley ritaria civil.

40.- No obstante, esta dispersa –y previa- regulación, además de resultar asistemática, impone un análisis retrospectivo de la normativa vigente para verificar su adecuación a la reglamentación europea, y dificulta, de ese modo, la comprobación del cumplimiento de las obligaciones que de ella se derivan para el legislador nacional. En este estado de cosas, y sin perjuicio de que el cumplimiento por el Estado de las obligaciones normativas impuestas por la Unión Europea, aun de forma tardía –hasta el punto de haber demandado la Comisión a España por incumplimiento-, siempre deba ser acogido favorablemente, hubiera sido preferible, desde luego, una Ley que, además de transponer –siquiera sea por transcripción- la Directiva 2014/17, hubiese recogido y ordenado sistemáticamente la vigente regulación que afecta a la contratación inmobiliaria con consumidores, con



independencia de que dicha regulación extienda subjetivamente su ámbito de aplicación a prestamistas que carezcan de la condición de consumidor, y sin perjuicio de la vigencia de otras normas de contenido, bien general – como el TRLGDCU-, bien específico –como la LCCC o, en su ámbito, la LEC-, que afecten a los consumidores, articulando en la norma proyectada, en su caso, las pertinentes reglas de relación o reenvío. De este modo, además, se proporcionaría una mayor uniformidad en la protección al consumidor, cualquiera que sea el ámbito u objeto de la contratación crediticia de la que se participe.

41.- Íntimamente relacionado con lo anterior se encuentra la relevante circunstancia de que el prelegislador, en lugar de incorporar al texto legal las normas sobre la información básica que deba figurar en la publicidad (artículo 11 de la Directiva), la información general que deben ofrecer los prestamistas (artículo 13), la información precontractual (artículo 14), y, en general, las restantes normas de transparencia y protección del prestatario, incluidas las relativas a la evaluación de solvencia y la valoración de las garantías inmobiliarias, ha recogido unos principios generales de actuación y ha dejado para un ulterior desarrollo reglamentario la concreción de tales aspectos.

42.- En efecto, la Disposición final decimocuarta del AL contiene una general habilitación al Gobierno para el desarrollo reglamentario de la Ley, y, en particular, para el desarrollo por Real Decreto de las disposiciones relativas a:

a) La información precontractual y asistencia adecuada que debe facilitarse a los prestatarios o prestatarios potenciales, la información y contenido de los contratos y las comunicaciones posteriores que permitan el seguimiento de los mismos, de modo que reflejen de forma explícita y con la máxima claridad los derechos y obligaciones de las partes, los riesgos derivados del préstamo para el prestatario y las demás circunstancias necesarias para garantizar la transparencia de las condiciones más relevantes de los préstamos y permitir al prestatario evaluar si estos se ajustan a sus necesidades y a su situación financiera. A tal efecto, el Gobierno podrá, en particular, fijar las cláusulas que los contratos de préstamo habrán de tratar o prever de forma expresa.

b) La transparencia de las condiciones básicas de comercialización o contratación de préstamos que ofrecen los prestamistas y, en su caso, el deber y la forma en que deben comunicar tales condiciones a los prestatarios o prestatarios potenciales o a la autoridad competente determinada en los artículos 24 y 35. Se podrán establecer, asimismo,



condiciones básicas de los préstamos de debido cumplimiento para los prestamistas.

c) Las especialidades de la contratación de préstamos de forma electrónica o por otras vías de comunicación a distancia y la información que, al objeto de lo previsto en este artículo, debe figurar en las páginas electrónicas de los prestamistas.

d) El establecimiento de un modelo de contrato de préstamo con garantía hipotecaria y de medidas que favorezcan su utilización, que será voluntaria para las partes.

e) La adecuada atención a los ingresos de los clientes en relación con los compromisos que adquieran al recibir un préstamo.

f) La adecuada e independiente valoración de las garantías inmobiliarias que aseguren los préstamos de forma que se contemplen mecanismos que eviten las influencias indebidas de la propia entidad o de sus filiales en la valoración.

g) La obtención y documentación apropiada de datos relevantes del potencial prestatario, así como el acceso a bases de datos, garantizándose que se haga en condiciones de no discriminación.

h) Las condiciones y efectos de la evaluación de la solvencia del potencial prestatario.

i) La adaptación y graduación de las medidas de aplicación de las normas dictadas al amparo de este artículo.

43.- Y en su apartado segundo, la misma Disposición, y con el fin de proteger los legítimos intereses de los prestatarios en relación con las actividades determinadas en el artículo 2, habilita al Ministerio de Economía, Industria y Competitividad para dictar disposiciones relativas a:

a) El contenido específico de la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) y la Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE), en el marco de la regulación dictada por el Gobierno, de conformidad con lo previsto en la letra a) del párrafo anterior.

b) Los principios y criterios a los que debe sujetarse la actividad publicitaria de los préstamos, y las modalidades de control administrativo sobre la misma, con la finalidad de que ésta resulte clara, suficiente, objetiva y no engañosa, y

c) La consideración de diferentes escenarios de evolución de los tipos en los préstamos a interés variable, las posibilidades de cobertura frente a tales variaciones y todo ello teniendo además en cuenta el uso o no de índices oficiales de referencia.



44.- Por otra parte, la Disposición final novena modifica el artículo 5 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito, para habilitar al Ministerio de Economía, Industria y Competitividad -también con la mira puesta en la protección de los intereses legítimos de los clientes de servicios o productos bancarios, distintos de los de inversión, prestados por las entidades de crédito, y los de préstamo objeto de la ahora proyectada Ley- para dictar disposiciones relativas a:

a ) La información precontractual que debe facilitarse a los clientes, la información y contenido de los contratos y las comunicaciones posteriores que permitan el seguimiento de los mismos, de modo que reflejen de forma explícita y con la máxima claridad los derechos y obligaciones de las partes, los riesgos derivados del servicio o producto para el cliente y las demás circunstancias necesarias para garantizar la transparencia de las condiciones más relevantes de los servicios o productos y permitir al cliente evaluar si estos se ajustan a sus necesidades y a su situación financiera. A tal efecto, los contratos de estos servicios o productos siempre se formalizarán por escrito o en formato electrónico o en otro soporte duradero y el Ministro de Economía y Competitividad podrá, en particular, fijar las cláusulas que los contratos referentes a servicios o productos bancarios típicos habrán de tratar o prever de forma expresa.

b) La transparencia de las condiciones básicas de comercialización o contratación de los servicios o productos bancarios que ofrecen las entidades de crédito y, en su caso, el deber y la forma en que deben comunicar tales condiciones a su clientela o al Banco de España. Se podrán establecer, asimismo, condiciones básicas de los servicios o productos bancarios de debido cumplimiento para las entidades de crédito. En particular, solo podrán percibirse comisiones o repercutirse gastos por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por un cliente y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos que puedan acreditarse.

c) Los principios y criterios a los que debe sujetarse la actividad publicitaria de los servicios o productos bancarios, y las modalidades de control administrativo sobre la misma, con la finalidad de que ésta resulte clara, suficiente, objetiva y no engañosa.

d) Las especialidades de la contratación de servicios o productos bancarios de forma electrónica o por otras vías de comunicación a distancia y la información que, al objeto de lo previsto en este artículo, debe figurar en las páginas electrónicas de las entidades de crédito.

e) El ámbito de aplicación de las normas dictadas al amparo de este artículo a cualesquiera contratos u operaciones de la naturaleza prevista en dichas



normas, aun cuando la entidad que intervenga no tenga la condición de entidad de crédito.

45.- El indicado precepto añade: <<[E]n particular, en la comercialización de préstamos o créditos, el Ministro de Economía, Industria y Competitividad podrá dictar normas que favorezcan:

a) *La adecuada atención a los ingresos de los clientes en relación con los compromisos que adquieran al recibir un préstamo.*

b) *La adecuada e independiente valoración de las garantías inmobiliarias que aseguren los préstamos de forma que se contemplen mecanismos que eviten las influencias indebidas de la propia entidad o de sus filiales en la valoración.*

c) *La consideración de diferentes escenarios de evolución de los tipos en los préstamos a interés variable, las posibilidades de cobertura frente a tales variaciones y todo ello teniendo además en cuenta el uso o no de índices oficiales de referencia.*

d) *La obtención y documentación apropiada de datos relevantes del solicitante.*

e) *La información precontractual y asistencia apropiadas para el cliente.*

f) *El respeto de las normas de protección de datos.*

*Y sin perjuicio de la libertad contractual, el Ministerio de Economía y Competitividad podrá efectuar, por sí o a través del Banco de España, la publicación regular, con carácter oficial, de determinados índices o tipos de interés de referencia que puedan ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos a interés variable, especialmente en el caso de créditos o préstamos hipotecarios. Los citados índices o tipos de referencia deberán ser claros, accesibles, objetivos y verificables>>.*

46.- Pues bien, al respecto de estas habilitaciones para ulteriores desarrollos reglamentarios deben hacerse las siguientes consideraciones:

- a) No cabe duda de que el principio de autonomía institucional o procedimental (artículos 288 y 291 TFUE) otorga a los Estados el poder de disposición sobre la forma adecuada de transponer una Directiva. Sin embargo, tal y como ha puntualizado el Consejo de



Estado en su Informe sobre la inserción del derecho europeo en el ordenamiento español de 14 de febrero de 2008, no es absoluta la libertad de los Estados miembros a la hora de elegir la forma de incorporación. De este modo, en línea con la jurisprudencia europea, la transposición no puede llevarse a cabo por medio de instrucciones verbales o por medio de circulares que puedan ser modificadas a voluntad por la Administración y ser desconocidas para los interesados: la correcta transposición exige disposiciones precisas, claras y transparentes para que los particulares puedan conocer sus derechos y sus obligaciones. La norma de transposición ha de tener el mismo rango de aquellas normas o disposiciones internas que en la actualidad regulan la materia que debe adaptarse a la Directiva; y si bien el Consejo de Estado admite que la transposición pueda realizarse por parte del Gobierno, a través de reglamentos independientes, tal cosa es posible siempre que la materia no tenga reserva de ley.

- b) El AL contiene normas dirigidas, no solo a establecer el régimen regulatorio de los operadores, prestamistas e intermediarios, en la contratación inmobiliaria, sino también a establecer el contenido obligacional de los contratos de préstamo inmobiliario. Forman parte de él los principios de transparencia y las obligaciones y correlativos derechos de información, general y particular, así como los relativos a la publicidad, a la evaluación de la solvencia de los clientes, la forma de los contratos, tipos de interés y a la valoración de las garantías, entre otros aspectos. Bajo esta consideración, la regulación de tales aspectos, a través de la transposición de la Directiva, exigiría que la norma de transposición tuviera rango legal, de forma análoga a como se llevó a cabo la transposición de la Directiva 87/112/CEE por la Ley 7/1995, de Crédito al Consumo, en cuya Exposición de Motivos se indicaba que *<<[l]a norma de transposición tiene rango de Ley, dado que en ella se establecen preceptos que afectan y modulan el régimen de perfeccionamiento, eficacia y ejecución de los contratos, en materias reguladas por los Códigos Civil y de Comercio>>*.
- c) La sustracción de este desarrollo normativo a la ley de transposición, y su diferimiento al desarrollo reglamentario, desplaza, por ende, el control de la observancia de la regulación dispuesta a la esfera administrativa y, en su caso, sancionadora, limitando de esa forma su eficacia en el control del cumplimiento de las obligaciones contractuales en sede civil, y limitando, por ende, la eficacia del carácter imperativo e irrenunciable de las normas reguladoras de la



materia, declarado expresamente en el artículo 3 del texto proyectado. De este modo, se restringe el ámbito de la tutela jurisdiccional del consumidor, quien vería dificultada la invocación, con éxito, de la nulidad de aquellas estipulaciones contractuales contrarias a las normas de transparencia en la contratación de créditos inmobiliarios ex artículo 6.3 del Código Civil –o, en su caso, por contravenir normas de orden público económico, conforme a una restringida y no claramente vigente doctrina jurisprudencial-, así como la invocación de la nulidad de aquellas cláusulas predisuestas que no superen el control de transparencia de segundo grado y, en su caso, el control de contenido o abusividad.

- d) La necesidad de que sea la Ley el vehículo de transposición de las normas y requerimientos del legislador europeo, sin relegarla a un ulterior desarrollo reglamentario, se hace si cabe todavía más patente en aquellos aspectos que, como la regulación de la información que debe facilitarse en la FEIN y de la Tasa Anual de Equivalencia (TAE), constituyen el núcleo sobre el que se proyecta la máxima armonización buscada por la Directiva, que se satisface en mayor medida por una norma emanada del Poder legislativo, más que por una disposición emanada del Ejecutivo.
- e) El desarrollo reglamentario, en consecuencia, debería quedar circunscrito a aquellos aspectos que afectasen estrictamente al marco regulatorio de los operadores, prestamistas e intermediarios, del crédito inmobiliario, sin alcanzar a las materias que conforman el objeto y contenido de la relación contractual. A ellos, por tanto, debería quedar referida la competencia que, desde la que con carácter general atribuye el artículo 149.1.1º CE al Estado para regular las bases de la ordenación del crédito y la banca, corresponde no solo al legislador, sino también al Gobierno y al Banco de España [cfr. SSTC 1/1982, de 28 de enero (ECLI:ES:TC:1982:1), 135/1992, de 5 de octubre (ECI:ES:TC:1992:135) y 155/1992, de 19 de octubre (ECI:ES:TC:1992:155), entre otras).

47.- La Disposición Adicional Quinta del AL merece un comentario crítico. Su tenor literal es el siguiente:

*"Sin perjuicio del desarrollo de la legislación básica estatal que realicen las Comunidades Autónomas en el ejercicio de las competencias asumidas estatutariamente, la información*



*precontractual a facilitar a los prestatarios debe ser homogénea de tal forma que puedan valorar adecuadamente las diferencias entre unas ofertas y otras en todo el territorio español, por lo que la normativa autonómica no podrá modificar los modelos normalizados de información que se establezcan por la normativa básica ni exigir adionar documentación complementaria que pueda producir confusión en el prestatario y distorsione el objeto de la normativa básica de transparencia”.*

Esta previsión tiene una clara vocación interpretativa del alcance de las competencias autonómicas que va mucho más allá de lo que permite el bloque de la constitucionalidad. Ha de quedar claro que una cosa es que el legislador estatal (o en su caso el autonómico) exprese su propia interpretación del orden constitucional de competencias mediante la fijación de las bases o al ejercer la propia y otra muy distinta, es que pretenda determinar vinculantemente, el alcance concreto de las normas que las Comunidades Autónomas (o el Estado) puedan aprobar en el ejercicio de las suyas. Como dijo el Tribunal Constitucional en la STC 76/1983 y reiteró mucho más tarde en la STC 31/2010, esa función, solo le corresponde él en su papel de supremo intérprete de la Constitución y del papel asignado por esta a cada una de las fuentes del Derecho que prevé.

En el supuesto concreto de la Disposición Adicional Quinta del AL, ese exceso es bien visible ya que no se conforma con determinar el contenido de los modelos normalizados de información, que las Comunidades Autónomas han de respetar por su condición de básicos. El AL no se detiene ahí sino que, además, sienta una suerte de presunción negativa de que las normas autonómicas introducirán variaciones en dichos modelos y de que exigirán documentación adicional que crearán confusión en el prestatario y distorsionarán el objeto de la normativa básica de transparencia. Una suposición infundada e innecesaria pues lo que debe presumirse es la legitimidad de las normas, de todas las normas, y que cada poder público se moverá en el ámbito de sus competencias.

El camino correcto para lograr el objetivo de la Directiva que se traspone se cumpliría plenamente sin esa advertencia, por lo que esa Disposición Adicional Quinta debería eliminarse.

De mantenerse, su enunciado tendría que ser muy distinto. Habría de limitarse a señalar que el contenido de los modelos de información tiene el carácter de mínimo y necesario. Dicho esto, las disposiciones autonómicas que se aprueben sobre la materia podrán completarlo y adionar la exigencia de documentación adicional. Lo harán atendiendo a su propia orientación política y en la medida que así se contribuya a garantizar los principios de claridad y transparencia que animan a esa regulación. Su referencia sustancial será en última instancia la normativa europea que se



ha de trasponer como consecuencia obligada de la primacía de esta sobre el Derecho interno.

Idénticos comentarios pueden hacerse sobre las Disposición Final Novena apartado 4 del AL, cuya formulación positiva sería, de conservarse, más apropiada. Es decir, orientada a garantizar un nivel igual o superior de protección.

48.- Paralelamente, la Disposición final duodécima se encarga de precisar el título competencia bajo el que se dicta la Ley: *<<[E]sta ley se dicta al amparo de lo establecido en el artículo 149.1.6ª, 11ª y 13ª de la Constitución española que atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre legislación mercantil, bases de la ordenación del crédito, la banca y seguro, y bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, respectivamente>>*.

49.- Es un hecho que diversas Comunidades Autónomas han abordado legislativamente la regulación de las relaciones con consumidores, bajo el manto de las competencias en materia de consumo que les atribuyen sus respectivos Estatutos de Autonomía, y más allá del mero desarrollo de las normas estatales para la ordenación del crédito y la banca. Sin entrar a examinar si la competencia legislativa ejercitada respecto de esta materia se adecúa al concepto de Derecho civil autonómico (cfr. artículo 149.1-8ª CE), y si el derecho de consumo forma parte del Derecho civil o del Derecho mercantil, es una realidad que con la legislación nacional conviven actualmente la Ley 202/2010, de 22 de julio, del Código de Consumo de Cataluña, la Ley del Parlamento de Cataluña 20/2014, de 29 de diciembre, para la mejora de la protección de las personas consumidoras en materia de créditos y préstamos hipotecarios, vulnerabilidad económica y relaciones de consumo, la Ley del Parlamento andaluz 3/2016, de 9 de junio, para la protección de las personas consumidoras y usuarias en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios sobre la vivienda, y la Ley madrileña 2/2009 de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito (recurrida ante el Tribunal Constitucional, que por Auto 124/2013, de 21 de mayo de 2013, acordó mantener la suspensión de diversos artículos).

50.- No cabe negar, por otra parte, que las Comunidades Autónomas pueden llevar a cabo la transposición de directivas europeas en aquellas materias que son de su competencia.



51.- La previsión contenida en el AL constituye, con todo, un límite a la competencia legislativa autonómica tendente a garantizar la homogeneidad en la normativa básica de transparencia y un grado homogéneo de protección al consumidor, lo que por ende redundaría en el cumplimiento de los objetivos de la norma europea, lo que conduce a que debe ser valorada positivamente.

52.- El anteproyecto no cumple con las exigencias de claridad y certeza normativas que, por imperativo del principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 CE, han de revestir las leyes estatales que identifican los títulos competenciales que les sirven de fundamento. Doctrina que arranca de las SSTC 69/1988, FJ 5, 80/1988, FJ 5, y que en este caso no se satisface plenamente ya que, aunque la Disposición Adicional Duodécima enuncia los títulos de los apartados 6º, 11º y 13º del artículo 149.1 CE, no especifica a qué artículos o partes concretas del anteproyecto se refiere cada uno de ellos, lo cual es tanto como no decir nada y abrir la puerta a futuros procesos ante el Tribunal Constitucional ya sea a través de recursos de inconstitucionalidad o de conflictos de competencias.

53.- Ni la exposición de motivos ni la MAINP explican esa indiferenciación con respecto a la base competencial cuando el alcance de cada uno de los títulos es distinto. Es patente, por otra parte, que el título sobre el Derecho Mercantil (artículo 149.1.6º CE) no puede aplicarse más que una parte limitada de la disciplina del anteproyecto pues solo resultaría predicable de las relaciones jurídicas correspondientes a ese sector del ordenamiento, lo que no ocurre con gran parte de la regulación proyectada.

54.- Siendo el objetivo fundamental de la iniciativa procurar la máxima transparencia y claridad de la información de la que han de disponer los consumidores, queda directamente afectado el título competencial autonómico de protección de los derechos de los consumidores y usuarios, materia sobre la que, por cierto, se asienta la regulación europea que se traspone. Por más que este título autonómico pueda ser modulado por los contemplados en los apartados 8º CE (ya citado), 11º (sobre ordenación de la banca crédito y seguros) y 13º CE (sobre bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica), del mismo artículo 149.1 CE, en ningún caso puede producirse su vaciamiento. Muy al contrario, ha de quedar un espacio para su ejercicio que el anteproyecto no respeta en su afán de agotar la regulación posible, ya sea directamente, ya a través de la remisión al desarrollo reglamentario estatal.



#### **IV**

55.- El legislador nacional ha ido adaptando progresivamente la legislación procesal a los requerimientos derivados de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de protección de los consumidores y, en particular, en aplicación de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de diciembre de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores. Esta Directiva establece, como es sabido, un régimen de protección de los consumidores frente a las cláusulas contractuales abusivas no negociadas individualmente entre el comerciante y el consumidor, sobre la base de que este último se encuentra en situación de inferioridad respecto al comerciante en lo que se refiere tanto a su capacidad de negociación como a su nivel de conocimientos (STJUE de 14 de marzo de 2013, as. C-415/11, Mohamed Aziz, ECLI:EU:C:2013:164).

56.- La jurisprudencia europea, al analizar el nivel general de protección de los consumidores en los procedimientos nacionales, ha considerado, con carácter general, que ante la falta de armonización de los procedimientos nacionales de ejecución, las normas de procedimiento para la aplicación de la legislación de la Unión Europea en materia de consumo, particularmente la Directiva 93/13, son cuestiones que corresponden al ordenamiento jurídico de cada Estado miembro, de conformidad con el principio de autonomía procesal. Sin embargo, el TJUE ha subrayado que estas normas procesales deben cumplir dos condiciones: 1) no deben ser menos favorables que las que rigen en situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia); y 2) no deben, en la práctica hacer que el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión resulte imposible o extremadamente difícil (principio de efectividad).

57.- El TJUE ha tenido ocasión de evaluar en los últimos años el sistema procesal español en relación con los mencionados principios de equivalencia y efectividad, y en relación con la obligación de que las autoridades judiciales nacionales llevasen a cabo un control de oficio del sistema de protección procesal de los consumidores frente a las cláusulas abusivas. En ese marco, el Tribunal europeo ha dictado las SSTS de 14 de marzo de 2013, as. C-415/11, Mohamed Aziz, (cit.), de 17 de julio de 2014, as. C-169/14, Sánchez Morcillo (ECLI:EU:C:2014:2099), y de 29 de octubre de 2015, as. C-8/14, BBVA (ECLI:EU:C:2015:731).

58.- A la vista del resultado de la evaluación llevada a cabo en tales sentencias –desfavorable para España- el legislador nacional introdujo en la



normativa procesal aquellas modificaciones exigidas por los pronunciamientos del Tribunal de Justicia, tanto en lo relativo a la apreciación de oficio de las cláusulas abusivas en los procedimientos monitorio y de ejecución, como en lo concerniente al derecho de los deudores a interponer recurso contra la resolución por la que se desestimara un motivo de oposición a la ejecución, a través de las reformas operadas principalmente en los artículos 552, 557.1 y 695, de la LEC por la Ley 1/2013, por el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre –y después por la Ley 9/2015-, y por la Ley 42/2015, de 5 de octubre.

59.- Asimismo, y en lo que es relevante para el contenido de la norma proyectada y del presente informe, conviene recordar que el Tribunal Supremo ha tenido oportunidad de pronunciarse acerca del carácter abusivo, a la luz de la normativa nacional y europea, de las cláusulas contractuales de tipos de interés de demora. En la STS (Pleno) 364/2016, de 3 de junio de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:2401) se examina el control de contenido de la cláusula de intereses atendiendo a los criterios fijados por la jurisprudencia europea en orden a determinar en qué circunstancias se causa un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes –el prestamista y el prestatario consumidor- en contra de las exigencias de la buena fe, a efectos de verificar su carácter abusivo en aplicación de la Directiva 93/13 y la normativa protectora de los derechos de los consumidores y usuarios.

60.- La referida sentencia tuvo a la vista la reforma introducida por la Ley 1/2013 en el artículo 114.3 de la Ley Hipotecaria (LH), por virtud de la cual se estableció un límite a los intereses de demora, que *<<no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y solo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago>>*. En virtud de la disposición transitoria 2ª de la Ley 1/2013, la norma se aplica a los contratos anteriores a su vigencia, permitiendo un recalcu de los intereses moratorios establecidos en esos contratos anteriores, con la finalidad de ajustarlos al citado tope legal.

61.- Interesa destacar que en dicha sentencia, con los precedentes que ofrecían la SSTS 265/2015, de 22 de abril de 2015, 705/2015, de 23 de diciembre de 2015, y 79/2016, de 18 de febrero, así como la STJUE de 21 de enero de 2015, y los AATJUE de 11 de junio de 2015 y 17 de marzo de 2016, se concluye que el límite legal impuesto en el art. 114.3 LH no garantiza el control de abusividad, y no excluye el control del carácter abusivo de aquellas cláusulas de intereses moratorios que, aunque no sean contrarios al precepto, puedan implicar la imposición de una indemnización



desproporcionadamente alta del consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones, en los términos del artículo 85.6 TRLGDCU. Dicho límite, por tanto, no puede ser la única referencia para determinar el límite del interés moratorio convencional y, por ende, su carácter abusivo, pues, conforme los criterios jurisprudenciales nacionales y europeos, han de ser muchos más los parámetros con arreglo a los cuales debe verificarse el control de abusividad; y, en fin, tal y como señala la misma jurisprudencia nacional y europea, el artículo 114.3 LH no puede servir como referente en dicho control, ni ser aplicado como derecho supletorio tras la declaración de abusividad de la cláusula de intereses moratorios, pues la cláusula declarada abusiva no puede ser integrada mediante la aplicación del derecho nacional. Tras lo cual, el Alto Tribunal aplica el criterio establecido en la STS 265/2015, de 22 de abril, para los intereses moratorios en los contratos de préstamos personales destinados al consumo, y, atendiendo al tipo de interés procesal establecido en el artículo 576 de la LEC (dos puntos por encima del interés legal), concluye que procede extender el mismo criterio a los intereses de demora pactados en préstamos hipotecarios, de tal forma que el límite de abusividad queda fijado en dos puntos por encima del interés remuneratorio pactado.

62.- La reciente STJUE de 26 de enero de 2017, asunto C-421/14, Banco Primus (ECLI:EU:C:2017:60), por su parte, reitera el criterio establecido en anteriores sentencias y recuerda que para examinar si una cláusula relativa al cálculo de intereses ordinarios es abusiva el órgano jurisdiccional deberá comparar el modo de cálculo del tipo de interés ordinario previsto en la cláusula y el tipo efectivo resultante con los modos de cálculo generalmente aplicados y el tipo legal de interés, así como con los tipos de interés aplicados en el mercado en la fecha en que se celebró el contrato en relación con un préstamo de un importe y una duración equivalente a los del contrato considerado.

63.- También de interés para el objeto del presente informe resulta el criterio establecido por la Sala Primera del Tribunal Supremo a la hora de realizar el control de abusividad –control directo de contenido, no de transparencia, por cuanto se trata de cláusulas que no integran el objeto principal del contrato- de las cláusulas de vencimiento anticipado en los contratos de préstamos hipotecarios. En la STS (Pleno) 705/2015, de 23 de diciembre de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:5618), la Sala lleva a cabo el examen del control de abusividad de una cláusula con tal contenido a partir del hecho de que, conforme reiterado criterio jurisprudencial, semejantes cláusulas, a la vista de lo dispuesto en los artículos 1124, 1125, 1129 y 1255 CC, no pueden reputarse *per se* inválidas, y su nulidad, por abusivas,



estará condicionada, según la jurisprudencia del TJUE -y siempre que, conforme esa misma jurisprudencia, no sean la simple transcripción del régimen legal que regula el contrato-, a que *<<el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo>>*.

64.- Este criterio se ha visto reiterado y completado con el establecido en la citada reciente STJUE de 26 de enero de 2017, en la que se concluye que la Directiva 93/13 se opone a una disposición de Derecho nacional como la prevista en el artículo 693.2 de la LEC, modificada por el Real Decreto-ley 7/2013, que prohíbe al juez nacional que ha constatado el carácter abusivo de una cláusula de vencimiento anticipado declarar su nulidad y dejarla sin aplicar cuando, en la práctica, el profesional no la ha aplicado, sino que ha observado los requisitos establecidos por la disposición de Derecho nacional (falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales, o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, y ese pacto figurase en la escritura de constitución del préstamo y en el asiente respectivo). De este modo, se permite la declaración de nulidad, por abusivas, de cláusulas de vencimiento anticipado por incumplimiento, por ejemplo, de un solo plazo, cuando la entidad prestamista, pese a constar un pacto que le autorizaría a declarar vencida anticipadamente la obligación, no hubiese hecho uso de tal facultad y hubiera esperado a que se dieran algunos de los supuestos previstos en el artículo 693.2 LEC, el cual, se recuerda, no sirve de referente para declarar la abusividad, ni puede ser utilizado de forma supletoria ni integrar las cláusulas declaradas nulas por abusivas.

65.- Por otra parte, la STJUE de 29 de octubre de 2015, as. BBVA (cit.) se pronunció sobre la Disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013, conforme a la cual el plazo para formular el incidente de oposición basado en la existencia de las causas de oposición que introdujo en los artículos 557.1.7º y 695.1.4º de la LEC (carácter abusivo de las cláusulas del contrato) comienza a correr a partir del día siguiente al de la publicación de la Ley en el BOE, y no a partir de la fecha de la notificación individual al consumidor. El Tribunal de Justicia consideró que, habida cuenta de los principios del



derecho de defensa, de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima, los consumidores no podían razonablemente esperar que se les concediera una nueva posibilidad de formular un incidente de oposición sin ser informados de ello a través de la misma vía procesal por la que recibieron la información inicial, y concluye que la referida disposición transitoria contraviene el Derecho de la Unión.

66.- La reciente STJUE de 26 de enero de 2017 (cit.) abunda en dicho pronunciamiento: <<Los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una disposición de Derecho nacional, como la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que supedita el ejercicio por parte de los consumidores, frente a los cuales se ha iniciado un procedimiento de ejecución hipotecaria que no ha concluido antes de la entrada en vigor de la Ley de la que forma parte esa disposición, de su derecho a formular oposición en este procedimiento de ejecución basándose en el carácter supuestamente abusivo de cláusulas contractuales, a la observancia de un plazo preclusivo de un mes, computado a partir del día siguiente al de la publicación de esa Ley>>.

67.- Junto con lo anterior, debe destacarse que uno de los grandes problemas que, estando aún larvado, puede afectar muy significativamente al funcionamiento de los Tribunales civiles radica en la eventual abusividad de las cláusulas que imponen al prestatario el pago de todos los gastos, incluidos los tributarios, que genera la concertación del préstamo hipotecario; cuestión respecto de la cual ya se hizo específico e inicial eco la STS de 23 de diciembre de 2015 (cit.).

68.- A partir de la constatación de un hecho que afecta a millones de hipotecas, el problema se centra en determinar los ulteriores efectos de tal abusividad, pues es necesario establecer un criterio de imputación de tales gastos. Ciertamente el problema no debe existir en orden a la repercusión de los gastos de índole tributaria, pues es la norma fiscal la que determina el sujeto pasivo del impuesto, resultando ajena a ello la jurisdicción civil.

69.- No ocurre lo mismo con los gastos notariales y registrales para los que no hay, en principio, criterio normativo alguno.



70.- Así las cosas, ya se ha planteado jurisdiccionalmente tal cuestión en numerosas ocasiones, y se conocen Sentencias de Audiencias Provinciales que han dado respuesta a la misma de una u otra manera, lo que ha producido una dispersión que atenta contra la seguridad jurídica y puede fomentar una indeseable litigiosidad si no es atajada. Concretamente, cabe citar la Sentencia de 22 de septiembre de 2016, de la Audiencia Provincial de Tarragona, (se había pactado que todos fueran del consumidor), o las de la Audiencia Provincial de Asturias de 27 de enero (impone al consumidor todos y de forma indiscriminada). Es especialmente relevante y significativa la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 18 de marzo de 2017, que efectúa un argumentado, aunque siempre opinable, reparto de tales gastos ante la genérica abusividad de la cláusula litigiosa por la que se atribuye al prestatario el pago de los gastos notariales y al prestamista el de los registrales.

71.- En todo caso, a juicio de este CGPJ, teniendo en cuenta que el Anteproyecto regula otras cuestiones ajenas a la Directiva pero urgidas también de solución legislativa (vgr. vencimiento anticipado e intereses de demora), puede resultar oportuno abordar también legislativamente esta materia, sustrayéndola de la autonomía de la voluntad en las relaciones entre profesionales y consumidores toda vez que es materia generalizadamente proclive a la abusividad.

## **V.- CONSIDERACIONES SOBRE EL ARTICULADO DEL ANTEPROYECTO**

### **A.- Disposiciones generales. Objeto y ámbito de aplicación de la Ley, y carácter imperativo de sus normas.**

72.- El artículo 1 del AL define el objeto de la ley, que consiste en establecer determinadas normas de protección de las personas físicas que sean deudores, fiadores o garantes de préstamos o créditos que estén garantizados mediante hipoteca sobre vivienda o cuya finalidad sea la adquisición de bienes inmuebles para uso residencial. Añade el precepto que a tales efectos se establecen normas de transparencia que han de regir dichos contratos, así como el régimen jurídico de los prestamistas e intermediarios de crédito inmobiliario, incluyéndose un régimen de supervisión y de sanción.

73.- Aunque la Directiva que se traspone no lo impone, ni establece dos regímenes diferentes (artículos 29 en relación con el 4-5 -Definiciones- y el



35 de la Directiva 2014/17/UE), y aunque la Directiva permite a cada Estado miembro establecer subcategorías de intermediarios y prestamistas (Considerando 14), cumple decir desde ahora que no parece acertado que el artículo 1 y las normas de desarrollo de la Ley proyectada tengan como objeto establecer el régimen jurídico "único" de los prestamistas e intermediarios de "crédito inmobiliario" (que conceden los préstamos que constan en el artículo 2), dejando subsistente la Ley 2/2009 respecto de otros prestamistas e intermediarios de otros créditos, pero que también se pueden garantizar con hipoteca. Esta diversidad de regímenes mantiene una dispersión normativa que puede originar problemas de aplicación práctica.

74.- El artículo, tal y como se encuentra redactado, además de establecer el objeto de la ley, anticipa su ámbito subjetivo y objetivo de aplicación. Se aplicará (artículo 2) a los contratos de crédito concedidos por personas físicas y jurídicas que realicen dicha actividad de manera profesional, cuando el prestatario, el garante o el titular de la garantía sean una persona física, y el contrato tenga por objeto: a) la concesión de préstamos o créditos con garantía hipotecaria sobre un inmueble de uso residencial u otro derecho real de garantía sobre un bien inmueble de uso residencial; b) la concesión de préstamos o créditos cuya finalidad sea la adquisición o conservación de terrenos o edificios construidos o por construir, siempre que el prestatario, el garante o el titular de la garantía sea un consumidor; y c) la intermediación para la celebración de una de las modalidades de contrato a que se refieren las letras anteriores.

75.- El apartado segundo del artículo 2 precisa que a los efectos de la ley se entenderá por prestatario a toda persona física que sea deudor de préstamos o créditos que estén garantizados mediante hipoteca o cuya finalidad sea la adquisición de bienes inmuebles, extendiéndose la protección a toda persona física que sea fiadora o garante del préstamo.

76.- Tanto en la Exposición de Motivos como en la MAIN se indica que el objeto de la ley es la incorporación al ordenamiento jurídico español del régimen de protección previsto en la Directiva 2014/17, y que la protección que otorga la ley alcanza a todas las personas físicas, no solo a los consumidores. Según se explica en el apartado 1 b) de la MAIN, el objetivo de la norma, yendo más allá de lo que exige la Directiva, consiste en garantizar que todas las personas físicas, consumidores o no, que concluyan los contratos de crédito para bienes inmuebles disfruten de un elevado grado de protección. <<[E]n consecuencia, procede que se aplique a los créditos garantizados mediante bienes inmuebles, con independencia de la



*finalidad del crédito, a los contratos de refinanciación u otros contratos de crédito que ayuden al propietario de la totalidad o de una parte de un bien inmueble a conservar derechos sobre bienes inmuebles o fincas, y a los créditos utilizados para adquirir bienes inmuebles, a los que tienen como finalidad proporcionar financiación temporal en el lapso de tiempo comprendido entre la venta de un bien inmueble y la compra de otro, así como a los créditos garantizados destinados a la renovación de bienes inmuebles para uso residencial>>.*

77.- Precisa la MAIN que la ampliación de la esfera subjetiva de protección de la ley frente a la Directiva <<[s]igue la línea tradicional de nuestro ordenamiento jurídico de ampliar el ámbito de protección a colectivos como los trabajadores autónomos. Así se configura el ámbito de aplicación de la vigente normativa de transparencia en materia de créditos hipotecarios que se regula en el capítulo II del Título II de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios>>.

78.- No obstante, en el caso de créditos o préstamos –las referencias a unos u otros son indistintas (artículo 2.3 AL)- sin garantía hipotecaria cuya finalidad sea la adquisición o conservación de terrenos o edificios construidos o por construir, la protección otorgada por la norma al prestatario, garante o titular de la garantía se limita exclusivamente al supuesto en el que se trata de un consumidor.

79.- El prelegislador, por tanto, ha prescindido de identificar el objeto de la ley con la incorporación al ordenamiento interno de la Directiva, por más que así lo diga en la MAIN, habiéndose limitado a precisar en la Disposición final decimotercera que mediante la ley “[s]e incorpora parcialmente al ordenamiento jurídico español” la Directiva, como efectivamente sucede, pues no transpone aspectos tales como los relativos a la publicidad, a la evaluación de solvencia del prestatario, y la tasación de los bienes, entre otras materias.

80.- Se advierte, por tanto, que mientras el ámbito material de aplicación que se deriva del artículo 2.1 a) y b) del AL (artículo 2.1, a y b) coincide en esencia con el que establece el artículo 3.1 de la Directiva 2014/17, la Ley proyectada extiende su ámbito subjetivo de aplicación a los prestatarios –y a los garantes y titulares de la garantía- que sean personas físicas, no exclusivamente consumidores, para aplicar el régimen de protección que dispensa también a los trabajadores autónomos, categoría esta de



empresario que la Directiva deja expresamente al margen de su ámbito de aplicación [cfr. Considerando (11)].

81.- El prelegislador, sin embargo, no acierta a definir con claridad el objeto y ámbito de aplicación de la ley proyectada. Por una parte, en el artículo 1 se refiere a préstamos o créditos que estén garantizados mediante hipoteca sobre vivienda –que constituye, por otra parte, el objeto de la Orden EHA 2899/2011-, mientras que el artículo 2.1 a) alude a préstamos o créditos con garantía hipotecaria u otro derecho real de garantía sobre un inmueble de uso residencial, concepto este más amplio que el de hipoteca sobre vivienda y más acorde con el marco material definido en el artículo 3.1 de la Directiva.

82.- Por otra parte, pretende extender el régimen de protección a todos los prestatarios o garantes personas físicas, lo que comprende también a los empresarios individuales, y, por tanto, permitiría aplicar a estos el mismo estatuto jurídico que el de los consumidores cuando se trate de préstamos hipotecarios cuya finalidad sea la adquisición de un bien inmueble para destinarlo a fines exclusivamente profesionales, o para destinarlas al alquiler, en la medida en que no parece que el prelegislador haya hecho uso de la facultad de decidir no aplicar el régimen legal de protección en estos supuestos, en los términos que autoriza la letra b) del apartado tercero del artículo 3 de la Directiva. Obsérvese, además, que cuando se trate de la concesión de préstamos o créditos cuya finalidad sea la adquisición o conservación de terrenos o edificios construidos o por construir, la protección de la ley se reserva a los prestatarios o garantes consumidores, y esta actividad se muestra por lo general vinculada a la actuación con fines empresariales, incompatible, por tanto, con la definición de consumidor que se contiene en la Directiva 2008/48/CE, y a la que se remite el artículo 4-1) de la Directiva 2014/17, y que se caracteriza, como el artículo 3 del TRLGDCU, por su actuación en el ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional.

83.- Falta, en suma, definir con claridad el alcance objetivo y subjetivo del texto proyectado, que no recoge, por ende, ninguna de las definiciones que, como conceptos autónomos, contiene el artículo 4 de la Directiva. Si lo que el prelegislador persigue, al ampliar el marco subjetivo de aplicación de la ley con relación al de la Directiva, es contemplar no solo a los consumidores, sino a otros contratantes débiles o vulnerables frente a prestamistas o intermediarios profesionales, debería establecer con precisión y de forma coherente quiénes, y en qué casos, son los destinatarios del régimen de protección que dispensa la norma proyectada.



84.- El artículo 2.4 del AL detalla, por su parte, cuáles son los contratos de crédito o préstamo a los que no será de aplicación la norma proyectada, y lo hace en términos prácticamente idénticos a los del artículo 3.2 de la Directiva, incluyendo los contratos de pensión hipotecaria o de hipoteca inversa regulada en la disposición adicional primera de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de reforma del mercado hipotecario, y en el artículo 32 de la Orden EH 2899/2011; los contratos de crédito concedidos por un empleador a sus empleados sin intereses o cuyas TAE sean inferiores a las de mercado, que no sean ofrecidos al público en general; los contratos de crédito libres de intereses y otros gastos; los contratos de crédito concedidos en forma de descubierto y que hayan de reembolsarse en el plazo de un mes; los contratos de crédito resultado de un acuerdo alcanzado ante un órgano jurisdiccional o cualquier autoridad pública; y los contratos de créditos relativos al pago aplazado de una deuda existente, sin gastos y sin garantía hipotecaria o similar.

85.- El artículo 3 declara el carácter irrenunciable de las disposiciones de la ley y de las normas que la desarrollen. Dispone el precepto que *<<[L]as disposiciones de esta ley y en sus normas de desarrollo tendrán carácter imperativo, no siendo disponibles para las partes contratantes salvo que la norma expresamente establezca lo contrario>>*.

86.- La redacción actual difiere de la original, más ajustada al tenor del artículo 10 del TRLGDCU, que, bajo el título "Irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al consumidor y usuario", disponía: *<<[L]a renuncia previa a los derechos que esta noma reconoce a los consumidores y usuarios es nula, siendo asimismo nulos los actos realizados en fraude a la ley de conformidad con lo previsto en el artículo 6 del Código Civil>>*.

87.- La redacción actual ha optado por una fórmula más general, articulada en torno al carácter imperativo e indisponible de las disposiciones de la ley, que prescinde de las referencias a los prestamistas, intermediarios de crédito inmobiliario y sus representantes designados, por un lado, y a los prestatarios, por otro. De este modo, la redacción propuesta permite eliminar las dudas acerca de la aplicación del carácter imperativo de las disposiciones referidas no solo a la contratación en sí misma, sino también a los casos de subrogación del deudor y novación modificativa del contrato de préstamo, que se encuentran también incluidos en el ámbito protector de la norma, tal y como se desprende de la Disposición adicional sexta del texto proyectado.



88.- Con todo, el precepto adolece de cierta imprecisión y resulta un tanto incompleto: pues alude a las disposiciones de esta ley “y en sus normas de desarrollo”, lo que no es semánticamente correcto –debería decir “y las contenidas en sus normas de desarrollo”, o una expresión similar-, refiere la indisponibilidad a las normas y, pese al título del precepto, no alude al carácter irrenunciable de los derechos conferidos a los destinatarios del régimen que establece y regula, ni a las consecuencias –la nulidad- de la renuncia previa a tales derechos, o la nulidad de los actos realizados en fraude de ley, en los términos contemplados en el artículo 10 del TRLGDCU.

## **B.- Normas de transparencia**

89.- El Capítulo II del AL, que regula las Normas de transparencia, se abre con unas disposiciones generales, desarrolladas en tres artículos, que contienen los principios de actuación en la actividad relacionada con la concesión de préstamos inmobiliarios (artículo 4), las normas de transparencia en la comercialización de los préstamos inmobiliarios (artículo 5), y la comprobación del cumplimiento del principio de transparencia material (artículo 6).

90.- El artículo 4 dispone que los prestamistas, los intermediarios de crédito y los representantes designados *<<[a]ctuarán de manera honesta, imparcial, transparente y profesional, respetando los derechos y los intereses de los prestatarios, tanto en la elaboración de productos crediticios, la concesión de créditos, la prestación de servicios de intermediación o de asesoramientos sobre el crédito o, en su caso, de servicios accesorios, como en la ejecución de los contratos de crédito>>*.

91.- El segundo apartado del mismo artículo –que no existía en la versión inicial del Anteproyecto- establece que *<<[E]n la concesión, intermediación o prestación de servicios de asesoramiento sobre el crédito, las actividades se basarán en la información sobre las circunstancias del prestatario y en cualquier requisito específico que ese haya dado a conocer, así como en hipótesis razonables sobre los riesgos para su situación durante la vigencia del contrato de crédito. En cuanto a la prestación de servicios de asesoramiento, la actividad se basará también en la información obtenida del prestatario conforme a lo previsto en el artículo 10.5>>*.

92.- El artículo concluye disponiendo que las obligaciones de información que establece la ley en favor de los prestatarios no supondrán coste adicional para los mismos.



93.- Respecto de esta enunciación de los principios de actuación, que incorpora en lo esencial las previsiones del artículo 7.1 y 2 de la Directiva, parece oportuno incidir en que, aunque pueda considerarse que se encuentran implícitos en los principios de actuación enunciados, debería hacerse expresa mención en ellos a los principios de buena fe y de objetividad, de especial relevancia en este ámbito de contratación por las especiales repercusiones que pueden derivarse para los prestatarios y sus familias. Por otra parte, sería aconsejable insistir en que tales principios de actuación no solo han de darse en la contratación propiamente dicha – incluida la fase precontractual-, sino incluso en la fase de preparación de la contratación seriada, específicamente en la elaboración previa de los condicionados o clausulados tipo por parte de los prestamistas. Y, aunque los principios aparecen referidos a la actividad relacionada con la concesión de préstamos inmobiliarios, la alusión a los servicios de asesoramiento sobre el crédito que se contiene en el apartado segundo del artículo 4 resulta un tanto asistemática, y no guarda estricta correlación con los dispuesto en el artículo 10.5 del texto proyectado, que se refiere al cumplimiento de los requisitos establecidos por el Gobierno para la prestación del servicio de asesoramiento. No debe desconocerse que el asesoramiento constituye una relación jurídica autónoma, distinta de la relación crediticia, por más que se encuentre relacionada con ella, y como tal se regula separadamente en el Capítulo 8 de la Directiva, y de forma insuficiente en el artículo 10 del AL.

94.- En punto a esto último, debe tenerse presente que la Directiva establece, en línea de principio, unos deberes de información previos a la prestación del asesoramiento y a la celebración del contrato crediticio que comprenden, por una parte, la información sobre el conjunto de productos que se tomarán en consideración y los gastos que se facturarán por los servicios de asesoramiento; por otra, la información actualizada recabada al cliente sobre su situación personal y financiera, sus preferencias y objetivos, indispensables para llevar a cabo la recomendación personalizada en que consiste el asesoramiento, que tendrá en cuenta hipótesis razonables sobre los riesgos existentes para la situación del consumidor a lo largo de la vigencia del contrato propuesto; y, en fin, en la prestación del asesoramiento se deberá tener en consideración un número suficientemente grande del contratos de crédito de la gama de productos del prestamista, intermediario de crédito o representante, o de la gama disponible en el mercado y que sean adecuados a las necesidades, situación financiera y circunstancias personales del prestatario (artículo 22 de la Directiva).



95.- Resultaría aconsejable, visto lo anterior, que el texto proyectado incorporase tales principios y reglas de actuación en el servicio de asesoramiento en la contratación inmobiliaria de forma sistemática y completa, trasladando fielmente a la norma nacional las previsiones de la norma europea sobre este particular, resultando insuficiente la regulación que hace el artículo 10 de la Orden EHA 2899/2011.

96.- Por otra parte, el prelegislador ha desplazado al artículo 9 del AL las previsiones contenidas en los apartados 2 y 3 del artículo 7 de la Directiva relativas a los principios y a las políticas de remuneración, recogiendo en lo esencial las disposiciones de la norma europea. Esta es tributaria de la enunciación de los *Principles for enhancing corporate governance*, de octubre de 2010, elaborados por el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, y revisados en 2015; y es desarrollo también de las previsiones contenidas en la Directiva 2013/36/EU, y, con anterioridad, la Directiva 2010/70/EU, que modificaba las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE. Se trata de corregir las indeseables consecuencias que una política de remuneración vinculada a la consecución de objetivos de venta, y desvinculados del nivel de riesgo de las operaciones, produjo en la concesión irresponsable de crédito.

97.- El artículo 5 del Anteproyecto recoge las normas de transparencia en la comercialización de préstamos inmobiliarios.

98.- El precepto ha variado su contenido de la versión inicial a la actual, pues en aquella, lejos de transponer la normativa de transparencia de la Directiva en aspectos tan relevantes como la información precontractual, la información en la publicidad, la información de las condiciones básicas de comercialización o contratación, la evaluación de la solvencia económica, y la obtención y documentación de datos relevantes del solicitante, se limitaba a recoger una copia casi literal del artículo 5 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito. De tal forma, contenía una larga lista de materias que debían ser desarrolladas posteriormente por vía reglamentaria.

99.- El prelegislador no ha renunciado, como se ha visto, a este mecanismo de desarrollo reglamentario, y ha trasladado la habilitación a tal efecto tanto a la Disposición final decimocuarta del AL como al artículo 5 de la Ley 10/2014, que mantiene su contenido, si bien adaptado a las previsiones de la ley proyectada.



100.- Ya se ha valorado con anterioridad la técnica de transposición normativa elegida por el prelegislador, y la conveniencia de que sea en la ley, y no en las normas de desarrollo posteriores, donde se recoja el régimen de transparencia y protección en la contratación crediticia inmobiliaria que se deriva de la Directiva.

101.- Lejos de ello, el artículo 5 del Anteproyecto contiene un elenco asistemático e incompleto de reglas relativas a la documentación que debe entregar el prestamista al prestatario con una antelación mínima de siete días respecto al momento de la firma del contrato. Esta documentación consiste en: a) la FEIN, que tendrá la consideración de oferta vinculante para la entidad durante un plazo de siete días desde su entrega; b) la Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE), en la que se informará al prestatario o potencial prestatario de la existencia de las cláusulas o elementos relevantes, debiendo incluir, al menos, una referencia, en su caso, a las limitaciones a la baja a la variación del tipo de interés –las conocidas cláusulas suelo-, a la posibilidad del vencimiento anticipado del préstamo como consecuencia del impago de cierto número de cuotas y los gastos derivados de ello, a la distribución de los gastos asociados a la concesión del préstamo y que se trata de un préstamo en moneda extranjera; c) en los créditos a interés variable, un documento separado con referencia a las cuotas periódicas a satisfacer por el cliente en diferentes escenarios de evolución de los tipos de interés; d) una copia del proyecto del contrato, cuyo contenido deberá ajustarse a los documentos referidos en las letras anteriores e incluirá de forma desglosada la totalidad de los gastos asociados a la firma del contrato, especificando los notariales, los de registro, los de gestoría y los impuestos; y e) la advertencia al prestatario de la posibilidad de recibir asesoramiento personalizado y gratuito del notario que haya designado y las consecuencias de la información contenida en la documentación que se entrega.

102.- La Directiva, sin embargo, es mucho más extensa en lo que se refiere a las normas de transparencia.

103.- En primer lugar, regula la información básica que debe figurar en la publicidad (artículo 11), que se extiende a: i) la identidad del prestamista o, en su caso, del intermediario o representante; ii) la garantía que pesa sobre el préstamo o crédito; iii) el tipo deudor, indicando si es fijo, variable o una combinación de ambos; iv) el importe total del crédito; v) la TAE, que se incluirá de forma igualmente destacada, al menos, que cualquier tipo de interés; vi) la duración del contrato, cuando proceda, el importe de los pagos a plazos, el importe total adeudado por el prestatario, el número de



pagos a plazos y, también cuando proceda, una advertencia sobre el hecho de que las posibles fluctuaciones del tipo de cambio podrían afectar al importe adeudado por el consumidor. Asimismo, la información, cuando proceda, se ofrecerá mediante un ejemplo representativo y, si el préstamo está vinculado a un servicio accesorio, particularmente un contrato de seguro, debe mencionarse de forma clara, concisa y destacada dicha vinculación, junto con la TAE. En todo caso, debe tratarse de una información fácilmente legible o audible.

104.- La información general es la que se detalla en el artículo 13, y además de la relativa a la identidad de quien emite la información, los fines del crédito, las formas de garantía, la duración posible de los contratos y las formas de tipo deudor disponible, incluye la relativa a los créditos en moneda extranjera, con la pertinente explicación de las implicaciones que tiene la denominación del crédito en moneda extranjera; un ejemplo representativo del importe total del crédito, de su coste total, del importe total adeudado por el consumidor y de la TAE, así como la indicación de otros posibles costes no incluidos en el coste total del crédito; las distintas opciones de reembolso del crédito, con descripción de sus condiciones; cuando proceda, la declaración clara y concisa de que el cumplimiento de los términos y condiciones de los contratos de crédito no garantiza el reembolso del importe total del crédito; la indicación de la necesidad de la tasación del inmueble, de quién es responsable de garantizar que se lleve a cabo y de sus costes; la indicación de los servicios accesorios que el consumidor esté obligado a contratar para la obtención del crédito en las condiciones ofrecidas y, si ha lugar, la aclaración de que los servicios accesorios pueden contratarse con un proveedor distinto del prestamista; y, en fin, una advertencia general sobre las posibles consecuencias de no cumplir los compromisos asociados al contrato de crédito.

105.- Además de la información general, el prestamista, el intermediario o su representante deben facilitar al prestatario la información precontractual personalizada que este necesite para comparar los créditos disponibles en el mercado, para evaluar sus implicaciones y para tomar una decisión fundada sobre la conveniencia de celebrar o no un contrato de crédito (artículo 13 de la Directiva), y que se contiene en la FEIN que figura en el anexo II de la Directiva.

106.- Pues bien, el prelegislador no ha incorporado las disposiciones relativas a la información básica que debe figurar en la publicidad, lo que debía haber hecho -como se hizo en la Ley de Crédito al Consumo (cfr. artículo 9)- sin remitirse a un posterior desarrollo reglamentario, tanto más



cuanto de conformidad con el artículo 61 del TRLDCU, la publicidad integrará el contenido del contrato. El artículo 5 de la Orden EHA 2899/2011 se limita a indicar que la publicidad de las entidades de crédito referida a los servicios bancarios deberá ser clara, objetiva y no engañosa, conforme a lo previsto en la Orden EHA 1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios, y en la Circular 6/2010, de 28 de septiembre, del Banco de España, a entidades de crédito y entidades de pago, sobre publicidad de los servicios y productos bancarios. Esta normativa, sin embargo, no satisface en su integridad los requerimientos de información publicitaria derivados de la Directiva.

107.- Tampoco ha trasladado en su integridad el contenido de las disposiciones relativas a la información general ni a la información precontractual personalizada. El artículo 6 de la Orden EHA 2899/2011 se refiere a la información precontractual en términos generales, insuficientes para tener por incorporadas al ordenamiento nacional las exigencias derivadas de la Directiva, como también es insuficiente la regulación de la información contractual contenida en el artículo 7 de la Orden. Ciertamente es que esta contempla la elaboración por el Banco de España de una Guía de Acceso al Préstamo Hipotecario, y regula la Ficha de Información Precontractual (FIPRE) y la Ficha de Información Personalizada (FIPER) – artículos 20, 21 y 22, en relación con los anexos I y II de la Orden-, con las que se persigue ofrecer al prestatario la información general y precontractual en términos análogos a los regulados en la Directiva; y si bien el artículo 14.5 de esta dispone que los Estados miembros que antes del 20 de marzo de 2014 hubiesen aplicado una ficha de información que satisfaga requisitos de información equivalentes a los expuestos en el anexo II de la Directiva –la FEIN-, podrán seguir utilizándola hasta el 21 de marzo de 2019, no cabe olvidar que la regulación de los requisitos de información precontractual reflejados en la FEIN integra el marco de armonización máxima perseguida por la Directiva, y de ahí la necesidad de que el prelegislador incorpore aquellos a la norma interna proyectada, e incorpore la FEIN misma, sin limitarse a mencionarla sin especificar su contenido, ni a diferir a una ulterior norma reglamentaria su determinación y concreción. En este sentido, debe ponerse el acento en la interdicción de modificar el modelo de la FEIN que se establece en el artículo 14.8 de la Directiva.

108.- Por otra parte, el prelegislador debía haber aprovechado la ocasión para clarificar el carácter obligatorio de la oferta vinculante y para transponer correctamente el artículo 14.3 de la Directiva. Este establece que los Estados miembros velarán por qué siempre que el consumidor



reciba una oferta vinculante para el prestamista, esta sea facilitada en soporte papel o cualquier otro soporte duradero y vaya acompañada de una FEIN cuando: a) el consumidor no haya recibido anteriormente una FEIN; o b) las características difieran de la información indicada en la FEIN facilitada previamente. Debe tenerse presente que, según se desprende del artículo 23 de la Orden EHA 2899/2011, la oferta vinculante se facilitará mediante la entrega al prestatario de la FIPER a solicitud de este. En el régimen de la Directiva, la información precontractual personalizada al prestatario debe facilitarse a este mediante la FEIN a) sin demora injustificada una vez que el consumidor haya dado la información necesaria sobre sus necesidades, situación financiera y preferencias de conformidad con el artículo 20 –es decir, a efectos de la evaluación de solvencia-, y b) con suficiente antelación respecto del momento en que el consumidor quede vinculado por cualquier contrato u oferta de crédito. Por otra parte, el periodo de reflexión de siete días se establece como periodo mínimo, susceptible, por tanto, de ser ampliado: y en este punto debe recordarse que el artículo 23.5 de la Orden EHA 2899/2011 establece un plazo de validez de la oferta vinculante de catorce días naturales, mayor que el que establece el prelegislador en los artículos 5 y 6 del AL.

109.- Debe ponerse de relieve que el texto proyectado no contempla el periodo de reflexión más que como tal, y no como un plazo para ejercer el derecho de desistimiento, conforme autoriza el apartado 6 del artículo 14 de la Directiva, que prevé que el periodo mínimo de siete días puede ser, bien un periodo de reflexión antes de la celebración del contrato, bien un periodo para ejercer un derecho de desistimiento tras la celebración del contrato, bien una combinación de ambas cosas. Hubiera sido aconsejable introducir la regulación de este derecho, como hace el artículo 28 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo (LCCC). Debe retenerse que el objeto de la ley proyectada no recae solamente sobre créditos o préstamos garantizados con hipoteca u otra garantía sobre bienes inmuebles, respecto de los que pudiera cuestionarse la posibilidad del derecho de desistimiento, sino que abarca también a contratos sin garantía real cuya finalidad sea la adquisición o conservación de terrenos o edificios construidos o por construir.

110.- Conviene tener en cuenta, por otra parte, que tanto el prelegislador, al referirse al contenido mínimo de la FIAE –la determinación de cuyo contenido concreto se pospone también al desarrollo infrarreglamentario-, como la FIPER –en consonancia con la información adicional sobre instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés prevista en el artículo 24 de la Orden EHA 2899/2011-, contempla advertencias sobre las



denominadas "cláusulas suelo", cuya invalidez, considerada en términos generales, no ha sido declarada por la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, la cual, sin embargo, ha declarado la nulidad de determinadas cláusulas con limitaciones, por debajo, del tipo de tipo de interés variable por no superar el control de transparencia y ser consideradas abusivas [cfr. STS de 9 de mayo de 2013 (Pleno), ECLI:ES:TS:2013:3903].

111.- Desde ciertos sectores se ha abogado, a la vista de los pronunciamientos del Alto Tribunal –cuyas consecuencias, en punto al alcance de los efectos de la declaración de nulidad, fueron corregidas por la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (ECLI:EU:C:2016:980)-, por eliminar dichas referencias, por cuanto cabría deducir que con ellas se estaba dando carta de naturaleza a la utilización por parte de las entidades de crédito de dichas cláusulas, al tiempo que se aboga por introducir en el catálogo de cláusulas o condiciones contractuales consideradas abusivas en los artículos 85 y siguientes del TJUE esta clase de cláusulas limitativas de las variaciones del tipo de interés. No obstante, la invalidez de esta modalidad de cláusula que ha declarado la jurisprudencia deriva de no haber superado las examinadas el control de transparencia como parámetro abstracto de validez de la cláusula, que tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, su posición tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo (cfr. STS de 9 de mayo de 2013, cit., y las que esta menciona). Por consiguiente, en tanto que la invalidez de tales cláusulas se deriva de su examen en el control de transparencia, y no en el control material de contenido, parece conveniente mantener la referencia a las mismas en la información personalizada que se ha de facilitar al prestatario, sin excluirlas de raíz por razón de su eventual carácter abusivo, que habrá de ser apreciado en el oportuno test de transparencia. No puede olvidarse, además, que la mención a dichas cláusulas en la información facilitada al prestatario no excluye por sí misma la aplicación de la LCGC y de la Directiva 93/13, pues si bien el artículo 4.2 de la primera y el artículo 1.2 de la segunda excluyen de su aplicación las condiciones generales que vengán reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y sean de aplicación obligatoria para los contratantes, ese no es el caso de las "clausulas suelo", <<ya que la normativa sectorial se limita a imponer determinados deberes de información sobre la



*incorporación de las cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario a que se refiere, pero no impone la existencia de cláusulas suelo, ni en defecto de pacto supone su existencia, ni, finalmente, indica los términos en los que la cláusula viene expresada en el contrato>> (STS de 9 de mayo de 2013, cit.).*

112.- Al margen de lo anterior, la referencia al “impago de cierto número de cuotas”, al referirse al contenido de la FIAE, y en particular a indicación que ha de incluirse sobre el vencimiento anticipado, no se adapta, como se verá, a la nueva regulación del vencimiento anticipado que se proyecta, donde se ha suprimido la referencia al número de cuotas impagadas.

113.- Los apartados segundo y tercero del artículo 5 introducen, en puridad, normas que afectan al contenido material de los contratos, más que normas de transparencia, y se refieren a una materia no regulada en la Directiva. El artículo 5.2 establece que solo podrán repercutirse gastos o percibirse comisiones por servicios relacionados con los préstamos que hayan sido solicitados en firme o aceptados expresamente por un prestatario o prestatario potencial y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos que puedan acreditarse.

114.- El precepto se ajusta a las líneas generales contenidas en el artículo 3.1 de la Orden EHA 2899/2011, y responde al principio de efectividad que, junto con la no duplicidad, la publicidad, y la aceptación de los servicios por los que se devengan y cobran, vertebrada la configuración legal y jurisprudencial de la regulación de las comisiones percibidas por las entidades de crédito. Su introducción en la ley proyectada solo se explica desde el diseño de deducir del mismo una norma que ha de dirigir la actuación precontractual de las entidades prestatarias, y que ha de redundar en la transparencia en la contratación de créditos inmobiliarios.

115.- El apartado tercero del artículo 5 se refiere a la comisión de apertura, que se devengará de una sola vez, y englobará la totalidad de los gastos de estudio, tramitación o concesión del préstamo u otros similares inherentes a la actividad del prestamista ocasionada por la concesión del préstamo. Y en el caso de préstamos denominados en divisas, la comisión de apertura incluirá, asimismo, cualquier comisión de cambio de moneda correspondiente al desembolso inicial del préstamo. El precepto abunda en la exigencia, ya establecida desde la jurisprudencia, de agrupar en la comisión de apertura la retribución a la entidad de crédito por el estudio, la tramitación y la concesión del préstamo, en evitación de una eventual duplicidad contraria al principio de efectividad.



116.- El artículo 6 es trasunto parcial de lo dispuesto en el artículo 14.7 de la Directiva, y contiene una norma con proyección probatoria, en la medida en que el acta que levante el notario tras verificar que se ha dado cumplimiento a las normas de transparencia constituye una presunción *iuris tantum* de que el principio de transparencia se ha cumplido en su aspecto material. La extensión del acta está condicionada, por tanto, a la verificación del cumplimiento de la entrega al prestatario de la documentación mencionada en el artículo 5.1 y a la verificación del plazo de reflexión, que debe realizar el fedatario, siendo dudoso que pueda bastar la manifestación del prestatario en tal sentido, como tampoco es bastante la afirmación de que comprende y acepta el contenido de los documentos contractuales. El valor presuntivo del acta debiera estar fundamentado, en todo caso, en una comprobación activa por parte del notario, y no derivar de un mero acta de manifestaciones. Es más que discutible que, sin tal comprobación activa por parte del fedatario, la mera manifestación del prestatario de la comprensión y aceptación del contenido contractual pueda servir para tener por satisfecho, con apoyo en la presunción prevista en el artículo 6 AL, el control de incorporación y de transparencia –que recuérdese, comporta el conocimiento del verdadero contenido jurídico y económico del contrato-, desplazando hacia el prestatario la carga de desvirtuar la presunción del cumplimiento de las normas de transparencia.

117.- También con relación al artículo 6 cabe añadir las siguientes consideraciones:

- a) El apartado quinto del artículo 6 establece la presunción de que se ha integrado la exigencia de transparencia material derivada del hecho de haberse elaborado el Acta notarial.
- b) Tal planteamiento supone una alteración de la carga de la prueba que, sin duda, en cuanto a los elementos fácticos determinantes de la transparencia material, debe ser integrado por el prestamista, y en ningún caso por el prestatario. De esta manera, con la redacción propuesta, deberá ser el prestatario el que acredite que, a pesar de haberse redactado el acta, no puede considerarse integrado el principio de transparencia material. Esta presunción es, pues contraria tanto a la naturaleza de la función notarial, como a los intereses de los consumidores que sufren como consecuencia de la presunción una inversión de la carga de la prueba. En este sentido esta norma de “protección del consumidor” terminaría siendo contraproducente. En ningún caso una labor de “asesoramiento”



puede terminar generando ese efecto pretendido de presunción de cumplimiento del principio de transparencia, pues implica atribuir a dicha función (reiteramos de "asesoramiento") un efecto jurídico tan importante

- c) Ello puede suponer incluso la consagración normativa de la prohibición de alterar en perjuicio del usuario las normas sobre carga de la prueba (art. 82.4.c TRLSDCU).
- d) Consiguientemente, parece más adecuado, y sistemáticamente mucho más coherente, remitirse en cuanto a los efectos del Acta a la legislación notarial que los detalla y que básicamente contempla las presunciones de integridad y veracidad de lo allí recogido, cuyas presunciones, de ser negadas por el usuario, sí parece razonable que deban ser destruida por éste. La existencia del Acta, en función de los efectos a ella anudados, determinados por la legislación notarial, normalmente será suficiente para acreditar la integración del principio de transparencia material, conforme a los principios probatorios en vigor, si bien parece innecesario el refuerzo presuntivo que la norma proyectada contiene.

118.- Por otro lado, resulta criticable, arcaica y radicalmente contradictoria con el artículo 6.5 la obligación contenida en el artículo 6.2.b) de exigir la manifestación manuscrita del prestamista de haber recibido con la antelación mínima establecida en el artículo 5.1 los documentos contenidos en tal precepto, y de que comprende su contenido. Tales afirmaciones debieran estar amparadas por la fe pública notarial sin necesidad de que se manuscriban. El pretendido efecto de reforzar apriorísticamente tal exigencia es vano, pues la comprensión material no deriva de una manifestación "formal", sino de una comprensión real.

119.- Además, el apartado tercero se refiere a la elevación a público del contrato, cuando no se trata de un supuesto de elevación a público de un contrato, sino de la formalización u otorgamiento de una escritura de préstamo hipotecario, lo cual conforme a la legislación notarial, es totalmente diferente.

120- Y queda sin resolver la forma en que se llevará a cabo tal comprobación en los contratos que no se formalicen en escritura pública – pues el artículo 13 del AL no lo exige en todos los casos-, si no es a iniciativa del prestatario que, en el plazo de siete días previsto en el artículo 5.1, comparezca ante el notario por él elegido a efectos de obtener el asesoramiento sobre el cumplimiento de las normas de transparencia; como tampoco se resuelve con claridad si tal asesoramiento, y la subsiguiente



extensión del acta, procede, con la gratuidad que predica el apartado sexto del artículo 6, después de que haya transcurrido el plazo de siete días a que se refiere el párrafo primer del artículo 6.1, teniendo en cuenta que el plazo previsto en el artículo 5.1, al que aquel se remite, es un plazo mínimo.

### **C.- Forma de los contratos**

121.- El artículo 13 del AL establece la obligación de formalizar los contratos por escrito o en formato electrónico o en otro soporte duradero, y, en caso de que estén garantizados con hipoteca constituida sobre un inmueble situado en territorio nacional, deberán formalizarse en escritura pública, pudiendo adoptar el formato electrónico conforme a la legislación notarial.

122.- En los documentos contractuales se harán constar, además de los elementos esenciales del contrato, los datos y elementos que se determinen por el Gobierno mediante Real Decreto.

123.- Según se desprende del apartado segundo del mismo artículo, puesto en relación con el artículo 6, el otorgamiento de la escritura pública ha de venir precedida de la extensión del acta notarial en los términos previstos en este último artículo, la cual no procederá, según se ha visto, cuando no se haya dado cumplimiento a las normas de transparencia establecidas en la ley, estando vetada también la inscripción registral de las escrituras sin haberse acreditado el cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 5.1 y 6 del texto proyectado.

124.- La formalización del contrato, en soporte papel o en formato electrónico u otro soporte duradero, es consustancial a la necesidad de que quede debidamente reflejado el contenido del contrato y reflejadas en él las normas de transparencia, y resulta coherente con la obligación impuesta en el artículo 14.11 de la Directiva, trasladada al artículo 5.1 e) del Anteproyecto, de facilitar al prestamista una copia del proyecto del contrato, así como con la confirmación documental de la contratación realizada, cuando de consumidores se trata, prevista en el artículo 63.1 del TRLGDCU. Sería conveniente, con todo, que la norma contuviera la determinación de aquellos datos y elementos que permitan verificar que su contenido se acomoda a la información personalizada reseñada en la FAIN, sin dejar tal extremo a un ulterior desarrollo reglamentario, habida cuenta de que la reglamentación de esta forma parte del ámbito de máxima armonización perseguida por la Directiva.



125.- Por lo demás, los deberes de los notarios en orden a verificar el cumplimiento de las normas de transparencia y demás obligaciones impuestas para dar cumplimiento al deber genérico de control de legalidad de los actos que autorizan, se encuentran establecidos, además de en la legislación notarial y registral, en el artículo 30 de la Orden EHA 2889/2011.

#### **D.- Práctica de ventas vinculadas y combinadas**

126.- La Directiva se refiere a las ventas vinculadas y a las prácticas de venta combinada en los apartados 26 y 27 del artículo 4, que las define, así como en los Considerandos (24) y (25), y en el artículo 12.

127.- Define las prácticas de venta vinculada como toda oferta o venta de un paquete constituido por un contrato de crédito y otros productos o servicios financieros diferenciados, cuando el contrato de crédito no se ofrezca al consumidor por separado. En tanto que las prácticas de venta combinada consisten en toda oferta o venta de un paquete constituido por un contrato de crédito y otros productos o servicios financieros diferenciados, cuando el contrato de crédito se ofrezca también al consumidor por separado, aunque no necesariamente en los mismos términos y condiciones que combinado con otros servicios.

128.- En el Considerando (24) se parte de reconocer que, dadas las peculiares características de los contratos de crédito relacionados con los inmuebles de uso residencial, es práctica habitual que los prestamistas ofrezcan a los consumidores un conjunto de productos o servicios que pueden adquirirse conjuntamente con el contrato de crédito, lo que es adecuado como medio para diversificar la oferta y para competir entre sí, a condición de que también puedan comprarse separadamente los componentes del paquete. <<[A]unque la combinación en paquetes de un contrato de crédito con uno o más servicios o productos financieros puede beneficiar a los consumidores, sin embargo puede ir en detrimento de su movilidad y de su capacidad para elegir con conocimiento de causa, salvo si los componentes del paquete pueden comprarse separadamente. Es importante evitar las prácticas que puedan inducir a los consumidores a suscribir un contrato de crédito que no redunde en su mejor interés, sin restringir no obstante la venta agrupada, que puede beneficiar a los consumidores. Los Estados miembros deben seguir supervisando estrechamente sin embargo los mercados financieros minoristas, a fin de



*garantizar que las prácticas de venta agrupada no distorsionen la elección del consumidor ni la competencia>>.*

129.- El Considerando (25) dispone que, como norma general, no deben permitirse las prácticas de venta vinculada a no ser que el producto o servicio financiero ofrecido con el contrato de crédito no pueda ofrecerse por separado al constituir una parte del crédito plenamente integrada en el mismo, como por ejemplo en el caso de los descubiertos garantizados. En otros casos, cabe no obstante justificar que los prestamistas ofrezcan o vendan un contrato de crédito en un paquete junto con una cuenta de pago, una cuenta de ahorro, un producto de inversión o un producto de pensiones, por ejemplo en el caso de que el capital de la cuenta se utilice para reembolsar el crédito o sea un requisito previo para agrupar recursos con objeto de obtener el crédito, o en aquellas situaciones en las que un producto de inversión o un producto de pensiones privado sirve de garantía adicional del crédito.

130.- *<<[S]i bien está justificado –continúa el mismo Considerando- que los prestamistas puedan exigir a los consumidores que dispongan de la pertinente póliza de seguro para garantizar el reembolso del crédito o asegurar el valor de la garantía, el consumidor debe tener la oportunidad de elegir su propio proveedor de seguro, a condición de que su póliza de seguro tenga un nivel de garantía equivalente al de la póliza ofrecida por el prestamista. Además, los Estados miembros pueden normalizar, en todo o en parte la cobertura proporcionada por los contratos de seguro, con objeto de facilitar la comparación entre las diversa ofertas para los consumidores que deseen buscar los productos que mejor se ajusten a sus necesidades>>.*

131.- Coherentemente con tales enunciados, el artículo 12.1 de la Directiva establece la prohibición, en general, de las ventas vinculadas –no así de las ventas combinadas-, si bien exceptúa de tal prohibición los siguientes supuestos (apartados segundo y tercero):

- a) Cuando el prestamista demuestre a su autoridad competente que los productos vinculados o las categorías de productos ofrecidos, en condiciones similares entre sí, que no se presenten por separado acarrear un claro beneficio a los consumidores, teniendo debidamente en cuenta la disponibilidad y los precios de los productos pertinentes ofrecidos en el mercado (es decir, respeten los condicionantes de la libre competencia);



- b) Cuando se trate de que el prestamista, un miembro de su familia o un pariente próximo del mismo, abra o mantenga una cuenta de pago o de ahorro, siempre que dicha cuenta tenga como única finalidad acumular capital para efectuar reembolsos del crédito, pagar intereses del mismo, o agrupar recursos para obtener el crédito u ofrecer una seguridad adicional para el prestamista en caso de impago;
- c) Cuando el prestamista, un miembro de su familia o un pariente próximo del mismo, abra o mantenga un producto de inversión o un producto de pensión privada que ofrezcan fundamentalmente al inversor una seguridad adicional al prestamista en caso de impago, o acumular capital para efectuar reembolsos del crédito, pagar intereses del mismo, o agrupar recursos con vistas a obtener el crédito; y
- d) Cuando se celebre un contrato de crédito por separado en relación con un contrato de crédito para una propiedad compartida con vistas a obtener el crédito.

132.- Por tanto, las excepciones a la regla general de la interdicción de las ventas vinculadas se contraen a los casos en que se demuestre que benefician al prestatario, o a aquellos casos en los que tienen por finalidad agrupar recursos con vistas a la obtención del crédito y/o a garantizar su cumplimiento.

133.- La Orden EHA 2899/2011 se refiere a las ventas vinculadas en su artículo 12 para establecer el deber de informar al cliente, de manera expresa y comprensible, sobre la posibilidad o no de contratar cada servicio de manera independiente y en qué condiciones, y, en caso de que solo resultase posible la contratación del servicio bancario vinculado a la contratación de otros en las condiciones ofertadas, se habrá de informar al cliente de la parte del coste total que corresponde a cada uno de los servicios, en la medida en que este coste esté disponible para la entidad, y de los efectos que su no contratación individual o cancelación anticipada produciría sobre el coste total de los servicios bancarios.

134.- El artículo 8 del Anteproyecto responde a las líneas generales de regulación de las ventas vinculadas y combinadas que contiene la Directiva, la cual transpone, en este punto, suficientemente. Procede, sin embargo, hacer al respecto las siguientes consideraciones:

- a) El prelegislador ha dispuesto que, a los efectos de la autorización por la autoridad competente de las prácticas de venta vinculada que sean



más beneficiosas para el prestatario, dicha autoridad recabe el informe de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones o de la Comisión Nacional de Mercado de Valores cuando alguno de los productos vinculados afecte a su ámbito de competencias. Asimismo, prevé que el Banco de España podrá establecer mediante Circular criterios para la aplicación homogénea de las prácticas relativas a ventas vinculadas permitidas. Se establece de este modo un trámite consultivo y la previsión de la elaboración de normas prudenciales encaminadas a asegurar que la práctica es verdaderamente beneficiosa para el prestatario, lo que constituye una previsión normativa que debe ser valorada favorablemente.

- b) La norma abre paso a la vinculación del contrato de crédito con la contratación de productos financieros que sirvan de soporte o de garantía a las operaciones de crédito o préstamo, y, por tanto, con la misma finalidad que la excepción a la regla general de prohibición de esta práctica que se contiene en el artículo 12.2 de la Directiva. Sin embargo, la habilitación al Ministerio de Economía, Industria y Competitividad para que concrete los productos financieros que quedarán dentro del ámbito de la autorización debería quedar circunscrita a aquellos a que aluden las letras a) y b) de dicho precepto, y que respondan estrictamente a la finalidad de acumular capital para hacer reembolsos del crédito, pagar intereses del mismo, agrupar recursos para la obtención del crédito u ofrecer una seguridad adicional al prestamista, lo que debería trasladarse expresamente en la norma de transposición.
- c) Cabría, por otra parte, sugerir la conveniencia de reconsiderar la extensión subjetiva de la práctica vinculada, limitándola exclusivamente al prestatario o al garante, sin incluir a los parientes a los que alude el apartado tercero del artículo 8 AL.
- d) La determinación de la parte del coste que corresponde a los productos diferenciados debe incluir, con reflejo en la TAE, el coste total de la contratación de tales productos y en su caso las obligaciones de pago vinculadas, como puede suceder en la utilización de tarjetas de crédito cuya contratación se haya vinculado al contrato de crédito.
- e) Al informar sobre los beneficios que supone la contratación vinculada o combinada, se han de incluir escenarios simulados donde se aprecien los potenciales beneficios, pero también los riesgos de pérdidas, especialmente cuando se trate de productos de inversión.
- f) El coste de aquellos servicios que sirvan a finalidades operativas de la entidad prestamista, como la apertura de cuentas de domiciliación de las cuotas del préstamo, no debería ser repercutido al prestatario, ni



enmascararse tras los supuestos beneficios que para este produce la contratación del producto o servicio vinculado o combinado.

- g) El apartado cuarto del artículo 9 puntualiza, con acierto, que el prestamista deberá aceptar pólizas de seguro alternativas de todos aquellos proveedores que ofrezcan un nivel de garantías equivalente a la que aquel haya propuesto, y que en ningún caso la aceptación por el prestamista de una póliza de seguro alternativa, distinta de la ofrecida por él, podrá suponer un empeoramiento en las condiciones de cualquier naturaleza del préstamo. En este punto, debe tenerse presente que la ley proyectada no contempla ningún desarrollo posterior, lo que, sin embargo, sería aquí deseable en aras a garantizar la efectiva concurrencia –ante el hecho notorio de la vinculación de las entidades de crédito con diversas compañías de seguro-, así como a asegurar, cuando se trata del seguro de amortización, que esta será la primera vía para cubrir el riesgo del incumplimiento de las obligaciones del prestatario, antes que acudir a los fiadores y a la amortización anticipada del crédito.

### **E.- Otras normas de conducta: préstamos inmobiliarios en moneda extranjera.**

135.- El prelegislador, a diferencia de otros aspectos del marco regulatorio, ha optado por incluir en la ley proyectada la regulación de los préstamos en moneda extranjera, sin limitarse a establecer un marco reglamentario, tal y como le autorizaba la Directiva.

136.- De este modo, ha llevado a cabo la transposición en el artículo 11 del AL las previsiones contenidas en el artículo 23 de la Directiva de forma fiel, sin introducir modificaciones significativas, y sin más puntualizaciones que las que seguidamente se exponen.

137.- El precepto parte de recoger en términos prácticamente literales la definición de los contratos de préstamos en moneda extranjera que se contiene en el artículo 4, apartado 28), de la Directiva (“todo contrato de préstamo o crédito inmobiliario denominado en una moneda distinta de la del Estado miembro en que resida el prestatario, o de aquella en la que el prestatario tenga los activos o reciba los ingresos con los que desembolsar el crédito ingresos”), y define a continuación el objeto de la prestación esencial, cual es el derecho del prestatario a convertir el préstamo a una moneda alternativa, que será, bien la moneda en que el prestatario perciba la mayor parte de los ingresos o tenga la mayoría de los activos con los que



ha de reembolsar el préstamo, según lo indicado en el momento en que se realizó la evaluación de la solvencia más reciente relativa al contrato de préstamo, bien la moneda del Estado miembro en el que el prestatario fuera residente en la fecha de la celebración del contrato de préstamo o sea residente en el momento en que se solicita la conversión.

138.- Haciendo uso de la alternativa que ofrece el párrafo segundo del apartado segundo del artículo 23 de la Directiva, el prelegislador dispone que el prestatario deberá optar por una de estas dos alternativas en el momento de solicitar la conversión.

139.- El tipo de cambio utilizado en la conversión, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 23.3 de la Directiva, será el tipo de cambio vigente en la fecha en que se solicite la conversión, salvo que contractualmente se establezca otra cosa. A estos efectos, el tipo de cambio será el publicado por el Banco Central Europeo en la fecha en que se solicite la conversión.

140.- El apartado tercero del artículo 11 AL dispone que los prestatarios que no tengan la consideración de consumidores podrán pactar con su prestamista algún sistema de limitación del riesgo de tipo de cambio al que estén expuestos por virtud del contrato de préstamo, en lugar del derecho de conversión que se establece de forma general para los prestatarios de préstamos en moneda extranjera. De este modo, el prelegislador da cumplimiento al requerimiento mínimo de garantizar el derecho de estos, y singularmente de los prestatarios consumidores, a convertir el préstamos a una moneda alternativa en las condiciones especificadas, y a los prestatarios no consumidores les abre la posibilidad de que, en vez de este derecho, pacten un sistema de limitación del riesgo de tipo de cambio al que estén expuestos en virtud del contrato. En la MAIN se explica esta posibilidad, limitada a los prestatarios no consumidores, por la complejidad de estos mecanismos alternativos, que desaconsejan su utilización por parte de los consumidores. En consecuencia, parece que el prelegislador ha querido ofrecer a estos –pero no solo a estos- la garantía del derecho de conversión del préstamo, y permitir que los prestamistas no consumidores puedan convenir sistemas de limitación del riesgo del tipo de cambio, con lo que, si bien no parece muy probable el uso de esta vía alternativa, la norma transpone adecuadamente los requerimientos de la Directiva.

141.- En los apartados cuarto y quinto del artículo 11 se incorporan las obligaciones de información consustanciales a este derecho previstas en el apartado cuarto del artículo 23 de la norma europea, y el apartado sexto,



por último, reproduce casi literalmente el tenor de su homónimo del artículo 23 de la Directiva.

**F.- Normas de ejecución y resolución. Reembolso y vencimiento anticipado. Normas sobre tipos de interés y sobre variaciones de tipo de interés.**

*Reembolso anticipado.*

142.- El artículo 25 de la Directiva 2014/17 da carta de naturaleza al derecho del prestatario de reembolsar, total o parcialmente, de forma anticipada el importe del préstamo, fijando las condiciones y los límites que han de establecer los Derechos nacionales para su ejercicio.

143.- La Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, regula en sus artículos 7, 8 y 9 el régimen de compensación por amortización anticipada, cuando se trate de préstamos o créditos hipotecarios y la vivienda recaiga sobre una vivienda y el prestatario sea persona física, o persona jurídica sometida al régimen fiscal de empresas de reducida dimensión. Conforme a su artículo 7, la amortización anticipada de dichos contratos no dará derecho al percibo de comisión alguna, si bien la Ley establece en favor del prestatario un sistema de compensación por desistimiento (artículo 8), compatible con la compensación por riesgo de tipo de interés (artículo 9).

144.- El artículo 14 del AL regula el reembolso anticipado en los contratos sujetos a su ámbito de aplicación incorporando el régimen establecido en el artículo 25 de la Directiva, si bien, a la hora de establecer la compensación al prestamista por los posibles costes directamente derivados de la amortización anticipada del préstamo, toma elementos del régimen de compensaciones de la Ley 41/2007. La Directiva, debe puntualizarse, permite a los Estados miembros establecer el derecho del prestamista a una compensación justa y objetiva, cuando esté justificada, por los costes directamente derivados del reembolso anticipado, sin que dicha compensación pueda exceder de la pérdida financiera sufrida por el prestamista, y sin que suponga penalización alguna para el consumidor.

145.- La norma proyectada garantiza el derecho al reembolso anticipado en cualquier préstamo inmobiliario y durante toda la vigencia del préstamo (artículo 14.1), si bien permite que las partes convengan un plazo de



notificación previa, que no podrá de exceder de un mes, tal y como autoriza el artículo 25.2 de la Directiva. El prelegislador no impone condicionantes basadas en límites temporales o en la concurrencia de interés legítimo (cfr. artículo 25.2 y 5 de la Directiva), si bien articula el derecho de compensación en función de si el tipo de interés –o el tramo- es variable, o si es fijo –o en los tramos fijos de los préstamos-, y en función de los años de vigencia del contrato que hubieran transcurrido. El límite de la compensación se encuentra, en todo caso –tal y como exige la Directiva- en la pérdida financiera sufrida por el prestamista, calculada conforme a la regla establecida en el apartado quinto del artículo 14, y con los límites porcentuales establecidos en cada caso sobre el capital reembolsado anticipadamente.

146.- El apartado segundo del precepto, que contiene las obligaciones de información para el ejercicio del derecho, es transposición prácticamente literal del apartado cuarto del artículo 25 de la Directiva.

147.- Las consecuencias del reembolso anticipado son dos: para el prestatario, la reducción del coste total del crédito, que comprenderá los intereses y los costes correspondientes al tiempo del contrato que quedase por transcurrir hasta el momento de su extinción (artículo 14.3), lo que se corresponde con el mandato del artículo 25.1 de la Directiva; y para el prestamista, el derecho a percibir la compensación por los posibles costes derivados del reembolso anticipado en los términos previstos, pero siempre que las partes lo hayan pactado en el contrato, lo que, además de diferir de la regulación de la Ley 41/2007, se ajusta más a los términos de la Directiva.

148.- Debe advertirse, con todo, que aun cuando el apartado quinto del artículo 14 contiene reglas para determinar el riesgo de tipo de interés –la pérdida financiera del prestamista-, su cálculo no siempre será fácil en la medida en que está sometida a conceptos no enteramente definidos o determinados, como el valor actual de las cuotas pendientes de pago, el valor actual del capital pendiente o el tipo de interés de actualización, que será el de mercado. Ciertamente es que el artículo 28 de la Orden EHA 2899/2011 establece cuáles han de ser los índices y tipos de referencia aplicables para el cálculo del valor de mercado en la compensación por riesgo de tipo de interés a los efectos de lo dispuesto en el artículo 9.2 de la Ley 41/2007, pero lo hace con referencia a un índice, el *Interest Rate Swap* (IRS) o permuta de intereses al plazo de cinco años, que, si bien es uno de los contemplados en el artículo 27 de la Orden EHA 2899/2011, no alude al mismo la Disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013, de 27 de



septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, que modifica el artículo 27 de la citada Orden para sustituir los índices oficiales consistentes en el tipo medio de los préstamos hipotecarios para la adquisición de vivienda libre a más de tres años concedidos por entidades de crédito (y los de análogas características concedidos por las cajas de ahorro y los tipos activos de referencia de las cajas de ahorro) por los tipos de referencia sustitutivos previstos en el contrato, y, en defecto de estos, por el tipo de interés oficial que establece la mencionada Disposición adicional. Sería aconsejable, con todo, una mayor claridad y concreción en los parámetros de cálculo de la pérdida financiera, y en su caso, articular sistemas que garanticen que la compensación en ningún caso superará el límite que esta debe representar.

149.- Y deberían establecerse las reglas de relación entre la ley proyectada y la Ley 41/2007, habida cuenta de que aquella no contiene una derogación expresa de esta, y teniendo en cuenta la parcial concurrencia de sus ámbitos de aplicación.

*Vencimiento anticipado.*

150.- El artículo 13 AL introduce una norma que tiene por objeto la regulación del vencimiento anticipado en los contratos cuyo prestatario sea una persona física y estén garantizados mediante hipoteca sobre vivienda o cuya finalidad sea la adquisición de bienes inmuebles para uso residencial.

151.- En tales contratos, el deudor perderá el derecho al plazo y se producirá el vencimiento anticipado del contrato si concurren conjuntamente estos requisitos: a) que el deudor se encuentre en mora en el pago de las cuotas de amortización; b) que las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan, al menos: i) al 3% del valor del préstamo, si el plazo de amortización fuera inferior a diez años, o de ser a diez años, el incumplimiento se produjera dentro del periodo de los diez primeros años de dicho plazo; ii) al 5% del valor del préstamo, si el plazo de amortización es superior a diez años y el incumplimiento se produce más allá del periodo de los diez primeros años de dicho plazo; y b) que el prestamista haya requerido el pago al prestatario concediéndole al menos quince días para su cumplimiento y advirtiéndole de que, de no ser atendido, reclamará el reembolso total del préstamo. En dicho requerimiento el prestamista deberá ofrecer al prestatario la posibilidad de negociar durante el mismo plazo un acuerdo de modificación de las condiciones del préstamo. Estas reglas se establecen con carácter imperativo, y no admiten pacto en contrario.



152.- Este precepto viene acompañado de la modificación del apartado 2 del artículo 693 de la LEC y del artículo 129 de la LH, al que se añade un párrafo tercero, para adaptarlos al artículo 15 de la ley proyectada, al que se remite cuando se trate de préstamos o créditos a los que este se refiere.

153.- Para valorar la bondad de haber incluido este precepto, en principio ajeno a la Directiva, deben tenerse cuenta los siguientes antecedentes.

1º. Uno de los grandes problemas que tiene planteados actualmente la jurisdicción civil es el de cómo proceder ante la generalizada declaración de nulidad de las cláusulas de vencimiento anticipado que fundan la práctica totalidad de las ejecuciones hipotecarias en litigio. Y ello en función de la objetiva abusividad derivada de contemplar cualquier incumplimiento del prestatario como causa de vencimiento de la obligación de restituir el préstamo. No ha servido de lenitivo a tal conclusión la norma dispositiva contenida en el art. 693 LEC.

2º. Ello ha determinado que se adoptaran diversas posturas jurisdiccionales (básicamente, la continuidad del procedimiento hipotecario o el sobreseimiento con reenvío al procedimiento ordinario, ahora fundado en el art. 1124 C.c.) que han culminado con el planteamiento de una cuestión prejudicial por la Sala 1ª del TS (Auto de Pleno de 8 de febrero de 2017, Asunto Prejudicial C-70-717) precedida de planteamientos similares instados desde otros Tribunales españoles (C-92/16 y C-167/16).

3º. Con tales precedentes, la mayoría de las Audiencias (Junta sectorial de Magistrados de Secciones Civiles de Madrid de 14 de febrero de 2017, y Acuerdos de Unificación de criterios de las Secciones Civiles de la Audiencia Provincial de Barcelona de 10 de febrero de 2017, entre otros muchos), han suspendido la tramitación de los procedimientos hipotecarios a la espera de un pronunciamiento del TJUE que se intuye lejano, al haberse rechazado la tramitación acelerada de tal cuestión fundada en el art. 105 del Reglamento de Procedimiento.

154.- La descrita realidad conduce a la oportunidad de zanjar la absoluta inseguridad jurídica actualmente existente sobre la materia y hacerlo, como adecuadamente se efectúa (artículo 15.2) mediante una norma imperativa respetuosa con los intereses del consumidor y con el adecuado equilibrio



contractual de una y otra parte que resulte inmune a la valoración de una eventual abusividad.

155.- No obstante lo anterior, y teniendo en cuenta la ajenidad del tema a las exigencias de trasposición de la Directiva, quizás fuera oportuno extraerla del articulado de la ley e incluirla en una sede sistemáticamente más adecuada –fundamentalmente con ocasión de la regulación del préstamo del C.c.-, de igual manera que también pudiera resultar oportuno reconducir el ámbito de la regla imperativa al ámbito subjetivo en que se ha planteado el conflicto que debe ser resuelto: los supuestos de contratación de préstamos hipotecarios entre profesionales y usuarios en el sentido con el que unos y otros son conceptuados por la normativa europea.

156.- Junto con lo anterior, cabe hacer una serie de consideraciones. En primer lugar, el artículo 15 tiene vocación de establecer la regla del vencimiento anticipado de los préstamos o créditos –que sirve a la vez de garantía a las entidades de crédito ante una morosidad excesiva, y de garantía a los prestatarios, ante la reclamación de aquellas en supuestos de incumplimientos mínimos-, extendiéndolos no solo a los préstamos o créditos garantizados con hipoteca, sino también a los que tengan por finalidad la adquisición de bienes inmuebles para uso residencial, cuando en uno y otro caso, el prestatario sea persona física.

157.- La regla contiene una omisión absolutamente relevante pues, en contra de los objetivos de la Ley, omite la protección del garante o titular de la garantía hipotecaria (tercero poseedor de los bienes hipotecados en terminología más adecuada), ya que, según el Anteproyecto, lo determinante para el ámbito de aplicación de la norma proyectada es que el prestatario sea una persona física (artículo 15.1), obviando los supuestos en que se trata de una persona jurídica entidad societaria garantizada hipotecariamente con la vivienda de una persona física o avalado el préstamo por persona física.

158.- Por todo ello, en coherencia con los objetivos de la Ley (artículo 1), debe incluirse la protección no sólo de las personas físicas deudoras sino también de las fiadoras o garantes de préstamo, en nuestro caso al hipotecante no deudor, dado lo señalado en el ATJUE de 19 de noviembre de 2015, as. C-74/15, Tarcau, (ECLI:EU:2015:772 ), y el procedimiento sancionador 8841/16 que sobre esa materia tiene abierto España.



159.- El artículo 693.2 de la LEC, puesto en relación con su apartado primero, contempla la posibilidad de que el acreedor hipotecario pueda declarar vencida la obligación y reclamar la totalidad de lo adeudado por capital e intereses si se hubiese convenido con el prestatario tal facultad en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, y este convenio conste en la escritura de constitución y en el asiento respectivo.

160.- La previsión del artículo 693.2 LEC, incluida en el Capítulo V del Título IV de la Ley rituarial, que contiene las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados, se refiere a todo deudor hipotecario y a todo bien hipotecado, por lo que no coincide con el ámbito personal y material de aplicación de la normativa propuesta.

161.- Por otro lado la remisión al artículo 15 del APL, conforme a la modificación del artículo 693.2 que propone la Disposición final cuarta, apartado 2, no se corresponde completamente con el ámbito subjetivo y objetivo del artículo 693 de la LEC, y al referirse no solo a los préstamos o créditos garantizados mediante hipoteca, sino también a aquellos cuya finalidad sea la adquisición de bienes inmuebles de tipo residencial, no es sistemáticamente coherente con el contenido del Capítulo de la LEC donde se sitúa el precepto cuya modificación se pretende, referido a la ejecución hipotecaria.

162.-El artículo 15 no establece que la facultad de vencimiento anticipado esté condicionado a que se haya convenido tal facultad y a que dicho convenio conste en el contrato y en, su caso, en el asiento respectivo. Estos condicionantes se encuentran en el primer inciso del apartado segundo del artículo 693, en la redacción propuesta ("*P*)odrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses en los términos en los que así se hubiese convenido en la escritura de constitución y consten en el asiento respectivo"), pero tal y como está redactado el precepto, que a continuación remite al artículo 15 de la ley proyectada en los casos contemplados por este, puede conducir a considerar que en estos casos no es preciso el convenio, sino que el vencimiento anticipado podrá tener lugar siempre que se den los supuestos que establece, lo que se refuerza por el expreso carácter imperativo de la norma y la prohibición de pacto en contrario. Y lleva a la interpretación de que, en los contratos de préstamos hipotecarios no concertados por persona física, o que la hipoteca no recaiga sobre vivienda, pueda darse por vencida anticipadamente la obligación sin



sujeción a condición legal alguna, sino únicamente cuando se hubiese convenido, pero en los términos en que se hubiese convenido. La regulación proyectada, tal y como se ha propuesto, puede dar pie a beneficiar al acreedor, antes que al prestatario, y discrimina, por ende, a algunas categorías de ellos, de forma no coherente con el ámbito de protección de la ley proyectada.

163.- El artículo 15 establece las condiciones para el vencimiento anticipado en función del porcentaje que sobre el valor del préstamo representen las cuotas de amortización vencidas y no satisfechas, y la duración del plazo de amortización y el momento en que se produce el incumplimiento. Esta fórmula quiere atender al grado de incidencia que representa el incumplimiento en el conjunto de la obligación, lo que desde tal punto de vista parecería adecuada y se acomodaría, además, a los criterios mantenidos en la jurisprudencia europea y nacional para declarar la abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado.

164.- De igual manera, a la vista de la generalizada utilización del denominado sistema francés a través del cual se concierta la práctica totalidad de nuestros préstamos hipotecarios, puede resultar más equitativo y coherente que para la pauta porcentual que se establezca incluya no solo el capital prestado sino el conjunto integrado por la suma de capital e intereses.

165.- Debería contemplarse, además, el caso de que el incumplimiento, en los casos de plazos de amortización superiores a diez años, se produjese dentro de los diez primeros años, en cuyo caso parece aconsejable estar al porcentaje del valor del préstamo que se fije para los supuesto de contratos con plazos de amortización de diez años o inferiores. Por otra parte, debe eliminarse la referencia a "*obligación garantizada*", pues el préstamo o crédito de cuyo vencimiento anticipado se trate puede tener garantía hipotecaria sobre vivienda pero también tener por finalidad la adquisición de bienes inmueble para uso residencial.

166.- Resulta adecuada y muy importante la Disposición Transitoria 1ª. proyectada. Ha de tenerse en cuenta la objetiva y potencial bondad de la cláusula de vencimiento anticipado. Como recoge el Auto del TS de 8 de febrero de 2017 "*no toda cláusula de vencimiento anticipado es per se abusiva puesto que incluso tiene amparo en el Derecho español, puede darse el caso de que lo abusivo no sea todo el contenido de la cláusula enjuiciada sino únicamente parte de la misma que se refiere no a la*



*posibilidad general de acordar el vencimiento anticipado por incumplimiento sino el número y entidad de los pagos que determinan el vencimiento anticipado".* Es lo cierto que la abusividad deriva de la imposición como tal causa resolutoria de nimios incumplimientos que vulneran el equilibrio y la racionalidad contractual. Por ello resulta correcto regular retroactivamente, conforme a los términos de la ley –objetivamente adecuados y superadores de la abusividad– el vencimiento anticipado de los contratos que se hubieran celebrado con anterioridad a su entrada en vigor.

167.- Sin embargo, debe ponerse de relieve que una de las grandes carencias de la Ley, al menos desde el punto de vista del órgano informante, es el no llegar a solventar el problema que se plantea con la ingente cantidad de ejecuciones hipotecarias judicializadas y suspendidas en los términos anteriormente indicados. Ello hace necesario complementar el régimen transitorio contemplando la situación de tales ejecuciones, a cuyos efectos pudiera ser oportuno dar un trámite alegatorio a las partes a la vista de lo cual el Tribunal pueda decidir el sobreseimiento de la ejecución hipotecaria por no adecuarse a la nueva regulación del vencimiento anticipado, caso de que así fuera. Y ello, sin perjuicio de su ulterior planteamiento conforme a las nuevas pautas legales. Lo que no resulta adecuado es fijar el cómputo del plazo para formular alegaciones (como se hizo con el apartado 4 del artículo 695 LEC) estableciendo como *"dies a quo"* el siguiente a la entrada en vigor de la Ley en base a la idea de que *"la publicidad de la presente disposición tendrá el carácter de comunicación plena y válida a los efectos de notificación y cómputo de los plazos en esta disposición, no siendo necesario dictar resolución expresa al efecto"*.

#### *Normas sobre intereses.*

168.- Tanto la Directiva como el AL someten al principio de libertad contractual la fijación del tipo de interés remuneratorio.

169.- La Directiva contiene un escueto precepto relativo a los créditos a tipo variable, el artículo 24, que, respecto de estos contratos, impone a los Estados miembros la obligación de asegurarse de que i) todo índice o tipo de referencia utilizado para calcular el tipo deudor sea claro, accesible, objetivo y verificable por las partes en el contrato de crédito y por las autoridades competentes, y ii) los proveedores de índices para el cálculo de



los tipos deudores o bien los prestamistas conserven registros históricos de dichos índices.

170.- En la Orden EHA 2899/2011 se sigue también el principio de libertad de pacto a la hora de fijar los tipos de interés aplicables a los servicios bancarios, en operaciones tanto de crédito como de préstamo, cualquiera que sea la modalidad y plazo de la operación (artículo 4.1). Las entidades de crédito deberán poner a disposición de los clientes, debidamente autorizados, los tipos de interés habitualmente aplicados a los servicios que prestan con mayor frecuencia, en un formato unificado, conforme a los términos específicos que determine el Banco de España (artículo 4.2).

171.- Los artículos 26 y 27 distinguen entre los tipos de interés variable (artículo 26) y los tipos de interés oficial, que son los de referencia (artículo 27). Como se ha avanzado, la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, ha modificado el artículo 27 de la Orden EHA 2899/2011, y en su Disposición adicional decimoquinta se sustituyen, con efectos de 1 de noviembre de 2013, los tres tipos de interés de referencia siguientes: i) el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para la adquisición de vivienda libre concedidos por los bancos; ii) el tipo de interés medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisiciones de vivienda libre, concedidos por las cajas de ahorro; y iii) el tipo activo de referencia de las cajas de ahorro. Estos tipos oficiales serán sustituidos, con efectos desde la siguiente revisión de los tipos aplicables, por el tipo o índice de referencia sustitutivo previsto en el contrato. Y en defecto del tipo o índice de referencia previsto en el contrato, o en caso de que este fuera alguno de los índices o tipos que desaparecen, la sustitución se realizará por el tipo de interés oficial denominado «tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España», aplicándole un diferencial equivalente a la media aritmética de las diferencias entre el tipo que desaparece y el citado anteriormente, calculadas con los datos disponibles entre la fecha de otorgamiento del contrato y la fecha en la que efectivamente se produce la sustitución del tipo.

172.- La sustitución de los tipos de conformidad con lo anterior implicará la novación automática del contrato sin suponer una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita, y sin que las partes tengan acción para reclamar la modificación, alteración unilateral o extinción del préstamo o crédito como contrapartida de la aplicación de lo dispuesto en esta Disposición.



173.- El artículo 12.2 del AL se refiere con carácter general a los contratos de préstamo con tipos de interés variable, y reproduce las condiciones de claridad, objetividad y verificabilidad exigidas por la letra a) del artículo 24 de la Directiva, si bien añade dos previsiones más, consistentes en que el cálculo de los intereses sea a coste de mercado y no sean susceptibles de influencia por el propio prestamista, o en virtud de acuerdos con otros prestamistas o prácticas conscientemente paralelas, y que los datos que sirvan de base al índice o tipo sean agregados de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo, que ya se contienen en el artículo 26.1 de la Orden EHA 2889/2011.

174.- El apartado primero de este artículo 12 dispone que el tipo de interés del préstamo no podrá ser modificado en perjuicio del prestatario durante la vigencia del contrato, salvo acuerdo mutuo de las partes formalizado por escrito, en cuyo caso el coste del crédito se deberá ajustar, al alza o a la baja, a la de un índice de referencia objetivo, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 85.3 del TRLGDC.

175.-Respecto de esta regulación cabe hacer las siguientes consideraciones:

- a) Una primera, de técnica legislativa, conduce a sugerir que el precepto contenido en el apartado segundo del artículo 12 se trate sistemáticamente de forma separada a su primer apartado, referido a las variaciones del tipo de interés, o previamente a este. Convendría, además, que se precisase si se refiere a cláusulas de intereses variables ya incorporadas a la redacción inicial del contrato o a acuerdos novatorios posteriores y sobrevenidos.
- b) El precepto no puede desconectarse del apartado cuarto del artículo 5 del AL, que, sin perjuicio de la libertad contractual, permite a los prestamistas la aplicación de los índices o tipos de interés de referencia que publique el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, por sí o a través del Banco de España. Esta habilitación debe moverse en todo caso en el marco que establecen tanto la Directiva, como la Ley proyectada, como, en fin, las normas con rango legal que regulan los tipos oficiales, por lo que sería deseable su ubicación en el artículo 12 del AL.
- c) La norma proyectada respeta el contenido del artículo 85.3 del TRLGDCU, que, si bien considera abusivas, por vincular el contrato a la voluntad del empresario, las cláusulas que reserven en favor de este facultades de modificación del contrato, salvo que concurren motivos válidos especificados en el mismo, exceptúa sin embargo a



los contratos referidos a servicios financieros en los cuales el empresario se haya reservado la facultad de modificar sin previo aviso el tipo de interés adeudado por el consumidor o al consumidor, así como el importe de otros gastos relacionados con los servicios financieros, cuando aquellos se encuentren adaptados a un índice, siempre que se trate de índices legales y se describa el modo de variación del tipo, o en otros casos de razón válida, a condición de que el empresario informe de ello en el más breve plazo a los otros contratantes, y estos puedan resolver inmediatamente el contrato sin penalización alguna. Esta facultad también se contempla en el artículo 22 de la Ley 16/2011, de contratos de crédito al consumo, para el supuesto de modificación del coste total del crédito, que tiene su origen en los artículos 10.2 f) y 11 de la Directiva 2008/48/CE. En este, sin embargo, se determina con precisión el contenido del acuerdo novatorio, que comprende la indicación de los derechos que contractualmente corresponden a las partes en orden a la modificación del coste total del crédito y el procedimiento a que deba ajustarse, la determinación del diferencial que se aplicará, en su caso, al índice de referencia utilizado para determinar el nuevo coste, y la identificación del índice utilizado o, en su defecto, una definición clara del mismo y del procedimiento para su cálculo, siendo preciso que los datos que sirvan de base al índice se agreguen de acuerdo con un procedimiento objetivo. Sería aconsejable que estas prevenciones se predicaran también de las variaciones del coste de los créditos objeto de la ley proyectada, en garantía de la mejor tutela de los derechos de los prestatarios.

- d) Es conveniente que el prelegislador incorpore los requerimientos sobre la información de los cambios de tipo deudor contenidos en el artículo 27 de la Directiva 2014/17.

176.- El artículo 16 AL, por su parte, es proyección de lo dispuesto en el artículo 114.3 de la Ley Hipotecaria –introducido por la Ley 1/2013- a los contratos de crédito con garantía hipotecaria que quedan dentro del ámbito de aplicación de la futura ley. Esta previsión viene acompañada de la modificación por la Disposición final primera, apartado tres, del Anteproyecto, del artículo 114.3 de la Ley Hipotecaria, que pasa a tener la misma redacción que el apartado primero del artículo 16 proyectado.

177.- Pues bien, para la valoración de este precepto han de tenerse igualmente en cuenta los antecedentes concurrentes. En este sentido, la delimitación de la legalidad de los intereses de demora contenidos en las



escrituras de préstamo con garantía hipotecaria, que obviamente sirven para definir la cantidad adeudada cuyo impago desencadena el proceso de realización de valor de la garantía, resulta especialmente conflictiva en el ámbito de nuestros Tribunales civiles al haber incidido sobre ellos múltiples declaraciones jurisdiccionales de abusividad.

178.- Ante la disparidad existente y la falta de una norma que regulara con carácter imperativo la cuestión, la Sala 1ª del TS (STS 705/2015 de 23 de diciembre, 79/2016 de 18 de febrero y 364/2016 de 3 de junio, cit.) aplicaron -como ya ha quedado expuesto en las Consideraciones Generales de este informe-, como límite de la abusividad dos puntos porcentuales sobre el interés remuneratorio.

179.- Sin embargo, una vez más, persisten en nuestro Tribunales las dudas sobre cómo integrar, en su caso, la declaración de abusividad de los intereses moratorios, existiendo diversas posturas que van desde la imposibilidad percibir interés alguno, ni tan siquiera remuneratorios, a la de percibir éstos o incluso a la poderse reclamar el 2 % adicional considerado no abusivo.

180.- Tal disparidad, y el planteamiento previo de cuestiones prejudiciales ante el TJUE sobre esta cuestión (as. C-96/16), ha determinado nuevamente que la Sala 1ª del TS, mediante Auto de 22 de febrero de 2017, haya planteado al TJUE, mediante la oportuna cuestión prejudicial, la correspondiente petición aclaratoria de la adecuación a la normativa de la UE de las diversas opciones posibles.

181.- Ello determina, de nuevo, una situación de inseguridad sobre una cuestión tan relevante en tanto no se produzca el pronunciamiento, previsiblemente dilatado en el tiempo, del TJUE, lo cual aconseja que el legislador, como así se hace en el Anteproyecto, asuma la decisión de sancionar imperativamente el alcance de la abusividad por referencia a los intereses moratorios.

182.- Sin embargo, a estos efectos, y a diferencia de lo que ocurre a propósito del vencimiento anticipado, la Directiva sí que contiene ciertas pautas sobre el particular en su artículo 28, referido a las "Demoras y ejecución hipotecaria".

183.- De esta manera, su apartado 2 establece que *<<2. Los Estados miembros podrán exigir que, si se permite al prestamista definir e imponer recargos al consumidor en caso de un impago, esos recargos no excedan de*



*lo necesario para compensar al prestamista de los costes que le acarree el impago>>.*

184.- Adicionalmente el apartado 3 establece que: << 3. Los Estados miembros podrán autorizar a los prestamistas a imponer recargos adicionales al consumidor en caso de impago. Los Estados miembros que se acojan a esta posibilidad determinarán el valor máximo de tales recargos>>.

185.- Los apartados transcritos responden a dos lógicas claramente diferenciadas. El apartado 2 contempla la lógica indemnizatoria del interés de demora, con el cual se atiende al perjuicio real que se causa al prestamista a causa del incumplimiento, mientras que el apartado 3 obedece a una lógica disuasoria o punitiva permitiendo recargos adicionales que, con tal finalidad disuasoria, excedan el perjuicio económico del prestamista, si bien delimitando el valor máximo de tales recargos.

186.- Frente a tales exigencias, la norma analizada carece de toda justificación de su alcance, que fija en el triple del interés legal, y sin argumento o explicación alguna para justificar la falta de adecuada trasposición del mandato contenido en los referidos apartados 2 y 3 del art. 28, sanciona con carácter imperativo un criterio que excede todas las pautas que actualmente pudieran servir como orientación sobre la materia.

187.- Ha de recordarse (vid. apartados 58 y 59 de este Informe) que, conforme ya se analizó por el Tribunal Supremo en su Sentencia del Pleno 364/2016, de 3 de junio (cit.), la existencia del tope legal que estableció el art. 114.3 de la L.H., similar al contenido en el Anteproyecto, no excluía el potencial carácter abusivo de aquellos intereses moratorios que respetaran tal limitación pues, en definitiva, podía resultar desproporcionadamente alto para el consumidor. El Anteproyecto veda tal posibilidad, pues sanciona con carácter imperativo, y por ende imposibilita su puesta en cuestión por el consumidor, lo que la citada jurisprudencia apoyada en la del TJUE consideraba podía resultar abusivo.

188.- En este sentido, no se expone ni se alcanza a comprender cuál sea la razón en función de la cual el perjuicio económico causado a la entidad de crédito con la demora se sitúe en el límite que fija el Anteproyecto. Máxime teniendo en cuenta que en el actual precio del dinero ronda el 0 % de forma que los costes de refinanciación de la deuda impagada –con los que a priori se pueden identificar los daños reales del prestamista-- no excederán en mucho tal porcentaje.



189.- Por otro lado una de las regulaciones de los intereses moratorios que toman por base el interés legal, y no el remuneratorio pactado, es el de la demora a favor de la Hacienda Pública, que está fijado en el 125 % de dicho interés legal, es decir, en la actualidad el 3,75 %. Interés muy lejano al del 300 % que contiene la norma del Anteproyecto.

190.- Ha de tenerse en cuenta, como se ha dicho, que en la actualidad resulta generalizadamente habitual que, siguiendo las pautas fijadas por la Sala 1ª, las escrituras de préstamo hipotecario contenga un pacto donde los intereses moratorios se fijan en un incremento de dos puntos respecto del remuneratorio, por lo que tal realidad choca frontalmente con una norma, de aparente protección del usuario, en la que consta la fijación de un interés imperativo que excede con mucho lo que los predisponentes están incluyendo en sus cláusulas no negociadas.

191.- En definitiva debe reconducirse la norma apuntada bien a las pautas establecidas por el Tribunal Supremo en la jurisprudencia citada, bien a otros criterios que, en todo caso, deberán justificar razonadamente, tal y como exige la Directiva, el componente indemnizatorio y el componente punitivo que en ellas se contenga.

192.- Por otra parte, como ya se ha indicado a propósito del vencimiento anticipado, la sede natural de la regla que se contempla pudiera ser el Código civil, en materia de préstamo, y su ámbito subjetivo el de las relaciones entre profesionales y consumidores.

193.- Y, al igual que ocurre en materia de vencimiento anticipado, y sobre la base de que el interés que se fije no sea potencialmente abusivo o desproporcionado, como lo es el proyectado, parece de nuevo razonable la aplicación retroactiva de la norma a los contratos vigentes y la posibilidad de recalcular para operar la ejecución hipotecaria en aquellos supuestos que hayan superado el obstáculo que para la continuidad del proceso de ejecución representa lo indicado respecto del régimen transitorio del vencimiento anticipado.

194.- Lo que no parecería adecuado es, caso de persistirse en el límite que fija el APL, el establecimiento retroactivo de este interés –con carácter imperativo-, desde el momento en que supera con creces el que habitualmente se está conviniendo en la actualidad en los préstamos con garantía hipotecaria.



## **G.- Aspectos de la Directiva no incorporados a la ley nacional de transposición.**

195.- El prelegislador ha prescindido de transponer diversas normas de la Directiva relativas a aspectos relevantes, como son el cálculo de la TAE (artículo 17), la obligación de evaluar la solvencia del consumidor (artículo 18), la tasación de bienes inmuebles (artículo 19), acceso a bases de datos y, en algunos de sus aspectos, las directrices sobre demoras y ejecución hipotecaria (artículo 28).

196.- Esta omisión parece encontrar justificación en que algunos de los aspectos regulados por tales normas se encuentran contemplados por normas internas. Tal cosa sucedería con la TAE, regulada en los artículos 4 y 31 de la Orden EHA 2899/2011, así como la evaluación de la solvencia, a la que se dedica el artículo 18 de la misma Orden. También sucedería lo propio con la tasación de los inmuebles, respecto de la que tanto la Ley 1/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario –modificada por la Ley 41/2007– como la Orden ECO 805/2003, de 27 de marzo, como, en fin, la propia legislación hipotecaria y procesal civil contienen normas sobre valoración de los inmuebles a efectos de la garantía y la ejecución hipotecaria. En estos ámbitos, la Ley proyectada remite a un ulterior desarrollo reglamentario.

197.- Respecto de todos ellos, empero, parece más adecuado que sea la ley, y no disposiciones de inferior rango, vigentes o por dictarse, las que aborden su regulación con la conveniente transposición de la Directiva, cuyo carácter obligatorio, en aras a garantizar la protección que dispensa a los consumidores, recuerda su artículo 41. No puede soslayarse la importancia de que haya uniformidad en los Derechos de los Estados miembros en lo relativo al cálculo de la TAE, reflejado, por lo demás, en la FEIN, sobre la que gravita la armonización máxima buscada por la norma europea. Las normas de evaluación económica del prestatario, sobre la base de una adecuada correlación entre el capital prestado y la capacidad económica de este para devolverlo, de especial importancia para la concesión del crédito o préstamo y para la debida ejecución del contrato, así como para la estimación del riesgo derivado del mismo, presentan aspectos que afectan a la regulación del sector y al orden público económico, pero también al contenido de la propia relación contractual, y ahí, junto con la finalidad de armonización normativa, encuentra la necesidad de que las reglas sobre



evaluación se contengan en la norma legal llamada a transponer la Directiva.

198.- De este modo, las normas prudenciales de desarrollo deberían quedar circunscritas a aspectos subordinados, como los factores para verificar las posibilidades o las perspectivas de cumplimiento del prestatario, a los procedimientos de evaluación, o a la documentación o información requerida al mismo a efectos de realizar la evaluación.

199.- Por otra parte, es cierto que el legislador nacional ha ido introduciendo disposiciones encaminadas a alentar a los prestamistas a mostrarse razonablemente tolerantes antes de iniciar un procedimiento de ejecución (cfr. artículo 28.1 de la Directiva), y que ha adoptado medidas que facilitan el reembolso en aquellos casos en que la deuda no quede saldada al término del procedimiento de ejecución (artículo 28.5, segundo párrafo, de la Directiva). A estas finalidades se orientan las diversas leyes y disposiciones que incorporan medidas de protección a los deudores hipotecarios y otras medidas de carácter social, de reestructuración o refinanciación de la deuda, así como las modificaciones introducidas en distintos preceptos de la LEC, como los artículos 579 y 693.

200.- No obstante, se hace preciso incorporar también otros requerimientos derivados de la normativa y la jurisprudencia europea, algunos de los cuales, como a continuación de veré, se abordan en la Ley proyectada.

## **H.- Otras disposiciones**

### *Mecanismos alternativos de resolución de conflictos*

201.- La Disposición adicional primera, bajo el enunciado "*Mecanismos alternativos de resolución de conflictos*" prevé que el prestamista inmobiliario o el intermediario de crédito inmobiliario y el prestatario consumidor puedan someter sus conflictos al arbitraje de consumo, de mutuo acuerdo o mediante adhesión de aquellos al Sistema Arbitral de Consumo y otros sistemas de resolución de conflictos que figuren en la lista que publica la Comisión Europea sobre sistemas alternativos de resolución de conflictos con consumidores y que respete los principios establecido por la normativa europea. Los prestatarios también podrán someter unilateralmente los conflictos a los mecanismos previstos en la legislación sobre protección de clientes de servicios financieros.



202.- El apartado segundo de la misma disposición establece que los órganos arbitrales de consumo o los órganos previstos en la legislación sobre protección de los clientes de servicios financieros que intervengan en la resolución de estas reclamaciones habrán de cooperar en la resolución de los conflictos de carácter transfronterizo que se produzcan a nivel intracomunitario, a través de la Red transfronteriza de denuncia extrajudicial sobre servicios financieros o cualquier otro mecanismo habilitado al efecto.

203.- Respecto de la mencionada disposición cabe hacer las siguientes observaciones:

- a) El prelegislador establece la posibilidad, formulada en términos generales, de que los prestamistas o intermediarios de crédito inmobiliario y los prestatarios consumidores puedan acudir a mecanismos alternativos de solución de disputas (ADR) a través del arbitraje de consumo y el sistema arbitral de consumo contemplado y regulado en los artículos 57 y siguientes del TRLGDCU y en el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, si bien deja abierta a los prestatarios la alternativa de someter unilateralmente los conflictos a los mecanismos previstos en la legislación sobre protección de los clientes de servicios financieros. Debe considerarse que, además de los mecanismos del arbitraje de consumo y los previstos en la legislación protectora de los clientes de servicios financieros (cfr., ad. ex., Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero, Orden ECC/2502/2012 de 16 de noviembre, por la que se regula el procedimiento de presentación de reclamaciones ante el Servicio de Reclamaciones del Banco de España, Real Decreto 303/2004 de 20 de febrero de 2004, por el cual se aprueba el Reglamento de los comisionados para la defensa del cliente de servicios financieros, Orden Ministerial ECO/734/2004 de 11 de marzo de 2004, sobre los departamentos y servicios de atención al cliente de las entidades financieras, Orden EHA 1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago), se encuentran los mecanismos establecidos por las normas sobre protección de los deudores hipotecarios y los mecanismos de remisión, reestructuración y remisión de deudas, acuerdos extrajudiciales de pagos, dación de bienes en pago y suspensión de lanzamientos (cfr. Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, Ley



- 1/2013, de 14 de mayo, Real Decreto-ley 1/2015, de 25 de febrero y Ley 25/2015, de 28 de julio).
- b) La disposición alude, por una parte, a los sistemas de resolución extrajudicial de conflictos que figuren en la lista de la Comisión Europea sobre ADR con consumidores y que respeten los principios establecidos por la normativa europea; y por otra parte, a la cooperación que, a través de la RED FIN-NET, han de prestar los órganos arbitrales de consumo o los órganos previstos en la legislación sobre protección de los clientes de servicios financieros que intervengan en resolución de conflictos transfronterizos. A la fecha de elaboración del presente informe se encuentra pendiente de transposición al ordenamiento interno la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, y por la que se modifica el Reglamento (CE) nº 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (DOUE L 165/63, de 18.6.2013). Dicha Directiva –para cuya transposición el Gobierno ha elaborado un Anteproyecto de Ley de Resolución Alternativa de Conflictos de Consumo, en fase de tramitación-, es tributaria de las Recomendaciones de la Comisión Europea 98/257/CE, de 30 de marzo de 1998, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial en materia de consumo, y 2001/310/CE, de 4 de abril de 2001, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo, así como de la Resolución del Consejo Europeo de 25 de mayo de 2000, relativa a la creación de una red comunitaria de órganos de solución de conflictos, por cuya virtud son notificadas a la Comisión Europea las Juntas Arbitrales de Consumo como órganos que acreditan el cumplimiento de la Recomendación 98/257/CE. Es asimismo tributaria de la Comunicación de la Comisión Europea de 13 de abril de 2011, por la que se identificó como una prioridad para el Mercado Único la regulación de una legislación sobre resolución alternativa de conflictos, incluidos los relativos al comercio electrónico.
- c) La Directiva 2013/11 no establece procedimientos de solución de conflictos, pero sí contempla la configuración de entidades de resolución extrajudicial de conflictos en materia de consumo sometidos a los principios que ella misma recoge, estableciendo los requisitos de calidad armonizados con el fin de asegurar el acceso de los consumidores y empresarios a entidades de resolución alternativa de alta calidad, articulando los mecanismos de comunicación de dichas entidades a la Comisión Europea así como las obligaciones de información y cooperación, y estableciendo una plataforma europea



que facilite la resolución extrajudicial de conflictos, incluidos los derivados de la contratación en línea.

- d) La previsión contenida en la Disposición adicional primera del AL precisa, por tanto, de la necesaria transposición al ordenamiento interno de la Directiva 2013/11 para la plena efectividad, no solo de esta, sino de la Disposición adicional ahora examinada; al tiempo que, junto con las pertinentes modificaciones en la regulación del arbitraje de consumo, se ha de valorar la conveniencia de que para la resolución, con carácter vinculante o no, de conflictos de consumo referidos al sector financiero, y particularmente el relativo a créditos inmobiliarios, sólo esté acreditada y notificada una entidad constituida por ley, con la correspondiente regulación del sistema institucional del cliente financiero y su organización y funciones, sin perjuicio de que las entidades de resolución alternativa de conflictos relativos a todos los sectores económicos puedan conocer también de este tipo de conflictos, siempre que ambas partes, con carácter voluntario, lo acepten.

*Régimen especial en los procesos de ejecución en curso a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, de 14 de mayo.*

204.- La Disposición transitoria tercera del AL tiene por objeto dar cumplimiento a las exigencias derivadas de la STJUE de 29 de octubre de 2015, que declaró no ajustada al Derecho de la Unión la Disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013. Dicho criterio ha sido ratificado en la posterior STJUE de 26 de enero de 2017.

205.- Conforme a tales sentencias, la Disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013, en la medida en que prevé que los consumidores frente a los que se ha iniciado un procedimiento de ejecución hipotecaria antes de la entrada en vigor de dicha Ley –que articulaba el motivo de oposición a la ejecución ordinaria y a la ejecución hipotecaria consistente en el carácter abusivo de las cláusulas contractuales (artículos 557.1-7ª y 695.1-4ª de la LEC)- y que a fecha de entrada en vigor de la Ley no hubiesen concluido, deben observar un plazo preclusivo de un mes, computado a partir del día siguiente al de la publicación de esa misma Ley, para formular oposición a la ejecución forzosa sobre la base del carácter supuestamente abusivo de cláusulas contractuales, no permite garantizar que tales consumidores puedan aprovechar plenamente ese plazo y, en consecuencia, ejercitar efectivamente sus derechos.



206.- La Disposición transitoria analizada da suficiente cumplimiento a los requerimientos derivados de la jurisprudencia europea, al establecer que el plazo preclusivo para formular la oposición basada en el carácter abusivo de las cláusulas contractuales se computará desde el día siguiente a la notificación del auto por el que se comuniquen a las partes ejecutadas la posibilidad de formular incidente extraordinario de oposición a la ejecución basado en dicho motivo de oposición, notificación que deberá realizarse en el plazo de un mes a contar desde la entrada en vigor de la ley proyectada.

207.- Esta facultad se aplicará a los procedimientos ejecutivos que no hubiesen culminado con la puesta en posesión del inmueble conforme a lo previsto en el artículo 675 de la LEC, y siempre que en su día no se hubiese notificado personalmente al ejecutado el auto por el que se le informara de la posibilidad de formular el incidente extraordinario de ejecución, que no se hubiese formulado dicho incidente conforme a lo establecido en la Disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013, y que no se hubiese admitido la oposición al ejecutado con base en la STJUE de 29 de octubre de 2015.

208.- Cabe hacer, no obstante, las siguientes puntualizaciones a la disposición proyectada:

- a) La disposición confiere nuevo plazo para formular el incidente extraordinario de oposición en los procedimientos ejecutivos en curso a la entrada en vigor de la Ley proyectada en los que, al entrar en vigor la Ley 1/2013, hubiera transcurrido el periodo de oposición de diez días para formularla, pero no considera aquellos procesos de ejecución en los que, a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, dicho plazo estuviera en curso, y no finalizado, a los que también habría que extender la posibilidad de abrir nuevo plazo.
- b) La referencia a "auto", para aludir a la resolución por la que se comunica a las partes la posibilidad de formular el incidente extraordinario de ejecución, debe ser sustituida por el término "resolución", para acomodarse mejor a lo dispuesto en el artículo 206 1-2º y 2 de la LEC, y a las competencias de los Letrados de la Administración de Justicia en el proceso de ejecución.
- c) El nuevo plazo para formular el incidente extraordinario de oposición a la ejecución es el de diez días previsto en el artículo 556.1 de la LEC. Este plazo es inferior al plazo del mes que, a los mismos efectos, se establece en la Disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013. Sin embargo, el plazo decenal, al venir precedido de la notificación de la resolución por la que se comuniquen a las partes la



posibilidad de formular el incidente extraordinario, es suficiente, siendo, por lo demás, el plazo establecido con carácter general para oponerse a la ejecución.

- d) El plazo de un mes previsto para la notificación de la resolución por la que se comunique a las partes ejecutadas la posibilidad de formular incidente extraordinario de ejecución es, sin embargo, excesivamente amplio, y demora el efecto suspensivo de la ejecución como consecuencia de la formulación del incidente, con el riesgo de que antes de que este efecto se produzca se ponga en posesión del inmueble al adquirente.

*Modificaciones introducidas en la Ley Hipotecaria, en la Ley de Condiciones Generales de Contratación, en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y en la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

209.- La Disposición final primera modifica el artículo 12 de la LH, pero suprime la referencia a las cláusulas de vencimiento anticipado que, junto con la referencia a las cláusulas financieras, actualmente sí se encuentra en la LH, cuyo art. 12 dice que "Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por hipoteca...". En la versión anterior del Anteproyecto si se recogían. Hay que destacar que existen otros muchos supuestos de vencimiento anticipado por causas distintas al impago que al no reflejarse en la inscripción no podrían dar lugar a la ejecución por el procedimiento especial de ejecución hipotecaria. Ello hace que la supresión sea incongruente con la protección del consumidor.

210.- Por otra parte, al añadirse un párrafo tercero al artículo 129 LH se alude al ejercicio de la "acción hipotecaria", lo que es impropio, pues el precepto regula uno de los procedimientos para realizar el valor del bien hipotecado, cual es la venta extrajudicial del inmueble.

211.- El apartado quinto de la Disposición final segunda del AL modifica el apartado segundo del artículo 258 de la LH para establecer la denegación de la inscripción en el Registro de la Propiedad de aquellas cláusulas de los contratos que sean contrarias a normas imperativas o prohibitivas o hubiesen sido declaradas nulas por abusivas por sentencia del Tribunal Supremo con valor de jurisprudencia o por sentencia firme inscrita en el Registro de Condiciones Generales de Contratación.



212.- La Disposición final segunda, por su parte, modifica el apartado cuarto del artículo 11 de la LCGC, eliminando la posibilidad, hasta ahora contemplada, de que en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación se inscriban, cuando se acredite suficientemente al Registrador la persistencia en su utilización, cláusulas declaradas judicialmente nulas. En la redacción propuesta, se establece la obligatoriedad de la remisión al Registro de Condiciones Generales de las sentencias firmes dictadas en acciones colectivas o individuales por las que se declare la nulidad, cesación o retractación en la utilización de condiciones generales abusivas.

213.- Paralelamente, la Disposición final séptima modifica el artículo 84 del TRLGDCU para adecuarla al contenido propuesto del artículo 258.2 de la LH, y el apartado primero de la Disposición final cuarta modifica el apartado cuarto del artículo 212 de la LEC para establecer la remisión de oficio por el órgano judicial al Registro de Condiciones Generales de Contratación de las sentencias firmes dictadas en acciones colectivas o individuales por las que se declare la nulidad, cesación o retractación en la utilización de condiciones generales abusivas.

214.- Las modificaciones propuestas inciden, por tanto, en las competencias de los notarios y registradores para denegar la autorización o la inscripción de los negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas que sean contrarias a normas imperativas o prohibitivas o que hubieran sido declaradas abusivas en sentencia del Tribunal Supremo con valor de jurisprudencia o por sentencia firme inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación; al que habrán de remitirse, de oficio, las sentencias firmes dictadas en acciones individuales o colectivas por las que se declare la nulidad, cesación o retractación en la utilización de condiciones generales abusivas. Se elimina, de esta forma, la posibilidad del acceso al Registro de las cláusulas declaradas judicialmente nulas cuya utilización persistente se acredite al Registrador, y se refuerza la inscripción de las sentencias estimatorias de las acciones de nulidad, de cesación o retractación en el uso de condiciones generales abusivas. Con ello se potencia la seguridad del Registro, y por ende la seguridad jurídica, sin restar competencias a fedatarios públicos y registradores en orden a autorizar e inscribir los negocios jurídicos que contengan cláusulas nulas.

215.- Debe, con todo, puntualizarse que, puesto que han de remitirse al Registro para su inscripción todas las sentencias firmes por las que se declare la nulidad, cesación o retractación en la utilización de condiciones generales abusivas, y entre ellas se encontrarán las dictadas por el Tribunal Supremo, parece innecesaria la distinción entre aquellas y estas, y no



resulta muy coherente referirse a las sentencias del Alto Tribunal que tengan valor de jurisprudencia –y como tales habrá de entender aquellas que contengan doctrina reiterada, ex artículo 1.6 CC, así como aquellas a las que, al resolver los recursos de casación por interés casacional, establezca la doctrina jurisprudencial ex artículo 487.3 LEC- junto con las sentencias firmes estimatorias de toda procedencia.

216.- Por otra parte, parece errónea la previsión de modificación del apartado cuarto del artículo 212 de la LEC para establecer la obligación de remisión de oficio de las sentencias firmes al Registro de Condiciones Generales de la Contratación, pues este precepto, en su redacción actual, establece la obligación de los Letrados de la Administración de Justicia de insertar en los autos certificación literal de las sentencias y demás resoluciones definitivas, precepto del que no parece oportuno prescindir. Más que una modificación de este apartado, la propuesta debe entenderse en sentido de añadir un nuevo párrafo, y no de modificar el único de este apartado. Y debería contemplarse la necesidad de que la certificación que extienda a efectos de la inscripción registral de las resoluciones ha de contener todos los datos que permitan la identificación de las cláusulas sobre las que recae el pronunciamiento judicial.

217.- Y debe puntualizarse que la Disposición final séptima, de modificación del artículo 84 del TRLGDCU, es técnicamente censurable en la medida en que en materia de consumidores rige el principio de conservación del contrato en beneficio del consumidor en caso de abusividad de una de sus cláusulas, que quedará excluida sin moderación, pero manteniéndose la validez del resto del contrato. Ello implica que lo procedente, en caso de existir una cláusula nula, no es denegar la autorización o inscripción de la hipoteca, sino la exclusión de dicha cláusula concreta.

218.- Por otra parte, la modificación propuesta revela las incongruencias sistemáticas del objeto que la Ley trata pues permite denegar universalmente la autorización de la escritura y la ulterior inscripción cuando únicamente podría justificarse tal efecto en relación con la protección que se dispensa a los consumidores. Por ello es estrictamente imprescindible acotar el ámbito de esta disposición con toda claridad (no sólo por su ubicación sistemática) a los supuestos de contratos con intervención de consumidores.



219.-Sería, en fin, sistemáticamente más lógico redactar este precepto imponiendo al notario una obligación de advertencia tal y como se ha hecho con la Ley 1/2013, de 14 de mayo, al dar nueva redacción al artículo 129 de la LH, y con el apartado 2 del artículo 18 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, donde se reconduce la actuación de los notarios en relación con las escrituras en que se formalicen contratos con los consumidores de préstamos y créditos hipotecarios en que no intervengan entidades de crédito, a una labor de información y advertencia en el caso de que observen incumplimientos legales o irregularidades en la documentación e información precontractual aportada y con la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo. (Sentencia de 9 de mayo de 2013, parágrafos 157 y 198).

#### *Régimen transitorio*

220.- Con independencia de las sugerencias efectuadas en materia de vencimiento anticipado y de aplicación retroactiva de la norma imperativa, favorable al consumidor, a los procesos de ejecución en curso, la ley proyectada se aplicará a los contratos objeto de su regulación que se suscriban con posterioridad a su entrada en vigor (Disposición transitoria primera, apartado primero). Esta regla, sin embargo, presenta varias excepciones:

- a) Los supuestos de subrogación de deudor en la obligación personal con ocasión de la transmisión del bien hipotecado y de novación modificativa del contrato de préstamo (Disposición adicional sexta, apartado primero, y Disposición transitoria primera, apartado primero, segundo inciso). En tales casos, la Ley se aplicará al contrato modificado.
- b) Se aplicarán a los contratos suscritos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley las previsiones relativas al vencimiento anticipado de los contratos, cuando este tenga lugar con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley, y aunque tengan estipulación al respecto (Disposición transitoria primera, apartado tercero).
- c) Las previsiones del artículo 14 –relativas al reembolso anticipado– se aplicarán a los contratos celebrados después de la fecha de aprobación del proyecto de ley por el Consejo de Ministros (Disposición transitoria primera, apartado segundo).



221.- El régimen transitorio propuesto merece, sin embargo, las siguientes consideraciones:

1ª.- La novación subjetiva u objetiva del contrato, en la medida en que constituye mera modificación del mismo, y no la extinción del anterior y su sustitución por otro, dificulta la aplicación al contrato modificado de todas las disposiciones de la ley en proyecto, referidas o dirigidas a la fase precontractual, o a la ejecución del contrato mismo. Habrá que considerar que la aplicación de las disposiciones de la ley a los contratos novados, en lo atinente a las normas de transparencia, forma y algunos aspectos del contenido de la relación contractual, será posible en tanto puedan referirse a la negociación previa al acuerdo novatorio, o puedan quedar incorporadas como consecuencia del pacto novatorio.

2ª. De hecho, ya se ha planteado jurisdiccionalmente en no pocas ocasiones el problema de cómo integrar las exigencias precontractuales, incluso las que deben actuarse en el momento de novar el contrato, cuando el inicial prestamista, que va seguir siéndolo, ni tan siquiera acude al otorgamiento en el que se escritura la subrogación de un nuevo deudor: especialmente en los casos en que el comprador se subroga en la hipoteca constituida por el promotor sin la innecesaria presencia de éste.

3ª.- La previsión contenida en el apartado segundo de la Disposición adicional sexta, que dispone que, en los casos en que la subrogación del deudor en la obligación personal se produzca con ocasión de la transmisión del bien hipotecado, el notario no autorizará la escritura pública de la compraventa salvo que el prestamista concorra en el mismo acto y otorgue su consentimiento a dicha subrogación, deja al arbitrio del acreedor la potestad, a todas luces desproporcionada, de impedir al propietario deudor la posibilidad de vender la finca hipotecada.

4ª.- En este sentido la nueva regulación tampoco encaja con el art. 118 LH, que condiciona sólo al consentimiento del acreedor la liberación de la obligación respecto del vendedor (promotor que vende). Por ello, habría que buscar a este precepto otra redacción, como pudiera ser, muy sencillamente, que *"En caso de venta de finca hipotecada, no podrá subrogarse el comprador, además de en las responsabilidades derivadas de la hipoteca, en la obligación personal con ella garantizada, cuando tal subrogación se produzca con ocasión de la transmisión del bien hipotecado, sin que el prestamista concorra en el acto de formalización de transmisión y otorgue su consentimiento a dicha subrogación."*



5ª.- La aplicación de la norma sobre reembolso anticipado a los contratos anteriores a la entrada en vigor de la Ley, pero posteriores a la fecha de aprobación del proyecto normativo por el Consejo de Ministros, si bien persigue la finalidad de dotar de inmediata eficacia a dicha disposición, no siempre será efectiva en cuanto a la compensación prevista, pues su aplicación depende de que las partes hubiesen contemplado algunos de los supuestos previstos en el artículo 14.4. La fecha a la que limita el efecto retroactivo de esta norma no se encuentra, por lo demás, suficientemente explicada.

6ª.- La aplicación del precepto sobre vencimiento anticipado (artículo 15) a los contratos celebrados con anterioridad a la vigencia de la Ley, si bien no se trata en rigor de un supuesto de aplicación retroactiva de la norma, debería quedar limitada a los contratos en los que se hubiera pactado el vencimiento anticipado, en coherencia con lo expuesto al examinar el artículo propuesto que lo regula.

#### *Título competencial*

222.- La Disposición final duodécima establece:

<<Esta ley se dicta al amparo de lo establecido en el artículo 149.1.6.ª, 11.ª y 13.ª de la Constitución Española atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre legislación mercantil, bases de la ordenación de crédito, banca y seguro, registros e instrumentos públicos y bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, respectivamente>>.

Evidentemente, el título competencial que ampara las modificaciones incorporadas en relación con la Ley Hipotecaria encuentren su cobertura en el art. 149.1.8ª de la Constitución, cuya referencia en esta disposición por tanto debe añadirse aquí.

## **VI. CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** El Anteproyecto de Ley que se somete a informe tiene por objeto, esencialmente, la incorporación al ordenamiento español del régimen de protección previsto en 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 2008/48/CE y



2013/36/UE y el Reglamento (UE) nº 1093/2010 (en lo sucesivo, la Directiva 2014/17).

El prelegislador ha optado por llevar a cabo la transposición de la Directiva 2014/17 mediante una ley que no incorpora la totalidad de las previsiones de la norma europea, y lo hace tardíamente, pues la Directiva debía transponerse antes del 21 de marzo de 2016, lo que ha llevado a la Comisión Europea a demandar al Reino de España ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por incumplimiento.

La norma proyectada renuncia de este modo a incluir en su contenido requerimientos derivados de la norma europea, y en otros casos, incorpora otros aspectos no regulados en ella en uso de la autorización que se contiene en la misma. Y, al mismo tiempo, el prelegislador ha renunciado a regular, de forma completa y sistemática, las normas de transparencia y el régimen de los operadores en la contratación inmobiliaria, eliminado la dispersión normativa, y proporcionando con ello mayor claridad y seguridad jurídica.

**SEGUNDA.-** El prelegislador, en lugar de incorporar al texto legal las normas sobre la información básica que deba figurar en la publicidad (artículo 11 de la Directiva), la información general que deben ofrecer los prestamistas (artículo 13), la información precontractual (artículo 14), y, en general, las restantes normas de transparencia y protección del prestatario, incluidas, las relativas a la evaluación de solvencia y la valoración de las garantías inmobiliarias, ha recogido unos principios generales de actuación y ha dejado para un ulterior desarrollo reglamentario la concreción de tales aspectos que no parece aconsejable desde el punto de vista de técnica legislativa.

**TERCERA.-** La Disposición adicional quinta del AL tiende a garantizar la homogeneidad en la normativa básica de transparencia y un grado homogéneo de protección al consumidor, lo que, por ende, redundará en el cumplimiento de los objetivos de la norma europea, por lo que debe ser valorada positivamente.

**CUARTA.-** Uno de los grandes problemas que, estando aún larvado, puede afectar muy significativamente al funcionamiento de los Tribunales civiles radica en la eventual abusividad de las cláusulas que imponen al prestatario el pago de todos los gastos, incluidos los tributarios, que genera la concertación del préstamo hipotecario.



A partir de la constatación de un hecho que afecta a millones de hipotecas, el problema se centra en determinar los ulteriores efectos de tal abusividad, pues es necesario tener un criterio de imputación de tales gastos. Ciertamente el problema no debe existir en orden a la repercusión de los gastos de índole tributaria, pues es la norma fiscal la que determina el sujeto pasivo del impuesto, resultando ajena a ello la jurisdicción civil. No ocurre lo mismo con los gastos notariales y registrales para los que, no hay en principio criterio normativo alguno.

A juicio de este CGPJ, teniendo en cuenta que el Anteproyecto regula otras cuestiones ajenas a la Directiva pero urgidas también de solución legislativa (vgr. vencimiento anticipado e intereses de demora), puede resultar oportuno abordar también legislativamente esta materia, sustrayéndola de la autonomía de la voluntad en las relaciones entre profesionales y consumidores toda vez que es materia generalizadamente proclive a la abusividad.

**QUINTA-** Mientras que el ámbito material de aplicación que se deriva del artículo 2.1 a) y b) del AL (artículo 2.1, a y b) coincide en esencia con el que establece el artículo 3.1 de la Directiva 2014/17, la Ley proyectada extiende su ámbito subjetivo de aplicación a los prestatarios –y a los garantes y titulares de la garantía- que sean personas físicas, no exclusivamente consumidores, para aplicar el régimen de protección que dispensa también a los trabajadores autónomos, categoría esta de empresario que la Directiva deja expresamente al margen de su ámbito de aplicación [cfr. Considerando (11)].

El prelegislador, sin embargo, no acierta a definir con claridad el objeto y ámbito de aplicación de la ley proyectada. Falta establecer con nitidez el alcance objetivo y subjetivo del texto proyectado, que no recoge, por ende, ninguna de las definiciones que, como conceptos autónomos, contiene el artículo 4 de la Directiva. Si lo que el prelegislador persigue, al ampliar el marco subjetivo de aplicación de la ley con relación al de la Directiva, es contemplar no solo a los consumidores, sino a otros contratantes débiles o vulnerables frente a prestamistas o intermediarios profesionales, debería establecer con precisión y de forma coherente quiénes, y en qué casos, son los destinatarios del régimen de protección que dispensa la norma proyectada.

**SEXTA.-** El artículo 3 declara el carácter irrenunciable de las disposiciones de la Ley y de las normas que la desarrollen.



El precepto adolece de cierta imprecisión y resulta un tanto incompleto: pues alude a las disposiciones de esta ley "y en sus normas de desarrollo", lo que no es semánticamente correcto –debería decir "y las contenidas en sus normas de desarrollo", o una expresión similar-, refiere la indisponibilidad a las normas y, pese al título del precepto, no alude al carácter irrenunciable de los derechos conferidos a los destinatarios del régimen que establece y regula, ni a las consecuencias –la nulidad- de la renuncia previa a tales derechos, o la nulidad de los actos realizados en fraude de ley, en los términos contemplados en el artículo 10 del TRLGDCU.

**SÉPTIMA.-** Respecto de la enunciación de los principios de actuación que contiene el artículo 4 AL, que incorpora en lo esencial las previsiones del artículo 7.1 y 2 de la Directiva, parece oportuno incidir en que, aunque pueda considerarse que se encuentran implícitos en los principios de actuación enunciados, debería hacerse expresa mención en ellos a los principios de buena fe y de objetividad, de especial relevancia en este ámbito de contratación por las especiales repercusiones que pueden derivarse para los prestatarios y sus familias. Por otra parte, sería aconsejable insistir en que tales principios de actuación no solo han de darse en la contratación propiamente dicha–incluida la fase precontractual-, sino incluso en la fase de preparación de la contratación seriada, específicamente en la elaboración previa de los condicionados o clausulados tipo por parte de los prestamistas. Y, aunque los principios aparecen referidos a la actividad relacionada con la concesión de préstamos inmobiliarios, la alusión a los servicios de asesoramiento sobre el crédito que se contiene en el apartado segundo del artículo 4 resulta un tanto asistemática, y no guarda estricta correlación con los dispuesto en el artículo 10.5 del texto proyectado, que se refiere al cumplimiento de los requisitos establecidos por el Gobierno para la prestación del servicio de asesoramiento.

Resultaría aconsejable, por otra parte, que el texto proyectado incorporase tales principios y reglas de actuación en el servicio de asesoramiento en la contratación inmobiliaria de forma sistemática y completa, trasladando fielmente a la norma nacional las previsiones de la norma europea sobre este particular, resultando insuficiente la regulación que hace el artículo 10 de la Orden EHA 2289/2011.

**OCTAVA.-** El prelegislador no ha incorporado las disposiciones relativas a la información básica que debe figurar en la publicidad, lo que debía haber hecho -como se hizo en la Ley de Crédito al Consumo (cfr. artículo 9)- sin



remitir a un posterior desarrollo reglamentario, tanto más cuanto de conformidad con el artículo 61 del TRLDCU, la publicidad integrará el contenido del contrato. La normativa vigente no satisface en su integridad los requerimientos de información publicitaria derivados de la Directiva.

Tampoco ha trasladado en su integridad el contenido de las disposiciones relativas a la información general ni a la información precontractual personalizada.

**NOVENA.-** El prelegislador debía haber aprovechado la ocasión para clarificar el carácter obligatorio de la oferta vinculante y para transponer correctamente el artículo 14.3 de la Directiva.

Por otra parte, el texto proyectado no contempla el periodo de reflexión más que como tal, y no como un plazo para ejercer el derecho de desistimiento, conforme autoriza el apartado 6 del artículo 14 de la Directiva. Hubiera sido aconsejable introducir la regulación de este derecho, como hace el artículo 28 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo (LCCC).

**DÉCIMA.-** El artículo 6 es trasunto parcial de lo dispuesto en el artículo 14.7 de la Directiva, y contiene una norma con proyección probatoria, en la medida en que el acta que levante el notario tras verificar que se ha dado cumplimiento a las normas de transparencia constituye una presunción *iuris tantum* de que el principio de transparencia se ha cumplido en su aspecto material. La extensión del acta está condicionada, por tanto, a la verificación del cumplimiento de la entrega al prestatario de la documentación mencionada en el artículo 5.1 y a la verificación del plazo de reflexión, que debe realizar el fedatario, sin que pueda bastar la manifestación del prestatario en tal sentido, como tampoco es bastante la afirmación de que comprende y acepta el contenido de los documentos contractuales. El valor presuntivo del acta ha de estar fundamentado en una comprobación activa por parte del notario, y no derivar de un mero acta de manifestaciones. Es más que discutible que, sin tal comprobación activa por parte del fedatario, la mera manifestación del prestatario de la comprensión y aceptación del contenido contractual pueda servir para tener por satisfecho, con apoyo en la presunción prevista en el artículo 6 AL, el control de incorporación y de transparencia, desplazando hacia el prestatario la carga de desvirtuar la presunción del cumplimiento de las normas de transparencia. Debería, por tanto, incidirse en que la simple



manifestación del prestatario en tales términos no conlleva por sí mismo el efecto presuntivo previsto en la norma.

También con relación al artículo 6 cabe añadir las siguientes consideraciones:

- e) El apartado quinto del artículo 6 establece la presunción de que se ha integrado la exigencia de transparencia material derivada del hecho de haberse elaborado el Acta notarial.
- f) Tal planteamiento supone una alteración de la carga de la prueba que, sin duda, en cuanto a los elementos fácticos determinantes de la transparencia material, debe ser integrado por el prestamista, y en ningún caso por el prestatario. De esta manera, con la redacción propuesta, deberá ser el prestatario el que acredite que, a pesar de haberse redactado el acta, no puede considerarse integrado el principio de transparencia material. Esta presunción es, pues contraria tanto a la naturaleza de la función notarial, como a los intereses de los consumidores que sufren como consecuencia de la presunción una inversión de la carga de la prueba. En este sentido esta norma de "protección del consumidor" terminaría siendo contraproducente. En ningún caso una labor de "asesoramiento" puede terminar generando ese efecto pretendido de presunción de cumplimiento del principio de transparencia, pues implica atribuir a dicha función (reiteramos de "asesoramiento") un efecto jurídico tan importante
- g) Ello puede suponer incluso la consagración normativa de la prohibición de alterar en perjuicio del usuario las normas sobre carga de la prueba (art. 82.4.c TRLSDCU).
- h) Consiguientemente, parece más adecuado, y sistemáticamente mucho más coherente, remitirse en cuanto a los efectos del Acta a la legislación notarial que los detalla y que básicamente contempla las presunciones de integridad y veracidad de lo allí recogido, cuyas presunciones, de ser negadas por el usuario, sí parece razonable que deban ser destruida por éste. La existencia del Acta, en función de los efectos a ella anudados, determinados por la legislación notarial, normalmente será suficiente para acreditar la integración del principio de transparencia material, conforme a los principios probatorios en vigor, si bien parece innecesario el refuerzo presuntivo que la norma proyectada contiene.



**DECIMOPRIMERA.-** Sería conveniente que la norma contuviera la determinación de aquellos datos y elementos que permitan verificar que el contenido del contrato se acomoda a la información personalizada reseñada en la FAIN, sin dejar tal extremo a un ulterior desarrollo reglamentario, habida cuenta que la reglamentación de esta forma parte del ámbito de máxima armonización perseguida por la Directiva.

**DECIMOSEGUNDA.-** El artículo 8 del Anteproyecto responde a las líneas generales de regulación de las ventas vinculadas y combinadas que contiene la Directiva, la cual transpone, en este punto, suficientemente. Procede, sin embargo, hacer al respecto las siguientes consideraciones:

- a) La norma abre paso a la vinculación del contrato de crédito con la contratación de productos financieros que sirvan de soporte o de garantía a las operaciones de crédito o préstamo, y, por tanto, con la misma finalidad que la excepción a la regla general de prohibición de esta práctica que se contiene en el artículo 12.2 de la Directiva. Sin embargo, la habilitación al Ministerio de Economía, Industria y Competitividad para que concrete los productos financieros que quedarán dentro del ámbito de la autorización debería quedar circunscrita a aquellos a que aluden las letras a) y b) de dicho precepto, y que respondan estrictamente a la finalidad de acumular capital para hacer reembolsos del crédito, pagar intereses del mismo, agrupar recursos para la obtención del crédito u ofrecer una seguridad adicional al prestamista, lo que debería trasladarse expresamente en la norma de transposición.
- b) Cabría, por otra parte, sugerir la conveniencia de reconsiderar la extensión subjetiva de la práctica vinculada, limitándola exclusivamente al prestatario o al garante, sin incluir a los parientes a los que alude el apartado tercero del artículo 8 AL.
- c) La determinación de la parte del coste que corresponde a los productos diferenciados debe incluir, con reflejo en la TAE, el coste total de la contratación de tales productos y en su caso las obligaciones de pago vinculadas, como puede suceder en la utilización de tarjetas de crédito cuya contratación se haya vinculado al contrato de crédito.
- d) Al informar sobre los beneficios que supone la contratación vinculada o combinada, se han de incluir escenarios simulados donde se aprecien los potenciales beneficios, pero también los riesgos de pérdidas, especialmente cuando se trate de productos de inversión.



- e) El coste de aquellos servicios que sirvan a finalidades operativas de la entidad prestamista, como la apertura de cuentas de domiciliación de las cuotas del préstamo, no debería ser repercutido al prestatario, ni enmascararse tras los supuestos beneficios que para este produce la contratación del producto o servicio vinculado o combinado.
- f) El apartado cuarto del artículo 9 puntualiza, con acierto, que el prestamista deberá aceptar pólizas de seguro alternativas de todos aquellos proveedores que ofrezcan un nivel de garantías equivalente a la que aquel haya propuesto, y que en ningún caso la aceptación por el prestamista de una póliza de seguro alternativa, distinta de la ofrecida por él, podrá suponer un empeoramiento en las condiciones de cualquier naturaleza del préstamo. En este punto, debe tenerse presente que la ley proyectada no contempla ningún desarrollo posterior, lo que, sin embargo, sería aquí deseable en aras a garantizar la efectiva concurrencia –ante el hecho notorio de la vinculación de las entidades de crédito con diversas compañías de seguro-, así como a asegurar, cuando se trata del seguro de amortización, que esta será la primera vía para cubrir el riesgo del incumplimiento de las obligaciones del prestatario, antes que acudir a los fiadores y a la amortización anticipada del crédito.

**DECIMOTERCERA.-** Respecto del apartado primero del artículo 12 cabe hacer las siguientes consideraciones:

- a) Una primera, de técnica legislativa, conduce a sugerir que el precepto contenido en el apartado segundo del artículo 12 se trate sistemáticamente de forma separada al de su primer apartado, referido a las variaciones del tipo de interés, o previamente a este.
- b) Es conveniente que el prelegislador incorpore los requerimientos sobre la información de los cambios de tipo deudor contenidos en el artículo 27 de la Directiva 2014/17.

**DECIMOCUARTA.-** En relación con el reembolso anticipado (artículo 14 AL) sería aconsejable una mayor claridad y concreción en los parámetros de cálculo de la pérdida financiera, y en su caso, articular sistemas que garanticen que la compensación en ningún caso superará el límite que esta debe representar.

Y deberían establecerse las reglas de relación entre la ley proyectada y la Ley 41/2007, habida cuenta de que aquella no contiene una derogación expresa de esta, y teniendo en cuenta la parcial concurrencia de sus ámbitos de aplicación.



**DECIMOQUINTA.-** Respecto de la regulación del vencimiento anticipado (artículo 15) cabe hacer las siguientes observaciones:

- a) Puede resultar oportuno extraerla del articulado de la ley e incluirla en una sede sistemáticamente más adecuada –fundamentalmente con ocasión de la regulación del préstamo del C.c.-, de igual manera que también pudiera resultar oportuno reconducir el ámbito de la regla imperativa al ámbito subjetivo en que se ha planteado el conflicto que debe ser resuelto: los supuestos de contratación de préstamos hipotecarios entre profesionales y usuarios en el sentido con el que unos y otros son conceptuados por la normativa europea.
- b) Sería oportuno extender la protección al tercero poseedor de los bienes hipotecados, contemplando los supuestos en que se trata de una persona jurídica entidad societaria garantizada hipotecariamente con la vivienda de una persona física o avalado el préstamo por persona física. Debe incluirse la protección no sólo de las personas físicas deudoras sino también de las fiadoras o garantes de préstamo, en nuestro caso al hipotecante no deudor.
- c) Debe coordinarse la redacción del precepto con el artículo 693.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no siendo suficiente la modificación pretendida de dicho precepto en la Disposición Final 4ª.
- d) Procedería establecer que la facultad de vencimiento anticipado esté condicionada a que se haya convenido tal facultad y a que dicho convenio conste en el contrato y en, su caso, en el asiento respectivo.
- e) Debería contemplarse, además, el caso de que el incumplimiento, en los casos de plazos de amortización superiores a diez años, se produjese dentro de los diez primeros años, en cuyo caso parece aconsejable estar al porcentaje del valor del préstamo que se fije para los supuestos de contratos con plazos de amortización de diez años o inferiores. Por otra parte, debe eliminarse la referencia a “obligación garantizada”, pues el préstamo o crédito de cuyo vencimiento anticipado se trate puede tener garantía hipotecaria sobre vivienda pero también tener por finalidad la adquisición de bienes inmueble para uso residencial.

**DECIMOSEXTA.-** Es necesario complementar el régimen transitorio contemplando la situación de las ejecuciones en curso, a cuyos efectos puede ser oportuno dar un trámite alegatorio a las partes a la vista de lo cual el Tribunal pueda decidir el sobreseimiento de la ejecución hipotecaria por no adecuarse a la nueva regulación del vencimiento anticipado, caso de



que así fuera. Y ello, sin perjuicio de su ulterior planteamiento conforme a las nuevas pautas legales.

**DECIMOSÉPTIMA.-** El artículo 16 AL carece de toda justificación de su alcance, que fija el interés moratorio en el triple del interés legal, y sin argumento o explicación acerca de la falta de adecuada trasposición del mandato contenido en los referidos apartados 2 y 3 del art. 28 de la Directiva, sanciona con carácter imperativo un criterio que excede todas las pautas que actualmente pudieran servir como orientación sobre la materia.

Debe reconducirse la norma bien a las pautas establecidas por el Tribunal Supremo, bien a otros criterios que, en todo caso, deberán justificar razonadamente, tal y como exige la Directiva, el componente indemnizatorio y el componente punitivo que en ellas se contenga.

Por otra parte, la sede natural de la regla que se contempla pudiera ser el Código civil, en materia de préstamo, y su ámbito subjetivo el de las relaciones entre profesionales y consumidores.

Sobre la base de que el interés que se fije no sea potencialmente abusivo o desproporcionado, como lo es el proyectado, parece de nuevo razonable la aplicación retroactiva de la norma a los contratos vigentes y la posibilidad de recalcular para operar la ejecución.

**DECIMOCTAVA.-** El prelegislador ha prescindido de transponer diversas normas de la Directiva relativas a aspectos relevantes, como son el cálculo de la TAE (artículo 17), la obligación de evaluar la solvencia del consumidor (artículo 18), la tasación de bienes inmuebles (artículo 19), el acceso a bases de datos y las directrices sobre demoras y ejecución hipotecaria (artículo 28).

Respecto de todas estas materias parece más adecuado que sea la ley, y no disposiciones de inferior rango, vigentes o por dictarse, las que aborden su regulación con la conveniente trasposición de la Directiva, cuyo carácter obligatorio, en aras a garantizar la protección que dispensa a los consumidores, recuerda su artículo 41. Las normas prudenciales de desarrollo deberían quedar circunscritas a aspectos subordinados, como los factores para verificar las posibilidades o las perspectivas de cumplimiento del prestatario, a los procedimientos de evaluación, o a la documentación o información requerida al mismo a efectos de realizar la evaluación.



**DECIMONOVENA.-** La previsión contenida en la Disposición adicional primera del AL, relativa a los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, precisa de la necesaria transposición al ordenamiento interno de la Directiva 2013/11 para la plena efectividad, no solo de esta, sino de la Disposición adicional examinada.

**VIGÉSIMA.-** Respecto de la Disposición transitoria tercera del AL cabe hacer las siguientes puntualizaciones:

- a) *La disposición confiere nuevo plazo para formular el incidente extraordinario de oposición en los procedimientos ejecutivos en curso a la entrada en vigor de la Ley proyectada en los que, al entrar en vigor la Ley 1/2013, hubiera transcurrido el periodo de oposición de diez días para formularla, pero no considera aquellos procesos de ejecución en los que, a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, dicho plazo estuviera en curso, y no finalizado, a los que también habría que extender la posibilidad de abrir nuevo plazo.*
- b) *La referencia a "auto", para aludir a la resolución por la que se comunica a las partes la posibilidad de formular el incidente extraordinario de ejecución, debe ser sustituida por el término "resolución", para acomodarse mejor a lo dispuesto en el artículo 206 1.2º y 2 de la LEC, y a las competencias de los Letrados de la Administración de Justicia en el proceso de ejecución.*
- c) *El plazo de un mes previsto para la notificación de la resolución por la que se comuniquen a las partes ejecutadas la posibilidad de formular incidente extraordinario de ejecución es, sin embargo, excesivamente amplio, por lo que se propone reducirlo a otro más breve.*

**VIGESIMOPRIMERA.-** La Disposición final primera modifica el artículo 12 de la LH, pero suprime la referencia a las cláusulas de vencimiento anticipado que, junto con la referencia a las cláusulas financieras, actualmente sí se encuentra en la LH, cuyo art. 12 dice que "Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por hipoteca....". Hay que destacar que existen otros muchos supuestos de vencimiento anticipado por causas distintas al impago que al no reflejarse en la inscripción no podrían dar lugar a la ejecución por el procedimiento especial de ejecución hipotecaria. Ello hace que la supresión sea incongruente con la protección del consumidor.



Por otra parte, al añadirse un párrafo tercero al artículo 129 LH se alude al ejercicio de la "acción hipotecaria", lo que es impropio, pues el precepto regula uno de los procedimientos para realizar el valor del bien hipotecado, cual es la venta extrajudicial del inmueble.

**VIGESIMOSEGUNDA.-** Las modificaciones introducidas en la Ley Hipotecaria, en la Ley de Condiciones Generales de Contratación, en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y en la Ley de Enjuiciamiento Civil inciden en las competencias de los notarios y registradores para denegar la autorización o la inscripción de los negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas que sean contrarias a normas imperativas o prohibitivas o que hubieran sido declaradas abusivas en sentencia del Tribunal Supremo con valor de jurisprudencia o por sentencia firme inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación; al que habrán de remitirse, de oficio, las sentencias firmes dictadas en acciones individuales o colectivas por las que se declare la nulidad, cesación o retractación en la utilización de condiciones generales abusivas. Se elimina, de esta forma, la posibilidad del acceso al Registro de las cláusulas declaradas judicialmente nulas cuya utilización persistente se acredite al Registrador, y se refuerza la inscripción de las sentencias estimatorias de las acciones de nulidad, de cesación o retractación en el uso de condiciones generales abusivas. Con ello se potencia la seguridad del Registro, y por ende la seguridad jurídica, sin restar competencias a fedatarios públicos y registradores en orden a autorizar e inscribir los negocios jurídicos que contengan cláusulas nulas.

Debe, con todo, puntualizarse que, puesto que han de remitirse al Registro para su inscripción todas las sentencias firmes por las que se declare la nulidad, cesación o retractación en la utilización de condiciones generales abusivas, y entre ellas se encontrarán las dictadas por el Tribunal Supremo, parece innecesaria la distinción entre aquellas y estas, y no resulta muy coherente referirse a las sentencias del Alto Tribunal que tengan valor de jurisprudencia –y como tales habrá de entender aquellas que contengan doctrina reiterada, ex artículo 1.6 CC, así como aquellas a las que, al resolver los recursos de casación por interés casacional, establezca la doctrina jurisprudencial ex artículo 487.3 LEC- junto con las sentencias firmes estimatorias de toda procedencia.

Por otra parte, parece errónea la previsión de modificación del apartado cuarto del artículo 212 de la LEC para establecer la obligación de remisión de oficio de las sentencias firmes al Registro de Condiciones Generales de la Contratación, pues este precepto, en su redacción actual, establece la



obligación de los Letrados de la Administración de Justicia de insertar en los autos certificación literal de las sentencias y demás resoluciones definitivas, precepto del que no parece oportuno prescindir. Más que una modificación de este apartado, la propuesta debe entenderse en sentido de añadir un nuevo párrafo, y no de modificar el único de este apartado. Y debería contemplarse la necesidad de que la certificación que extienda a efectos de la inscripción registral de las resoluciones ha de contener todos los datos que permitan la identificación de las cláusulas sobre las que recae el pronunciamiento judicial.

**VIGESIMOTERCERA.-** La Disposición final séptima, de modificación del artículo 84 del TRLGDCU, es técnicamente censurable en la medida en que en materia de consumidores rige el principio de conservación del contrato en beneficio del consumidor en caso de abusividad de una de sus cláusulas, que quedará excluida sin moderación, pero manteniéndose la validez del resto del contrato.

Ello implica que lo procedente, en caso de existir una cláusula nula, no es denegar la autorización o inscripción de la hipoteca, sino la exclusión de dicha cláusula concreta.

La modificación propuesta revela, por lo demás, las incongruencias sistemáticas del objeto que la Ley trata, pues permite denegar universalmente la autorización de la escritura y la ulterior inscripción cuando únicamente podría justificarse tal efecto en relación con la protección que se dispensa a los consumidores. Por ello es estrictamente imprescindible acotar el ámbito de esta disposición con toda claridad (no sólo por su ubicación sistemática) a los supuestos de contratos con intervención de consumidores.

Sería, en fin, sistemáticamente más lógico redactar este precepto imponiendo al notario una obligación de advertencia tal y como se ha hecho con la Ley 1/2013, de 14 de mayo, al dar nueva redacción al artículo 129 de la LH, con el apartado 2 del artículo 18 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, donde se reconduce la actuación de los notarios en relación con las escrituras en que se formalicen contratos con los consumidores de préstamos y créditos hipotecarios en que no intervengan entidades de crédito, a una labor de información y advertencia en el caso de que observen incumplimientos legales o irregularidades en la documentación e información precontractual aportada y con la propia jurisprudencia del



Tribunal Supremo. (Sentencia de 9 de mayo de 2013, párrafos 157 y 198).

**VIGESIMOCUARTA.-** El régimen transitorio previsto en la norma proyectada merece las siguientes consideraciones:

1ª.- La novación subjetiva u objetiva del contrato, en la medida en que constituye mera modificación del mismo, y no la extinción del anterior y su sustitución por otro, dificulta la aplicación al contrato modificado de todas las disposiciones de la ley en proyecto, referidas o dirigidas a la fase precontractual, o a la ejecución del contrato mismo. Habrá que considerar que la aplicación de las disposiciones de la ley a los contratos novados, en lo atinente a las normas de transparencia, forma y algunos aspectos del contenido de la relación contractual, será posible en tanto puedan referirse a la negociación previa al acuerdo novatorio, o puedan quedar incorporadas como consecuencia del pacto novatorio.

2ª.- La aplicación de la norma sobre reembolso anticipado a los contratos anteriores a la entrada en vigor de la Ley, pero posteriores a la fecha de aprobación del proyecto normativo por el Consejo de Ministros, si bien persigue la finalidad de dotar de inmediata eficacia a dicha disposición, no siempre será efectiva en cuanto a la compensación prevista, pues su aplicación depende de que las partes hubiesen contemplado algunos de los supuestos previstos en el artículo 14.4. La fecha a la que limita el efecto retroactivo de esta norma no se encuentra, por lo demás, suficientemente explicada.

3ª.- La aplicación del precepto sobre vencimiento anticipado (artículo 15) a los contratos celebrados con anterioridad a la vigencia de la Ley, si bien no se trata en rigor de un supuesto de aplicación retroactiva de la norma, debería quedar limitada a los contratos en los que se hubiera pactado el vencimiento anticipado, en coherencia con lo expuesto al examinar el artículo propuesto que lo regula.

**VIGESIMOQUINTA.-** La previsión contenida en el apartado segundo de la Disposición adicional sexta, que dispone que en los casos en que la subrogación del deudor en la obligación personal se produzca con ocasión de la transmisión del bien hipotecado, el notario no autorizará la escritura pública de la compraventa salvo que el prestamista concorra en el mismo acto y otorgue su consentimiento a dicha subrogación, deja al arbitrio del acreedor la potestad, a todas luces desproporcionada, de impedir al propietario deudor la posibilidad de vender la finca hipotecada.



En este sentido la nueva regulación tampoco encaja con el art. 118 LH, que condiciona sólo al consentimiento del acreedor la liberación de la obligación respecto del vendedor (promotor que vende). Por ello, habría que buscar a este precepto otra redacción, como pudiera ser, muy sencillamente, que *"En caso de venta de finca hipotecada, no podrá subrogarse el comprador, además de en las responsabilidades derivadas de la hipoteca, en la obligación personal con ella garantizada, cuando tal subrogación se produzca con ocasión de la transmisión del bien hipotecado, sin que el prestamista concorra en el acto de formalización de transmisión y otorgue su consentimiento a dicha subrogación."*

**VIGESIMOSEXTA.-** - La Disposición final duodécima establece:

<<Esta ley se dicta al amparo de lo establecido en el artículo 149.1.6.<sup>a</sup>, 11.<sup>a</sup> y 13.<sup>a</sup> de la Constitución Española que atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre legislación mercantil, bases de la ordenación de crédito, banca y seguro, registros e instrumentos públicos y bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, respectivamente.>>

Evidentemente, el título competencial que ampara las modificaciones incorporadas en relación con la Ley Hipotecaria encuentren su cobertura en el art. 149.1.8<sup>a</sup> de la Constitución, cuya referencia en esta disposición por tanto debe añadirse aquí.

### **Es cuanto tiene que informar el Consejo General del Poder Judicial**

Lo precedente concuerda bien y fielmente con su original al que me remito, y para que conste extiendo y firmo la presente en Madrid a 30 de mayo de 2017

Joaquín Vives de la Cortada Ferrer-Calbetó  
Secretario General