

Un paso más en la protección de los deudores hipotecarios de vivienda: la Directiva 2014/17/UE y la reforma del Código de Consumo de Cataluña por Ley 20/2014

English translation: *A further step towards the protection of housing mortgage debtors: Directive 2014/17/EU and the reform of the Consumer Code of Catalonia by Act 20/2014*

Working Paper No. 1/2015 (April 2015)

Authors

Sergio Nasarre Aznar
UNESCO Housing Chair
Universitat Rovira i Virgili
sergio.nasarre@urv.cat

Héctor Simón Moreno
UNESCO Housing Chair
Universitat Rovira i Virgili
hector.simon@urv.cat

This working paper corresponds to the pre-print of the article published at the *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*. Suggested citation: Nasarre Aznar, S. and Simón Moreno, H. Un paso más en la protección de los deudores hipotecarios de vivienda: la Directiva 2014/17/UE y la reforma del Código de Consumo de Cataluña por Ley 20/2014. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, No. 139/2015, pp. 11-55.

Un paso más en la protección de los deudores hipotecarios de vivienda: la Directiva 2014/17/UE y la reforma del Código de Consumo de Cataluña por Ley 20/2014

S. Nasarre Aznar – H. Simón Moreno

Resumen

El presente trabajo analiza las consecuencias civiles de la modificación del Código de Consumo de Cataluña de 2010 por la Ley 20/2014, que se avanza de algún modo a la implementación por el legislador estatal de la Directiva 2014/17/UE, de contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. La nueva normativa incorpora relevantes novedades respecto a la protección del consumidor-deudor hipotecario, entre las que cabe destacar la prohibición de concederle un préstamo hipotecario si no supera el test de solvencia, el incremento del rol notarial o la mediación obligatoria previa al inicio de un procedimiento de ejecución hipotecaria. Esta normativa supone un cambio importante en las relaciones entre los prestamistas y los deudores hipotecarios que tengan la condición de consumidores.

Abstract

This paper explores the contractual consequences of the Catalan Act 20/2014, which has amended the Consumer Code of Catalonia of 2010. The new rules include relevant measures regarding the protection of mortgage-consumers, pending the implementation into Spanish law of the Directive 2014/17/EU, on credit agreements for consumers relating to residential immovable property. Some of those are the prohibition of granting a mortgage loan to a consumer if he seems unable to repay it, the increase of the notarial role or the compulsory mediation prior to the mortgage enforcement procedure. This law entails an important change in the relationship between mortgage lenders and consumers.

Palabras clave: consumidor; crédito hipotecario; solvencia; mediación; notario; vivienda
Keywords: consumer; mortgage loan; solvency; mediation; notary public; housing

1. Introducción

Muchos han sido y de importante calado los cambios experimentados por la normativa iusprivatista de la vivienda, sobre todo en el año 2013 y en el contexto de crisis financiera e inmobiliaria desatada en 2007. Así, mientras la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios¹, introduce cambios en la normativa sobre préstamos hipotecarios celebrados con consumidores, la segunda, la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas², reforma la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994.

Antes que ellas habían llegado reformas procesales tanto para el ámbito de las ejecuciones hipotecarias³, como en los desahucios derivados de arrendamientos urbanos⁴, así como la introducción de “negociaciones semi-forzosas” (enmarcadas en un voluntario Código de Buenas Prácticas) por parte de entidades de crédito con deudores hipotecarios vulnerables⁵.

Pero en 2015 nos saluda ya con el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social⁶, y, además, se presentan dos retos importantes para la protección de los deudores hipotecarios. Primero, la transposición de la Directiva 2014/17/UE⁷ (debe hacerse antes de marzo de 2016), que prevé algunas cuestiones muy importantes que hará avanzar a nuestro derecho en este ámbito, como por ejemplo, la obligación de evaluar la solvencia del deudor antes de concederle el préstamo o crédito hipotecario con importante trascendencia jurídica si no se hace.

Pero, adelantándose a dicha implementación para toda España, tenemos ya una especie de avanzadilla en Cataluña a través de la reciente Ley 20/2014, de modificación del Código de Consumo de Cataluña⁸, que va más allá que la propia Directiva en algunos aspectos.

En cualquier caso, estas reformas, más o menos profundas, se están enfrentando a una manera diferente de percibir la propiedad inmueble y, en concreto, la vivienda. Tal y como afirma SINGER⁹ “*many issues fundamental to property law systems require attention to the norms, values, and ways of life that a society embraces*”. Y tal y como sugiere SMITH¹⁰, la propiedad inmobiliaria promueve una serie de valores, como la eficiencia, la justicia, la adecuación y la virtud. Para ello, asume que toda persona tiene derecho a llegar a ser propietario, que las oportunidades para llegar a serlo deben estar a libre disposición de todos, que la propiedad esté dispersa (y no concentrada en pocas manos), que los propietarios deben poder usar su propiedad como consideren para regir sus vidas y que todos tienen derecho al libre disfrute de sus propiedades. A ello, matiza SINGER¹¹ que la propiedad puede ser el derecho de las cosas, pero la propiedad es también el derecho de la democracia. Como ejemplo, ofrece el dualismo entre dejar al mercado que solvante la cuestión de las hipotecas

¹ BOE 15 mayo 2013, núm. 116, p. 36373.

² BOE 5 junio 2013, núm. 134, p. 42244.

³ Real Decreto-ley núm. 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control de gastos públicos 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 (BOE 7 julio 2011, núm. 161, p. 71548).

⁴ Ley 19/2009, de 23 de noviembre, de Medidas de fomento y agilización procesal del alquiler y de la eficiencia energética de los edificios (BOE 24 noviembre 2009, núm. 283, p. 99625).

⁵ Anexo del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de Medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos (BOE 10 marzo 2012, núm. 60, p. 22492).

⁶ BOE 28 febrero 2015, núm. 51, p. 19058.

⁷ Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrero, de contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial (DOL 28 febrero 2014, núm. 60, p. 34).

⁸ Ley 20/2014, del 29 de diciembre, de modificación de la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña, para la mejora de la protección de las personas consumidoras en materia de créditos y préstamos hipotecarios, vulnerabilidad económica y relaciones de consumo (DOGC núm. 6780, 31-12-2014; BOE núm. 18, 21-1-2015).

⁹ SINGER, J. W., Property as the law of democracy, Duke Law Journal, Vol. 63, 2014, p. 1287.

¹⁰ SMITH, E., Property as the Law of things, Harvard Law Review, 125, 2012, p. 1719.

¹¹ SINGER, J. W., cit, pp. 1301 y 1306.

subprime o establecer una normativa que impida contratar hipotecas a aquellos que no las puedan repagar, como propone el art. 18 Directiva 2014/17/UE, para lo que hay que determinar qué contratos son tan injustos que serían el equivalente moral de robar (*ergo* engañar) al consumidor; es una decisión normativa sobre qué conducta promueve o lesiona la dignidad humana.

Este trabajo repasa, pues, las citadas dos normas clave en la protección de deudores hipotecarios para 2015.

2. Los antecedentes y contenido de la Directiva 2014/17/UE. Los retos en su implementación

2.1. Antecedentes

En otro lugar¹² ya hemos discutido que la generalización del dominio está en la génesis de la crisis hipotecaria en Estados Unidos y que el inadecuado marco normativo del mercado hipotecario (titulización) fue el que posibilitó la generalización de la misma al resto del mundo. Pues bien, dicha generalización afectó sobremanera a las entidades de crédito europeas que, a su vez, financiaban a los bancos españoles, que entraron en una crisis de liquidez (que aún arrastran en 2015), y que ha provocado la paralización del crédito a las familias (ej. refinanciación) y a las empresas, conllevando inusitadas tasas de desempleo (26% en 2014), de ejecuciones hipotecarias (unas 150.000 entre 2010 y 2013 de primera residencia) y desahucios arrendaticios (unos 135.000 en el mismo período).

Sus consecuencias no se limitan a ser económicas. La crisis de 2007 está haciendo replantarnos incluso nuestro sistema de propiedad, uno de los pilares seculares (por no decir el “pilar”) de nuestro sistema de Derecho civil patrimonial, que se ve claramente influenciado por, al menos, dos vías: el derecho de consumo y por los derechos fundamentales. De este modo, recientemente, SINGER¹³ ha superado la tesis de SMITH, yendo más allá del clásico “haz de facultades” que comporta el dominio (usar, disfrutar, gravar y disponer) para evidenciar cómo los derechos fundamentales lo deben presidir en una sociedad democrática. Y claramente los casos de Salt¹⁴ y Kušionová¹⁵ van en este sentido. En el primero, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos impide el desalojo de diversas decenas de “okupas” (algunos con niños) de un edificio del Sareb¹⁶ hasta que la Administración competente (en este caso, la Agencia Catalana de Vivienda) no les provea de vivienda social alternativa, lo que hizo ofreciéndoles una vivienda en derecho de uso por dos años a través de la Mesa de emergencia de Cataluña. En el segundo, el TJUE señala textualmente que “en el Derecho de la Unión, el derecho a la vivienda es un derecho fundamental garantizado por el artículo 7 de la Carta que el tribunal remitente debe tomar en consideración este precepto al aplicar la Directiva 93/13, de 5 de abril¹⁷”, pues en el caso enjuiciado se discutía una cláusula contractual que permitía la ejecución extrajudicial de la garantía sin que el juez tuviese la oportunidad de entrar a valorar su carácter abusivo. Dado que el proceso finalizaba en la ejecución del bien y en la pérdida de la vivienda por parte del consumidor, este hecho afectaba al respeto de su vida privada y familiar (art. 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE¹⁸). De esta manera, el TJUE incluye el derecho a la vivienda dentro del contenido de aquél.

¹² NASARRE AZNAR, Sergio, A legal perspective of the origin and the globalization of the current financial crisis and the resulting reforms in Spain, en KENNA, Padraic (Ed.), *Contemporary Housing Issues in a Globalized World*, Ashgate Publishing, Londres, 2014, pp. 37 y ss.

¹³ SINGER, J. W., cit, pp. 1303 y ss.

¹⁴ La medida cautelar puede consultarse en: <http://afectadosporlahipoteca.com/wp-content/uploads/2013/11/TEDH.pdf> (visitado el 2-2-2015).

¹⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) de 10 de septiembre de 2014 (JUR 2014/224808. Asunto C-34/13. Caso Monika Kušionová contra SMART Capital a.s. Apartado 65).

¹⁶ Es decir, la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria (<https://www.sareb.es/es-es/Paginas/web-Sareb.aspx>).

¹⁷ DOL 21 abril 1993, núm. 95, p. 29.

¹⁸ DOC 30 marzo 2010, núm. 83, p. 1.

Pero este impacto tan negativo de la crisis internacional en nuestro país no se hubiese dado con tal intensidad sin las malas prácticas bancarias que, de un modo u otro, contribuyeron al sobreendeudamiento familiar, básicamente por dos vías: prestando a quien no podía repagar y contratando productos complejos con consumidores¹⁹.

Desde que en los años 60 del siglo XX el profesor Claudio Segré concibió la posibilidad de crear una hipoteca común para Europa hasta 2014, paradójicamente, la Unión Europea ha tenido poco interés en impulsar la creación de un mercado hipotecario europeo, que representaba en 2007 el 47% de su PIB²⁰.

Y a pesar de los ingentes trabajos doctrinales sobre la eurohipoteca²¹, con impacto científico a nivel mundial (ver figura 1), al tiempo que inspiraba y nacía la hipoteca centroamericana en 2007²², fue descartada ese mismo año por el Libro Blanco sobre la integración del mercado europeo de crédito hipotecario de la Comisión Europea, documento que fijaba entre sus prioridades, curiosamente, facilitar la oferta y financiación transfronterizas, aumentar la gama de productos, aumentar la confianza de los consumidores y facilitar la movilidad del cliente.

Finalmente, y dada la crisis que había comenzado aquel abril, estas prioridades han cristalizado (por el momento) en la aprobación de la Directiva 2014/17/UE. Y todo ello a pesar de que la inmensa mayoría de reacciones al Libro Verde del Crédito Hipotecario de 2005²³ de gobiernos e instituciones europeas y participantes en el mercado hipotecario, no solamente fueron favorables a la introducción de una hipoteca común para Europa, sino que también lo fueron al modelo que se había planteado de “hipoteca contractualmente dependiente”, siguiendo los trabajos publicados en las denominadas *Basic Guidelines for a Eurohypothec* en 2005²⁴.

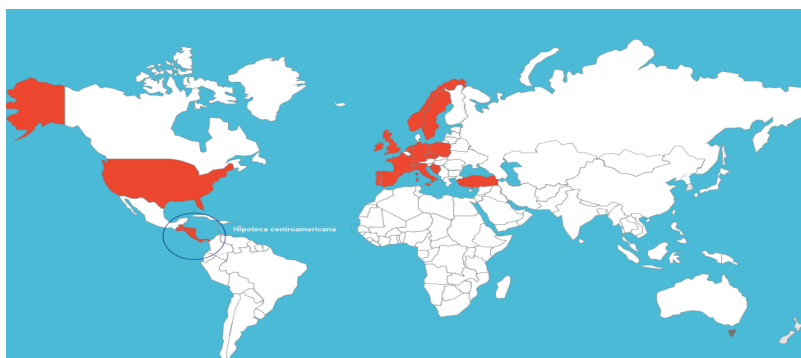


Figura 1. Impacto internacional de la eurohipoteca hasta 2011. Fuente: elaboración propia (Sergio Nasarre Aznar).

Ver más detalles en NASARRE AZNAR, Sergio, *Malas prácticas bancarias en la actividad hipotecaria*, RCDI, Nº 727, 2011, pp. 2673 y ss.

²⁰ *Libro Blanco* de la Comisión, de 18 de diciembre de 2007, sobre la integración del *mercado* europeo de crédito hipotecario [COM (2007) 807 final].

²¹ Uno de los últimos trabajos es NASARRE AZNAR, Sergio, *The Eurohypothec and the Eurotrust: the answers to the goals of the EC White Paper 2007 on the Integration of EU Mortgage Credit Markets*, en SJEFF VAN ERP et al. (coord.), *The future of European Property Law*, Sellier, 2012, pp. 79 a 122. Un análisis de la hipoteca española desde la perspectiva europea puede encontrarse en SIMÓN MORENO, Héctor, *La optimización de la hipoteca española desde la perspectiva europea*, Bosch, Barcelona, 2011. Ver algunos trabajos en: <http://housing.urv.cat/portada/recerca/projectes/eurohypothec/> (visitado el 30-1-2015).

²² Ver CUESTAS, Ruth Jeannette, *La hipoteca centroamericana: seguridad jurídica y derecho agrario*, *International Journal of Land Law and Agricultural Sciences*, Nº. 2, abril-junio 2012, pp. 190 y ss.

²³ COM/2005/0327 final.

²⁴ NASARRE AZNAR, Sergio, *Reacciones al Libro Verde de la Unión Europea sobre el crédito hipotecario en torno a la Eurohipoteca*, en MUÑIZ ESPADA, Esther, NASARRE AZNAR, Sergio y SÁNCHEZ JORDÁN, Elena, *Un modelo para una Eurohipoteca. Desde el Informe Segré hasta hoy*, Colegio de Registradores de España, Madrid, 2008, pp. 125 y ss.

Esa “evolución”, no obstante, ha renunciado a la aproximación europea en materia hipotecaria (lo que impide ciertamente alcanzar un mercado interior real) y se ha centrado en un tema clásico en derecho europeo, cual es la protección de consumidores. Pero incluso en este ámbito tradicional comunitario, la disposición normativa ha llegado tarde, tras quedar apartada la materia hipotecaria de las Directivas 2008/48/UE, de 23 de abril, de créditos al consumo (art. 2.2.a)²⁵ y 2011/83/UE, de 25 de octubre, de protección del consumidor²⁶ (art. 3.3.e). Esta última deroga las Directivas 1985/577/CEE, de 20 de diciembre, de protección de los consumidores en caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales²⁷ y 1997/7/CE, de 20 de mayo, de protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, que tampoco incluían esta materia en su ámbito de aplicación (arts. 3.2.a y 3.1, respectivamente).

Y, cuando ha llegado, a través de la Directiva 2014/17/UE, lo ha hecho, a nuestro juicio, de manera “descafeinada”, en cuestiones clave como la ejecución hipotecaria, las medidas de prevención del sinhogarismo, la dación en pago, el derecho inherente al prepago por el deudor o a claramente prohibir la concesión de préstamos hipotecarios a aquellos que no los puedan repagar.

En cualquier caso, no puede negarse que la Directiva está “inspirada” en el “caso español” en relación a nuestro mercado hipotecario, al centrarse en introducir una serie de disposiciones, cuya eficacia en cada país dependerá mucho de cómo se implementen.

2.2. Contenido y retos de su implementación

A continuación desgranamos algunos de los aspectos clave de la Directiva:

a) Arts. 7 a 9. Se dedican al comportamiento estándar debido de los prestamistas, quienes deben actuar: “de manera honesta, imparcial, transparente y profesional, teniendo en cuenta los derechos y los intereses de los consumidores”. Esta disposición sugiere una serie de cuestiones: ¿creará esta obligación un conflicto de intereses entre los prestamistas?, es decir, ¿cómo podrán velar por sus propios intereses y a la vez por los intereses de los consumidores? La SAP Asturias 27-1-2010 (AC 2010/6)²⁸ ya señaló que los prestamistas no pueden verse obligados a anteponer los intereses de éstos a los suyos propios²⁹; ¿hasta qué punto deberán revelar la información relacionada con el productor hipotecario?; de hecho, ¿se exige esto a cualquier otro comerciante?; o, simplemente, ¿no están en el mercado precisamente para hacer negocio y este se basa, a menudo, en la asimetría informativa? Y, por último, si ahora se les exige comportarse así, ¿cómo se han comportado hasta ahora? Y, en su caso, ¿dónde está la responsabilidad por ello?³⁰ En cuanto a los trabajadores de banca en particular, la Directiva se preocupa principalmente por dos cuestiones: su remuneración y su formación. En cuanto a lo primero, indica que “la estructura de las remuneraciones del personal involucrado no afecte a su capacidad de actuar en interés del consumidor y, en particular, no dependa de los objetivos de venta”. Ésta fue una de las principales

²⁵ DOL 22 mayo 2008, núm. 133, p. 66.

²⁶ DOL 22 noviembre 2011, núm. 304, p. 64.

²⁷ DOL 31 diciembre 1985, núm. 372, p. 31.

²⁸ AC 2010/6.

²⁹ “Naturalmente, a la entidad bancaria demandada no le es exigible un deber de fidelidad al actor, como cliente, anteponiendo el interés de este al suyo o haciéndolo propio”.

³⁰ A pesar de la tradición pactista en Estados Unidos, sí que han existido supuestos de encarcelamiento de responsables financieros vinculados por sus actos a la crisis de 2007, aunque han sido casos puntuales. De este hecho se hace eco JESSE EISINGER, Jesse, Why Only One Top Banker Went to Jail for the Financial Crisis, New York Times, 30-4-2014 (disponible en http://www.nytimes.com/2014/05/04/magazine/only-one-top-banker-jail-financial-crisis.html?_r=0 (visitado el 18-2-15). También se lamentan STORY, Louise y MORGENSON, Gretchen, AIG sues Bank of America over mortgage bonds, New York Times, 8-8-2011 (disponible en http://www.nytimes.com/2011/08/08/business/aig-to-sue-bank-of-america-over-mortgage-bonds.html?_r=1&scp=1&sq=AIG%20vs%20Bank%20of%20America&st=cse (visitado el 18-2-15), aunque también reseñan que aquel año existían 90 procesos judiciales abiertos reclamando pérdidas de bonos de titulización hipotecaria (MBS) impagados.

causas del *reckless lending* en Estados Unidos³¹. En cuanto a lo segundo, preceptúa que deben “poseer y mantener actualizado un nivel adecuado de conocimientos y de competencia en relación con la elaboración, la oferta o la concesión de contratos de crédito y la facilitación de la actividad de intermediación de crédito”; en cuanto a esto, cada Estado deberá decidir qué requisitos formativos deben tener los empleados de banca (¿solo juristas o economistas, lo que iría en contra de la práctica llevada a cabo por muchas entidades de crédito europeas que durante años han mostrado su claro interés en favor de contratar más personal orientado al marketing o comercialización antes que a técnicos?³²) y cómo debe garantizarse su formación continuada. La SAP Álava 7-4-2009³³) evidenció, precisamente, que ni tan siquiera el director de la oficina comercializadora podía explicar parte del clausulado de una permuta financiera (*swap*), procediendo el tribunal a su anulación.

b) Los arts. 10 a 16 se dedican a la fase de publicidad, marketing e información precontractual. Aunque claramente se estipula que ésta no debe ser confusa, no estipula una obligación explícita de añadir frases claras que informen sobre el riesgo de contratar una hipoteca, como por ejemplo la de “contratar esta hipoteca puede causarte la pérdida de tu vivienda y de parte del resto de tu patrimonio”. Además, siguiendo el “estilo legislativo europeo” en materia de consumidores, la Directiva propone un listado de información a proveer por el prestamista profesional a los consumidores, aunque la eficacia de este sistema ha sido y es cuestionada por los expertos³⁴. Estos preceptos también limitan vincular productos financieros complejos a hipotecas, una práctica muy común en España los meses previos al hundimiento del euribor en 2008, precisamente para cubrirse de ellos las entidades de crédito a través de cláusulas suelo y *swaps*³⁵. La Directiva incluye el documento ESIS, que es un formulario estandarizado para proveer información precontractual sobre el préstamo hipotecario.

c) Art. 18. La evaluación obligatoria de la solvencia del consumidor hipotecario es una de las más importantes disposiciones que la Directiva 2014/17/UE va a introducir en nuestro mercado hipotecario. De este modo, los consumidores podrán ser requeridos para proveer información, la cual también podrá ser obtenida por los prestamistas de bases de datos públicas o privadas (art. 20). Si hay una “perspectiva negativa” de repago o si la solvencia del deudor no puede ser

³¹ NASARRE AZNAR, Sergio, *La vivienda en propiedad como causa y víctima de la crisis hipotecaria*, “Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico”, N° 16, 2014, pp. 14 y ss.

³² Ya pusimos de manifiesto este hecho en NASARRE AZNAR Sergio, *Malas prácticas...*, cit., p. 2699. De hecho, el Defensor del Pueblo defendía en 2013 en relación a las participaciones preferentes que estas “han sido emitidas por los bancos y cajas de ahorro, pero en muchos casos los empleados de la banca al momento de su distribución no han informado suficientemente bien sobre los riesgos del producto, ni sobre su funcionamiento. Además, no todos los empleados de las entidades financieras que han puesto en circulación estos productos poseen la formación suficiente para explicarlos a los inversores”, ver DEFENSOR DEL PUEBLO, *Estudio sobre participaciones preferentes*, Marzo 2013, p. 15. Es por este motivo que la Directiva 2014/65/UE, de 15 de mayo, relativa a los mercados de instrumentos financieros (MiFID II, DOL 12 junio 2014, núm. 173, p. 349), todavía no traspuesta en el Derecho español, exige para la comercialización de productos financieros por parte de las empresas de servicios de inversión que “Los Estados miembros exigirán a las empresas de servicios de inversión que aseguren y demuestren a las autoridades competentes que lo soliciten que las personas físicas que prestan asesoramiento o proporcionan información sobre instrumentos financieros, servicios de inversión o servicios auxiliares a clientes en nombre de la empresa de servicios de inversión disponen de los conocimientos y las competencias necesarios para cumplir sus obligaciones de acuerdo con el artículo 24 y el presente artículo. Los Estados miembros publicarán los criterios utilizados para evaluar los conocimientos y competencias” (art. 25.1)

³³ AC 2009/995.

³⁴ Ver BEN-SHAHAR, O y SCHNEIDER, C. E., *The failure of mandated disclosure*, The Chicago Working Paper Series Index, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1567284 (visited 22-10-2014), p. 64, que afirma que la provisión obligatoria de información precontractual es “una historia de fracasos”. Ver también MAROTTA-WURGLER, F. *Will Increased Disclosure Help? Evaluating the Recommendation of the ALI’s, Principles of the Law of Software Contracts*, NYU Law and Economics, Research Paper N° 14-28 (disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2497163, visitado el 18-2-2015).

³⁵ NASARRE AZNAR, Sergio, *Malas prácticas...*, cit., pp. 2673 y ss.

convenientemente evaluada, el prestamista deberá denegar la concesión del crédito; si no lo hace, puede existir el riesgo de que el prestatario anule el contrato o se produzca una modificación sobrevenida o forzosa del mismo (art. 18.4). Los efectos de esta regla, desde nuestra perspectiva, son dos. Primero, parece que podrá evitar la concesión generalizada de hipotecas *subprime*, lo que dependerá de que la información que pueda conseguirse sea lo suficientemente buena y transparente. No obstante, debe advertirse que esta medida difícilmente podrá evitar una nueva crisis sistémica como la presente (es decir, podrá funcionar en un contexto de *rebus sic stantibus*), esto es, con fuertes incrementos de hipotecas impagadas y desahucios provocados por cuestiones más sistémicas que problemas con los préstamos hipotecarios concretos, como son la alta tasa de desempleo o la debilidad de nuestro Estado Social. Y, segundo, depende de cómo quede esta regla transpuesta, impedirá a muchos hogares acceder a una vivienda en propiedad. Posiblemente esto tendrá unas consecuencias negativas limitadas en países donde existen formas de tenencia alternativas al dominio (ej. donde exista un mercado de alquiler debidamente desarrollado, como en Alemania o Austria) pero será más elevado en jurisdicciones, como en las mediterráneas, que tienen mercados de alquiler infradesarrollados y de tenencias intermedias inexistentes (con la única excepción, quizás, de Malta³⁶). En cuanto a España, el arrendamiento sigue sin ser deseado en 2011 ni siquiera por el 76% de los actuales inquilinos (que lo son por necesidad)³⁷ y si bien la tasa de dudosidad de las hipotecas ha aumentado en los últimos años, el 94% de las hipotecas sobre vivienda en 2014 se siguen pagando regularmente³⁸, al tiempo que el gozar de una población de jubilados propietarios (con hipotecas pagadas desde hace años) o arrendatarios de la LAU 1964 (no la de la Ley 4/2013), ha posibilitado que hayan acudido al rescate de sus familiares en dificultades económicas, acogiéndolos en sus propios domicilios³⁹.

d) Los consumidores deberán ser informados gratuitamente (art. 8), aunque el asesoramiento será oneroso, de manera que el prestamista tendrá más responsabilidad en éste. El art. 19 requiere que la valoración inmobiliaria sea profesional e independiente, lo que, en principio, nuestro sistema resolvió (tarde) con el art. 3 Ley 41/2007⁴⁰.

e) El art. 25 podría haber sido más estricto a la hora de requerir a los estados el implementar mecanismos legales para permitir a los deudores amortizar la deuda en cualquier momento dentro del plazo máximo de devolución convenido, independientemente del plan de amortización pactado con el prestamista. Incluso los arts. 7 a 9 Ley 41/2007 eran algo más claros que la Directiva, al señalar que “El presente Capítulo será de aplicación a los contratos de crédito o préstamo hipotecario formalizados con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley y aunque no conste en los mismos la posibilidad de amortización anticipada, cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias: que se trate de un préstamo o crédito hipotecario y la hipoteca recaiga sobre una vivienda y el prestatario sea persona física”; aunque no diga expresamente que la amortización anticipada sea un derecho del deudor. Ciertamente, en la amortización anticipada coinciden el máximo interés del deudor (en deshacerse de la deuda lo antes posible, especialmente si se trata de préstamos a interés variable, de

³⁶ Básicamente debido a la aproximación tradicionalmente conservadora de sus entidades de crédito al mercado hipotecario y al cierto peso que tiene en el país la enfitéusis y la propiedad compartida (ver NASARRE AZNAR, Sergio, OLINDA GARCIA, MARIA y XERRI, Kurt, ¿Puede ser el alquiler una alternativa real al dominio como forma de acceso a la vivienda? Una comparativa legal Portugal-España-Malta, Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico, Nº 16, 2014, pp. 188 y ss.).

³⁷ FOTOCASA, Los españoles y su relación con la vivienda, Fotocasa.es trends, 2011.

³⁸ ASOCIACIÓN HIPOTECARIA ESPAÑOLA, Actividad crediticia hipotecaria de septiembre de 2014, 9/2014, p. 3, disponible en www.ahe.es.

³⁹ De acuerdo con FUNDACIÓN ENCUESTRO, Informe España, 2013, pp. 226 y ss, disponible en http://www.fund-encuentro.org/informe_espana/indiceinforme.php?id=IE20 (visitado 18-2-2015), en 2013 el 40,4% de los jubilados utiliza parte de su pensión para ayudar a familiares y amigos (en 2009, era solo el 15,1%), mientras que el 27,9% de ellos acogen a sus hijos en su casa, por ejemplo, tras el desahucio de éstos.

⁴⁰ Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de reforma del mercado hipotecario (BOE 8 diciembre 2007, núm. 294, p. 50593).

manera que evitaría los avatares negativos de su posible aumento a lo largo de la larga vida del préstamo hipotecario) y del acreedor (en ver repagado antes su préstamo, recordemos, causa principal de este tipo de contrato: dejar para que devuelvan el *tantundem*, art. 1740 CC). No obstante, las entidades de crédito llevan a cabo negocios hipotecarios de pasivo sobre la base de las hipotecas concedidas (ej. emisión de cédulas hipotecarias y de bonos de titulización hipotecaria), de manera que una alteración sobrevenida y unilateral (por parte del deudor, dicen, contraria al *pacta sunt servanda*) les implica perjuicio económicos en la previsibilidad de los ingresos (cuotas hipotecarias) y pagos (a sus propios acreedores, cedulistas o bonistas con “cobertura” hipotecaria). De ahí, por ejemplo, las compensaciones previstas en el art. 8 Ley 41/2007 y la preocupación de Alemania (cuya financiación bancaria de préstamos hipotecarios a tipo fijo está confiada en gran medida a las *Pfandbriefe*, que requieren mucha previsibilidad en los ingresos por amortización hipotecaria para su estabilidad en el mercado) por el presupuesto del que parte este art. 25 de la Directiva ya en el Libro Verde del Crédito Hipotecario de 2005: “La amortización anticipada del préstamo es un aspecto crucial de la negociación del crédito hipotecario. La larga duración de los contratos hipotecarios y la modificación de las principales condiciones contractuales a lo largo de ese tiempo (por ejemplo las variaciones de los tipos de interés) pueden motivar al consumidor a buscar una salida prematura del contrato de crédito”, preguntando si éste debería configurarse como un derecho o solo como una opción. El art. 18 del Proyecto de Directiva 2011⁴¹ parecía obligar a los estados o bien a darle un derecho contractual o bien legal a todo consumidor hipotecario: “*Member States shall ensure that the consumer has a statutory or contractual right to discharge his obligations under a credit agreement prior to the expiry of that agreement. In such cases, he shall be entitled to a reduction in the total cost of the credit, such a reduction consisting of the interest and the costs for the remaining duration of the contract*”, aunque admitía poderlo sujetar a ciertas condiciones. La redacción final en la Directiva ha quedado mucho más “descafeinada”, sin referencia alguna a que el consumidor pueda tener un derecho legal a poder pagar avanzadamente la deuda hipotecaria: “*Los Estados miembros velarán por que el consumidor goce del derecho de liquidar total o parcialmente las obligaciones derivadas del contrato de crédito antes de la fecha de expiración de este*”, preveyendo también una “compensación justa y objetiva” para el prestamista. Aunque desde un punto financiero ésta esté justificada, desde un punto de vista de nuestro sistema jurídico-privado merece al menos una segunda lectura dado que la pactada periodificación de la amortización del préstamo no es un elemento esencial del contrato de préstamo (su alteración no frustra esencialmente la finalidad de éste, como sí lo haría el plazo máximo)⁴², como lo demuestra que ya por ley es irrelevante que se dejen de pagar dos cuotas a efectos de ejecución (art. 693.1 LEC, modificado por la Ley 1/2013) o, incluso en el ámbito del arrendatario, el Auto del Juzgado de Primera Instancia de Madrid de 6 de marzo de 2013⁴³ que, verificados reiterados casos de impagos de la renta, el juez no ordena el desahucio de la arrendataria hasta que los hijos menores que conviven con ella puedan acabar el curso escolar (muy inspirada, esta sí en el ámbito hipotecario, en la inglesa *Cheltenham & Gloucester Building Society vs Norgan* de 1996⁴⁴, que solo autorizó a la ejecución al prestamista cuando realmente se verifique el impago de la devolución del préstamo hipotecario, que sólo sucederá a ciencia cierta cuando transcurra el plazo máximo de concesión del préstamo a pesar de que hasta entonces se hayan impagado todas las cuotas). En esta misma línea, e ignorando la Ley 1/2013 a propósito, la SJM núm. 3 Barcelona 5-5-2014⁴⁵ anuló una ejecución hipotecaria con posterior remate porque se ejecutó la hipoteca a los 6 meses del impago de la cuota. Aunque estas resoluciones pueden encasillarse dentro de la “Robinprudencia” que hemos acuñado⁴⁶,

⁴¹ COM(2011) 142 final .

⁴² NASARRE AZNAR, Sergio, Robinhoodian’ courts’ decisions on mortgage law in Spain, *International Journal of Law in the Built Environment*, en prensa.

⁴³ AC 2013/726.

⁴⁴ [1996] 1 WLR 343.

⁴⁵ JUR 2014\139100.

⁴⁶ NASARRE AZNAR, Sergio, Robinhoodian’ courts’ decisions on mortgage law in Spain, cit., en prensa.

lo cierto es que evidencian, desde un punto jurídico, lo poco esencial de los plazos de amortización pactados para la subsistencia del préstamo hipotecario, lo que puede aplicarse *mutatis mutandis* al claro establecimiento de un derecho de amortización anticipada.

f) Por último, el art. 28 Directiva establece únicamente débiles y genéricas provisiones, dejando a los estados decidir:

a) Cuándo pueden comenzarse a ejecutar las hipotecas. Además de lo ya comentado, la Directiva se limita a señalar que los estados deberían incentivar a los prestamistas a ser tolerantes antes de iniciar una ejecución. Pues bien, ésta podría haber sido un área para ser armonizada, dado que existe una gran disparidad en la duración de los procedimientos ejecución en los países miembros (de los 84 días en Dinamarca a los 10 años en Chipre) que tiene un importante impacto en las posibilidades de reacción para un deudor frente a un desahucio de vivienda habitual.

b) La regulación en relación a los tipos de interés de demora. En este sentido, la Directiva señala que: “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”.

3. La Ley catalana 20/2014: un salto cualitativo en la protección del deudor hipotecario de vivienda

3.1. Antecedentes y competencias en materia de consume

A pesar de que España aún no ha transpuesto la Directiva, el legislador catalán, inspirándose en la misma, ha aprobado la Ley 20/2014, que reforma su Código de Consumo (Ley 22/2010, de 20 de julio⁴⁷; en adelante, CConC) y que busca aumentar la protección de los consumidores a la hora de contratar créditos y préstamos hipotecarios. Para ello tiene disposiciones especiales para la fase de publicidad, de información precontractual, deber de análisis de solvencia del deudor y el deber tanto de las entidades financieras como de los notarios que intervienen de “hacer comprensibles a la persona consumidora las implicaciones económicas y jurídicas de la transacción concreta, especialmente las consecuencias en caso de impago”. Añade la exposición de motivos de la norma que el consumidor podrá comparar desde el primer momento las diferentes ofertas. Se ha aprovechado esta modificación del Código de Consumo en materia de consumidores hipotecarios para introducir medidas de protección de personas que se encuentran en situación de pobreza energética, entre otras cuestiones.

No deja de sorprender que mientras que el Código de Consumo original era una norma esencialmente administrativa⁴⁸, con esta modificación pasa a tener un importante contenido de Derecho civil, puesto que además de las clásicas sanciones públicas, se prevén una serie de requisitos civiles para la validez de contratos de préstamo y crédito entre entidades de crédito y consumidores que, de no cumplirse, pueden comportar, defendemos, la nulidad de los mismos. Esta modificación del Código de Consumo catalán, pues, se avanza al Libro 6º del Código Civil de Cataluña sobre

⁴⁷ DOGC 23 julio 2010, núm. 5677, p. 54862; BOE 13 agosto 2010, núm. 196, p. 71949.

⁴⁸ En este sentido se pronunciaba Martín Casals al proclamar que el Código de Consumo Catalán “és bàsicament una regulació administrativa referida a l’actuació de l’administració en les relacions de consum, però no recull totes les relacions de consum ni estableix tampoc un pla de com s’hauran de completar els buits que deixa. Si bé parteix de directives europees o s’inspira en altres regulacions que també es refereixen a aspectes de Dret Privat, per regla general, els remet a la “legislació vigent””, ver MARTÍN CASALS, Miquel, El Llibre VI del Codi Civil de Catalunya, en FLORENSA i TOMÀS, Carles E. (Dir.), La Codificación del Derecho Civil de Cataluña. Estudios con ocasión del cincuentenario de la Compilación, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 498.

contratos⁴⁹, al introducir reglas contractuales (al menos sectoriales), aprovechándose de la competencia de las CCAA tanto en materia de Derecho civil (art. 149.1.8 CE) y Cataluña en materia de consumo (art. 123 EAC) y entidades de crédito (arts. 120.2 y 126.3 EAC).

No obstante, la habilitación competencial de las CCAA en materia de consumo no es una cuestión pacífica, pues se encuentra sometida a dos límites derivados de la CE:

a) El primero es el art. 149.1.1 CE, que prevé como competencia exclusiva del Estado la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, entre los que se encuentra la defensa de los consumidores y usuarios (art. 51.1 CE). La doctrina⁵⁰ afirma en relación al art. 149.1.1 CE que “admite la posibilidad de posiciones jurídicas diversas entre los ciudadanos, derivada de la *autonomía* de las CC.AA., pero como esa diversidad se da dentro de la *unidad*, la variedad de posiciones jurídicas ha de respetar un mínimo contenido unitario, que es el garantizado por el Estado mediante su competencia de regular las “condiciones básicas”. Por su parte, la STC 61/1997⁵¹ ha declarado que “este título estatal no representa, pues, una suerte de prohibición para el legislador autonómico de un trato divergente y desproporcionado respecto de la legislación estatal”. Por lo tanto, la Ley 20/2014 incorpora en el CConC normas sectoriales de naturaleza civil (como las cláusulas abusivas), cuya constitucionalidad va a depender de que no infrinjan la normativa básica estatal. En este sentido, la doctrina⁵² ha identificado este mínimo contenido unitario y/o condiciones básicas en materia de consumidores y usuarios con el catálogo de derechos básicos recogidos en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de diciembre, de consumidores y usuarios⁵³ (art. 8), al que puede añadirse, en nuestra opinión, los principios que inspiran esta legislación (como el principio de irrenunciabilidad, art. 10).

Pues bien, lo cierto es el CConC prevé en esencia los mismos derechos y principios básicos que el RDL 1/2007 (*cf.* arts. 112-3 y 121-2 CConC y art. 28 EAC), entre los que se encuentra por ejemplo la protección de sus intereses económicos y sociales. El legislador catalán amplía el alcance de este principio (art. 123-2.h CCC) en la línea del RDL 1/2007 legitimando a los consumidores a “solicitar la eliminación y el cese de las cláusulas y prácticas abusivas o desleales” (por ejemplo, las previstas en el art. 251-6.4 CConC). En nuestra opinión, el CConC mantendría con estas disposiciones la *unidad* (en esencia, los mismos derechos legales básicos de los consumidores y los principios que rigen el derecho de consumo previstos en el RDL 1/2007) pero ampliando en ocasiones su contenido en su beneficio (*diversidad*). Con todo, la constitucionalidad del CConC se supedita a la interpretación más o menos restrictiva del art. 149.1.1 CE.

b) El segundo límite sería la habilitación competencial del legislador catalán. Dado que los arts. 148.1 y 149.1 CE no atribuyen una competencia expresa en materia de consumidores y usuarios ni al Estado ni a las CCAA (STC 15/1989⁵⁴), ésta debe concretarse atendiendo a otras disposiciones constitucionales. En el mismo sentido se pronuncia la STC 31/2010 al analizar el art. 123 EAC⁵⁵. El

⁴⁹ Actualmente en fase de Anteproyecto de Ley (disponible en http://justicia.gencat.cat/web/.content/home/informacio_publica_2/livre_VI_inform_publica.pdf; consulta el 15-1-2015).

⁵⁰ ALONSO DE ANTONIO, José Antonio, Artículo: 149.1.1.ª, 4.ª, 5.ª, 7.ª, 10.ª a 32.ª, 2 y 3: Sistema de distribución de competencias, en ALBALADEJO, Manuel (Dir.), Comentarios a la Constitución Española, Tomo XI, Artículos 143 a 158 de la Constitución Española de 1978, EDERSA, 2006. Base de Datos Jurídica vLEX: <http://app.vlex.com/#/vid/339024>.

⁵¹ RTC 1997\61.

⁵² BARRAL VIÑALS, Inmaculada, Los derechos de los consumidores y los límites del marco competencial en el estatuto de Cataluña de 2006, en MARIA CASTELLÀ, Josep Andreu y GRAMMOND, Sébastien (coords.), Diversidad, derechos fundamentales y federalismo. Un diálogo entre Canadá y España, Atelier, 2010, p. 148.

⁵³ BOE 30 noviembre 2007, núm. 287, p. 49181.

⁵⁴ RTC 1989\15.

⁵⁵ RTC 2010\31. “La materia de defensa de los consumidores es un ámbito de concurrencia competencial de títulos habilitantes diferentes, de manera que la atribución estatutaria de la competencia de carácter exclusivo a la Comunidad Autónoma no puede afectar a las competencias reservadas por la Constitución al Estado (art. 149.1 CE), que se proyectarán cuando materialmente corresponda (STC 15/1989, de 26 de enero, sin necesidad de que el Estatuto incorpore cláusulas de salvaguardia de las competencias estatales (fundamentos jurídicos 59 y 64)”, apartado 70.

problema en este punto, pues, es que el contenido pluridisciplinar del derecho de consumo implica que haya que analizar en cada caso el sector específico sobre el que se está legislando y la correspondiente habilitación competencial⁵⁶ (esto justifica la alusión del Anteproyecto de Ley del Libro 6º CCC a una pluralidad de normas competenciales), lo que ha llevado a una parte de la doctrina⁵⁷ a afirmar que toda protección del consumidor fuera del Derecho administrativo que tenga lugar, por lo tanto, mediante el Derecho penal, civil, mercantil o procesal quedaría fuera del ámbito competencial de las CCAA; y, específicamente en cuanto al Anteproyecto de reforma el Código de Consumo catalán (hoy Ley 20/2014), que “*el legislador catalán no tiene competencia, ni para aprobar una norma que limite los intereses de demora en créditos o préstamos hipotecarios, ni para “tipificar” nuevas cláusulas abusivas más allá de las previstas en la normativa estatal*”.

La jurisprudencia constitucional se basa en la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación civil (art. 149.1.8ª CE⁵⁸) para circunscribir la competencia de las CCAA en materia de consumo al ámbito administrativo, y ello sin entrar a valorar a ciencia cierta hasta dónde llegan las bases de las obligaciones contractuales⁵⁹ (y cuando efectivamente lo ha hecho, opta de todas formas por acoger una interpretación restrictiva de esta disposición constitucional). A pesar de estas dificultades, parte de la doctrina interpreta que el contrato, sus elementos y su contenido quedarían fuera del ámbito competencial del Estado⁶⁰, lo que permitiría al legislador catalán regular materia contractual como, por ejemplo, las cláusulas abusivas (art. 251-6.4 CConC).

En definitiva, la constitucionalidad del CConC dependerá de la interpretación más o menos restrictiva de los arts. 149.1.1ª y 8ª CE. Por el momento, el CConC goza de presunción de constitucionalidad (así como las modificaciones incorporadas por el Ley 20/2014, que entrarán en vigor el 1 de abril de 2015) hasta que, en su caso, un pronunciamiento del Tribunal Constitucional no se pronuncie en sentido contrario. Cuestión a parte son las consecuencias civiles de las nuevas disposiciones del CConC, sobre lo que volveremos más adelante.

3.2. Análisis de las disposiciones más relevantes de la Ley 20/2014

⁵⁶ El Tribunal Constitucional argumenta que “si bien en el art. 149.1 C. E. no se ha mencionado expresamente la rúbrica «defensa de los consumidores y usuarios», abriéndose así, en estrictos términos formales, la posibilidad de que algunos Estatutos de Autonomía hayan asumido la competencia «exclusiva» sobre la misma (art. 149.3 C. E.), como quiera que la sustantividad o especificidad de la materia no es, en líneas generales, sino resultado de un conglomerado de muy diversas normas sectoriales reconducibles a otras tantas materias, en la medida en que el Estado ostente atribuciones en esos sectores materiales, su ejercicio podrá incidir directamente en las competencias que sobre «defensa del consumidor y del usuario» corresponden a determinadas Comunidades Autónomas”.

⁵⁷ Ver sobre ambas afirmaciones ello FERNÁNDEZ BENAVIDES, Miguel, ¿Puede el gobierno de Cataluña imponer sanciones y regular en materia de cláusulas abusivas en contratos hipotecarios?, Revista CESCO, Julio 2012, p. 4. Disponible en: <http://www.uclm.es/centro/cesco/> (última visita 15-2-15).

⁵⁸ 1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 8.ª Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial”.

⁵⁹ Sobre ello ver BARRAL VIÑALS, Inmaculada, “Contractes de consum” i desenvolupament de la competència en dret civil a Catalunya: podem utilitzar la jurisprudència constitucional?, en FLORENSA i TOMÁS, E., cit., pp. 511 y ss.

⁶⁰ “Hem de deixar ben clar que les bases de les obligacions contractuals no s’identifiquen ni amb les regles que determinen el tipus bàsic (el contracte), ni amb els seus elements (l’estructura i la funció), ni amb les disposicions comunes a tots els contractes. D’altra banda, les bases tampoc impliquen que el contingut dels contractes estigui reservat a l’Estat, tot i que de vegades el Tribunal Constitucional hagi fet una interpretació més restrictiva segons la qual quedaria exclosa la legislació civil pròpia. Aquestes declaracions no només contradiuen el panorama normatiu competencial, sinó que, a més, eliminen la competència autonòmica en aquesta matèria, quan precisament el seu reconeixement és el punt de partida de la legislació pròpia, això sí, limitada, però en cap cas amb un límit que n’impossibiliti l’exercici”, ver GETE-ALONSO i CALERA, M. Del Carme, El Llibre sisè del Codi Civil de Catalunya sobre les obligacions i els contractes. Quan, com i per què codificar-lo, INDRET, Nº 1, 2009, p. 13. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/610_cat.pdf (visitado el 18-2-15).

A continuación pasaremos a destacar las disposiciones de la Ley 20/2014 más relevantes que suponen un “avance real” en la protección de los “consumidores hipotecarios” (si se nos permite la expresión), en relación a la normativa para toda España aprobada en los últimos años e, incluso, en relación a la propia Directiva y lo que se puede esperar de ella. En nuestro análisis lo compararemos con el primer borrador de la ley (en adelante, “Borrador de 2011”)⁶¹, con el fin de contrastar cuál era el objetivo de la propuesta y cómo ha quedado finalmente en la norma. De este modo, tenemos:

A) Ámbito de protección de la norma

a) **Ámbito objetivo y subjetivo** de las protección de consumidores de la norma (arts. 261-2 y 123-10 CConC). En cuanto al ámbito objetivo, la protección alcanza tanto a préstamos como a créditos hipotecarios⁶² aunque solo sobre vivienda. No obstante, no se limita únicamente a primera vivienda (el Preámbulo sí destaca, no obstante, la especial protección que merecen los que se endeudan debido a la adquisición de su vivienda habitual; de ahí alguna previsión expresa para vivienda habitual, como la citada en el art. 133-1.2 CConC sobre sumisión obligatoria a arbitraje del prestamista, si no lo ha excluido con anterioridad), ni tampoco se limita a su adquisición sino que también quedarán protegidos los préstamos y créditos tomados para su rehabilitación. Y, en cuanto al subjetivo, en cuanto a la posición activa, a los prestamistas e intermediarios de crédito (definidos en los apartados b) y c) del art. 261-1.1 CConC). Y, en cuanto a la posición pasiva, no sólo alcanza al deudor hipotecario, sino también a los posibles avalistas en la operación y a los terceros hipotecantes (en caso de hipotecar finca propia en garantía de deuda de tercero, art. 261-2.2 CConC). Además, el art. 262-10 CConC señala que las protecciones de deudores hipotecarios vulnerables (es decir, los que son especialmente vulnerables en cuanto a las relaciones de consumo tales como los niños y adolescentes, los ancianos, las personas enfermas, las personas con discapacidades y cualquier otro colectivo en situación de inferioridad o indefensión especiales -art. 111-2.1.c) CConC-) merecen ser mayores, que queda sin embargo a expensas de un ulterior desarrollo reglamentario. Ello podrá verse por ejemplo, cuando una persona con dificultades de comprensión (sin estar incapacitado) merezca una información más intensa y más sencilla por parte del notario de los aspectos económicos y jurídicos del contrato de préstamo hipotecario (art. 123-10.2.a) CConC).

Pero dicho art. 262-10 CConC nos lleva a plantearnos, además, cuál puede ser la situación de los ancianos en relación a los productos hipotecarios. Hemos comentado que la Directiva 2014/17/UE excluye a la **hipoteca inversa** (Disp. Adic. 1ª Ley 41/2007) de su protección, pero no impide, naturalmente, que pueda extenderse ésta en el derecho de cada Estado dado que no es un ámbito que se defina en la misma como de máxima armonización (Considerando 7º de la exposición de motivos y art. 2 Directiva 2014/17/UE). Pues bien, el CConC no aclara si la hipoteca inversa cae bajo su ámbito de protección. Entendemos que puede incluirse dentro del concepto de “créditos y préstamos garantizados” del art. 261-2.1 CConC, en tanto que se le va dejando periódicamente una cuantía al hipotecante que su heredero deberá devolver si no quiere ver ejecutada la finca gravada. De hecho, la hipoteca en garantía de cuentas corriente de crédito (art. 153 LH⁶³) es la vía natural de

⁶¹ Que nos fue encargado al Grupo de Investigación de acceso a la Vivienda de la Universidad Rovira i Virgili (hoy incorporado en su Cátedra de Vivienda, housing.urv.cat) y que fue entregado a la Consejería de Justicia de la Generalitat de Cataluña en septiembre de 2011.

⁶² Atendiendo a la información facilitada por el Banco de España (<http://www.bde.es>, visitado el 18-2-15), la diferencia esencial entre ambos radica en que mientras en contrato bancario de crédito el cliente puede ir disponiendo del dinero facilitado por la entidad de crédito (acreedora) a medida que lo vaya necesitando, en cualquier cantidad hasta una determinada cuantía (límite del crédito pactado) y en cualquier momento durante el plazo de tiempo acordado y, además, puede devolver parcial o totalmente el importe dispuesto antes de su vencimiento, pudiendo volver a disponer de ese importe en futuras ocasiones durante la vida del crédito, en el contrato de préstamo el cliente recibe normalmente de una sola vez, al inicio del contrato, una cantidad pactada de dinero, obligándose a su devolución en los plazos e importes preestablecidos en el plan de amortización, cuya variación implicaría costes adicionales para el cliente. El contrato de crédito utiliza normalmente el soporte de una cuenta corriente.

⁶³ ANGUITA RÍOS, Rosa María, La hipoteca inversa y la transformación de los activos inmobiliarios en rentas, El Consultor Inmobiliario, Nº 83, Octubre 2007, p. 7.

instrumentar la hipoteca inversa, dado que el vehículo que presumiblemente propondrá la entidad concedente del préstamo será una operación de cuenta corriente de crédito. Además, la hipoteca inversa es un nombre puramente comercial⁶⁴ y, por lo tanto, no deja de ser una hipoteca ordinaria o de seguridad con algunas particularidades⁶⁵. En consecuencia, y como no queda excluida expresamente (como sí lo está en la Directiva, art. 3.2.a)), entendemos que sí que queda protegida por el CConC en lo que le sea aplicable *mutatis mutandis*. Así, no hay inconveniente en exigirle al prestamista la información precontractual prevista en el art. 262-4 CConC, aunque quizás no sea necesario el test de solvencia, en tanto que el hipotecante inverso no debe pagar nada. En cambio, sí deberá ser informado desglosada y detalladamente de los gastos que puede llevar aparejada la hipoteca inversa⁶⁶ y del precio de ésta (el tipo de interés que luego podrá implicar mayor deuda para su heredero o, incluso, la imposibilidad de que lo repague); más duda existe sobre si el heredero debería ser informado, a pesar de no ser ni deudor, ni avalista ni tercer hipotecante, aunque sí especialmente interesado en la operación, dado que será él el encargado de amortizar la deuda pendiente y, en caso contrario, el acreedor se podrá dirigir únicamente contra los bienes de la herencia (apartados 5º y 6º Disp. Adic. 1ª Ley 41/2007). Por este motivo, si bien no parece que sea necesario que se advierta al hipotecante de la pérdida de la vivienda, dado que no la puede perder por ley hasta que fallezca, la doctrina ha puesto de manifiesto⁶⁷ que los factores sociológicos y psicológicos juegan un papel relevante en esta institución. Nos referimos por ejemplo tanto a las reticencias y temores de una persona mayor a desprenderse de uno de sus principales bienes como a su poca predisposición a dejar a sus descendientes un bien hipotecado o, directamente, privarles de ese bien. Pues bien, difícilmente podrá la persona mayor o dependiente valorar estos riesgos de despatrimonialización⁶⁸ si no se le informa previamente de ello.

Esta problemática no encuentra una solución del todo satisfactoria en el Derecho español. El apartado cuarto de la Disp. Adic. 1ª Ley 41/2007 remite en cuanto al régimen de transparencia y comercialización de la hipoteca inversa y la actuación del asesor independiente a una ulterior reglamentación a cargo del Ministerio de Economía y Hacienda. Pues bien, el art. 32 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios⁶⁹, dictada al amparo de la habilitación normativa contenida en el art. 29.2 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible⁷⁰ y que pretende unificar en un solo texto la normativa básica de transparencia aplicable a las entidades de crédito cuando presten servicios bancarios a personas físicas (excluidos los servicios de inversión, planes o fondos de pensiones y seguros), prevé el régimen de transparencia de la hipoteca inversa exigiendo a la entidad de crédito: a) la entrega de una oferta vinculante (lo que no es exigible en el resto de casos, arts. 23); b) la prestación obligatoria de un servicio de asesoramiento independiente (art. 10); y c) la entrega al cliente, primero, de la Ficha de Información Precontractual (FIPRE, art. 21), y segundo y en un momento posterior, cuando proceda, de la Ficha de Información Personalizada (FIPER, art. 22), adaptadas a su particular régimen jurídico. Ambas se recogen en los Anexos III y IV de la Orden EHA 2899/2011, respectivamente. La FIPER recoge los elementos más relevantes previstos en el art. 262-4 CConC, si bien solo en su apartado 14 (riesgos y advertencias) se contempla, “si ha lugar”, lo siguiente: “Puede

⁶⁴ Así se pronuncia Leocadio Iñigo al proclamar que “por primera vez la norma define un producto bancario por el que podría ser su nombre comercial más que atendiendo a conceptos y criterios jurídicos”, ver IÑIGO ARROYO, Leocadio, La hipoteca inversa (Disposiciones Adicionales 1ª y 4ª de la Ley 41/2007), en MUÑIZ ESPADA, Esther, NASARRE AZNAR, Sergio y SANCHEZ JORDÁN, Elena (Coords), La reforma del mercado hipotecario, Edisofer, Madrid, 2009, pp. 327 y 339.

⁶⁵ Sobre esta figura, ver SIMÓN MORENO, Héctor, La Hipoteca inversa en la Llei 41/2007, del mercat hipotecari, Revista Catalana de Dret Privat, Vol. 10, 2010, pp. 45 y siguientes.

⁶⁶ NASARRE AZNAR Sergio, La vivienda en propiedad..., cit., pp. 23 y ss..

⁶⁷ HERRANZ GONZÁLEZ, Rubén, Hipoteca inversa y figuras afines, Informes Portal Mayores, núm. 49, p. 9. Disponible en: <http://envejecimiento.csic.es/documentos/documentos/herranz-hipoteca-01.pdf> (visitado el 18-2-15).

⁶⁸ SIMÓN MORENO, H., La Hipoteca inversa..., cit., p. 74.

⁶⁹ BOE 29 octubre 2011, núm. 261, p. 113242.

⁷⁰ BOE 5 marzo 2011, núm. 55, p. 25033.

usted perder su vivienda o el uso de la misma en caso de que [circunstancias contractuales que la ocasionarían]”. Esto denota voluntariedad más que obligatoriedad para la entidad de crédito⁷¹. Esta información podría entenderse incluida sin embargo en la sección 12 de la FIPER (“Incumplimiento de los compromisos vinculados al préstamo: consecuencias para el cliente”), que prevé un apartado sobre las consecuencias financieras y/o jurídicas del incumplimiento, que debe rellenarse según la propia FIPER de manera que “se expresarán de forma destacada las consecuencias graves, especialmente, los efectos de la ejecución hipotecaria”.

De esta manera, la Orden EHA 2899/2011 recoge las cuestiones más relevantes que específicamente exige el art. 262-4 CCC para la hipoteca inversa, pero no parece imponer a la entidad de crédito la provisión de información relativa a las consecuencias negativas del impago que sí son relevantes para el hipotecante (así debe deducirse de la mención “si ha lugar”), quien no podrá valorar el riesgo de despatrimonialización de los miembros de su familia e informarles de ello, en su caso. A pesar de que dicha información pudiera proveerse en la sección 12^a, hubiera sido deseable, primero, que las entidades tuviesen la obligación de informar expresamente sobre aspectos concretos en lugar de tener que interpretar una cláusula general, y segundo, que se obligase a la entidad de crédito a incorporar dichas advertencias específicamente en la sección 14^a (donde se advierte específicamente de los riesgos aparejados al incumplimiento del contrato de crédito). En definitiva, nos parece que una interpretación correctora del art. 262-4.1.g.2^a) CConC para la hipoteca inversa (que obliga a la entidad a advertir específicamente sobre el riesgo que asume la persona consumidora de perder la vivienda en caso de incumplimiento de los compromisos derivados del contrato de crédito y del hecho de que la responsabilidad no está limitada a la finca, y la advertencia de que también podría perder otros bienes de su patrimonio hasta el importe debido) podría suplir las deficiencias de la citada normativa.

B) Fase precontractual

b) Obligaciones de **información previas al contrato** (art. 262-1 CConC). En este punto, debemos destacar lo siguiente:

- En la fase de **marketing** (art. 262-3 CConC). Encontramos en este precepto (en concreto en su apartado 2. e) un primer gran avance de esta revisión del CConC. En cualquier publicidad o comunicación comercial de un préstamo o crédito hipotecario deberá incluirse, entre otras cuestiones más o menos evidentes, una frase clara y precisa a todos los interesados (deudor, avalista y tercer hipotecante: “Debe informarse de ello con advertencias claras, que deben referirse a los riesgos para las personas consumidoras y, si procede, para los avalistas o los terceros hipotecantes”) que diga lo siguiente: “El riesgo de perder la vivienda y, si procede, otros bienes del patrimonio en caso de incumplimiento de los compromisos derivados del contrato de crédito”. Tal y como ya lo comentamos en septiembre de 2011⁷², con ello se pretende solventar el pretendido desconocimiento de las consecuencias de un impago de crédito/préstamo hipotecario⁷³, alegado por deudores hipotecarios que incumplían sus obligaciones y perdían su vivienda y, con base en el art.

⁷¹ De hecho, las explicaciones que facilita el Anexo I de la Orden EHA/1718/2010 en relación a la FIPRE y el Anexo II en relación a la FIPER concretan que “Cuando se indique «si ha lugar», la entidad de crédito cumplimentará la casilla si la información es pertinente para el contrato de préstamo. Si la información no es pertinente, la entidad suprimirá los datos correspondientes o la sección entera. En este último caso, la numeración de las secciones se adaptará en consecuencia”.

⁷² “El notario deberá asegurarse, con tiempo de antelación que no puede ser inferior a 3 días respecto a la fecha prevista para la firma de la escritura pública de préstamo hipotecario y en reunión privada y separada con el consumidor deudor hipotecario de hipoteca inversa, de que éste comprende los riesgos jurídicos y económicos que este negocio le pueden suponer, atendiendo a sus particulares circunstancias personales, económicas, de conocimientos y entendimiento, incluyendo las consecuencias para sus herederos, todo ello en los términos del art. 193 del Reglamento Notarial. En ningún caso la hipoteca inversa puede provocar el desamparo del consumidor titular de la finca”.

⁷³ NASARRE AZNAR, S., *Malas prácticas...*, cit., p. 2692.

1911 CC, al igual que sucede en toda Europa y en 39 Estados de los Estados Unidos, el resto que no se lograba cubrir con la venta del inmueble, les quedaba como deuda pendiente⁷⁴.

Esta previsión va más allá que la información exigida en la publicidad y comunicaciones comerciales por el art. 12 de 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 crédito⁷⁵, y supone una concreción de la previsión genérica prevista tanto en el art. 29.1.5 de la Ley 2/2011, en virtud del cual las entidades deberán facilitar, a través de la oportuna información precontractual especial referencia tanto a las características esenciales de los productos que ofrecen (en los que se incluyen los créditos o préstamos hipotecarios o personales) como los efectos específicos que estos puedan tener sobre el consumidor, en especial las consecuencias en caso de impago. De hecho, la sección 12ª de la FIPER (“Incumplimiento de los compromisos vinculados al préstamo: consecuencias para el cliente”), recogida en el anexo II de la citada Orden EHA 2899/2011 y que debe facilitarse de manera gratuita al cliente antes de la formalización del contrato por la entidad de crédito (art. 22.1)⁷⁶, prevé una advertencia específica sobre las “consecuencias financieras y/o jurídicas”, que debe rellenarse advirtiendo al cliente “de forma destacada las consecuencias graves, especialmente, los efectos de la ejecución hipotecaria y de la responsabilidad ilimitada”. Ahora bien, la sección 14ª de la FIPER (Riesgo y Advertencias) contempla dos indicaciones: “Puede usted perder su vivienda si no efectúa sus pagos puntualmente”, y “Responde usted ante [nombre de la entidad] del pago del préstamo no solo con su vivienda sino con todos sus bienes presentes y futuros”. Con todo, eso tendrá lugar “si ha lugar” (lo que denota, de nuevo, la ausencia de obligatoriedad). Faltaría, en cualquier caso y tal como hemos comentado *supra* en relación a la hipoteca inversa, obligar a la entidad de crédito a incorporar dichas advertencias específicamente en la sección 14ª y una mayor concreción de la información a proveer en la sección 12ª. A todo cabe añadir, finalmente, que la anterior información se provee en sede precontractual, mientras que en el CConC dicha información se debe facilitar en la fase de publicidad. Si nos centramos en este ámbito, en la norma quinta.1 de la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España a entidades de crédito, que desarrolla la Orden de 2011, sólo les impone de manera general facilitar información sobre consecuencias derivadas del incumplimiento del préstamo hipotecario, y nada sobre este tema prevén la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios⁷⁷ o 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 bancarios⁷⁸.

- El art. 261-1.1 CConC es semejante a los arts. 7.4 y 22.3.d) Directiva 2014/17/UE cuando obliga a los prestamistas a actuar “en el mejor interés de las personas consumidoras” cuando ofrezcan servicios de asesoramiento, en tanto que dicho deber de comportamiento tiene como importante límite que los prestamistas, como entidades con ánimo de lucro, obviamente actuarán en su propio interés y no en el de sus clientes, teniendo habitualmente intereses enfrentados (ej. “colocación” de productos financieros a clientes vulnerables –por edad, por ejemplo, aunque no solo, siguiendo al art. 111-2 CConC-, de productos de riesgo prometiendo más rentabilidad, lo que suele ir asociado a más lucro para la entidad de crédito, como sucedió con las hipotecas sub-prime: al tener más riesgo para la entidad de crédito –y para el cliente- debían ser necesariamente más onerosas, etc.)⁷⁹. Ver, *supra*, lo comentado al respecto sobre la Directiva.

- Otra oportunidad perdida consiste en la confianza que el CConC muestra en el FEIN

⁷⁴ NASARRE AZNAR, S., *Malas prácticas...*, cit., p. 2712.

⁷⁵ BOE 1 abril 2009, núm. 79, p. 30843.

⁷⁶ “1. Las entidades de crédito, una vez que el cliente haya facilitado la información que se precise sobre sus necesidades de financiación, su situación financiera y sus preferencias, proporcionarán a este la información personalizada que resulte necesaria para dar respuesta a su demanda de crédito, de forma que le permita comparar los préstamos disponibles en el mercado, valorar sus implicaciones y adoptar una decisión fundada sobre si debe o no suscribir el contrato”.

⁷⁷ BOE 29 junio 2010, núm. 157, p. 56987.

⁷⁸ BOE 11 de octubre 2010, núm. 246, p. 85894.

⁷⁹ NASARRE AZNAR, S., *Malas prácticas...*, cit., pp. 2698 y ss.

(art. 262-1.2 CConC) que, como se ha dicho, queda atrás de lo que debería ser: una ficha completamente transparente y entendible para todo consumidor medio, de manera que éste pudiese comparar objetivamente las diversas ofertas, su precio y composición (así quiere que sea, de hecho, el art. 262-4.2 CConC), es decir, identificando claramente qué elementos conforman el precio del crédito/préstamo hipotecario y que pudiese, por él, incluso, sugerir incluir o excluir elementos que contribuyan a dicho precio. Al menos, el CConC ha reconocido en fase de publicidad esta necesidad de distinguir entre los productos y servicios accesorios al préstamo hipotecario y cómo éstos hacer aumentar o disminuir el precio de éste (art. 262-3.2 d) CConC). Es de agradecer también, que en la misma fase de publicidad, ésta no pueda “en ningún caso [...] generar en la persona consumidora falsas expectativas sobre la disponibilidad o el coste de un crédito o préstamo, y deben serle suministradas de una forma comprensible y transparente, de modo que pueda conocer los elementos esenciales para poder comparar las diferentes ofertas”. También, en relación a la información precontractual a ofrecer, ha pedido un desglose de elementos que componen precio y gastos (art. 262-4 f) CConC) y, esto está especialmente bien⁸⁰, la obligación de mostrar al consumidor como las cláusulas suelo o posibles contratos accesorios (art. 262-4 o) CConC) influyen en el precio final del préstamo hipotecario (básicamente, su tipo de interés), de manera que el consumidor pueda valorar en cuánto de reducción de tipo de interés se beneficia si se incorpora dicha cláusula suelo o contrato de tipo de interés accesorio (ej. *swap*).

- Si en la documentación ofrecida se detectan prácticas o cláusulas abusivas, la Agencia Catalana de Consumo podrá sancionar de oficio (art. 262-1.3 CConC). El art. 262-2 obliga al prestamista a informar de comisiones, compensaciones y de gastos transferibles que comporta la operación.

- Entre el resto de información precontractual obligatoria a ofrecer 14 días naturales antes de la formalización del préstamo o crédito (verlos todos en art. 262-4 CConC), destacamos, como novedoso, lo siguiente:

* Se recuerda e insiste en que solo si el consumidor no escoge notario, lo podrá hacer el prestamista (art. 262-41.c) CConC). En este sentido, el art. 30.1 Orden EHA 2899/2011 remite en materia de elección de notario a lo dispuesto en el Reglamento Notarial de 1944⁸¹ (y demás disposiciones aplicables), cuyo art. 126 recoge el derecho a la libre elección de éste. Así, el adquirente en las transmisiones onerosas de bienes o derechos o el cliente en los supuestos de contratación bancaria tienen el derecho (irrenunciable *ex art. 89.8 RDL 1/2007*⁸²) a elegir notario, aunque se recogen límites a su ejercicio: no podrán imponer un notario que carezca de conexión razonable con algunos de los elementos personales o reales del negocio. Ahora bien, la innovación del CConC en este ámbito es que la citada Orden EHA 2899/2011 no impone la obligación de informar sobre este derecho (no se recoge ni en la FIPRE ni en la FIPER), como sí requiere el CConC y el art. 5.4 del Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, que protege a los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de vivienda⁸³. En este sentido, el Servicio de Reclamaciones del Banco de España en la Memoria Anual de 2013⁸⁴ considera que la actuación de las entidades, en general, se aparta de las normas de disciplina y/o las buenas prácticas y usos bancarios cuando imponen, en contra de la voluntad de sus clientes, una notaría determinada, lo que parece, por otra parte, ser una práctica extendida⁸⁵ y que con buen

⁸⁰ Habíamos comentado ya su necesidad en NASARRE AZNAR, S, Malas prácticas..., cit., pp. 2678 y ss.

⁸¹ Decreto de 2 de junio de 1944 (BOE 7 julio 1944, núm. 189).

⁸² Dicho precepto considera abusiva la cláusula “La previsión de pactos de renuncia o transacción respecto al derecho del consumidor y usuario a la elección de fedatario competente según la Ley para autorizar el documento público en que inicial o ulteriormente haya de formalizarse el contrato”.

⁸³ BOE 17 mayo 1989, núm. 117, p. 14506.

⁸⁴ Disponible en: <http://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/13/4.CRITERIOS.PDF> (visitado el 18-2-15); pp. 97 y 98.

⁸⁵ Sobre esta problemática ver PÉREZ HERESA, Juan, La libre elección de notario y la protección del consumidor, El Notario del Siglo XXI, Marzo-Abril 2014, pp. 10 y ss. En el mismo sentido, la doctrina entiende que con la ausencia del

criterio el CConC intenta remediar.

* A continuación, el art. 262-3 g) CConC recoge una serie de advertencias que el prestamista debe hacer al consumidor: de las vinculaciones del precio o interés del préstamo con índices o productos, sobre el riesgo de perder la vivienda y otros bienes de su patrimonio hasta la deuda, sobre los contratos vinculados, sobre las cláusulas contractuales que le generen más riesgo y de que el prestamista puede declarar vencido el préstamo si se impagan las cuotas de tres meses. La FIPRE y la FIPER Orden EHA 2899/2011 sí informan sobre los productos vinculados (apartado 4º y 7º, respectivamente) y de las posibles consecuencias del impago de préstamo (ya comentadas *supra*), pero no contemplan específicamente información alguna respecto a las cláusulas contractuales que puedan generar más riesgo y la posibilidad de declarar vencido el préstamo anticipadamente.

* Un estudio sobre las posibles oscilaciones en la cuota hipotecaria debido a las fluctuaciones en el índice referencia, teniendo en cuenta su comportamiento de los últimos 20 años, que no se contempla con dicho alcance ni en la FIPER ni en la FIPRE Orden EHA 2899/2011.

* El derecho del consumidor a aportar la tasación del bien inmueble y dice “que debe ser aceptada e incluida en el registro de la entidad de crédito”. Como ya hemos comentado en alguna ocasión⁸⁶, las “tasaciones generosas” favorecieron el sobreendeudamiento familiar, garantizando con hipoteca créditos personales y, generalmente, dichas tasaciones eran encargadas, cuando no hechas directamente, por agentes de la propia entidad de crédito. Pues bien, ahora será el deudor el que podrá aportar la tasación que deberá ser aceptada por la entidad de crédito, lo que refuerza la idea prevista en el art. 3 bis I) de la Ley 2/1981, de 25 de marzo (reformado por la Ley 41/2007)⁸⁷, que dispone en parecidos términos la obligación de las entidades de crédito de aceptar la tasación aportada por el cliente⁸⁸. No obstante, el precepto finaliza con un enigmático “de acuerdo con la legislación vigente”, y habrá que ver además cómo se implementa esta medida y las posibles consecuencias de una denegación del crédito basada única y exclusivamente en la tasación aportada por el consumidor (que no es aceptada por el prestamista).

c) Se prevé un incremento de las **obligaciones notariales**, en relación a las previstas en el Reglamento Notarial⁸⁹ (art. 123-10 CConC). Este aspecto es muy relevante para la protección de los consumidores hipotecarios dado que tiene que ver con el consentimiento informado y se concreta en los siguientes aspectos:

- Los notarios deben informar a consumidores y, en su caso, avalistas y terceros hipotecantes, con cinco días de antelación y de manera comprensible (art. 123-10.2 CConC), dos cuestiones clave: primera, sobre las consecuencias jurídicas y económicas para ellos del préstamo y, segunda, sobre las consecuencias de una posible ejecución por impago y de las fluctuaciones del precio de mercado de la vivienda y de la posibilidad de que la entidad de crédito les pueda pedir, en determinados supuestos, ampliación de garantía (ej. acción de devastación, dada la reciente

deber de informar de este derecho se “ha perdido una oportunidad de contribuir a evitar que en la práctica sea, de hecho, un derecho frecuentemente burlado, pues determinadas entidades fuerzan a que los otorgamientos se realicen en notarías concretas, obstaculizando gravemente o impidiendo directamente el ejercicio por el cliente del derecho de elección de notario”, ver PÉREZ DE PETINTO, Miguel Vicente-Almazán, Normas de transparencia en la contratación bancaria de préstamos y créditos, Cuadernos de derecho y comercio, Núm. Extraordinario-2014, Diciembre 2014, p. 49.

⁸⁶ NASARRE AZNAR, Sergio, *Malas prácticas...*, cit., p. 2711.

⁸⁷ BOE 15 abril 1981, núm. 90, p. 8148.

⁸⁸ “Las entidades de crédito, incluso aquellas que dispongan de servicios propios de tasación, deberán aceptar cualquier tasación de un bien aportada por el cliente, siempre que, sea certificada por un tasador homologado de conformidad con lo previsto en la presente Ley y no esté caducada según lo dispuesto legalmente, y ello, sin perjuicio de que la entidad de crédito pueda realizar las comprobaciones que estime pertinentes, de las que en ningún caso podrá repercutir su coste al cliente que aporte la certificación”.

⁸⁹ Esta medida estaba prevista a grandes rasgos del mismo modo en el Borrador de 2011. El objetivo era incrementar claramente las obligaciones y responsabilidades de los notarios, en tanto que *gatekeepers* del mercado hipotecario/inmobiliario, en relación a la transacción, dado que, atendiendo al Reglamento Notarial, ellos tienen una obligación de controlar la legalidad.

derogación del art. 5.3 LMH, la denominada “súper-acción de devastación”⁹⁰). Debe destacarse la palabra “comprensible” y la expresión “consecuencias jurídicas y económicas”. Ambas, creemos, van más allá de los arts. 147.1⁹¹ y 147.3⁹² RN y del art. 30.3 Orden EHA 2899/2011, que solamente obligan a los notarios a “informar” al cliente del valor y alcance de las obligaciones que asume, a comprobar si el cliente ha recibido determinada información precontractual (FIPER, tipos de interés, cláusulas suelo y techo...) y a advertirle, según proceda, de otras cuestiones (por ejemplo, del riesgo de fluctuación del tipo de cambio si el préstamo no está denominado en euros). El CConC obliga al notario a “hacer comprender” al consumidor en toda su extensión las consecuencias jurídicas y económicas del préstamo hipotecario, lo que obligará al notario a un estudio en profundidad de cada escritura en cuestión, en sus aspectos no solo jurídicos sino también económicos, si no quiere incurrir en responsabilidad (art. 146 RN)⁹³. En esta misma línea va el apartado 4º del precepto cuando señala que los notarios deben asegurarse de que los consumidores y avalistas “comprenden correctamente toda la información obligatoria referida al contrato hipotecario antes de firmarlo”. Creemos que esto es un salto cualitativo entre “informar del valor y alcance de su redacción” del art. 147 RN y “hacer comprender” del ahora vigente art. 123-10.4 CConC: evitando el “asesoramiento”, sí que requiere legalmente una mayor implicación del notario y verificación de la comprensión de la información, adaptándose a los conocimientos y capacidades de comprensión del consumidor (no sería, pues suficiente, proveer la misma información a todos los consumidores ni de la misma manera, es decir, no resulta útil aquí el concepto de “consumidor medio”), que también va más allá de la afirmación manuscrita que requiere el art. 6.1 Ley 1/2013 que *per se* no añade nada a que el consumidor comprenda realmente la dimensión jurídico-económica de lo que está firmando.

- Lamentablemente el precepto, en su apartado 3, se ha quedado atrás de lo que podría haber sido y se ha quedado igual que lo hace el art. 84 RDL 1/2007⁹⁴. Es decir, simplemente recuerda a los notarios (quizás por ser registros competencia exclusiva del Estado por ello no se nombra a los registradores) que no deben incluir “cláusulas que en otros casos hayan sido declaradas nulas judicialmente por haber sido consideradas abusivas”, pero no les establece una obligación taxativa, en tanto que controladores de la legalidad, de impedir que ninguna cláusula nula de pleno derecho, que debe tenerse por no puesta y que lo es sin necesidad de que ningún tribunal lo diga (art.

⁹⁰ NASARRE AZNAR, Sergio, Los requisitos..., cit., pp. 421 y ss.

⁹¹ “El notario redactará el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, e informará a aquéllos del valor y alcance de su redacción, de conformidad con el artículo 17 bis de la Ley del Notariado”.

⁹² “Sin mengua de su imparcialidad, el notario insistirá en informar a una de las partes respecto de las cláusulas de las escrituras y de las pólizas propuestas por la otra, comprobará que no contienen condiciones generales declaradas nulas por sentencia firme e inscrita en el Registro de Condiciones generales y prestará asistencia especial al otorgante necesitado de ella. También asesorará con imparcialidad a las partes y velará por el respeto de los derechos básicos de los consumidores y usuarios”.

⁹³ Esta medida ya estaba prevista en el Borrador de 2011 en los siguientes términos: “2. No obstante, el notario encargado de formalizar la escritura de préstamo o crédito hipotecario con consumidores concedido por instituciones financieras y de crédito, además de las obligaciones que se deriven de la normativa vigente, tendrá que: a) entregar al consumidor con tiempo suficiente, que en ningún caso podrá ser inferior a 3 días antes del día previsto para la firma de la escritura, una copia de la escritura de préstamo o crédito hipotecario. Esta escritura deberá ser examinada por el notario en reunión privada con el consumidor y, en su caso, por el avalista y el hipotecante no deudor, en este mismo período, a quién/es deberá informar adecuadamente de los aspectos jurídicos y económicos del préstamo o crédito hipotecario, haciendo especial énfasis en los costes totales y cuotas de amortización y, en general, a sus obligaciones. Además, el notario deberá hacer comprender al consumidor las implicaciones reales y las consecuencias, jurídicas y económicas, que tiene o podría tener para él el contrato, atendiendo a sus necesidades, posibilidades y conocimientos, haciendo especial énfasis en el posible sobreendeudamiento primigenio, así como informarle de los mecanismos legales y financieros adecuados para prevenir una situación sobrevenida de sobreendeudamiento. ...”.

⁹⁴ Que dice: “Los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.”

83 RDL 1/2007)⁹⁵ pueda acceder a la escritura. Este mecanismo podría haber ido desde negarse a extender la escritura, razonando los motivos a la DGRN, hasta suspender su redacción, solicitando la opinión judicial en caso de haber discrepancia con el prestamista que incluye la cláusula. De no ser así, no solo seguiremos teniendo miles de escrituras públicas inscritas con cláusulas nulas (y que por desconocimiento de los deudores se siguen cumpliendo y exigiendo y no denunciando), sino que volveremos a tener otra STS de 16 de diciembre de 2009⁹⁶, que declaró la nulidad de docenas de cláusulas, algunas de ellas hipotecarias, que a todas luces nunca debieron incorporarse en escritura alguna.

d) **Evaluación obligatoria** de la **solvencia** del deudor. Para llegar a una conclusión sobre la solvencia del deudor, su evaluación deberá llevarse a cabo conforme al art. 263-2 CConC, en el marco de la Directiva 2014/17/UE y sin decisión final (positiva o negativa) no puede llevarse a cabo la oferta vinculante (art. 262-6.1 CConC). Entre otras cuestiones, deberá tener en cuenta sus ingresos presentes y futuros, sus ahorros, los deberes y compromisos financieros actuales del consumidor, según la información que ése haya suministrado. Aunque nada prevé el CConC, el prestamista también podrá obtener esta información a partir de las fuentes internas o gracias al acceso a bases de datos, en la línea de los arts. 20 y 21.1 Directiva 2014/17/UE. Lo que deja claro el texto legal es que la evaluación de solvencia no puede basarse únicamente en el valor del bien inmueble que se quiere hipotecar. Si en otro momento se prevé que el importe del préstamo aumente, se deberá volver a hacer la evaluación de la solvencia. La evaluación de la solvencia del deudor se regula a nivel estatal en el art. 5.2.a) de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito⁹⁷ y, en particular, en el art. 18 Orden EHA 2899/2011, desarrollada por la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España a entidades de crédito, aplicable a cualquier contrato de crédito o préstamo concedido por una entidad de crédito⁹⁸. En cuanto a los créditos o préstamos con garantía real, la Orden EHA 2899/2011 tampoco permite a la entidad basarse exclusivamente en el valor esperado de la garantía (art. 18.3). De esta manera, el CConC sigue en la línea de la Orden EHA 2899/2011 en este punto (que, por lo tanto, concreta la obligación legal prevista en aquél), si bien incorpora una novedad de gran calado, que comentamos a continuación.

⁹⁵ Así se posiciona la Resolución de la DGRN de 5 de febrero de 2014 (BOE 27 Febrero 2014, núm. 50, p. 18791) respecto a algunas cláusulas abusivas: "La nulidad de pleno derecho actúa ope legis o por ministerio de la ley y, en consecuencia, como ha destacado la doctrina, las cláusulas afectadas por tal nulidad han de tenerse "por no puestas" tanto en el ámbito judicial como en el extrajudicial y, en consecuencia, también en el registral. Por este mismo motivo, la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, en su párrafo 123, y en relación con los límites a la autonomía procesal en materia de cláusulas abusivas, afirma que no obstante el límite que impone la exigencia de que la sentencia sea congruente con el suplico, "este límite no entra en juego en los supuestos de nulidad absoluta, ya que en tales casos el Ordenamiento reacciona e impone a los poderes del Estado rechazar de oficio su eficacia, de acuerdo con el clásico principio *quod nullum est nullum effectum producit* (lo que es nulo no produce ningún efecto), ya que, como afirma la STS 88/2010, de 10 de marzo, "esa operatividad ipso iure es una de las características de la nulidad absoluta". Por ello, la nulidad que declara el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007 respecto de las condiciones generales abusivas, es una nulidad que declara directamente la misma Ley, y el mandato legal de "tenerlas por no puestas" dirigido a todos los funcionarios que aplican la Ley, y entre ellos los registradores, no queda subordinado a su previa declaración judicial, especialmente cuando se trata de algunas de las cláusulas incluidas en la llamada doctrinalmente "lista negra", bien por vincular el contrato a la voluntad del predisponente, bien por limitar los derechos básicos del consumidor, bien por su falta de reciprocidad o por cualquiera otra de las causas que aparecen expresamente enunciadas en los artículos 85 y siguientes del citado Texto Refundido, al no requerir una valoración de las circunstancias concurrentes en función de conceptos jurídicos indeterminados".

⁹⁶ RJ 2010\702.

⁹⁷ BOE 27 junio 2014, núm. 156, p. 49412. Dicho precepto habilita al Ministro de Economía y Competitividad a dictar normas que favorezcan la adecuada atención a los ingresos de los clientes en relación con los compromisos que adquieran al recibir un préstamo.

⁹⁸ Así, la entidad de crédito deberá evaluar la capacidad del cliente para cumplir con sus obligaciones atendiendo, entre otros aspectos, a la situación de empleo, ingresos, patrimonial y financiera del cliente (art. 18.2.a) y a sus ingresos, sus activos en propiedad, sus ahorros, sus obligaciones derivadas de otras deudas o compromisos, sus gastos fijos y la existencia de otras posibles garantías (art. 18.2.b). Además, se obliga las entidades a contar con procedimientos internos específicamente desarrollados para llevar a cabo la evaluación de solvencia (art. 18.1).

C) Fase contractual

e) **Prohibiciones de contratar** con consumidores (arts. 252-9 y 263-2 CConC). La reforma del CConC prevé dos supuestos de prohibición de contratación con consumidores de importante trascendencia y que se separan de la solución jurídica para las mismas situaciones en derecho estatal.

1. Prohibición de contratación productos financieros complejos (art. 252-9.2 b) CConC). Para ello, la norma hace una reinterpretación del concepto de “servicios de carácter minorista”, alejándose de la definición que da de minorista la LMV (todos aquellos que no sean profesionales, art. 78.bis.4), y centrándose solamente en los consumidores (posiblemente por un tema de competencias constitucionales y estatutarias). Dice que son “los servicios financieros y los productos de inversión destinados a las personas consumidoras o que pueden ser adquiridos por las personas consumidoras”; a los profesionales “les presume la experiencia, conocimientos y las cualificaciones necesarias para tomar las decisiones de inversión y valorar correctamente los riesgos que asumen”, lo que no siempre es cierto, dado que hay empresarios que invierten que no tienen por qué conocer los detalles del riesgo de su inversión, como ha sucedido en diversos casos de swaps anulados con pequeños empresarios⁹⁹. De las medidas genéricas que el CConC prevé (ej. provisión de información con cinco días de antelación), únicamente destacar la más relevante: “En ningún caso podrá llevarse a término la contratación [de los servicios financieros y los productos de inversión] si el test de idoneidad, de conveniencia, de solvencia o cualquier otro equivalente tienen un resultado negativo con relación al perfil de la persona consumidora”. Esta taxativa información, va mucho más allá que el art. 79 bis.7 LMV que permite a las entidades de crédito, tras tests de conveniencia e idoneidad fallidos, seguir comercializando el producto con minoristas (incluidos consumidores) si éstos siguen estando de acuerdo en contratarlo a pesar de no haberlos comprendido, no haber comprendido toda la extensión de sus costes y/o riesgos o, simplemente, no haber podido hacer el test, incluso, por limitaciones físicas¹⁰⁰. Estos tests son para operaciones de pasivo de los bancos, en las cuales los consumidores invierten su dinero en el banco y éste asume deudas frente a ellos. Sin embargo, el precepto del CConC hace referencia también al test de solvencia, que se refiere a cuando es el consumidor el que toma prestado del banco (operaciones de activo de éste, lo que se deduce de la definición de evaluación de la solvencia que realiza el propio CConC¹⁰¹) sin distinguir entre préstamos al consumo o préstamos hipotecarios (art. 263-2.1 CCC). En cuanto a los primeros, regulados en la Ley 16/2011, de 24 de junio, de crédito al consumo¹⁰², el prestamista tiene la obligación de evaluar la solvencia del deudor si no quiere exponerse a una sanción administrativa (arts. 14 y 34.2), si bien el alcance civil de dicha evaluación “queda a criterio del prestamista en función de la relación comercial entre éste y su cliente” (exposición de motivos Ley 16/2011). Y, en cuanto a los segundos (art. 263-2.1 CConC), los vemos a continuación.

2. **Prohibición de concesión de préstamos hipotecarios** a consumidores (art. 263-2 CConC). En coordinación con el art. 252-9.2 b) CConC que acabamos de comentar, la prohibición de contratación se extiende a los préstamos hipotecarios con consumidores: “El prestador no puede conceder el crédito o préstamo hipotecario si el resultado de la evaluación de solvencia de la persona consumidora es negativo. En este caso, el prestador debe advertir por escrito a la persona consumidora de la imposibilidad de concederle el crédito”. Se trata, de nuevo, de una

⁹⁹ STS de 7 de julio de 2014 (RJ 2014\3541) y SSAP de Tarragona de 24 de septiembre de 2012 (JUR 2012\395861) y de 4 de septiembre de 2012 (AC 2012\1546); de Barcelona de 4 de septiembre de 2014 (JUR 2014\266624); y de Jaén de 26 de septiembre de 2014 (JUR 2015\3584).

¹⁰⁰ NASARRE AZNAR, Sergio, *Malas prácticas...*, p. 2697.

¹⁰¹ Así, el art. 261-1e) CConC la define como la “evaluación de la capacidad de la persona consumidora para hacer frente a sus obligaciones de deuda”, lo que denota la posición jurídica deudora que adopta el consumidor.

¹⁰² BOE 25 junio 2011, núm. 151, p. 9370.

prohibición taxativa (que respeta el espíritu original del Borrador de 2011¹⁰³) y sin excepciones que bien cabe en el art. 18 Directiva 2014/18/UE. A esperas de cómo quedará ésta transpuesta en Derecho español (que ya regula, como hemos visto, la obligación de evaluar la solvencia del consumidor en el art. 29.1 de la Ley 2/2011, así como en el art. 18 Orden EHA 2899/2011), lo cierto es que la opción catalana es la más protectora de las posibles, al tiempo que es la más intrusiva en el mercado hipotecario. En efecto, el redactado actual del art. 18.6 Orden EHA 2899/2011 establece que la evaluación de la solvencia del cliente se realizará sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las entidades de crédito y los clientes, lo que posibilita a las partes de pactar la concesión del préstamo *ex art.* 1255 CC con independencia de su resultado (en la línea, por lo tanto, de la Ley 16/2011). Si ello es así, la novedosa regulación del CConC provocará que muchas familias no podrán acceder en propiedad a la vivienda que desean o a la zona/población en la que desean vivir, debiendo escoger otra más modesta o en otra zona o población o bien deberán optar por otra forma de tenencia de la vivienda. Por lo tanto, la medida del CConC podría tener consecuencias adversas en el acceso al crédito para determinados colectivos¹⁰⁴. No obstante, visto como ha quedado el alquiler¹⁰⁵, especialmente tras la Ley 4/2013, en Cataluña, previsiblemente para 2015, existirán las tenencias intermedias (propiedad compartida y temporal)¹⁰⁶, que aumentarán la asequibilidad de la vivienda, sin perder flexibilidad ni estabilidad, de manera que podrán convertirse en buenas alternativas al dominio.

Independientemente de lo que se comente *infra* sobre las consecuencias del incumplimiento de todas estas disposiciones, por la importancia de estas prohibiciones de contratar debemos hacer un comentario específico. Por un lado, el art. 331-4 s) CConC se refiere genéricamente al incumplimiento de “las obligaciones de evaluación [de] la solvencia de la persona consumidora en materia de créditos o préstamos”, lo que es calificado como “infracción grave” por el art. 332-3.1 c) CConC, a lo que *grosso modo*, le corresponde una sanción de hasta 100.000€ vía art. 333-1 b) CConC, aunque en las circunstancias del art. 332-4 CConC puede llegarse a considerar como muy grave, pudiéndose llegar a decretar el cierre de la actividad por cinco años (333-5 CConC). El Borrador de 2011, en un sentido similar, preveía la responsabilidad administrativa del prestamista sin perjuicio de la indemnización de daños y perjuicios. A nivel estatal, como ya se ha dicho, la Ley 16/2011 prevé la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del consumidor, cuyo incumplimiento origina igualmente una sanción administrativa que puede llegar a ser muy grave (entre 15.025,31 y 601.012,10 euros) por aplicación del art. 50 RDL 1/2007 por remisión expresa del art. 34.1 y 2 Ley 16/2011. Estas sanciones se han criticado doctrinalmente al tener un “efecto disuasorio nulo y el consumidor no ve afectada su relación contractual por el incumplimiento del prestamista que ni siquiera ve postergado su crédito en el eventual concurso de acreedores del deudor”¹⁰⁷.

¹⁰³ En dicho Borrador se establecía que “Si l’avaluació evidencia un resultat negatiu en quant a la capacitat del consumidor de retornar el crèdit o préstec en el període previst pel contracte, el prestamista ha de denegar el crèdit en les condicions previstes”.

¹⁰⁴ Ya el *Council of Mortgage Lenders* apuntó en 2011 que “An obligation to deny credit on this basis alone would result in the unjustified exclusion of borrowers from credit, for example, young professionals with good prospects and first time buyers with a third party guarantee”, ver COUNCIL OF MORTGAGE LENDERS, Directive on credit agreements relating to residential property, 2011, p. 2. Disponible en www.cml.org.uk (visitado el 18-2-15).

¹⁰⁵ NASARRE AZNAR, S., OLINDA GARCÍA, M. y XERRI, K., cit., pp. 188 y ss.

¹⁰⁶ NASARRE AZNAR, Sergio y SIMÓN MORENO, Héctor, Fraccionando el dominio: las tenencias intermedias para facilitar el acceso a la vivienda, RCDI, N° 739, Septiembre 2013, pp. 3063 y ss.

¹⁰⁷ CUENA, Matilde, Evaluación de la solvencia y créditos hipotecarios, El Notario del Siglo XXI, N° 59, Enero-Febrero 2015. Disponible en <http://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/3813-evaluacion-de-la-solvencia-y-creditos-hipotecarios> (visitado el 18-2-15).

Más complejo es analizar las consecuencias civiles (que son compatibles, art. 312-9 CConC, *a sensu contrario*) que se deriven la contravención de los arts. 252-9 y 263-2 CConC. La misma problemática es predicable del art. 18.6 Orden EHA 2899/2011, que prevé que la evaluación de la solvencia del cliente por parte del prestamista no podrá afectar, en ningún caso, a la plena validez y eficacia de las relaciones entre las entidades de crédito y los clientes. La literalidad del precepto estatal da a entender la ausencia de consecuencias civiles si el prestamista, por ejemplo, no lleva a cabo el test de solvencia del cliente. Con todo, la doctrina¹⁰⁸ señala que esta libertad de contratación se supedita a las limitaciones previstas en otras disposiciones legales, con lo que si bien no parece que pueda existir una responsabilidad civil, la citada previsión posibilitaría aplicar “las normas relativas a la responsabilidad contractual por falta de diligencia o una eventual regulación futura más exigente con la responsabilidad del prestamista”, de manera que esta norma de carácter administrativo podría desembocar en la “transgresión de normas esenciales del Derecho contractual”.

Si ponemos de nuevo el punto de mira en el CConC, la discusión se centra en determinar si la vulneración de la normativa del CConC podría tener efectos civiles en el contrato de préstamo o crédito vía art. 6.3 CC, que señala que “los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”. Para ello habría que analizar, primero, si entre los “efectos distintos” a los que hace referencia el art. 6.3 CC podrían incluirse las sanciones administrativas, de tal manera que quedaría excluida la nulidad. En segundo lugar, y si la respuesta a la cuestión anterior fuera negativa, habría que constatar si el CConC prevé otras consecuencias civiles específicas subsumibles en el segundo inciso del art. 6.3 CC; y finalmente determinar, de ser la respuesta a la pregunta anterior, de nuevo, negativa, qué otros efectos distintos a la nulidad total podrían tener lugar como por ejemplo la nulidad parcial o la anulabilidad, que es lo que parece más razonable para el incumplimiento de sendas prohibiciones de contratación tan taxativas.

Pues bien, la respuesta a la primera cuestión es efectivamente negativa: que un acto tenga una consecuencia administrativa en forma de sanción no es suficiente para entender que ésta pueda incluirse en la expresión “efecto distinto” del art. 6.3 CC, dado que las multas administrativas están dirigidas al castigo de conductas, finalidad que no persigue el art. 6.3 CC¹⁰⁹. En consecuencia, el siguiente paso es analizar si el art. 333-7 CConC da esa consecuencia civil alternativa a la nulidad radical. Este precepto señala que “en el procedimiento sancionador puede dictarse una resolución para exigir al infractor o infractora la reposición de la situación alterada por la infracción a su estado original y, si procede, la indemnización por daños y perjuicios probados causados a la persona consumidora, que deben ser determinados por el órgano competente para imponer la sanción. Si el infractor o infractora no cumple voluntariamente esta resolución, queda abierta la pertinente vía judicial”. No obstante, se trata claramente de una medida que puede tomar el organismo administrativo competente en materia de consumo en Cataluña (el art. 311-1 CConC se refiere, en general, a “los poderes públicos de Cataluña, especialmente los que tienen específicamente encargada la tutela y defensa de los derechos de las personas consumidoras”), sin que ello tenga que ver necesariamente con la consecuencia civil de la contravención que, en su caso, deberá ser tomada por la judicatura. Ello está conforme con el art. 121-1 CConC cuando señala que: “se reconocen a las personas consumidoras los derechos e intereses establecidos por la presente Ley de acuerdo con lo dispuesto por el presente libro, sin perjuicio de los derechos y obligaciones establecidos por la normativa sectorial específica y la normativa civil general que proceda” (ver, en este mismo sentido el art. 211-1 CConC).

¹⁰⁸ ZURITA MARTÍN Isabel, Préstamo hipotecario, ejecución y dación en pago, La Ley, Madrid, 2014, pp. 59 y ss.

¹⁰⁹ CASADO CASADO, Belen María, El art. 6.3 CC, ¿punto de partida para el establecimiento de un régimen sancionador en el código civil?, Nul: estudios sobre invalidez e ineficacia (Ejemplar dedicado a: Coloquios), N.º. 1, 2006. Disponible en: <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=229>. Esta autora argumenta en consecuencia que “las multas administrativas podrán ser aplicadas en virtud de la tipificación expresa señalada en otros preceptos legales y nada tienen que ver con el artículo estudiado. Ello nos lleva a la conclusión de que la aplicación de estas sanciones administrativas no excluye que el contrato pueda ser declarado nulo en vía civil”.

La imposibilidad de subsumir las consecuencias administrativas en el art. 6.3 CC y la ausencia de otros efectos civiles específicos a la infracción de los deberes previstos en los arts. 252-9.2 b y 263-2 CConC plantea, en definitiva, la procedencia de la nulidad radical como última ratio cuando estos se contravienen. En este sentido, el TS (*SSTS de 10 de junio de 2010*¹¹⁰, *de 19 de noviembre de 2008*¹¹¹ y *de 10 de octubre de 2008*¹¹²) ha declarado que la infracción de normas administrativas puede acarrear la nulidad total o parcial de un contrato de naturaleza civil ex art. 6.3 CC¹¹³, si bien requiere para su aplicación la existencia de “trascendentales razones que hagan patente el carácter del acto gravemente contrario a la Ley, la moral o el orden público”. La doctrina también se ha pronunciado en sentido afirmativo sobre la inclusión de las normas administrativas en el ámbito objetivo del art. 6.3 CC, lo que es congruente con la unidad del ordenamiento jurídico¹¹⁴. De esta manera, ¿podría conllevar la vulneración de las citadas normas (arts. 252-9.2 b y 263-2 CConC) la nulidad absoluta del contrato por concurrir dichas razones? En nuestra opinión, la protección específica dispensada al consumidor y usuario por la legislación nacional y autonómica (por ejemplo, arts. 51 CE –donde se considera un principio rector de la política social y económica- y 28 del Estatuto de Autonomía de Cataluña), que alcanza la categoría de principio general del derecho¹¹⁵, permitiría subsumir este interés digno de protección dentro del art. 6.3 CC como tiene lugar con las prohibiciones de contratar previstas en el art. 1459 CC¹¹⁶. Entender lo contrario (es decir, que la contravención del CConC podría conllevar la anulabilidad u otro efecto distinto de la nulidad radical del negocio jurídico) supondría menoscabar la función preventiva y disuasoria que se predica de la normativa de consumo. Baste citar como ejemplo la modificación del art. 83 RDL 1/2007 operada por el art. Único.27 de la Ley núm. 3/2014, de 27 de marzo¹¹⁷, que siguiendo la doctrina de la Sentencia TJUE de 14 de junio de 2012¹¹⁸ impide al juez la integración de las cláusulas abusivas, que a partir de dicha modificación legislativa se

¹¹⁰ RJ 2010\2677.

¹¹¹ RJ 2009\392.

¹¹² RJ 2008\5687. Esta sentencia resuelve un caso sobre las consecuencias civiles de la infracción por la empresa explotadora del casino de la prohibición administrativa de hacer préstamos a los jugadores y modifica la doctrina del TS mantenida anteriormente: “De todo lo razonado hasta ahora se desprende, en primer lugar, que la jurisprudencia actual de esta Sala no permite seguir manteniendo, con carácter general, que la sanción administrativa excluya la nulidad civil de un acto o contrato contrario a una norma administrativa imperativa o prohibitiva”.

¹¹³ El TS, con cita en otras resoluciones anteriores, establece que “No es aceptable la afirmación de la parte recurrente en el sentido de que la infracción de normas administrativas no puede dar lugar a la nulidad de un contrato, pues esta Sala, en aplicación del artículo 6.3 CC, invocado como infringido, tiene declarado que cuando, analizando la índole y finalidad de la norma legal contrariada y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, la normativa administrativa resulta incompatible con el contenido y efectos del negocio jurídico deben aplicarse las pertinentes consecuencias sobre su ineficacia o invalidez”. Un ejemplo de nulidad parcial lo encontramos en la STS de 30 de octubre de 2013 (RJ 2013\7444).

¹¹⁴ La doctrina afirma en este sentido que “ciertamente, no toda infracción de una norma, sea o no administrativa, debe conducir a la nulidad, pero lo que resulta rechazable, y contradictorio con el principio de unidad del ordenamiento jurídico, es que ese efecto se descarte por la sola circunstancia de ser administrativo el precepto convenido”, p. 85

¹¹⁵ TEROL GÓMEZ, Ramón, El régimen sancionador en materia de consumo. Las disposiciones del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los consumidores y Usuarios, en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Dir.) y SUÁREZ LÓPEZ, José María (Coord.), Derecho y consumo. Aspectos penales, civiles y administrativos, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 568 y ss.

¹¹⁶ Al menos, las previstas en los apartados 4º y 5º por razones de orden público, si bien la jurisprudencia parece aplicar la nulidad absoluta indistintamente sin tener en cuenta este aspecto. Ver en este sentido GARCÍA CANTERO, Gabriel, Artículo 1459, en ALBALADEJO, Manuel (Dir.), Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, Tomo XIX, Artículos 1445 a 1541 del Código Civil. Base de Datos VLEX: VLEX-257109.

¹¹⁷ BOE 28 marzo 2014, núm. 76, p. 26967.

¹¹⁸ Caso BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO, S.A. contra Joaquín Calderón Camino. TJCE 2012\143. La Exposición de Motivos de la Ley 3/2014 argumenta en este sentido que la facultad de moderación “podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva, pues contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen a los consumidores, en la medida en que dichos profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de los empresarios”.

considerarán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. Por su parte, la doctrina¹¹⁹ defiende (en la misma línea y en relación a la Directiva 2014/17/UE) la existencia de razones de interés público para decretar la sanción de nulidad contractual si el prestamista concede el crédito cuando el resultado del análisis de la solvencia indica que no es probable que el consumidor pueda devolver el crédito.

En definitiva, existen argumentos para defender la sanción de nulidad de pleno derecho (art. 6.3 CC) de los contratos de préstamo y créditos concedidos contraviniendo las nuevas disposiciones del CConC (arts. 252-9.2 b y 263-2), en particular si se concede el préstamo sin realizar la preceptiva evaluación de la solvencia del consumidor o, si habiéndose llevado cabo, se concede en caso de resultado negativo.

En este caso, la nulidad tiene como efecto que los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses (art. 1303 CC). En el caso de préstamo hipotecario, y al ser una prestación genérica, debe devolverse otro tanto de la misma especie y calidad¹²⁰. En nuestro caso, el prestamista tendría una acción de naturaleza personal que sólo podrá ejercitarse contra quien fue parte en el contrato nulo (el prestatario), quien deberá restituir lo recibido ya sea *in natura* o, subsidiariamente, por equivalente.

El problema que aquí se plantea es que el prestatario ya ha utilizado ese dinero para adquirir el bien inmueble de un tercero. En este sentido, el art. 1307 CC dispone que siempre que el obligado por la declaración de nulidad a la devolución de la cosa no pueda devolverla por haberse perdido, deberá restituir los frutos percibidos y el valor que tenía la cosa cuando se perdió, con los intereses desde la misma fecha. A nuestro entender, este precepto no legitimaría al prestatario a entregar la vivienda adquirida en sustitución del dinero recibido. Primero, porque nos encontramos ante una obligación genérica del prestatario, lo que implica que no pueda perderse, es decir, que no es posible la existencia de una imposibilidad física o jurídica a la que hace referencia el art. 1307 CC (*cf.* art. 1182 CC). Y segundo, porque el art. 1307 CC permite cumplir con la obligación de sustitución mediante una deuda de valor, es decir, mediante el valor pecuniario que tenía la cosa perdida. De esta manera, no cabe la entrega de una cosa determinada en cumplimiento de este deber a no ser que el prestamista preste su consentimiento (por ejemplo, el bien inmueble adquirido por el prestatario con el dinero proveniente del contrato de préstamo hipotecario declarado nulo, en cuyo caso tendríamos una dación en pago).

Dado que la obligación de restitución se limita a lo que se ha entregado efectivamente sobre la base del contrato nulo, surgen dudas razonables en torno a la validez de aquellos actos anteriores, coetáneos o posteriores a la realización del contrato nulo. De esta manera, es preciso analizar:

a) En primer lugar, los efectos de la nulidad del préstamo o crédito concedido sobre aquellos contratos realizados al amparado del este contrato nulo, en nuestro caso el contrato de compraventa del bien inmueble (adquirido gracias al contrato de préstamo, declarado nulo por contravenir el CConC), pues ello permitiría al prestatario recuperar el dinero invertido en la compra del bien inmueble y cumplir, así, con la obligación de restitución *in natura* nacida de la declaración de nulidad del préstamo hipotecario (siempre y cuando el comprador no se haya convertido en propietario del bien por usucapión extraordinaria¹²¹). Las SSTS de 27 de octubre de 2005¹²² y de 5 de febrero de 2002¹²³ defienden la eficacia *erga omnes* y *ex tunc* de la nulidad contractual (art. 1303 CC), es decir, se considera que el contrato nulo nunca ha existido y, por lo tanto, nunca ha producido efectos jurídicos; además, las SSTS de 22 de febrero de 2013 y de 18 de junio de 2012¹²⁴ afirman

¹¹⁹ ZUNZUNEGUI, Fernando, Evaluación de la solvencia en la concesión de crédito hipotecarios, Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico, Nº 16, 2014, p. 151.

¹²⁰ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen, La nulidad de los contratos, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009. Base de datos Jurídica Tirant Online: TOL 1.642.743.

¹²¹ La admite LACRUZ BERDEJO, José Luis *et al*, Derecho de Obligaciones, 5ª Ed., Volumen Primero, II, Dykinson, Madrid, 2011, p. 553.

¹²² RJ 2005\7356.

¹²³ RJ 2002\2884.

¹²⁴ RJ 2013\1609 y RJ 2012\8857.

que la nulidad de un contrato de préstamo por contravenir la Ley de la usura de 1908¹²⁵ alcanza o comunica no solo a las garantías accesorias como la hipoteca sino también a los negocios que traigan causa del mismo. Si nos centramos en los efectos de la nulidad contractual en general, la consecuencia jurídica cuando dos contratos cooperan para el logro de un mismo resultado, buscado por las partes, es que “la ineficacia de uno original provoca la ineficacia de los demás cuando sin él ya no puede lograrse ese resultado”¹²⁶. Pues bien, a nuestro juicio y en el caso que nos ocupa, el contrato de compraventa trae causa directa del préstamo hipotecario en tanto que este último permite la formalización de aquél. De hecho, ambos suelen formalizarse ante notario en unidad de acto, lo que es un claro indicador de la existencia de una “unidad en la operación económica”¹²⁷. Lo mismo tiene lugar en los contratos de crédito a consumo que financian la adquisición de bienes o servicios: ambos (por ejemplo, el de compraventa y el de financiación) se consideran una misma operación económica¹²⁸.

La declaración de nulidad del préstamo hipotecario y de la consiguiente compraventa inmobiliaria legitimaría al consumidor a reclamar a la hacienda pública competente los impuestos satisfechos en consideración al acto declarado nulo, como el impuesto de actos jurídicos documentados (art. 57.1 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre¹²⁹) o el Impuesto sobre el Valor Añadido (art. 80.dos Ley 37/1992, de 28 de diciembre¹³⁰), y ello por tratarse de obligaciones de devolución de impuestos legales que devienen injustos¹³¹.

Fuera de estos supuestos expresamente previstos en la ley, el propio TS (STS de 26 de julio de 2000¹³²) es consciente del hecho que el art. 1303 CC puede resultar insuficiente para resolver todos los problemas con traducción económica derivados de la nulidad contractual, por lo que puede ser preciso acudir a la aplicación de otras normas de carácter complementario, supletorio o de observancia analógica, tales como los preceptos generales en materia de incumplimiento de obligaciones (arts. 1101 y siguientes CC) y los relativos a la liquidación del estado posesorio (arts. 452 y siguientes CC), sin perjuicio de tomar en consideración también el principio general de derecho que veda el enriquecimiento injusto. En consecuencia, el comprador/prestatario, de admitirse la nulidad de la compraventa del bien inmueble adquirido en base al préstamo hipotecario declarado nulo, podría reclamar del vendedor sobre la base de estos preceptos los gastos útiles efectuados sobre el bien durante el tiempo en que estuvo vigente la apariencia de validez del contrato (art. 453 CC). La doctrina del TS también es de utilidad, como se tratará a continuación, para resolver otras cuestiones derivadas de la nulidad del préstamo hipotecario.

b) En segundo lugar, analizar la validez de aquellos actos anteriores, coetáneos o posteriores a la realización del contrato nulo, por ejemplos los costes de notario, registro y tasación que el prestatario ha abonado debido la formalización del préstamo hipotecario. La declaración de nulidad, a nuestro entender y sobre la base de la doctrina anterior, difícilmente podría alcanzar a aquellos actos que se hubieran llevado a cabo basándose en el contrato nulo fuera del contrato de compraventa y de los impuestos satisfechos, todo ello sobre la base del principio de relatividad del

¹²⁵ Gaceta 24 julio 1908, núm. 206.

¹²⁶ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., cit.. Base de datos Jurídica Tirant Online: TOL1.642.746.

¹²⁷ Es decir, que “pese a la pluralidad contractual, incluso en la identidad de sus partes, hay un propósito negocial único conocido o cognoscible por las partes, de manera que hay una condición, al menos implícita, al sujetar la vigencia de unos contratos a la subsistencia de otros” GARCÍA VICENTE, J. R., cit., p. 9249.

¹²⁸ En relación con la financiación de cursos de enseñanza, ver la STS de 4 de marzo de 2011 (RJ 2011\2632), y sobre un caso de multipropiedad las SSAP de Madrid de 5 de diciembre de 2011 (AC 2012\212) y de Tarragona de 3 de noviembre 2005 (JUR 2006\91839).

¹²⁹ BOE 20 octubre 1993, núm. 251, p. 29545.

¹³⁰ BOE 29 diciembre 1992, núm. 312, p. 44247.

¹³¹ A este supuesto se refiere CORRAL GUERRERO, Luis, El derecho del contribuyente a la devolución de impuestos, Edersa, Madrid, 1997, p. 280. En este sentido, la STS de 21 de marzo de 2013 (RJ 2013\3424) admite la **devolución de ingresos indebidos por liquidaciones de los Impuestos de Sucesiones y Donaciones al declararse la nulidad de la compraventa de un inmueble incluido en la herencia.**

¹³² RJ 2000\9177.

contrato (art. 1257 CC), del que la nulidad en cadena sería una excepción¹³³. En cualquier caso, cabría preguntarse si el prestatario podría reclamar una responsabilidad por daños y perjuicios al prestamista.

La doctrina¹³⁴ afirma en este sentido que una persona incurre en la denominada responsabilidad precontractual o *culpa in contrahendo* cuando se formaliza un contrato sobre el que pesa una causa de invalidez sin que se le haya informado a la otra parte de esta circunstancia. Esta responsabilidad es una concreción del principio general de la buena fe (art. 7.1 CC)¹³⁵. En nuestro caso, y dado que la Ley 20/2014 preceptúa que el prestamista no puede conceder el préstamo al consumidor de ser el resultado de la solvencia negativo, podría subsumirse su conducta dentro de dicho supuesto en tanto que este último incumpliría una previsión legal de manera consciente y deliberada. De hecho, conforme al propio art. 1307 CC el contratante de mala fe, es decir, quien conocía la causa de nulidad, habrá de indemnizar, además, del resto de daños y perjuicios ocasionados¹³⁶; y ya se ha visto cómo la STS de 26 de julio de 2000 deja la puerta abierta a poder utilizar otras normas jurídicas para resolver aquellas cuestiones a las que el art. 1303 CC no da una solución efectiva, como podría en este supuesto la aplicación del art. 1902 CC por *culpa in contrahendo* del prestamista. Es destacable en este punto, además, la STS de 11 de febrero de 2003¹³⁷, que declara nula una venta en pública subasta como consecuencia de la nulidad del procedimiento administrativo de apremio y condena a la Administración a abonar a la parte perjudicada (el propietario al que le fue embargada la finca indebidamente) los gastos que correspondan a la retrocesión de la finca a su titularidad (lo que incluye gastos notariales, registrales y fiscales); así como la STS de 5 de marzo de 2010¹³⁸, que incluye dentro de la acción de restitución prevista en el art. 1303 CC -que tenía por objeto una compraventa declarada nula de pleno derecho- la devolución de todos los gastos sufragados como consecuencia de la transmisión (aplicando por lo tanto la teoría del interés negativo o de confianza¹³⁹).

Aplicando esta doctrina *mutatis mutandi* al supuesto que comentamos, es posible defender que el prestatario pueda reclamar no sólo la nulidad del contrato de compraventa (por su conexión con el contrato de préstamo o crédito hipotecario) y el abono de los impuestos satisfechos, sino también el abono de aquéllos gastos accesorios a la formalización del contrato de préstamo o crédito hipotecario nulo como indemnización por daños y perjuicio,s como podrían ser los gastos de ejecución, de gestoría, de notario y de inscripción en el Registro de la Propiedad. Ahora bien, el prestatario podría aprovecharse torticeramente y con mala fe de la acción declarativa de nulidad gracias a su carácter imprescriptible (por ejemplo, porque no puede pagar el préstamo hipotecario después de un largo período de tiempo y por ello le interesa declarar la nulidad del contrato de préstamo hipotecario). La jurisprudencia no admite la aplicación de la doctrina de los actos propios en los casos de nulidad absoluta del negocio jurídico (*cf.* STS de 10 de febrero de 1993¹⁴⁰), con lo que último resquicio para que el juez pudiera actuar contra esta reclamación sería o bien

¹³³ GARCÍA VICENTE, J. R., cit., p. 9249.

¹³⁴ Siguiendo a CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, El ámbito de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo, RCDI, Nº 628, Mayo - Junio 1995, pp. 747 y ss.

¹³⁵ Ver sobre ello SIMÓN MORENO, Héctor, El ejercicio de los derechos: influencia de la reforma del Título preliminar del Código civil de 1973-74 y la pervivencia de su ideología tras el proceso constitucional, en RAMS ALBESA, Joaquín (Dir.), Tratado de Derecho Civil, Normas Civiles y derecho subjetivo, Vol. 2, Iustel, Madrid, 2014, pp. 379 y ss.

¹³⁶ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., cit.. Base de datos Jurídica Tirant Online: TOL 1.642.739.

¹³⁷ RJ 2003\1004.

¹³⁸ RJ 2010\2390.

¹³⁹ Dispone la Sentencia que “la indemnización alcanza al interés negativo o “interés de confianza” que resulta de cotejar la situación en que estaría la parte perjudicada si no hubiese celebrado el contrato o hubiese conocido desde el principio su invalidez, con la situación actual en que se encuentra ahora, sin que alcance al llamado interés positivo que resulta de comparar la situación provocada por la invalidez, con la que existiría si hubiese habido validez y cumplido los efectos del contrato”, y concede a la parte compradora el reintegro de la “minuta de notario (segundo), honorarios de intermediario (tercero) e impuesto del valor añadido (cuarto)”.

¹⁴⁰ RJ 1993\700.

rechazando el ejercicio de la acción de nulidad en base al principio de la buena fe¹⁴¹ (art. 7.1 CC), lo que no implicaría, naturalmente, que otros interesados (la otra parte o cualquier otro interesado), en su caso, pudieran declarar dicha nulidad; o bien inadmitiendo la acción de restitución (que la doctrina distingue de la acción de nulidad y que sí estaría sujeta a prescripción¹⁴²) en base al principio de la buena fe una vez declarada la nulidad.

Un problema añadido que puede plantearse en relación al art. 263-2 CConC es el siguiente: si el prestamista concede el préstamo al prestatario porque ha superado el test de solvencia, pero este se declara insolvente un año después y le es imposible pagar la deuda, ¿podría el prestatario reclamar por daños al prestamista impugnando la evaluación de la solvencia realiza en el momento de concesión del crédito? Ello podría desembocar en un incremento de la litigación (que los prestamistas ya pusieron de manifiesto con la primitiva redacción de la Directiva en 2011¹⁴³). La Directiva 2014/17/UE apunta en este sentido de que la evaluación de la solvencia no debe implicar que se transfiera al prestamista la responsabilidad que incumbe al consumidor en caso de que éste incumpla sus obligaciones en virtud del contrato de crédito (Considerando 56 de la exposición de motivos Directiva 2014/17/UE), lo que parece lógico si el test de solvencia se ha realizado correctamente. La Directiva 2014/17/UE (Considerando 58 y art. 20.3 Directiva 2014/17/UE) también permite con buen criterio que el prestamista pueda resolver el contrato si el consumidor proporciona deliberadamente información inexacta o falsa en el momento de la evaluación de la solvencia o que de manera intencionada no facilitó información que hubiera conducido a una evaluación negativa de la solvencia. Este problema podría reconducirse en el Derecho español a la normativa del error (art. 1266 CC). Un efecto positivo, en cambio, sería que las durísimas consecuencias que tendría una evaluación de la solvencia inadecuada funcionaría como preventor general tanto para el prestamista como para los promotores en asegurarse que el comprador podrá repagar el préstamo que le conceden.

Otra cuestión relevante es en qué medida se ve socavada la libertad de contratar. De hecho, según Basedow¹⁴⁴ las partes son libres de celebrar o no un contrato, lo que constituye una manifestación de la libertad de contratación, un principio del Derecho privado europeo¹⁴⁵. Por lo tanto, el CConC debilita y coarta la libertad contractual. Con todo, el Borrador de 2011 contemplaba dos razones de peso para esta limitación al principio de libertad civil (art. 111-6 CCC): en primer lugar, la protección de los consumidores y usuarios (art. 112-1, 112-2, 112-5 y 123-3 CConC ya mencionados del CConC); y en segundo lugar, la obligación de actuar con honradez en la contratación (art. 111-7 CCC). La solución propuesta es, pues, adecuada para evitar futuras situaciones de sobreendeudamiento e insolvencia que pueden desembocar en un alto riesgo de exclusión social de la persona afectada, por lo que se fuerza a la entidad de crédito a perfilar al

¹⁴¹ Comenta García Vicente que “por otro lado importa la consideración de quién la alega, en el sentido de que debe ser quien ha confiado legítimamente en que la acción no se ejercería o quien se ve sorprendido con su ejercicio, cuando en razón de la conducta anterior podía razonablemente confiarse en que no se ejercería. Así, también cabe la alegación del retraso desleal, especialmente relevante en un caso de imprescriptibilidad de la acción como es la de nulidad”. Ver sobre este principio SIMÓN MORENO, Héctor, *El ejercicio...*, cit., pp. 406 y ss.

¹⁴² Así lo defiende LACRUZ BERDEJO, cit., p. 553.

¹⁴³ EUROPEAN BANKING FEDERATION, Preliminary EBF position on the Proposal for a Directive on credit agreements relating to residential property, Brussels, 31 Enero 2012: “Although the possibility to refuse to grant credit is already the case in practice the EBF takes the view that given the long - term contractual relationship between the lender and the borrower, it should not be made a legal obligation as this could lead to a potential increase in litigation where national courts would most likely be required to rule on the matter decades after the credit was actually granted”, p. 4. Disponible en <http://www.ebf-fbe.eu> (visitado el 18-2-15).

¹⁴⁴ BASEDOW, J., Freedom of contract in the European Union, *European Review of Private Law*, 6, 2008, pp. 905 y ss. y p. 921.

¹⁴⁵ Sobre ello ver SIMÓN MORENO, Héctor, Disposiciones generales, en VAQUER ALOY, Antoni, BOSCH CAPDEVILA, Esteve y SANCHEZ GONZALEZ, M^a Paz (Coords.), España y el derecho europeo de contratos. Comentario a los libros II y IV del marco común de referencia, Madrid, Atelier; pp. 77 y ss.

máximo el préstamo hipotecario atendiendo a las necesidades del consumidor deudor hipotecario y, si realmente no puede ofrecer ningún producto adecuado, así se lo comunicará antes de colocarlo en una situación de riesgo.

f) Posibilidad de pactar la **dación en pago** en los créditos y préstamos hipotecarios (art. 123-2 h) CConC)¹⁴⁶. Sobre esta posibilidad y su relación con la normativa existente y su inconveniencia ya la hemos explicado en otro lugar¹⁴⁷ pero, a grandes rasgos, entendemos que se trata de una manera de evitar la aplicación del art. 1859 CC sobre interdicción del pacto comisorio en relación a negocios con garantía hipotecaria, precisamente para evitar los abusos que ello había conllevado todo el siglo XIX. Que el CConC dé esta posibilidad abre una importante excepción al art. 1859 CC (al estilo del Código de Buenas Prácticas que recoge el Anexo del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos¹⁴⁸, cuando prevé una dación en pago cuasi-obligatoria para deudores vulnerables) y la duda es si el comiso será bidireccional, es decir, si el prestamista podrá exigir la entrega de la vivienda (por ejemplo, cuando ésta valga más de lo que aún se debe del préstamo) o si solo podrá exigir su entrega el consumidor hipotecario.

g) Algunas **cláusulas abusivas** (art. 251-6.4 CConC). La reforma incluye la posible inclusión de cláusulas abusivas en el contrato de préstamo o crédito hipotecario (que deberán ser nulas conforme al art. 83 RDL 1/2007). La primera (letra a)), estipula una regla parecida a la que introdujo en el art. 114.3 LH la Ley 1/2013. El CConC señala que es abusiva la que incorpore un interés de demora “superior a tres veces el interés legal del dinero vigente en el momento de la firma del contrato” (el Borrador de 2011, por su parte, establecía el máximo en 2,5 veces el interés legal del dinero). Pero difieren. Mientras la catalana especifica que es el interés legal vigente en el momento de la firma del contrato, nada se dice en la norma estatal, que puede también referirse al momento de la ejecución (si nada dice la ley, las partes podrán pactarlo)¹⁴⁹. Y, por su parte, la estatal especifica que solo se podrán devengar sobre el principal pendiente de pago y que no podrán capitalizarse como regla general, nada de lo cual dice el art. 251-6.4 CConC. Y, la segunda (letra b)) se refiere a las cláusulas suelo que, o bien, no tengan una cláusula techo (no necesariamente correlativamente proporcional); o que el límite de la bajada no sea superior al 50% al tipo de interés tomado de referencia en el contrato de préstamo/crédito (excepto si se ha tomado el 1%, momento en que dicho límite no opera); o que la diferencia del límite fijado en el contrato por la subida y la bajada del tipo de interés sea superior a 5 puntos (de manera que no serán ya posibles tipos como los que, *grosso modo*, eran pactados a finales de 2007 y en 2008: tipo de referencia 5%, suelo del 3% y techo de 15%, que tenía como resultado que nunca se llegaría al techo y que la bajada del 5,5% era inminente, como lo fue en el último trimestre de 2008, por la necesidad de reactivación de la economía debido a la crisis mundial).

h) **Prácticas vinculadas y combinadas** (art. 262-9 CConC). Si bien pueden combinarse productos bancarios con la hipoteca, se entiende, con los límites habituales de información precontractual (el apartado 4º del Modelo FIPRE se destina a informar sobre el “listado de productos o servicios vinculados para obtener el préstamo en las condiciones ofrecidas”, que también se requiere en el apartado 7º FIPER), se prohíben en general los productos vinculados,

¹⁴⁶ Esta medida no estaba incorporada en el Borrador de septiembre de 2011.

¹⁴⁷ NASARRE AZNAR, Sergio, *Malas prácticas...*, cit., p. 2712.

¹⁴⁸ BOE 10 marzo 2012, núm. 60, p. 22492.

¹⁴⁹ De momento es difícil que se haya dado algún caso porque el interés legal para 2013 y 2014 era el mismo (4%), aunque para 2015 se ha fijado en el 3,5%. Algunas sentencias posteriores a la Ley 1/2013 toman como punto de partida los intereses de demora previstos en el momento de formalización del contrato para declarar o no su carácter abusivo conforme al art. 114.3 LH (Auto AP Barcelona de 2 de octubre de 2014 (AC 2014\1863). Y otras (Auto JPI Salamanca 2 de diciembre de 2014 -JUR 2015\5688-) han admitido la cláusula de intereses moratorios del 12% recalculada unilateralmente por la entidad ejecutante de acuerdo con el apartado tercero de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 1/2013 para sustituir la inicial pactada del 18%, lo que lleva al tribunal a aceptar la validez del referido interés de demora del 12%, correspondiente al triple del interés legal del dinero vigente en la fecha en que se cierra el saldo deudor.

siguiendo la precaución de la Directiva 2014/17/UE (art. 12). Solo se excepcionan tres casos (que concuerdan con los previstos en el art. 12 de la Directiva 2014/17/UE): la contratación de la cuenta corriente de la que salen los pagos para la hipoteca, pensiones de jubilación y similares que aumenten la garantía de cobro al prestatario o que dichos productos den evidentes ventajas a los consumidores. También se admiten las pólizas de seguros relacionadas con el contrato de crédito o préstamo hipotecario.

D) Fase de incumplimiento

i) **Mediación obligatoria** previa a de interponer reclamación judicial por impago de hipoteca (art. 132-4.3 CConC; en relación con art. 12.1 a) Ley catalana 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado¹⁵⁰). Taxativamente el precepto señala que “las partes en conflicto, antes de interponer cualquier reclamación administrativa o demanda judicial [se entiende que de ejecución hipotecaria de vivienda habitual –independientemente del procedimiento- por incumplimiento del deudor, según el apartado 1º del artículo], deben acudir a la mediación o pueden acordar someterse a arbitraje. Una vez transcurrido el plazo de tres meses a contar de la notificación del acuerdo de inicio de la mediación sin haber conseguido un acuerdo satisfactorio, cualquiera de las partes puede acudir a la reclamación administrativa o a la demanda judicial” (el redactado del art. 132-4.3 CConC es diferente al del Borrador de 2011¹⁵¹). De manera que, a diferencia del arbitraje, la sumisión a mediación previa a la ejecución hipotecaria de vivienda habitual de consumidor en Cataluña, desde que entró en vigor el CConC (1 de abril de 2015) es obligatoria y sólo si en 3 meses no se ha llegado a ningún acuerdo entre prestamista y prestatario, entonces el prestamista podrá instar la ejecución hipotecaria judicial. Desde luego este precepto va mucho más allá que el art. 2.2 de la Ley estatal 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles¹⁵² que, en un sentido completamente opuesto, evitaba que fuese aplicada a la mediación en materia de consumo. Al menos, el legislador estatal sí reconoció expresamente la posibilidad de mediar en litigios de naturaleza arrendaticia urbana (art. 4.5 LAU, a raíz de su reforma por Ley 4/2013), aunque no su obligatoriedad previa al desahucio.

Con todo, si bien la instauración de una mediación obligatoria con carácter previo al proceso es una novedad a nivel estatal (aparte del trámite de conciliación obligatoria en el ámbito laboral previsto en el art. 66.1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social¹⁵³), lo cierto es que una de las posibilidades admitidas tanto en la Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo¹⁵⁴, que regula ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (cuyo art. 5.2 permite además imponer sanciones o incentivos en caso de intentar solventar los conflictos mediante la mediación) como en el art. 1 de la Directiva 2013/11/UE, de 21 de mayo, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo¹⁵⁵, cuyo plazo de transposición finaliza el 9 de julio de

¹⁵⁰ DOGC núm. 5432, de 30-7-2009.

¹⁵¹ Que preveía que “en qualsevol moment des de l’incompliment, incloent qualsevol fase processal fins a dictar sentència, o bé de mutu acord o bé l’autoritat judicial o el notari executant d’un habitatge habitual gravat amb hipoteca poden remetre a les parts a un procés de mediació si, a manca d’acord, el jutge o el notari, ateses les circumstàncies del cas, ho consideren adient”.

¹⁵² BOE núm. 162, de 7-7-2012.

¹⁵³ BOE 11 octubre 2011, núm. 245, p. 106584. Parece existir un consenso doctrinal en que la distinción básica entre la conciliación y la mediación radicaría en el rol que adopta el tercero. De esta forma, mientras que en la primera el conciliador no propone soluciones a las partes sino que se limita a buscar que ellas lleguen por sí mismas a una solución, en la segunda el mediador sí que propone (no impone) una o varias soluciones al conflicto, con lo que tiene una participación más activa en el proceso extrajudicial de resolución de conflictos. Ver en este sentido HINOJOSA SEGOVIA, Rafael, La solución extrajudicial de los conflictos de trabajo, Sistemas de solución extrajudicial de conflictos, 2006, p. 169; CUCARELLA GALIANA, Luis Andrés, La mediación en Derecho privado en el contexto de las otras fórmulas de resolución de controversias distintas al proceso, Revista General de Derecho Procesal, Enero 2012 (Base de datos Jurídica IUSTEL: RI §411307); CANO GALÁN, Yolanda, Capítulo 5. Conflictos laborales y su solución, en MARTÍNEZ GARRIDO, Luis Ramón (Dir.), Práctica Procesal Laboral, Tomo I, Bosch, 2007, p. 132 y 133.

¹⁵⁴ DOL 24 mayo 2008, núm. 136, p. 3.

¹⁵⁵ DOL 18 junio 2013, núm. 165, p. 63.

2015¹⁵⁶, siempre que la obligatoriedad no impida a las partes ejercer su derecho de acceso al sistema judicial.

En este punto es relevante la STJUE de 18 de marzo de 2010¹⁵⁷, que avaló una normativa italiana que imponía una conciliación extrajudicial obligatoria como requisito preprocesal para el acceso a los tribunales de justicia. El TJUE toma como punto de partida los arts. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos¹⁵⁸ y 47.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹⁵⁹, que recogen el derecho a la tutela judicial efectiva (principio general del Derecho comunitario, Sentencia TJCE de 16 de julio de 2009¹⁶⁰) así como el principio de efectividad, en cuya virtud el ordenamiento jurídico nacional no puede hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la UE. Pues bien, el TJUE concluye que el procedimiento extrajudicial previsto por la normativa italiana no infringe el Derecho comunitario en tanto que cumple con una serie de requisitos, que pondremos en relación con la normativa catalana de mediación y de consumo:

a) El procedimiento de conciliación no es vinculante para las partes y, por lo tanto, no afecta a su derecho a acceder a la vía jurisdiccional si no llegan a un acuerdo para solucionar el conflicto (*cf.* art. 1 Directiva 2013/11/UE). Lo mismo tiene lugar en la Ley 15/2009 y en el CConC en tanto que el inicio del proceso de mediación no impide el ulterior acceso a la vía jurisdiccional gracias al principio de voluntariedad (arts. 5 Ley 15/2009 y 132-2.2 y 132-4.3 CConC), siempre y cuando, claro está, las partes no hayan llegado a un acuerdo para solucionar el conflicto. En este caso, el contrato de transacción tiene efectos de cosa juzgada y, por lo tanto, cualquiera de las partes puede ponerse a que el juez conozca de nuevo el conflicto¹⁶¹.

b) El procedimiento de conciliación no implica, en condiciones normales, un retraso sustancial a efectos del ejercicio de una acción judicial. En efecto, el plazo para la conclusión del procedimiento de conciliación en el caso enjuiciado por el TJUE era de treinta días contados desde la presentación del escrito de solicitud de iniciación, y una vez transcurrido dicho plazo, las partes podían ejercitar una acción judicial aunque el procedimiento no hubiera concluido. Por su parte, la Ley 15/2009 y el Decreto 135/2012, de 23 de octubre¹⁶², que la desarrolla, establecen un plazo razonable de sesenta días hábiles para la conclusión del procedimiento de mediación (arts. 17.1 Ley 15/2009 y 34.5 Decreto 135/2012), y el art. 132-4 CConC prevé un plazo máximo de tres meses, lo que a nuestro juicio no supone un retraso sustancial pues coincide por ejemplo con el período de tiempo que tiene que esperar la entidad de crédito para resolver el préstamo hipotecario por impago del deudor (art. 693.1 LEC, modificado por la Ley 1/2013) y con el plazo estándar previsto en el art. 8.1.e) de la Directiva 2013/11/UE.

c) La prescripción de derechos se interrumpe durante el desarrollo del procedimiento de conciliación. El problema en el Derecho catalán es que el CCC no prevé el inicio del proceso de mediación como una causa que desemboque en la suspensión o interrupción del período de prescripción de la pretensión, con el añadido de que la Ley 15/2009 nada prevé sobre este particular. Sólo el Decreto 135/2012 adopta una de las soluciones que propugnaba la doctrina¹⁶³: permitir que

¹⁵⁶ Por el momento, el legislador español solo ha transpuesto el art. 10.1 a través de la Ley 3/2014 (Disposición Adicional Quinta).

¹⁵⁷ TJCE\2010\78. Caso Rosalba Alassini contra Telecom Italia SpA.

¹⁵⁸ “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella”.

¹⁵⁹ “Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo”.

¹⁶⁰ TJCE 2009\237.

¹⁶¹ “Se reconoce a la transacción como el equivalente de una sentencia, con la consiguiente facultad de las partes transigentes de oponer a la otra la *exceptio rei per transactionem finitae* si plante al órgano judicial la controversia que ya fue resuelta transaccionalmente”, ver DIEZ PICAZO, Luis, Sistema de Derecho civil, Tecnos, 9ª Ed., 2003, p. 443.

¹⁶² DOGC 25 octubre 2012, núm. 6240, p. 51832.

¹⁶³ Vaquer aloy afirmaba que “Sorprèn negativament que tot i que la Llei 15/2009, de mediació en l'àmbit del dret privat, esmenta expressament al seu preàmbul la Directiva europea 2008/52/CE, en canvi el legislador català no ha

las partes puedan pedir de mutuo acuerdo la suspensión del proceso judicial mientras dura la mediación (art. 29.7). Aunque este artículo está pensado para los casos de mediación por derivación judicial, lo mismo debería ser posible analógicamente para los casos de mediación extrajudicial *ex art. 122-3 CCC*. La mejor solución de *lege ferenda* sería la suspensión de la prescripción o la caducidad de acciones como prevé el art. 4.1 de la Ley 5/2012, lo que de hecho ya contempla el art. 12 Directiva 2013/11/UE. Así, es previsible que la incorporación de esta Directiva en el Derecho español desemboque en una modificación legislativa del CCC para adaptarse a esta exigencia.

d) El procedimiento no ocasiona gastos para las partes o bien estos no son significativos. En este sentido, el Decreto 98/2014, de 8 de julio, sobre el procedimiento de mediación en las relaciones de consumo¹⁶⁴, establece que las entidades son libres de establecer el precio correspondiente, que en ningún caso puede tener carácter disuasorio para las partes (art. 31.1). Por su parte, el art. 8.1.c de la Directiva 2013/11/UE establece que los Estados miembros han de velar por que el procedimiento de resolución alternativa de conflictos sea gratuito o se preste a cambio de un precio simbólico para los consumidores. A nuestro entender, el precepto del Decreto 98/2014 permitiría evitar una mediación extrajudicial que fuera a la postre antieconómica para las partes, si bien habrá que realizar una evaluación *ad hoc* para cada supuesto para analizar si el coste del procedimiento es acorde con las exigencias de la Directiva 2013/11/UE¹⁶⁵.

En definitiva, la imposición de una mediación obligatoria en el CConC con carácter previo a la vía jurisdiccional cumple parcialmente con la doctrina fijada por el TJUE y las previsiones de la Directiva 2013/11/UE, todavía no transpuesta en su totalidad en el Derecho español. El legislador catalán debería, por un lado, aclarar los efectos del inicio del proceso de mediación sobre la prescripción y la caducidad y, por otro, potenciar su gratuidad o la fijación de unos baremos que sin llegar a ser, si se quiere, simbólicos, no conviertan sin embargo el proceso de mediación en antieconómico. Con todo, es de esperar que la transposición completa de la Directiva 2013/11/UE en el Derecho español provoque a su vez una modificación de la redacción actual del CConC y del CCC.

Por último, mención especial merece el art. 133-1.2 CConC al exigir a los prestamistas la exclusión expresa antes del contrato de préstamo/crédito hipotecario del arbitraje (como alternativa al juicio ejecutivo) si no quieren someterse a él (por ejemplo, si lo ha promovido la Administración), aunque solo en caso de vivienda habitual. Por lo tanto, la sumisión al arbitraje con carácter previo al proceso no es obligatoria de forma general para las partes, sino que depende de la existencia de un convenio arbitral (art. 133-1 CConC). Ello es debido a que el arbitraje es un medio voluntario de resolución de conflictos que no se puede imponer legalmente a las partes (STC 174/1995, de 23 de noviembre¹⁶⁶) ya que ello obstaculizaría el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el art. 24 CE (lo mismo puede predicarse si el acceso a los tribunales se hace depender del consentimiento de la otra parte). Y es que el convenio arbitral impide a los tribunales conocer de nuevo de la controversia (art. 11 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje¹⁶⁷). *El CConC*,

harmonitzat el dret civil català quant a la relació entre prescripció i mediació”, y a continuación ofrecía como solución “utilitzar els pactes sobre prescripció i caducitat que permet el Codi Civil de Catalunya. Són dues les possibilitats de què disposen les parts: la renúncia a una porció del temps de prescripció transcorregut i l’extensió del termini prescriptiu, per un període equivalent al de la durada previsible del procediment de mediació, però en aquest segon cas tenint en compte que l’extensió del termini no pot doblar la durada del termini legal”, ver VAQUER ALOY, Antoni, Mediación i prescripció, CEJEM, WP 1/2010. Disponible en: <http://www.cejem.udl.cat/cat/?p=23>.

¹⁶⁴ DOGC 10 julio 2014, núm. 6661.

¹⁶⁵ La doctrina ya se ha hecho eco de esta discordancia entre la normativa catalana de consumo (Decreto 98/2014) y la Directiva 2013/11/UE, ver VILALTA NICUESA, Aura Esther, Las reclamaciones de consumo en Cataluña y el sistema de mediación institucional: Análisis del Decreto 98/2014, de 8 de julio, sobre el procedimiento de mediación en las relaciones de consumo, a la luz de la normativa comunitaria y estatal, Indret. Revista para el Análisis del Derecho, Nº 4, 2014, p. 25.

¹⁶⁶ RTC 1995\174.

¹⁶⁷ BOE 26 diciembre 2003, núm. 309, p. 46097.

sin llegar a obstaculizar el acceso a la vía jurisdiccional, presume la aceptación tácita del prestamista del convenio arbitral si no se posiciona expresamente en contra en el contrato.

j) Informe de **evaluación social** (art. 131-3). Aunque está bien que la norma recuerde su disponibilidad, se trata realmente de una oportunidad perdida para protocolizar de manera definitiva la relación entre juzgados y Administración en caso de riesgo de (inminente) desahucio de vivienda habitual, con el fin de que los servicios sociales y de vivienda puedan conocer lo antes posible una situación de riesgo de desahucio y poner las medidas necesarias en marcha. Una de las carencias propias de nuestro sistema de desahucios, en términos generales, es su falta de integración y coordinación sistematizada con los departamentos de la Administración responsables de las personas vulnerables, dado que nuestro Derecho procesal no va más allá del “mes de gracia” del art. 704 LEC. Ello se ha paliado de algún modo en puntuales ocasiones, como el convenio entre el gobierno de Castilla y León de junio de 2013, por el que la Administración se compromete a proveer información del deudor hipotecario por si éste puede cumplir los requisitos establecidos en el art. 1 Ley 1/2013 y poderse beneficiar así de una reestructuración de la deuda o, incluso, exigir la dación en pago¹⁶⁸; o también mediante el protocolo firmado en Cataluña (Resolución JUS/1696/2013, 16 julio¹⁶⁹) entre los diversos operadores jurídicos y la Administración con el fin de coordinar sus actuaciones en caso de desahucio en situaciones de riesgo social. Pues bien, el nuevo art. 131-3 CConC señala que o bien el mediador o bien el árbitro podrán dirigirse al organismo competente para solicitar un informe de evaluación social a servicios sociales; de no llegarse a un acuerdo, el informe podrá ser requerido por el juez en el posible proceso posterior o podrá ser aportado por las partes, lo que parece ser una excepción a la confidencialidad y no revelación de documentos e información que debe regir todo proceso de mediación (art. 7.4 *a sensu contrario* Ley 15/2009 y art. 9 Ley 5/2012).

El CConC pasa a tipificar como infracciones las obligaciones respecto a las explicaciones adecuadas (art. 263-1 CConC), la evaluación de la solvencia de la persona consumidora (art. 263-2 CConC) y la imposición a las personas consumidoras de la contratación de seguros y otros servicios accesorios (art. 331-4 CConC). La infracción de la primera y tercera obligaciones supone exponerse a una sanción leve y a una multa de hasta 10.000 euros (art. 331-1.1.a CCC), dado que no están calificadas expresamente como graves o muy graves en el CCC (arts. 332-2 y siguientes CConC), lo que sí sucede con la evaluación de la solvencia, que se tipifica como una infracción grave (art. 332-3.1.c CConC).

4. Conclusiones

I. La crisis financiera e inmobiliaria desatada en 2007 ha provocado la paulatina aprobación de normas por el legislador español que, con mayor o menor fortuna, han intentando reforzar la protección de los deudores hipotecarios. La cristalización de este proceso a nivel europeo tenido lugar con la promulgación de la Directiva 2014/17/UE, que si bien incorpora relevantes novedades ha renunciado, sin embargo, a la aproximación europea en materia hipotecaria, lo que hubiera contribuido realmente a encontrar una solución estructural a esta problemática.

II. En este sentido, la Directiva 2014/17/UE incorpora aspectos novedosos en relación a la comercialización y concesión de préstamos o créditos hipotecarios, tales como el comportamiento, remuneración y formación de los prestamistas, la publicidad, el marketing y la información precontractual así como la evaluación obligatoria de la solvencia del consumidor hipotecario. Con

¹⁶⁸

<http://www.jcyl.es/web/jcyl/ServiciosSociales/es/Plantilla100Detalle/1246991411473/ /1284238196174/Comunicacion?plantillaObligatoria=PlantillaContenidoNoticiaHome> (visitada 16-1-2015).

¹⁶⁹ DOGC no. 6431, 2-8-2013. Otros existen en las ciudades de Barcelona y Lérida y en el País Vasco.

todo, la versión final de esta norma se nos antoja “descafeinada” en cuestiones clave como la ejecución hipotecaria, las medidas de prevención del sinhogarismo, la dación en pago, el derecho inherente al prepago por el deudor o a claramente prohibir la concesión de préstamos hipotecarios a aquellos que no los puedan repagar.

III. A la espera de la promulgación de la Directiva 2014/17/UE en los ordenamientos jurídicos europeos, la Ley catalana 20/2014, avanzándose al Libro 6º del Código Civil de Cataluña sobre obligaciones y contratos, implementa algunas de las normas previstas en la Directiva 2014/17/UE con relevantes novedades respecto a la protección del deudor hipotecario. Cabe destacar entre ellas la posible aplicación de esta normativa a las hipotecas inversas, la advertencia expresa del riesgo de perder la vivienda y, si procede, de otros bienes del patrimonio en caso de incumplimiento de la obligación por parte del consumidor ya en la fase de marketing, la imposición al prestamista de la obligación de informar sobre el derecho a escoger notario, el incremento de las obligaciones notariales, las prohibiciones de contratar con consumidores productos complejos o de concederle el préstamo hipotecario si no supera el test de solvencia y la mediación obligatoria previa a de interponer reclamación judicial por impago de hipoteca.

Esta normativa, en fin, podría suponer un cambio importante en las relaciones entre los prestamistas y los deudores hipotecarios que tengan la condición de consumidores, si bien será la jurisprudencia la que acabe de perfilar la aplicación práctica de algunas de sus disposiciones.

Bibliografía

- ALONSO DE ANTONIO, José Antonio, Artículo: 149.1.1.^a, 4.^a, 5.^a, 7.^a, 10.^a a 32.^a, 2 y 3: Sistema de distribución de competencias, en ALBADALEJO, Manuel (Dir.), Comentarios a la Constitución Española, Tomo XI, Artículos 143 a 158 de la Constitución Española de 1978, EDERSA, 2006.
- ANGUITA RÍOS, Rosa María, La hipoteca inversa y la transformación de los activos inmobiliarios en rentas, El Consultor Inmobiliario, N° 83, Octubre 2007.
- ASOCIACIÓN HIPOTECARIA ESPAÑOLA, Actividad crediticia hipotecaria de septiembre de 2014, 9/2014.
- BARRAL VIÑALS, Inmaculada, Los derechos de los consumidores y los límites del marco competencial en el estatuto de Cataluña de 2006, en MARIA CASTELLÀ, Josep Andreu y GRAMMOND, Sébastien (coords.), Diversidad, derechos fundamentales y federalismo. Un diálogo entre Canadá y España, Atelier, 2010.
- BARRAL VIÑALS, Inmaculada, “Contractes de consum” i desenvolupament de la competència en dret civil a Catalunya: podem utilitzar la jurisprudència constitucional?, en FLORENSA i TOMÀS, Carles E. (Dir.), La Codificación del Derecho Civil de Cataluña. Estudios con ocasión del cincuentenario de la Compilación, Marcial Pons, Madrid, 2011.
- BEN-SHAHAR, O y SCHNEIDER, C. E., The failure of mandated disclosure, The Chicago Working Paper Series Index.
- CORRAL GUERRERO, Luis, El derecho del contribuyente a la devolución de impuestos, Edersa, Madrid, 1997.
- CUESTAS, Ruth Jeannette, La hipoteca centroamericana: seguridad jurídica y derecho agrario, International Journal of Land Law and Agricultural Sciences, N° 2, abril-junio 2012.
- DEFENSOR DEL PUEBLO, Estudio sobre participaciones preferentes, Marzo 2013.
- FERNÁNDEZ BENAVIDES, Miguel, ¿Puede el gobierno de Cataluña imponer sanciones y regular en materia de cláusulas abusivas en contratos hipotecarios?, Revista CESCO, Julio 2012.
- FOTOCASA, Los españoles y su relación con la vivienda, Fotocasa.es trends, 2011.
- FUNDACIÓN ENCUENTRO, Informe España, 2013.
- GETE-ALONSO i CALERA, M. Del Carme, El Llibre sisè del Codi Civil de Catalunya sobre les obligacions i els contractes. Quan, com i per què codificar-lo, INDRET, N° 1, 2009.
- HERRANZ GONZÁLEZ, Rubén, Hipoteca inversa y figuras afines, Informes Portal Mayores, núm. 49.
- IÑIGO ARROYO, Leocadio, La hipoteca inversa (Disposiciones Adicionales 1^a y 4^a de la Ley 41/2007), en MUÑIZ ESPADA, Esther, NASARRE AZNAR, Sergio y SÁNCHEZ JORDÁN, Elena (Coords), La reforma del mercado hipotecario, Edisofer, Madrid, 2009.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis *et al*, Derecho de Obligaciones, 5^a Ed., Volumen Primero, II, Dykinson, Madrid, 2011.
- MAROTTA-WURGLER, F., Will Increased Disclosure Help? Evaluating the Recommendation of the ALI's, I Increased Disclosure of Software Contracts, NYU Law and Economics, Research Paper No. 14-28.
- MARTÍN CASALS, Miquel, El Llibre VI del Codi Civil de Catalunya, en FLORENSA i TOMÀS, Carles E. (Dir.), La Codificación del Derecho Civil de Cataluña. Estudios con ocasión del cincuentenario de la Compilación, Marcial Pons, Madrid, 2011.
- NASARRE AZNAR, Sergio, Reacciones al Libro Verde de la Unión Europea sobre el crédito hipotecario en torno a la Eurohipoteca, en MUÑIZ ESPADA, Esther, NASARRE AZNAR, Sergio y SÁNCHEZ JORDÁN, Elena, Un modelo para una Eurohipoteca. Desde el Informe Segré hasta hoy, Colegio de Registradores de España, Madrid, 2008.

NASARRE AZNAR, Sergio, OLINDA GARCIA, MARIA y XERRI, Kurt, ¿Puede ser el alquiler una alternativa real al dominio como forma de acceso a la vivienda? Una comparativa legal Portugal-España-Malta, Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico, Nº. 16, 2014.

NASARRE AZNAR, Sergio, La vivienda en propiedad como causa y víctima de la crisis hipotecaria, Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico, Nº 16, 2014.

NASARRE AZNAR, Sergio, The Eurohypothech and the Eurotrust: the answers to the goals of the EC White Paper 2007 on the Integration of EU Mortgage Credit Markets, en SJEFF VAN ERP et al. (coord.), The future of European Property Law, Sellier, 2012.

NASARRE AZNAR, Sergio, Malas prácticas bancarias en la actividad hipotecaria, RCDI, Nº 727, 2011.

NASARRE AZNAR, Sergio, A legal perspective of the origin and the globalization of the current financial crisis and the resulting reforms in Spain, en KENNA, Padraic (Ed.), Contemporary Housing Issues in a Globalized World, Ashgate Publishing, Londres, 2014.

NASARRE AZNAR, Sergio, Robinhoodian' courts' decisions on mortgage law in Spain, International Journal of Law in the Built Environment, en prensa.

NASARRE AZNAR, Sergio, Los requisitos de los créditos y préstamos hipotecarios para poder participar en el Mercado Hipotecario (art. 2.3 Ley 41/2007), MUÑIZ ESPADA, Esther, NASARRE AZNAR, Sergio y SÁNCHEZ JORDÁN, Elena (Coords), La reforma del mercado hipotecario, Edisofer, Madrid, 2009.

SIMÓN MORENO, Héctor, La optimización de la hipoteca española desde la perspectiva europea, Bosch, Barcelona, 2011.

SIMÓN MORENO, Héctor, La Hipoteca inversa en la Llei 41/2007, del mercat hipotecari, Revista Catalana de Dret Privat, Vol. 10, 2010.

SINGER, J. W., Property as the law of democracy, Duke Law Journal, Vol. 63, 2014, p. 1287.

SMITH, E., Property as the Law of things, Harvard Law Review, 125, 2012, p. 1719.

ZUNZUNEGUI, Fernando, Evaluación de la solvencia en la concesión de crédito hipotecarios, Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico, Nº 16, 2014.