

# Examen y crítica del Anteproyecto de Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario

**Ángel Carrasco Perera**

*Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha*

*Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo*

---

*Según fuentes ministeriales, este anteproyecto contiene la «nueva» Ley Hipotecaria o el instrumento para hacer las hipotecas completamente transparentes. Creemos que ninguna de las aproximaciones es cierta. Esta ley contiene alguna norma imperativa nueva a favor de los consumidores, pero no puede ser una ley de la transparencia, más de lo que ya era la realidad normativa y judicial preexistente.*

## **1. Ocasión y contexto**

El Anteproyecto de Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario (AL) —que no es una norma de consumidores, sino de personas físicas y sus hipotecas sobre inmuebles de uso residencial (no necesariamente habitual), art. 2— tiene como designio implantar «parcialmente» (¿por qué sólo parcialmente y qué falta por transponer?) la Directiva 2014/17 UE (disp. final 13.<sup>a</sup>), efectuar modificaciones hipotecarias y contractuales demandadas por la praxis judicial española en materia de créditos hipotecarios y, como es usual, modificar en las disposiciones finales regímenes normativos que poco o nada tiene que ver con la rúbrica de la norma. En esta nota sólo voy a referirme (no exhaustivamente) a la ordenación horizontal de la relación de crédito hipotecario que regula la norma, sin detenerme en el régimen de los intermediarios financieros, las sanciones ni la regulación sectorial que se reforma o introduce. Por tres veces se establece la naturaleza de norma de competencia exclusiva, prohibiendo que las comunidades autónomas puedan modificar el régimen estatal ni exigir documentación complementaria (disp. adic. 5.<sup>a</sup>, disp. final 9.<sup>o</sup>.4, disp. final 12.<sup>a</sup>), lo que, y al margen de los recursos de constitucionalidad que puedan motivar, produce el «desplazamiento» (art. 149.3 CE) de la ya densa normativa autonómica producida o *in fieri* que al amparo del título competencial de consumidores hace regulaciones extensas del contrato de crédito hipotecario. Extraña que el anteproyecto no invoque la competencia estatal para regular las bases de las obligaciones contractuales y el derecho civil ni tampoco la competencia exclusiva sobre los registros públicos, probablemente por la

*Advertencia legal:* Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

*N. de la C.:* En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

degradación sufrida por el artículo 149.1.8 de la Constitución española (CE) mediante la legislación civil foral, pero que de hecho deja normas del anteproyecto de ley sin cobertura competencial alternativa. El anteproyecto mantiene en vigor —en tanto no resulte incompatible con la nueva ley— la Orden EHA/2899/2011, de Transparencia de Servicios Bancarios (disp. trans. 4.<sup>a</sup>), lo que va a generar confusión sobre la precedencia y compatibilidad entre los ficheros precontractuales a que se refiere el artículo 5 del anteproyecto y las tradicionales fichas de información precontractual (FIPRE) y fichas de información personalizada (FIPER) establecidas por la orden. Por lo demás, el Gobierno y el Ministerio —alguna vez el Banco de España— ven reconocidas competencias plénimas de desarrollo complementario del anteproyecto de ley (disps. finales 9.<sup>a</sup> y 14.<sup>a</sup>), lo que asegura que el presente texto no es el final del proceso de normalización de la transparencia material hipotecaria. Se anuncia con ello el retorno a la maquinaria reglamentaria incansable del Gobierno, la destrucción de la unidad de esta ley, así como de la hipotecaria y, sobre todo, la verdad es que se deja «para otro día» el reto (imposible) de conseguir lo que el ministro ha llamado «hipotecas verdaderamente transparentes». Por las razones que se contarán, el resultado final de esta obra normativa es de muy escaso recorrido.

## **2. Principios de actuación en la actividad relacionada con la concesión de los préstamos inmobiliarios**

El anteproyecto de ley recoge «el deber de actuar honesta e imparcialmente, respetando los derechos e intereses de los prestatarios. Asimismo, los profesionales en su actuación deberán basarse en la información sobre circunstancias del prestatario que éste les haya dado a conocer, así como en hipótesis razonables sobre los riesgos para su situación durante la vigencia del contrato» (art. 4.2 AL). Repite maquinalemente el artículo 7.1 de la Directiva 2014/17, que es una norma de mínimos. Pero el anteproyecto no impone el deber de realizar ningún test de conveniencia conforme al Protocolo MIFID ni pone ningún otro medio a disposición del prestamista para hallar la información relevante si el prestatario no la quiere suministrar, salvo que se materialice el desarrollo reglamentario prometido en la disposición final 9.<sup>a</sup>.2d.

## **3. Normas de transparencia en la comercialización de préstamos inmobiliarios**

*El prestamista debe entregar al prestatario con una antelación mínima de siete días a la firma del contrato la siguiente información: ficha europea de información normalizada (FEIN), con carácter de oferta vinculante (anexo II de la Directiva 2014/17, que constituye norma de máximo); ficha de advertencias estandarizadas (FIAE) en la que se informe al prestatario de cláusulas relevantes, en especial, de las limitaciones a la baja de la variación del tipo de interés, cláusulas de vencimiento anticipado, gastos de concesión del préstamo y advertencia de que se trata de un préstamo en moneda extranjera, si procede; en caso de tratarse de un préstamo a interés variable, un documento con referencia a las cuotas periódicas a satisfacer en diferentes escenarios de evolución de los tipos de interés; una copia del «proyecto del contrato», con el desglose de todos los gastos asociados a la firma; y la advertencia al prestatario de la posibilidad de recibir asesoramiento personalizado y gratuito del notario que se haya designado para la elevación a público del contrato, durante el mencionado plazo de siete días (cf. art. 5.1 AL). Hay remisión a un desarrollo reglamentario para precisar «el contenido específico» de estas fichas (disp. final 14.<sup>a</sup>.2a AL).*

*Esta documentación se remitirá por medios telemáticos al notario elegido por el prestatario. Si el prestatario compareciese ante el notario para recibir el asesoramiento, el notario verificará el cumplimiento de los requisitos legales en la documentación y lo hará constar en un acta notarial previamente a la formalización del préstamo. El acta incluirá una referencia a las cuestiones planteadas por el prestatario y al asesoramiento prestado por el notario, recogiendo también las «pruebas de entendimiento» por parte del prestatario de diversos ejemplos de aplicación práctica de las cláusulas financieras en diversos escenarios y de las cláusulas de cobertura de riesgos financieros, en su caso. Si el prestatario no compareciese ante el notario antes de la elevación a público del contrato, el notario extenderá el acta el día de su elevación y con carácter previo a su autorización. El notario informará de las cláusulas específicas de la FEIN y de la FIAE de manera individualizada y no genérica. En todo caso, si no quedara acreditado documentalmente el cumplimiento en tiempo y forma de las obligaciones de información, el notario no podrá otorgar acta y, a falta de dicho acto, no podrá autorizar la elevación a escritura pública. Se presumirá salvo prueba en contrario que el principio de transparencia se ha cumplido en su vertiente material cuando se levante acta en los términos previstos en la ley (cfr. art. 6 AL).*

El anteproyecto de ley no reconoce al consumidor un derecho de desistimiento. Los dos presentes preceptos son problemáticos. La ficha europea de información normalizada del anexo II de la directiva es más (o tan) larga en extensión y en su coste de comprender como el propio contrato de crédito hipotecario, por lo que necesitaría a su vez una ficha introductoria facilitadora de la comprensión de la primera, y así sucesivamente, por lo que auguro su fracaso. Respecto de la ficha de advertencias estandarizadas, su valor «informativo» no puede ser superior al de la ficha de información personalizada del anexo II de la Orden de Transparencia de EHA/2899/2011, que, como es sabido, no ha servido para «salvar» la «transparencia» de las cláusulas suelo. Es muy dudoso que la ficha estandarizada vaya a servir para poner a cubierto las cláusulas contractuales actualmente comprometidas, porque, por su propia naturaleza, no se trata de información circunstanciada ni personalizada, salvo que se llegue consensuadamente a la solución de que el consumidor que no haya querido recibir asesoramiento independiente del notario *sibi imputet* y pierda la posibilidad de alegar el carácter abusivo o no transparente de la cláusula en cuestión. Curiosamente, aunque no parece ser su objeto, el artículo 5.1d parece dar a entender que la norma quiere mediar en el trajín surgido a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre del 2015 y acepta implícitamente que el contrato impute al consumidor los gastos arancelarios y los impuestos oportunos. En efecto, basta que se trate de un servicio «prestado» (art. 5.2), sin necesidad de que la intervención profesional haya sido «solicitada» por el consumidor. La vaguedad es tan grande que sorprende la falta de criterio del legislador para solucionar definitivamente este espinoso problema. Ello no va a garantizar que los tribunales sigan declarándolas abusivas si les place. Yendo más allá, es un abuso legal de la función del notario —el artículo 16 de la directiva impone al propio prestamista el deber de dar explicaciones adecuadas— someterle al tormento de redactar la (inútil) acta del artículo 6 sin poder cobrar arancel por ello. Y que además se introduzca una nueva exigencia de «manifestación manuscrita» del prestatario (la primera fue la del artículo 6 de la Ley 1/2013, que por cierto se deroga, disp. derog. única) en el sentido de que comprende y acepta el contenido de los documentos. ¿Significa esta expresión manuscrita que con ello se pone fin a la posibilidad de reclamar luego la falta de transparencia material de la cláusula? Yo lo dudo, y el propio artículo 6.5 lo corrobora al establecer sólo una presunción de que la redacción adecuada del acta presume el «cumplimiento del principio de transparencia material». Entonces, ¿por qué no

dejar la simple mención notarial —con la firma del acta por el consumidor!— de que el sujeto ha sido debidamente instruido y acepta el contrato?

#### 4. Normas de conducta

*El personal al servicio del prestamista, intermediario de crédito o representante designado deberá reunir en todo momento conocimientos y competencias necesarios y actualizados sobre los productos que comercializan y sus accesorios. Estos requisitos se aplicarán también a las personas que ofrezcan asesoramiento en préstamos inmobiliarios. El Ministerio de Economía establecerá los requisitos mínimos de conocimientos y competencias exigibles (cfr. art. 7). Respecto de la política de remuneraciones intrafirma, el artículo 9.1b establece, excediendo de los límites de la directiva, que «la remuneración no dependa de la cantidad o de la proporción de solicitudes aceptadas».*

Se transcriben el artículo 9 y el anexo III de la directiva. La implantación de la norma sobre formación y sobre remuneración, si se hace en serio, debería comportar consecuencias drásticas en materia de personal de las entidades financieras y deja en la duda quién y cómo va a comprobar la existencia de tales conocimientos y cuán profundos deben ser. Me imagino que la desaparición del «bonus por cantidad de ventas» no será fácil de sustituir y no sospecho si al final será problemático el asunto en el foro laboral. El sentido de estas prescripciones legales no podría ser otro que el de constituir una norma imperativa que condicione la validez del contrato en el sentido del artículo 6.3 del Código Civil o que pueda ser utilizada por el consumidor para denunciar la invalidez parcial de alguna cláusula por falta de transparencia. Por mi parte, creo que ninguno de los dos preceptos tiene eficacia directa interprivada, salvo en la medida en que puedan servir para confirmar el juicio de abusividad o no transparencia de cláusulas por falta de información. Resulta sorprendente que en el presente texto legal se haya omitido cualquier forma de transposición del artículo 18 de la directiva (evaluación de solvencia) y sus consecuencias, a pesar de la mención de pasada que se hace en el artículo 9.2 y en la disposición adicional 6.<sup>a</sup>, suponiéndose que queda en vigor al respecto el artículo 18 de la Orden EHA/2899/2011 y que (disp. final 9.<sup>a</sup>.2) el Gobierno prefiere dejarlo para un desarrollo reglamentario. Mala decisión, porque el desarrollo reglamentario no podrá establecer cuáles son las consecuencias civiles materiales del incumplimiento de la norma.

#### 5. Prácticas vinculadas

«La autoridad competente de conformidad con el artículo 24 podrá autorizar prácticas de ventas vinculadas cuando el prestamista pueda demostrar que los productos vinculados [...] acarrear un claro beneficio a los prestatarios» (art. 8.1 AL).

La norma, que se toma directamente de la directiva, no puede estar bien concebida, a pesar de su buena intención. Sólo podría ser realmente el prestatario el que estuviera en condiciones de valorar si la vinculación le «acarrea» un claro beneficio y, en ese caso de obvedad, él mismo lo contrataría sin necesidad de vinculación. A pesar de los términos que siguen a la norma transpuesta, el «claro beneficio» no puede limitarse a comparar el precio total con la suma del precio individual de los productos vinculados, sino que será preciso que se pruebe que, además, es bueno que el producto se venda como vinculado, es decir, que en todo caso se venda junto con la hipoteca. Es dudoso que los tribunales civiles se dejen predeterminar por

este tipo de autorizaciones administrativas. Obsérvese que las garantías no están en este caso de ser obviamente instituciones favorables para el prestatario: por eso los apartados 3 y 4 imponen ya de principio la posibilidad de vinculación.

## 6. Asesoramiento en préstamos inmobiliarios

*El prestamista o intermediario de crédito inmobiliario deberá informar previamente y por escrito al prestatario si se está prestando o pueden prestarse servicios de asesoramiento. Asimismo, deberá informarse previamente sobre la retribución por el servicio del asesoramiento, percibida tanto del cliente como del prestamista. La prestación de servicios de asesoramiento requerirá el cumplimiento de los requisitos que se establezcan por el Gobierno (cfr. art. 10 AL).*

Del anteproyecto de ley no se deriva ninguna consecuencia de omisión de lo prescrito ni aquél conduce a la necesidad de realizar un test de idoneidad MIFID como consecuencia del asesoramiento. Tampoco hay ninguna consecuencia especial derivada de que se afirme estar prestando un servicio de asesoramiento porque la norma no determina el nivel de responsabilidad agravada que se derivaría del defectuoso asesoramiento. Supongo que por incentivos propios, el profesional siempre afirmará —hay ya mucha jurisprudencia sobre esto en instrumentos financieros sujetos a la Ley del Mercado de Valores— que no está prestando servicios de asesoramiento. Por lo demás, la mayor (y más interesante) parte del artículo 22 de la directiva queda sin transponer.

## 7. Hipotecas en divisa extranjera

Sustancialmente, el artículo 11 del anteproyecto viene a sostener de modo implícito que tales hipotecas, en contra del entender de muchos jueces hasta el día de hoy, son válidas siempre que el prestatario tenga derecho (normalmente se concedía tal derecho en este tipo de préstamo) a convertir el préstamo a una moneda alternativa y se cumplan las prescripciones informativas que añade la norma. El incumplimiento (*ex post* con respecto al contrato) de estas reglas de información obligada no podrá conducir a la nulidad del préstamo, sino, en su caso, a la indemnización por daños y perjuicios.

## 8. Reembolso anticipado

*El prestatario podrá extinguir el contrato en cualquier momento mediante el reembolso o amortización anticipada de la cantidad adeudada; las partes pueden convenir un plazo de notificación previa que no podrá exceder de un mes (apdo. 1). Cuando el prestatario manifieste su voluntad de reembolsar anticipadamente la totalidad o parte del contrato, el prestamista facilitará sin demora la información necesaria para evaluar esta opción. El prestatario tendrá derecho a una reducción del coste total del crédito por los intereses y costes correspondientes al tiempo que quedase por transcurrir. No se podrá cobrar una comisión por reembolso, si bien las partes podrán establecer contractualmente una compensación a favor del prestamista por la pérdida financiera —calculada por la diferencia entre el capital pendiente de pago en el momento del reembolso y el valor presente de mercado del préstamo— respetando los términos previstos en el anteproyecto de ley. Si hay un contrato accesorio de seguro, se extinguirá con la amortización y dará al prestatario un derecho al extorno de la parte de la prima no consumida (cfr. art. 14 AL).*

España no ha hecho uso de la posibilidad abierta por el artículo 25.2 de la directiva de supeditar a ciertas condiciones el ejercicio del derecho a que se refiere el apartado 1 del anteproyecto. Estas condiciones podrían incluir, bien límites temporales al ejercicio del derecho, bien una diferencia de trato en función de la clase de tipo deudor o en función del momento en que el consumidor ejerza el derecho, bien restricciones de las circunstancias en las que pueda ejercerse el derecho. Según el artículo 25.3 de la directiva, los Estados miembros podrán establecer el derecho del prestamista a una compensación justa y objetiva, cuando esté justificada, por los posibles costes directamente derivados del reembolso anticipado, pero no impondrán penalización alguna al consumidor. A dicho respecto, la compensación no excederá de la pérdida financiera sufrida por el prestamista. Siempre que respeten dichas condiciones, los Estados miembros podrán disponer que la compensación no exceda de un nivel determinado o se autorice sólo durante un periodo de tiempo determinado. Se entienden derogados a estos efectos los artículos 8 y 9 de la Ley 41/2007.

## 9. Vencimiento anticipado

*En los contratos de préstamo o crédito cuyo prestatario sea persona física, garantizados con hipoteca o cuya finalidad sea la adquisición de bienes inmuebles para uso residencial, el deudor perderá derecho al plazo y se producirá vencimiento anticipado si se producen conjuntamente los siguientes requisitos: que el prestatario se encuentre en mora de pago de cuotas; que las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al menos al 3 % del valor del préstamo si el plazo de amortización del préstamo es inferior a diez años o que, en el caso de ser a diez años, el incumplimiento se produjera dentro del periodo de los diez primeros años de dicho plazo, o que equivalgan al 5 % del valor del préstamo si el plazo de amortización del préstamo es superior a diez años y el incumplimiento se produce más allá del periodo de diez primeros años de dicho plazo; que el prestamista haya requerido el pago al prestatario, concediéndole un plazo de al menos quince días para su cumplimiento y advirtiéndole de que, de no ser atendido, reclamará el reembolso total del préstamo. En el requerimiento, el prestamista deberá ofrecer la posibilidad de renegociar las condiciones del préstamo durante ese plazo. No se admiten pactos en contrario en relación con estas reglas (cfr. art. 15, art. 129.3 LH, art. 693.2 LEC).*

Se supone que con esta norma se transpone el artículo 28.1 de la directiva (una «tolerancia razonable»). Va a pasar lo mismo que con el artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) y sus tres famosos plazos. La norma presente será considerada una prescripción legal imperativa, pero sin capacidad para cualificar una cláusula de vencimiento como no abusiva, concepto comunitario «autónomo» que en cada caso corresponderá concretar a cada juez nacional como juez comunitario. Es decir, esta norma impedirá que los jueces consideren «ilícitas» las cláusulas a ella acomodadas, pero no sin más «no abusivas». En conseguir este resultado, el empeño del legislador es inútil. Por lo demás, hay una laguna en la norma: no se determina cuál es el porcentaje de incumplimiento cuando el préstamo es superior a diez años y el incumplimiento se produce antes de transcurridos diez años, salvo que haya una errata en el artículo 15.1b.i, como parece resultar de la reproducción de la norma en la disposición final 1.ª.cuatro.

## 10. Intereses de demora

*En el caso de un préstamo o crédito concedido a una persona física, garantizado mediante hipoteca sobre bienes inmuebles de uso residencial, el interés de demora será el triple del*

*interés legal del dinero vigente a lo largo del periodo en el que aquél resulte exigible. El interés de demora sólo podrá devengarse sobre el principal pendiente de pago y no podrá ser capitalizado, salvo lo previsto en el artículo 579.2a de la Ley de Enjuiciamiento Civil. No se admiten pactos en contrario en relación con estas reglas (cfr. art. 16, art. 114 III LH).*

Viene a decirse prácticamente lo mismo que ya se contenía en el artículo 114 III de la Ley Hipotecaria (LH), con el siguiente matiz. La Ley Hipotecaria hasta ahora vigente se expresaba así: «Los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda», mientras que el supuesto actual es más amplio porque el préstamo puede tener cualquier finalidad y la hipoteca debe recaer sobre inmueble residencial que no será necesariamente vivienda habitual. La norma se enfrenta con el mismo problema que en las cláusulas de vencimiento anticipado, a saber, la independencia del límite legal y el predicado de abusivo de una cláusula de interés de demora. Es extraño que no se asuma la doctrina del Tribunal Supremo que impone que el interés de demora no puede superar en dos puntos al interés remuneratorio —que tampoco *se puede derogar salvo por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*— y que tampoco se asuma que en caso de nulidad del interés de demora (no moderable por el juez) seguirá valiendo el remuneratorio, aunque se haya declarado el vencimiento anticipado. Se trata de una prescripción superflua porque los problemas de los intereses de demora no estaban residenciados ya en el artículo 114 III de la Ley Hipotecaria, cuyo impacto fue desarticulado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, luego, por el Tribunal Supremo.

## 11. Subrogaciones hipotecarias

La jurisprudencia civil ha tratado en numerosas ocasiones con conflictos entre el vendedor y el comprador cuando éste no ha podido subrogarse, por negativa del banco, en el préstamo hipotecario históricamente concedido para financiar la vivienda. Frente a una rigidez inicial, finalmente el Tribunal Supremo ha concluido que el comprador puede resolver la compraventa por una especie de juego extraño de la cláusula *rebus sic stantibus*. Para evitar esta situación en origen, la disposición adicional 6.ª del anteproyecto de ley establece que *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. El potencial adquirente deberá comunicar al prestamista con la debida antelación su intención de subrogarse para que éste pueda realizar el análisis de su solvencia y dar cumplimiento a los requisitos de información precontractual que exige esta ley y la normativa de desarrollo.*

No se entiende por qué no podrá el prestamista consentir la subrogación en documento separado y sin unidad de acto notarial. Obsérvese que, a pesar de estar ya constituida la hipoteca, el prestamista debe cumplir (de nuevo) con los requisitos de información precontractual establecidos en el artículo 5, lo que en la mayoría de los casos no tendrá sentido y crea un coste suplementario que invita al banco a negarse a la subrogación.