

Derecho de contratos



A fondo

Desgranando la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario: veinte aspectos a considerar

Mateo Juan Gómez

Abogado Bufete Buades

Resumen: *La Ley 5/2019 se promulga con el objetivo formal de transponer la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2013, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. Amén de dicho objetivo formal, subyace una idea, un objetivo material, que no es otro que el de dotar de mayor seguridad jurídica y objetividad al marco de la financiación*

bancaria y el crédito hipotecario, ampliando además la protección dispensada por la normativa europea a toda persona física (sea o no consumidora). En algunos puntos de la ley encontramos soluciones óptimas para la consecución de un sistema más armonizado y objetivo, que dote de mayor transparencia y confianza al tráfico. Sin embargo, por desgracia, se observan también numerosas disfunciones, concretadas bien en incoherencias materiales, bien en ejemplos de una técnica legislativa deficiente, que podrían constituir el caldo de cultivo de futuras polémicas ahora inexistentes, o de reencender debates que parecían mitigados. En suma, una reforma que arregla algunas cosas y que en otras, nos hace demandar una reforma de la reforma, lo que por desgracia se ha convertido en una tónica habitual de nuestro legislador.

Palabras clave: Persona física, uso residencial, hipoteca, ejecución, transparencia, abusivas, legislador, seguridad jurídica.

Abstract: *Act 5/2019 is enacted with the formal aim of transposing Directive 2014/17/EU of the European Parliament and of the Council of 4 February 2014 on credit agreements for consumers relating to residential immovable property. In addition to this formal objective, underlies an idea, a material goal, which is none other than to provide greater legal certainty and objectivity to the framework of bank financing and mortgage credit, also extending the protection afforded by European legislation to any natural person (whether a consumer or not). In some points of that Act we find optimal solutions for achieving a more harmonized and objective system, which gives greater transparency and confidence to the exchanges. Unfortunately, however, numerous dysfunctions have also been observed, either in the form of material inconsistencies or in the form of examples of a deficient legislative technique, which could provide a breeding ground for future controversies which do not exist currently or could re-ignite debates which seemed to have been mitigated. In short, we deal with a reform that fixes some things but that in other things makes us ask for a reform of the reform, which unfortunately has become a habitual practice of our legislator*

Keywords: Natural person, residential use, mortgage, foreclosure, transparency, abusive, legislator, legal certainty

I. Introducción

Reza el artículo 4.1 del Código Deontológico de la Abogacía, que la relación entre el cliente y su abogado se fundamenta en la confianza del primero y exige del segundo «*una conducta profesional íntegra, que sea honrada, leal, veraz y diligente*», y es por ese motivo que los letrados —igual que sucede con otros operadores jurídicos—, tenemos la obligación de estar al día de los cambios normativos que afectan a nuestro quehacer diario. Cuántos sábados habremos destinado al estudio de normas respecto de las que tal vez no baste con una mera lectura, siendo preciso reflexionar sobre sus distintas aplicaciones y condicionantes para diferentes ámbitos de actuación en los que desarrollamos nuestra actividad.

En lo que a mí respecta, una de mis últimas lecturas de fin de semana, ha venido conformada por la nueva Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (LCCI), publicada en el BOE el día siguiente de su promulgación. Es una norma muy esperada y aplaudida por parte de la doctrina, cuya principal función viene determinada por la voluntad de transponer —tarde, como siempre, al filo de la sanción—, la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n.º 1093/2010.

Pero no agota aquí su cometido la norma. De manera muy significativa, comienza su Exposición de Motivos alabando el sistema hipotecario español y la dimensión social del negocio bancario, que permite a los particulares acceder a la compra de bienes que, por su precio, de otro modo les sería

imposible adquirir. Y poco a poco, de manera acertada, en un mensaje sin destinatario formal, pero que muy posiblemente vaya dirigido tanto a las entidades financieras como a los órganos judiciales, remarca la necesidad de dotar al mercado de mayor seguridad jurídica, a la par que diligencia y profesionalidad estableciendo unos estándares claros de actuación precontractual que objetiven las obligaciones de información, el análisis del riesgo, evitando así —en la medida de lo posible— interpretaciones subjetivas y el sobreendeudamiento.

Según anuncia la referida Exposición de Motivos, la Ley regula tres aspectos diferenciados: (i) normas de transparencia y de conducta; (ii) el régimen jurídico de los intermediarios de crédito inmobiliario y los prestamistas inmobiliarios; (iii) el régimen sancionador por incumplimientos.

Por nuestra parte, centraremos nuestro análisis en los veinte (20) puntos que consideramos más destacables de la nueva norma.

II. Veinte aspectos que considerar

1. Entrada en vigor

Según DF 16, la Ley entrará en vigor a los tres (3) meses de su publicación, o lo que es lo mismo, el 16 de junio de 2019.

No será aplicable a los contratos de préstamo suscritos con anterioridad a su entrada en vigor, salvo que sean objeto de novación/subrogación con posterioridad.

Como excepción sí será aplicable lo dispuesto en el artículo 24 LCCI, en relación con el vencimiento anticipado —veremos que hay nueva regla que modifica las famosas tres cuotas o equivalente—, salvo que el deudor alegara que la previsión que contiene resulta más favorable para él; o ya se hubiera dado por vencido el préstamo.

Por su parte, la Disposición Transitoria Segunda exige a los intermediarios de crédito inmobiliario, a sus representantes designados y a los prestamistas inmobiliarios, que soliciten su reconocimiento como tales en el plazo de seis (6) meses. A dicha solicitud deberán acompañar una «evaluación» (entendemos que será una suerte de declaración responsable) de cumplimiento de los requisitos exigidos por la norma para poder ejercer dicha actividad.

Con carácter general, la norma no tendrá aplicación retroactiva, "ni siquiera como parámetro de comparación", señala la Exposición de Motivos

Estimo especialmente relevante una reflexión del legislador en la Exposición de Motivos (apartado IV), que sale al paso de la inclinación que puedan tener los órganos judiciales de incurrir en determinados sesgos retrospectivos. Así, tras proclamar que con carácter general las normas no tendrán aplicación retroactiva, manifiesta: *«y no lo serán ni siquiera como parámetro de comparación, en la medida en que nos encontramos ante contratos que se celebraron al amparo de una legislación que determinaba en su integridad los requisitos de transparencia a los que quedaban sujetos tales contratos»*.

Importante reflexión que, a buen seguro, habrá de ser remarcada en más de un procedimiento judicial.

2. Ámbito de aplicación

Se aplica a los contratos de préstamo concedidos por profesionales, en los que intervenga una persona física —da igual que sea consumidor o no— como prestatario, fiador o hipotecante no deudor; siempre que el contrato:

- Disponga de garantía real sobre un inmueble de uso residencial.
- Tenga por objeto adquirir terrenos o inmuebles construidos o por construir, siempre que intervenga —aquí sí— un consumidor.

Vemos, por tanto, que estas medidas de protección que se acuñan por el legislador, tienen por objetivo no sólo a los consumidores, sino a toda persona física, pensando —como advierte en la EM— de modo especial en los autónomos.

Qué duda cabe que ésta es una importante novedad, pues puede traer aparejada la nulidad de distintas estipulaciones de contratos celebrados con profesionales persona física, más no por aplicación de la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios y los famosos controles de contenido y transparencia, sino por ser contrario a normas imperativas.

Otro aspecto, no menos importante, es que a diferencia de las medidas de protección que estamos acostumbrados a ver en la LEC, o en normativa específica como la ya desfasada Ley 1/2013, aquí no se aplica este régimen especial a las operaciones destinadas para adquisición de vivienda. El ámbito es mucho más amplio. Por un lado se aplica, ciertamente, a todas aquellas en las que intervengan consumidores y sea para compra de inmuebles —vivienda o no—, pero también para aquellas en las que, con independencia del destino, y con independencia del *estatus* de los deudores/garantes —persona física, eso sí—; la garantía se proyecta sobre un inmueble de uso residencial. Y nótese el matiz de que no se exige que sea vivienda, sino sólo que el uso —término de caliz urbanístico—, sea residencial, por lo que poco importará que se trate de un inmueble vacío, de una promoción inmobiliaria desarrollada por una persona física, etcétera.

Dato, sin duda, a tener en consideración.

3. Carácter irrenunciable de los derechos

El artículo 3 aclara que las normas de esta Ley —y las que las desarrollen en un futuro— son de carácter imperativo y, por tanto, indisponibles; condenando con la nulidad de pleno derecho, conforme al artículo 6 Cc, cualquier pacto de renuncia. Sin perjuicio de que ello supone una indudable declaración de principios del legislador, tiene más consecuencias prácticas de las que pueda parecer. Pues a tal conclusión de nulidad podría llegarse igualmente, respecto de los consumidores, a partir de su legislación tuitiva...pero esta norma también se aplicará a los empresarios persona física, respecto de los que no cabe realizar controles de contenido o abusividad.

De esta suerte se ataja la posibilidad de establecer pactos con los profesionales persona física, que limiten las medidas que aquí se establecen.

4. Evaluación de la solvencia

Se exige un estudio en profundidad de la solvencia de los prestatarios, en aras a evitar el sobreendeudamiento. Destaca la obligación de valorar el nivel previsible de ingresos a percibir tras la jubilación, en el caso de que se prevea que una parte sustancial del crédito o préstamo se continúe reembolsando una vez finalizada la vida laboral. Dicho de otro modo, no sólo deberá valorarse si hoy dispone de medios para cumplir con las obligaciones, sino si durante toda la vida de la operación podrá responder a las mismas.

Se exige la existencia de procedimientos internos específicamente desarrollados para llevar a cabo la evaluación de solvencia. Procedimientos que no podrán suponer ningún coste para el prestatario (no se incluirán en la comisión de apertura) y que serán objeto de supervisión por el Banco de España u otras autoridades competentes.

En el caso específico de los préstamos hipotecarios, la evaluación de la solvencia no podrá basarse predominantemente en el valor de la garantía que exceda del importe del préstamo, salvo que la finalidad del contrato sea la construcción o renovación de bienes inmuebles de uso residencial. Lo que se pretende garantizar, en suma, es la probabilidad de cumplimiento normal de las obligaciones asumidas en el préstamo.

5. Medidas precontractuales de garantía de transparencia

El Capítulo II de la nueva Ley, está dedicado a la «protección del prestatario» y se divide a su vez en distintas secciones («Disposiciones generales»; «normas de conducta»; «forma, ejecución y resolución»).

En lo concerniente a las disposiciones generales, se contienen unos principios generales de honestidad, imparcialidad y transparencia (art. 5.1), de modo especial en el servicio de asesoramiento (art. 5.2). Por su parte, los artículos 6 y siguientes enumeran la información básica que deberá figurar en toda publicidad de préstamos hipotecarios, exigiendo una especial claridad

en todo lo relativo al coste real, duración, fluctuación de tipos; etcétera. Vista la amplitud y exigencias de tales preceptos, es evidente el ánimo del legislador de dotar de especial relevancia esta fase previa y la necesidad de que quede debida constancia de toda la información facilitada, que siempre deberá constar en soportes duraderos.

Vista la amplitud y exigencias de tales preceptos, es evidente el ánimo del legislador de dotar de especial relevancia esta fase previa y la necesidad de que quede debida constancia de toda la información facilitada, que siempre deberá constar en soportes duraderos

La información personalizada deberá facilitarse mediante la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) que se recoge en el Anexo I de la Ley, que según el artículo 14 debe ser entregada por el prestamista al prestatario, junto con otra documentación, al menos diez (10) días naturales antes de la firma del contrato. Dicho FEIN tendrá la consideración de oferta vinculante. Además de este documento normalizado, deberá hacerse entrega de la Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE) por la que se informará al cliente de la existencia de cláusulas relevantes, tales como los índices oficiales de referencia, la existencia de límites a la variabilidad de los tipos de interés (1), el vencimiento anticipado y las condiciones y consecuencias del mismo, la moneda, o la distribución de gastos.

A estos documentos (FEIN y FiAE) se sumará un documento independiente para las operaciones a tipo de interés variable, con una simulación de escenarios de tipos de interés y la cuota que en cada una de ellas correspondería.

Como cuarto documento, se acompañará en ese mismo plazo una copia del proyecto de contrato, que incluirá de forma desglosada, todos los gastos asociados.

El quinto documento será, en su caso, las condiciones de las garantías de los seguros exigidos para la contratación del préstamo (de hogar y/o garantía de cumplimiento); y el sexto la advertencia de recibir asesoramiento personalizado del notario.

Asimismo se recoge la obligación de suministrar cualquier otra información que resulte necesaria, especialmente si es requerida por el prestatario.

Pero la principal novedad en el marco de la información contractual la constituye el rol del fedatario público. Si todo lo anterior constituyen los medios de acreditación de la transparencia formal, se articula un mecanismo específico para confirmar la transparencia material y el cabal conocimiento por el cliente de las consecuencias de aquello que contrata. Así, si hasta ahora el legislador, o mejor, la jurisprudencia, venían desconfiando de la fe pública emanada de la escritura notarial; ahora quieren convertir al fedatario en un auténtico garante de la misma (*¿acaso antes no lo era?*).

Para ello el artículo 15 configura una comparecencia obligatoria del prestatario ante el notario elegido por él, a los efectos de obtener presencialmente el asesoramiento que corresponda. Véase que el notario será «asesor», habrá que ver si de ello se derivará en un futuro un régimen de responsabilidad específico por un «asesoramiento» que *a posteriori* se revele como inadecuado. Pero centrémonos ahora en la cuestión más puramente procedimental. En esa reunión, que tendrá lugar como tarde el día antes de la firma del contrato (nunca el mismo día), la labor del fedatario será triple: (i) ver que se ha entregado toda la documentación a la que antes nos hemos referido y en los plazos exigidos; (ii) recabar todas las cuestiones o dudas planteadas por el prestatario y el asesoramiento recibido; (iii) informar expresamente, y asesorar, sobre el contenido del FEIN, FiAE.

De lo anterior se levantará acta notarial, que habrá de detenerse en todas y cada una de las cuestiones y cláusulas de

Habrá que ver si del papel de «asesor» del notario se deriva en un futuro un régimen de responsabilidad específico por un «asesoramiento» que a posteriori se revele como inadecuado

los documentos sobre los que asesora, sin posibilidad de hacer una mención genérica.

Caso de no realizarse este examen notarial, o el mismo revelase el incumplimiento de la obligación de información, no podrá autorizarse la escritura de préstamo.

Por último, diremos que la DA 4ª recoge la obligación de las entidades prestamistas e intermediarios, de conservar toda la documentación relativa a la información precontractual, al menos 6 años desde su expedición. Cuando cumpla ese plazo deben ofrecerla al prestatario por si no conservase copia.

Esta regulación vuelve a ser redundante, pues bastaba a tales efectos con la mención del artículo 30 del Código de

Comercio. En cualquier caso, casa mal con la continua y reiterada exigencia de recoger toda la información en soportes duraderos que permitan la prueba de la información. Salvo, claro está, que los órganos judiciales consideren suficiente prueba al respecto —a priori debiera ser así—, el acta notarial expedida por el fedatario.

Como aditamento de todo lo anterior, el artículo 16 exige que el personal al servicio del prestamista, intermediario o representante designado por éste, reúna conocimientos y competencias suficientes sobre los productos que comercializa, así como de los servicios accesorios al mismo. En esta línea, se prevé que se fijen por el Ministerio de Economía los requisitos mínimos de conocimientos.

6. Reparto de gastos

Dentro del artículo 14, en lo que puede parecer un poco incongruente con el sentido aparente del precepto («*normas de transparencia...*»), se establece una distribución legal de los gastos asociados a la concesión de la operación, evidenciando así un cierto desacuerdo del legislador con la dirección que han adoptado los últimos vaivenes jurisprudenciales.

En concreto:

- Los gastos de tasación del inmueble → prestatario.
- Los gastos de gestoría → prestamista (Se entiende que hace referencia al préstamo, no así a la potencial compraventa, ITP de la transmisión, etc).
- Registro → prestamista.
- Notario → prestamista, con la excepción de las copias, que serán para quién las pida.
- Impuestos → Según legislación tributaria (tener en cuenta aquí el RDL 17/2018, por el que se modificó la LITPAJD, en la que abogando por la seguridad jurídica, se alteró el sentido del artículo 29, disponiendo que el sujeto pasivo, en las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria, será el prestamista).

Amén de la novedad que supone este reparto, tendente a dotar de seguridad jurídica esta cuestión, nos encontramos con otra novedad considerable, a saber, la posibilidad de que el prestamista se vea reintegrado en dichos costes, caso de que se produzca una subrogación por otra entidad (al amparo de la Ley 2/1994). De esta suerte, si la entidad prestamista ha «invertido» en una operación que posteriormente asumirá otra entidad, tendrá derecho a verse resarcida por la nueva prestamista, de acuerdo con las variables que fija la norma.

7. Comisión de apertura y comisión de estudio

Hay quién advierte en distintos pasajes de la norma una cierta crítica o «ataque velado» a la comisión de apertura. Así al hacerse expresa referencia a la gratuidad de los procesos de análisis de solvencia del deudor, o a la regulación específica de las comisiones que, según proclama el polivalente artículo 14 (la «transparencia» da para mucho...), en su apartado tercero:

«Solo podrán repercutirse gastos o percibirse comisiones por servicios relacionados con los préstamos que hayan sido solicitados en firme o aceptados expresamente por un prestatario

o prestatario potencial y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos que puedan acreditarse»

Esta regla no sólo refiere a gastos y servicios sino que exige que los mismos «*puedan acreditarse*», lo que parece salir al paso de la doctrina del TS, que en la reciente STS de 23 de enero (rec. 2982/2018) descartó la necesidad de acreditar la efectiva prestación del servicio cobrado a través de la prestación. Claro que si hay algo que destacó y porfió el Alto Tribunal es que «*la comisión de apertura no tiene el mismo tratamiento que el resto de las comisiones*»; y siendo así, si el legislador pretendía ampliar dicha exigencia de acreditación —al más puro estilo del artículo 217 LEC—, tal vez debería haberlo manifestado expresamente. De lo contrario parece que refiere a unas reglas generales a las que, siempre según el Alto Tribunal, la comisión de apertura no tiene por qué ajustarse.

En este punto, por tanto, en contra de lo que constituye posiblemente el principal objetivo de la Ley, no sólo no favorece la seguridad jurídica, sino que su dicción es susceptible de reavivar una polémica ya superada.

Determinadas referencias a la regulación específica de las comisiones podrían reavivar la polémica ya superada en relación a la comisión de apertura

Pese a todo lo anterior, no parece que el ánimo del legislador —al menos no el ánimo oficial— pase por eliminar la comisión de apertura. Después de todo, el propio artículo 14, una vez más dentro del extrañó marco de la transparencia, admite expresamente la posibilidad de pactar una comisión de apertura, si bien la misma sólo se devengará una vez y englobará la totalidad de los gastos de estudio, tramitación o concesión u otros similares, así como los costes correspondientes al cambio de moneda del desembolso inicial, en caso de préstamos multdivisa.

Desaparece así la posible coexistencia entre la comisión de apertura y estudio, convirtiéndose en dos figuras incompatibles; lo que en la práctica supone la extinción tácita de la segunda.

8. Índices de referencia

Otro posible «ataque encubierto» lo encontramos en el artículo 21.2 de la Ley, que lejos de terminar con la polémica relativa al IRPH (atajada en un primer tiempo por el TS en su famosa STS 669/2017, de 14 de diciembre de 2017, y actualmente a la espera de que se resuelva la cuestión prejudicial elevada al TJUE por el JPI 38 de Barcelona), parece tener intención de avivarla.

Lo único cierto, por el momento, es que el IRPH es un índice de los oficiales definidos por el Banco de España, en su Circular 5/1994 de 22 de julio (BOE 3 de julio de 1994), que ha sido posteriormente ratificado por normativa más reciente (2).

Pese a lo anterior, la norma viene a exigir que el tipo de referencia pactado, cumpla con las siguientes condiciones:

a) Ser claro, accesible, objetivo y verificable por las partes en el contrato de préstamo y por las autoridades competentes.

b) Calcularse a coste de mercado y no ser susceptible de influencia por el propio prestamista, o en virtud de acuerdos con otros prestamistas o prácticas conscientemente paralelas.

c) Los datos que sirvan de base al índice o tipo sean agregados de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo»

De estos requisitos, parece que, *a priori*, el IRPH cumpliría el primero de ellos, por cuanto resulta claro (todo lo claro que un índice de referencia puede ser para un consumidor), objetivo y verificable, pues no en vano se publica periódicamente por el Banco de España.

Salvo mejor criterio es a coste de mercado (después de todo es una media de los tipos de los

préstamos hipotecarios a más de tres años, otra cosa será el diferencial que se añada a dicho tipo medio que ya estará, evidentemente, por encima de la media) y...he aquí dónde se intensifica el debate...¿es susceptible de influencia por el propio prestamista? Una de las principales líneas de discusión en los pleitos que se han venido planteando por la cuestión del IRPH orbitaba sobre el carácter «manipulable» del índice de referencia. Eso sí, cualquier postura que apostase por la confabulación para elevar los tipos del IRPH, debía aceptar la premisa de que concurriera una suerte de concierto global entre todas (o muchas) entidades, que a su vez encarecerían el resto de sus operaciones hipotecarias, aumentando los diferenciales a aplicar a los índices Euribor, obteniendo de este modo un mayor valor del IRPH. Si el objetivo clandestino de las entidades financieras fuera encarecer los créditos a conceder, ¿por qué pactar —en una minoría— un índice IRPH, y en el resto de sus operaciones —la mayoría— un índice EURIBOR más un diferencial muy elevado que permita a su vez elevar el índice IRPH? Sería más fácil simplemente aplicar en esa minoría el Euribor más un diferencial considerable como tendrían que hacer en el resto —la mayoría— de las operaciones.

Salta a la vista que personalmente siempre he considerado que el debate del IRPH tiene más interés desde la perspectiva de la transparencia que no del carácter manipulable del tipo. Pero dejemos aparcado de momento esta discusión. Nótese que el precepto actual, de un modo «inocente» no exige que se haya manipulado el índice de referencia, sino que objetivamente sea «susceptible de influencia». Y sobre el papel, dado el modo en que se calcula el índice, no puede negarse que sea susceptible de influencia, en potencia.

El artículo 21.2 de la Ley, lejos de terminar con la polémica relativa al IRPH, parece tener intención de avivarla

Claro que si queremos rizar el rizo, podemos llegar a la conclusión de que el Euribor es influenciado por el prestamista, al menos si éste se corresponde con una de las 50 entidades elegidas por la Federación de Bancos Europeos para servir de base de cálculo respecto del tipo de interés en que prestan el dinero a otras entidades financieras. Ciertamente existen medidas que pueden servir de auténticos «cortafuegos», como el hecho de que la Agencia Reuters elimine el 15% más algo y más bajo de los tipos de interés antes de realizar la media aritmética que supondrá el tipo de referencia. Ahora bien, ello no impide que el prestamista, «*en virtud de acuerdos con otros prestamistas*» que integren las 50

entidades, puedan en términos hipotéticos, influenciar el tipo.

En suma, habrá que ver cómo se interpreta este artículo, si de modo literal o, como propugnamos, más flexible. Ahora bien, no se puede negar que, de momento, es leña que se tira a un fuego que no se termina de extinguir...y piénsese otra cosa, si el TJUE declarase que el índice es susceptible de nulidad por serle aplicables las mismas exigencias de transparencia...si éstas quedan «sanadas» a futuro con las medidas de la nueva ley ¿podrá pactarse ya el IRPH, partiendo del consentimiento exhaustivamente informado del cliente, o será nulo por su carácter manipulable?

9. Prohibición de cláusula suelo

Todos conocemos los malabares jurídicos y filosóficos que hizo el Tribunal Supremo en su famosísima Sentencia de 9 de mayo de 2013 (STS 241/2013) para sostener que si bien las cláusulas limitativas de la variabilidad de los tipos de interés y, más concretamente, dentro de estas, las cláusulas suelo, eran perfectamente válidas; corrían el riesgo de ser nulas por falta de transparencia —lo que exigió desarrollar la doctrina relativa al triple control de inclusión, contenido y transparencia— en el caso de que no se acreditase que el cliente conocía las consecuencias económicas que la implantación de dicha estipulación contractual podía suponer para su cuota periódica y el mayor coste que podía generarle en comparación con un interés variable sin cláusula limitativa. Carga de la prueba que hizo recaer íntegra y radicalmente sobre la entidad financiera, a quién se exigía una serie de prueba documental, completamente inusual hasta la fecha (tales como simulaciones de distintos escenarios de tipos de interés, con cálculos de los diferentes resultados expresados en términos monetarios, etcétera), vaciando de todo contenido la advertencia notarial que ya exigía al respecto el artículo 7.3.c de la Orden de 5 de

mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (3)

El efecto directo de dicha doctrina fue la nulidad de la cláusula suelo en un altísimo porcentaje de contratos con consumidores, y la reintegración (con efectos retroactivos por aportación especial del TJUE, STJUE de 21 de diciembre de 2016, C-154/2015) de las cantidades satisfechas a su amparo.

Un efecto indirecto fue el incremento de las medidas de transparencia que envolvían esta figura, como la prevista en el artículo 6 de la Ley 1/2013, según la cual se exigía del prestatario una declaración manuscrita de que ha sido convenientemente informado de los riesgos específicos de la operación que suscribe.

Ahora el legislador corta por lo sano y afirma que «*en las operaciones con tipo de interés variable no se podrá fijar un límite a la baja del tipo de interés*». De esta suerte, y he aquí lo relevante, NO se podrá fijar un límite mínimo en ningún contrato en que intervenga una persona física —aunque no sea consumidora, y aunque no sea deudora de la operación—.

Piénsese en un préstamo puramente mercantil, como pueda ser el préstamo a promotor otorgado a una sociedad de capital. No existiría ningún impedimento, para incluir una cláusula suelo. En principio —cada vez hay que ser menos tajantes al respecto—, tampoco parece que el administrador —persona física— pueda ser considerado un consumidor si interviene como fiador de la operación, máxime si sus ingresos dependen de los beneficios de la entidad que administra. Sin embargo, con la LCCI, si se incluye la garantía personal del administrador, queda vetada la cláusula limitativa.

10. Comisión por amortización anticipada

Se configura como un derecho del prestatario la posibilidad de cancelar anticipadamente —total o parcialmente— la obligación. En contraprestación, se prevé de modo expreso la posibilidad de concertar en el contrato de préstamo, sea a interés fijo o variable, una comisión o compensación económica a favor del prestamista, siempre que ésta respete unos límites máximos. Así;

— *Préstamos a interés fijo (o en tramos a interés fijo)* → Durante los 10 primeros años, con un máximo del 2% del capital reembolsado anticipadamente. Durante el resto de vida del préstamo, un máximo del 1,5%.

— *Préstamos a interés variable (o en tramos de interés variable)* → Durante los 5 primeros años, con un máximo de que no podrá exceder de la pérdida financiera del prestamista, con el límite del 0,15% del capital reembolsado anticipadamente. Durante los tres primeros años, dicho límite puede ascender hasta el 0,25%. Más allá del quinto año, no caben estas comisiones.

— *Novaciones o subrogaciones* → Sólo si suponen la aplicación durante el resto de vigencia del contrato de un tipo de interés fijo que sustituya al interés variable. El máximo volverá a estar marcado por la pérdida financiera del prestamista, con el límite del 0,15% durante los primeros 3 años. Transcurridos las tres anualidades, no cabrá aplicar este tipo de comisiones o compensaciones.

Destacable también que se arbitran mecanismos específicos de transparencia para este tipo de comisiones. Así, amén de preverse en la información precontractual (sobre la que luego nos detendremos), cuando el prestatario informe de su voluntad de cancelar anticipadamente el total o parte de la operación, el prestamista dispondrá de un plazo máximo de 3 días para facilitar información —en soporte acreditable— que, cuando menos, cuantifique las consecuencias económicas que le supondrá, exponiendo las hipótesis razonables que se hayan tenido en cuenta para su valoración.

Por último, al destino de la operación se anuda el destino de los seguros accesorios, entendiéndose por éstos aquellos que se ofrecieron junto con el contrato de préstamo para cubrir los riesgos de reembolso. De esta suerte dichos seguros deben ser igualmente cancelados —caso de cancelación anticipada total del préstamo— con el extorno porcentual de las cantidades satisfechas.

11. Tipos de interés de demora

En este punto nuevamente el legislador desdice tanto al TS como a la (ya desfasada) Ley 1/2013, al proclamar que en el caso de las operaciones en que exista una hipoteca sobre un bien de uso residencial —no así los préstamos para compra de terrenos o inmuebles construidos o por construir— el interés de demora «será» el remuneratorio más tres (3) puntos y sólo podrá devengarse sobre el principal vencido y pendiente de pago, sin capitalizarse los intereses, salvo lo previsto en el artículo 579, esto es, la ejecución dineraria consecutiva, tras el remate del bien hipotecado.

Recuérdese que según la doctrina del TS la franja de abusividad debíamos situarla en el interés remuneratorio más dos (2) puntos (4), y que según venía estableciendo el artículo 114 LH no podía exceder del triple del interés legal.

Este precepto nos plantea una serie de dudas. En primer lugar en relación con el artículo 576 LEC, que regula el interés de mora procesal y en virtud del cual cualquier resolución judicial que imponga la obligación de pago de una determinada cantidad, devengará en favor del acreedor un interés equivalente al pactado o, en su defecto, al legal más dos puntos. Trasladado ello al procedimiento de ejecución hipotecaria, vemos que es habitual que al dictarse el Auto de despacho de ejecución, en la cantidad que se despacha como principal, se incluyan intereses de demora devengados con antelación a que se dé por vencida anticipadamente la obligación y se otorgue la correspondiente acta de fijación de saldo.

Como quiera que el artículo 25 LCCI recoge como única excepción el artículo 579 LEC, parece que en este tipo de préstamos, cuando se liquiden los intereses devengados, éstos no podrán tener en cuenta en ningún caso los intereses de demora que ya se recojan en el acta de fijación de saldo y, por ende, también en el despacho de ejecución. Este matiz puede tener su relevancia práctica.

La segunda duda guarda relación con el tenor imperativo del precepto, que advierte que los intereses moratorios «serán», no se hace referencia a un tipo máximo, sino a una única alternativa, a un corsé contractual según el cual los intereses de demora serán éstos sí, o sí. ¿Puede pactarse entonces un tipo menor, por ejemplo, intereses remuneratorios más 2 puntos? Dicha posibilidad sería favorable al prestatario por lo que en principio, pese al tenor literal del precepto, podría sostenerse que no atenta contra el espíritu de la norma...pero el apartado 2 advierte categóricamente que las reglas allí establecidas «no admitirán pacto en contrario»; y no se pierda de vista que la indisponibilidad de los derechos reconocidos en esta ley —la imposibilidad de pacto en

El tenor imperativo del precepto plantea la duda en torno a la posibilidad de pactar un tipo menor, más favorable al prestatario

contrario en definitiva— ya ha sido declarada con carácter general en el artículo 3, por lo que la única forma de no concluir que la mención del apartado segundo es redundante y estéril, es la de sostener una interpretación literal, según la cual no quepa pacto en contrario ni aunque sea en beneficio del prestatario. Personalmente, me inclino más por pensar que es una redundancia, y que ningún órgano judicial declarararía la nulidad de un pacto recogido en la escritura —que o bien ha sido redactado unilateralmente por el prestamista, o bien ha sido negociado— que es más beneficioso para el prestatario que lo previsto con carácter general por el legislador. Ahora bien, el mensaje prudente para la entidad prestamista sería, por si acaso, no pactar menos.

¿Y si no se pacta nada en la escritura? ¿Habrán intereses de demora? Entiendo que no. El precepto no afirma que en todo caso deba haber intereses de demora, sino que los intereses de demora «serán», de lo que se colige —al menos del tenor literal—, que no cabe otro tipo de intereses de demora distinto, pero si la ausencia del mismo.

12. Vencimiento anticipado

En materia de vencimiento anticipado hay que reconocer el mérito a la norma (art. 24), no tanto en el criterio económico del número de cuotas (habrá quien piense que son muchas, otros que pocas), sino en la naturaleza de la reforma, que hace las veces de auténtica mutación legal de los pactos incorporados en los préstamos en vigor (que no se hayan declarado resueltos), algo que no supo hacer el legislador con la Ley 1/2013.

Se modifica el requisito de las tres cuotas o equivalentes, por una doble premisa;

— Que las cuotas impagadas equivalgan al menos al 3% del capital, o se trate del impago de 12 cuotas o el equivalente a 12 mensualidades; si la mora se produce en la primera mitad de la duración del préstamo.

— Que las cuotas impagadas equivalgan al menos al 7% del capital, o se trate del impago de 15 cuotas o el equivalente a 15 mensualidades; si la mora se produce en la segunda mitad de la duración del préstamo.

Una vez más encontramos un apartado segundo, que afirma que respecto de estas reglas no se admitirá pacto en contrario, lo que vuelve a generar la duda expresada en relación con los intereses de demora, acerca de si estamos ante una mera reiteración inútil de lo ya previsto en el artículo 3, o ante la imposibilidad de pactar un régimen distinto aunque sea más beneficioso para el prestatario.

Nótese también que, atendiendo al mero contenido literal, el precepto no parece exigir la existencia de un pacto expreso de vencimiento anticipado (algo con lo que seguro no estarán de acuerdo los registradores de la propiedad), sino que aparentemente configura el vencimiento anticipado como una consecuencia inherente a este tipo de operaciones.

13. Hipoteca multidivisa

El artículo 20 analiza el supuesto de los préstamos inmobiliarios en moneda extranjera. Como principal novedad, configura como derecho inamovible, la posibilidad del prestatario de convertir el préstamo a una moneda alternativa, siempre que perciba la mayor parte de sus ingresos en ella (o tenga en ella la mayor parte de los activos que ha de destinar a reembolsar el préstamo), o sea la moneda de su lugar de residencia.

Ahora bien, este cambio de moneda no estará exento de perjuicio, desde el momento en que se realizará al tipo de cambio vigente en la fecha en que se solicite la conversión.

Como segunda cuestión de interés, el apartado 3 del precepto destaca que amén de la información precontractual —nos remitimos a lo apuntado en el punto 5—, se articula la obligación del prestamista de informar periódicamente (en la forma que establezca el Ministerio de Economía), del importe adeudado, con el desglose del incremento que, en su caso se haya producido, y del derecho de conversión —y las condiciones en que la misma se realizaría—. Esta obligación, un tanto ambigua, se aclara un poco más en el apartado 4, en que se hace específica referencia a la diferencia tanto del importe adeudado como de las cuotas, respecto del que hubiera correspondido de haberse celebrado el contrato en euros, según el tipo de cambio que habría correspondido a la fecha de celebración del contrato.

Se trata en definitiva de ir informando periódicamente (y en cualquier caso cuando la diferencia supere el 20%) sobre la contraposición entre lo contratado y lo que hubiera sido un préstamo «normal», en euros.

Por último, destacar que el precepto establece la consecuencia del incumplimiento de *«cualquiera de las exigencias y requisitos previstos en este artículo»*, esto es, tanto de la información precontractual, como la que debe dispensarse durante la vida del contrato: la nulidad de las cláusulas multidivisa, permitiendo el cambio del préstamo, como si desde un principio éste se hubiera concedido en la moneda en la que perciba la parte principal de sus ingresos.

Véase que está anudando el legislador los efectos de la nulidad, a un supuesto claro de incumplimiento contractual —incumplir las obligaciones de información durante la vida del contrato—, de tal suerte que se aleja del ámbito indemnizatorio del artículo 1124 Cc, para introducirse de lleno en el marco del artículo 1303 Cc. Técnicamente esto es, cuando menos, difícil de digerir. Consolémonos pensando que se hace en aras de la seguridad jurídica...

También genera dudas estos efectos de la nulidad *«la ficción de que el contrato se hubiera concedido en la moneda en la que*

El legislador anuda los efectos de la nulidad a un supuesto claro de incumplimiento contractual

perciba la parte principal de sus ingresos», en relación con si debemos atender a la moneda en la que percibía la parte principal de los ingresos en el momento de la celebración del contrato, o en el momento en que se produzca la nulidad. Después de todo, este tipo de préstamos ha tenido históricamente una especial acogida en determinados sectores profesionales (como el de los pilotos), en los que la migración profesional es bastante habitual.

14. Productos accesorios, vinculados y combinados

El artículo 4 de la Ley contiene una serie de definiciones que deben servirnos de ayuda para comprender mejor los vocablos que la misma utiliza. En este precepto se nos definen conceptos como el de *servicio accesorio* («todo servicio ofrecido al prestatario junto con el contrato de préstamo»); *prácticas de venta vinculada* («toda oferta o venta de un paquete constituido por un contrato de préstamo y otros productos o servicios financieros diferenciados, cuando el contrato de préstamo no se ofrezca al prestatario por separado») y *prácticas de venta combinada* (lo mismo, pero cuando «...el contrato de préstamo se ofrezca también al prestatario por separado»).

En relación con los productos accesorios, el prestamista deberá indicar si para obtener el crédito en las condiciones ofertadas, es preciso contratar además una serie de servicios accesorios y, de ser así, deberá informarse de si puede adquirirlos a un proveedor de su elección o si es necesario que los adquiera con el proveedor designado por el prestamista. Caso de que se acepten proveedores alternativos, deberá designar los requisitos que ha de cumplir el servicio, para poder así suscribirlo con terceros.

Por lo que respecta a las ventas vinculadas (venta en paquete), el artículo 17 las prohíbe con carácter general (bajo apercibimiento de nulidad), salvo autorización expresa de la autoridad competente (aún indeterminada), previo informe del Banco de España, siempre que el prestamista pueda acreditar que el «paquete» constituye un claro beneficio para los prestatarios.

Otra excepción: la suscripción de póliza de seguro para el cumplimiento de las obligaciones derivadas del préstamo, así como seguro de daños del inmueble y cualquier otra póliza prevista en la normativa del mercado hipotecario. Si bien, «*ex lege*» el prestamista deberá aceptar las pólizas alternativas de aquellos proveedores que ofrezcan unas coberturas similares a las propuestas por el propio prestamista (5).

En contraste con las ventas vinculadas, las ventas combinadas están permitidas con carácter general, siempre que se ofrezca información suficiente que permita al prestatario advertir las diferencias entre la adquisición en forma combinada o por separado. Comparativa que el prestamista deberá expresar en su información precontractual.

15. Subrogación de hipoteca

En este campo se ha producido una reforma, podríamos decir que de concepto, que acerca el sistema mucho más al propio de los orígenes de la Ley de 2/1994, y reula en parte sobre las modificaciones introducidas por la Ley 41/2007.

Así, la Disposición Final Tercera modifica el artículo 2 de la Ley 2/1994, de tal suerte que se elimina el derecho de la entidad prestamista a «*enervar la subrogación*». Recordemos que, según el sistema que actualmente continúa vigente, y que proviene de la reforma de 2007, tras la autorización del deudor a la entidad oferente, y la notificación de ésta a la entidad acreedora, esta última dispone de un plazo de 15 días para igualar o mejorar la oferta de la oferente, bloqueando así la subrogación.

Conforme a la regulación que entrará en vigor a partir de junio, ese plazo de 15 días se mantiene para que la acreedora realice al deudor una contraoferta, que sólo podrá hacerse efectiva, formalizando un acuerdo de novación.

Otra novedad, que si bien es menor tiene su importancia, es que la notificación de la entidad oferente a la acreedora, ya no es necesario que se realice por conducto notarial. Igualmente, se elimina cualquier atisbo de duda en relación a la obligación de la entidad acreedora de percibir de la oferente el pago de la deuda, de acuerdo con la certificación de deuda que previamente —y de nuevo de forma obligatoria— habrá notificado. Cualquier posible disputa se dirimirá en el marco de una comparecencia especial y sumaria ante el juez que fuese competente para conocer de la

ejecución del título en cuestión, que resolverá mediante Auto.

Por último, desaparece la obligación de subrogarse en todas las operaciones del deudor con el acreedor originario, lo que dota de mayor elasticidad a la institución jurídica, a la par que amplía al deudor el abanico de posibilidades para la búsqueda de la mejor oferta en el mercado.

16. Cambios en el procedimiento de ejecución hipotecaria

Respecto al procedimiento de ejecución hipotecaria se suceden algunos cambios que, sin ser de gran abaste, deben ser conocidos, en tanto que introducen pequeños matices que pueden condicionar sensiblemente las nuevas acciones ejecutivas que se interpongan en un futuro.

En este sentido, la Disposición Final Quinta recoge la «Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil», por lo que de una lectura rápida de la Ley podría pensarse que en dicha norma se incluyen todas las modificaciones que cabe esperar en el procedimiento de ejecución hipotecaria, pero anticipamos que no es así. De hecho, en la referida Disposición Final, únicamente se menciona la modificación del apartado 2 del artículo 693 LEC, relativo al vencimiento anticipado que, recordemos, venía dictando hasta la fecha la posibilidad de dar por vencido anticipadamente una obligación a plazos y reclamar la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de al menos tres plazos mensuales o número equivalente de cuotas. Ahora la norma, con esta modificación, arroja la siguiente redacción;

«Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses en los términos en los que así se hubiese convenido en la escritura de constitución y consten en el asiento respectivo. Siempre que se trate de un préstamo o crédito concluido por una persona física y que esté garantizado mediante hipoteca sobre vivienda o cuya finalidad sea la adquisición de bienes inmuebles para uso residencial, se estará a lo que prescriben el artículo 24 de la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario y, en su caso, el artículo 129 bis de la Ley Hipotecaria»

¿Qué cambios se observan? Ya hemos analizado en el apartado X, el distinto régimen del vencimiento anticipado. Pero a efectos estrictamente procesales, ¿qué cambios presenta la redacción? A mi parecer el cambio más notable está en la aclaración sobre el abaste del precepto. La redacción anterior exigía un pacto con determinadas condiciones (incumplimiento de tres mensualidades o equivalente), sin reservar en ningún momento —al menos no expresamente— tal exigencia a los contratos suscritos con consumidores o con personas físicas, lo que sin duda suponía una disfunción notable entre lo querido por el legislador y lo plasmado «sobre el papel». Ahora esa disfunción se corrige. Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado en los términos pactados, y sólo en los casos subsumibles en el ámbito de aplicación de la Ley 5/2019 se exigirá lo previsto en la referida norma (con la correspondiente mutación legal).

Pero como decíamos, ésta no es la única modificación que se advierte en la ejecución hipotecaria.

Si acudimos a la Disposición Transitoria Tercera, veremos que se introduce un nuevo plazo excepcional de oposición para aquellos procedimientos ejecutivos que ya estuvieran en curso a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, y en aquel momento hubiera precluido el plazo de oposición de 10 días previsto en el artículo 556 LEC, siempre que en aquella ocasión no se hubiera producido un emplazamiento personal a la parte ejecutada, a los efectos de informarle del incidente ya previsto en dicha norma, ni tampoco hubiera formulado oposición por esa circunstancia, ni se hubiera valorado de oficio por el Juzgado. A esos procedimientos —los pocos que puedan quedar vivos, claro— se les concederá un plazo adicional de diez días para que puedan instar un incidente de oposición amparado, única y exclusivamente, en la posible concurrencia de cláusulas abusivas. Motivo de oposición que fue implantado, *ex novo*, por la Ley 1/2013, si bien con anterioridad ya se aceptaba por una amplia mayoría de tribunales (6) .

De esta forma el legislador asume las críticas que en su día recibiera por dicho incidente excepcional recogido en la Ley

El legislador asume las críticas que en su día recibiera por dicho incidente excepcional recogido en la Ley 1/2013 y que no exigía, como sucede ahora, una notificación personal al ejecutado

1/2013 y que no exigía, como sucede ahora, una notificación personal al ejecutado. Ahora bien, se ha de tomar en consideración que procedimientos que en 2013 ya estuvieran lo suficientemente avanzados como para haber precluido la posibilidad de oposición (556 LEC), y que hoy sigan «activos» y, además, no se haya valorado de oficio la abusividad de las cláusulas...más bien pocos.

Y permítaseme ser políticamente incorrecto en este punto, cuando apunto que a esos procedimientos (presuntamente especiales y sumarios) que se remontan más allá de 2013, este nuevo incidente de oposición que requiere de una notificación personal, bien puede suponer una demora muy considerable en un procedimiento que, por las razones que sean, se ha mantenido estancado, y con una parte ejecutada «inactiva».

Además de las dos modificaciones apuntadas, encontramos una novación «tácita» o régimen excepcional que se separa de lo recogido en el artículo 517 LEC, que enumera los títulos ejecutivos.

Nos referimos a la DF Undécima, por la que se introduce a su vez una nueva DA 22ª a la Ley 9/2012 de reestructuración y resolución de entidades de crédito.

Según el artículo 517.1.4º LEC, tendrán efectos ejecutivos las escrituras públicas que sean primera copia, o que sean segunda copia expedida por acuerdo *inter partes* o por mandamiento judicial con previa citación de la contraparte. Éste es un precepto claramente desfasado, pues debe atenderse al sentido que le confieren actualmente el artículo 17 de la Ley Notarial y el artículo 233 de su Reglamento (según reforma de Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal; primero y de R.D. 45/2007, de 19 de enero, por el que se modifica el Reglamento de la organización y régimen del Notariado, después), en función de los cuales los efectos ejecutivos del título no dependerán de que sea la primera copia, sino de que se expida —expresamente— con carácter ejecutivo. La posibilidad de que se expida más de una copia ejecutiva, dependerá del acuerdo entre las partes o del mandato judicial. Así, las escrituras anteriores a 1 de diciembre de 2006 tendrían efectos ejecutivos con tal de que fueran la primera copia, mientras que a partir de dicha fecha el carácter ejecutivo dependerá de que se expidan con tal carácter y se deje expresa constancia por el fedatario público bien de que con anterioridad no se había expedido otra copia ejecutiva, bien de que pese a ello existe un pacto que lo permite, o se cumple con un mandamiento judicial.

En ese marco conceptual se introduce ahora una excepción en beneficio de la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria, S.A. (SAREB). Fruto de los problemas que la entidad está teniendo para recabar las copias ejecutivas de las entidades prestamistas originales, y la consecuente proliferación de procedimientos de conciliación —tendientes a obtener segunda copia ejecutiva por vía judicial—. En lo sucesivo, para SAREB, bastará que se acompañe una copia autorizada de la escritura (puede ser parcial), que conste se expide al amparo de esta disposición, junto con la pertinente certificación del registro de la propiedad que acredite la inscripción y subsistencia de la hipoteca.

Hay que tener en cuenta que la problemática que estaba teniendo actualmente el SAREB no la tienen, con carácter general, las entidades financieras. No se pierda de vista que, conforme al artículo 685.4 LEC, si la hipoteca fue constituida a favor de «una entidad de las que legalmente pueden llegar a emitir cédulas hipotecarias», bastará con que se acompañe cualquier copia autorizada junto con la certificación registral correspondiente. A este régimen no podía acogerse SAREB, por no ser una de las entidades legitimadas para emitir cédulas hipotecarias. De ahí que se haya buscado este indiscutible paralelismo.

Amén de las tres modificaciones operadas por la Ley 5/2019, queremos hacernos eco de una NO modificación, que nos obliga nuevamente a tener que interpretar los «olvidos» del legislador. Al absurdo de la existencia de una DA 6ª LEC que carece de toda función (7) ; a las posibles contradicciones del artículo 670 LEC (8) ; y al carácter desfasado del artículo 517 LEC; debe

sumarse ahora la incoherencia del artículo 682.2.2º LEC. Nos explicamos.

A las posibles contradicciones del artículo 670 LEC; y al carácter desfasado del artículo 517 LEC; debe sumarse ahora la incoherencia del artículo 682.2.2º LEC

Según el artículo 13 de la Ley 5/2019, es obligatoria la tasación adecuada de los bienes hipotecados antes de la celebración del préstamo. A estos efectos, la DF 1ª, Apartado 3, modifica el artículo 129.2.a) de la Ley Hipotecaria; de tal suerte que se prevé en lo sucesivo que a efectos de la venta extrajudicial (la mal llamada ejecución notarial destinada a descongestionar los juzgados) exigirá que el tipo de subasta fijado por los interesados para la realización del bien, no pueda ser en ningún caso inferior al valor de la tasación previsto en el informe preceptivo previo...

...pero no se modifica el artículo 682.2 LEC que recoge los requisitos para que una escritura pública sea susceptible de ejecución y que pasa por la circunstancia de que en la escritura se determine el precio en que los interesados tasan la finca y

que éste no pueda ser inferior al 75% del informe preceptivo previo.

De esta regulación se desprenden, a mi parecer, algunos errores de bulto. El primero el de tratar de trasladar al procedimiento normas que son sustantivas o materiales. Me explico. En un determinado momento histórico se decide exigir preceptivamente el informe de tasación previo. En otro momento histórico se decide exigir que el valor para subasta no sea inferior al 75% del valor de dicho informe de tasación. Y ahora se decide que el valor de tasación coincida con el de subasta. Todo ello son decisiones legislativas que están ahí y que son perfectamente legítimas. Ahora bien, suponen una alteración patológica del procedimiento si se las incorpora en el artículo 129 LH o en el artículo 682 LEC, pues la primera pregunta que brota es la de ¿y qué pasa con las escrituras anteriores a la reforma de la legislación sectorial, que no tenían por qué acogerse a los postulados de la norma futura? ¿Les está vedado acaso el acceso a la venta extrajudicial o a la ejecución hipotecaria? Esta legislación deficiente exige de una interpretación jurisprudencial posterior que aclare que tales requisitos de porcentajes mínimos de valoración —o de la existencia misma del informe—, no pueden aplicarse a escrituras anteriores.

Eso queda claro en la normativa sectorial (así la Ley 1/2013, o la Ley 5/2019), pero en el momento en que incorporan normas —redundantes por otra parte— en el marco estrictamente procesal, la regla general sería que las mismas fueran aplicadas a todo procedimiento que se inicie con posterioridad a la norma. Lo que en este caso sería absurdo y desproporcionado. Máxime cuando —desde una perspectiva estrictamente procesal— se exigen unos requisitos más severos para la venta extrajudicial que para la ejecución hipotecaria.

Lo peor de todo ello es que no me cabe duda de que el legislador no se ha planteado estas cuestiones, pues de otro modo no repetiría defectos protagonizados ya con la desfasada Ley 1/2013. Bajo la bandera de la seguridad jurídica, se aplacan determinadas inseguridades mientras se siembran otras.

17. Reclamaciones y quejas - Autoridad Independiente

Por la DA 1ª se prevé que toda reclamación o queja que presenten los clientes con ocasión de posibles incumplimientos de la presente Ley, sean resueltas por la autoridad independiente creada por la Ley 7/2017 de resolución de litigios en materia de consumo.

Pese a ello, la Disposición Transitoria Quinta recoge que hasta la entrada en vigor de la Ley prevista en la Ley 7/2017 (9), será competente para conocer de estas quejas el Servicio de Reclamaciones del Banco de España.

18. Registro de las condiciones abusivas

Otra novedad más relevante de lo que a simple vista pudiera parecer, la encontramos en la obligación —axiomática— de todos los órganos judiciales, de remitir al Registro de Condiciones Generales, las sentencias firmes (aunque sean dictadas en acciones individuales), en las que se declare la nulidad, cesación o retractación de condiciones generales abusivas.

A tales efectos se modifica la Ley de Condiciones Generales, así como la LEC.

El problema práctico real, lo encontramos en la DF 1ª.5 LCCI, por la que se modifica el apartado segundo del artículo 258 de la Ley Hipotecaria, según el cual, en lo sucesivo, el registrador de la propiedad:

«Denegará la inscripción de aquellas cláusulas de los contratos que sean contrarias a normas imperativas o prohibitivas o hubieran sido declaradas nulas por abusivas por sentencia del Tribunal Supremo con valor de jurisprudencia o por sentencia firme inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación»

En el terreno pantanoso que ha creado el legislador, deben cobrar un protagonismo esencial los matices. Así será necesario distinguir entre la nulidad de una cláusula por su carácter abusivo —entendido en relación con su contenido—, de las cláusulas que puedan ser nulas por falta de transparencia —entendida no en relación a su contenido si no a la falta de debida información precontractual sobre el mismo—. Qué duda cabe que pretender la inscripción de las segundas sería no sólo absurdo, sino un auténtico caos, pues impediría su reproducción en otras escrituras.

Sea como sea, este precepto, a mi parecer, es muy peligroso, y de nuevo hace flaco favor a la «seguridad jurídica» que teóricamente informa la norma. Ello esencialmente por los siguientes motivos;

- Exige la firmeza de la sentencia, sin distinguir en función del órgano que la haya dictado. De esta suerte, un único juzgado de primera instancia —siempre que no se recurra la sentencia—, tiene «poder» para vetar una determinada cláusula contractual a la totalidad de los préstamos que se celebren en todo el territorio nacional. Y ello, y he aquí lo escandaloso, aunque pudieran existir sentencias en sentido contrario dictadas por otros juzgados de primera instancia, o incluso de audiencias provinciales, o si se me apura, del propio Tribunal Supremo (10) .
- Constituye, a mi parecer, una incitación a las entidades prestamistas para evitar la firmeza de determinadas resoluciones, empujándolas a acudir a instancias superiores.
- No distingue de modo expreso (creo que no estaría de más) un diferente trato entre la nulidad por falta de superación de los controles de inclusión y contenido, de la no superación de control de transparencia, que no tiene por qué venir referido al tenor literal de la estipulación.

Veremos cómo evoluciona esta inquietante cuestión.

19. La institución jurídica de los prestamistas e intermediarios de crédito inmobiliario

El artículo 4 de la LCCI define al «*prestamista inmobiliario*» como toda persona física o jurídica que, de manera profesional, realice la actividad de concesión de los préstamos a los que se aplica la norma.

Por su parte, el mismo precepto define al «*intermediario de crédito inmobiliario*» como toda persona física o jurídica que, no actuando como prestamista, ni fedatario público, desarrolla una actividad comercial o profesional, a cambio de una remuneración, pecuniaria o de cualquier otra forma de beneficio económico acordado, consistente en poner en contacto, aún indirectamente, a una persona física con un prestamista y además, en relación con el tipo de negocios que suponen el ámbito de aplicación de la ley: (i) presentan u ofrecen dichos contratos de préstamo en nombre del prestamista; (ii) asisten a los prestatarios realizando trámites o gestiones precontractuales; (iii) actúan en representación del prestamista en la celebración del préstamo.

Por último, se define al «*representante designado*» como toda persona física o jurídica que realiza las actividades propias de un intermediario de crédito inmobiliario en nombre y por cuenta de un único intermediario, bajo la responsabilidad plena de aquél.

Definidas las instituciones jurídicas, la Ley les dedica todo el Capítulo III a establecer su régimen jurídico, diferenciando entre los (i) intermediarios de crédito inmobiliario (ii) sus representantes designados; (iii) y los prestamistas inmobiliarios

El dato más relevante de este régimen jurídico lo encontramos en el artículo 27 LCCI, en la creación de un registro donde deberán estar inscritos los intermediarios financieros como «*conditio sine qua non*», para desarrollar su actividad.

La inscripción de intermediarios financieros en el registro previsto en la Ley de se configura como «conditio sine qua non», para desarrollar su actividad

La entidad encargada de la gestión del registro será bien el Banco de España, bien del órgano competente en cada Comunidad Autónoma. Más en concreto, el Banco de España gestionará la inscripción de los intermediarios que operen con prestatarios domiciliados en más de una comunidad autónoma, siempre que tenga la sede de su administración central en España (con independencia de que operen también en otros Estados); o que vayan a operar en España a través de sucursal o en régimen de libre prestación de servicios, cualquiera que sea el ámbito geográfico.

Por su parte, el artículo 29 recoge los requisitos de inscripción, entre los que destacan;

- Seguro de responsabilidad civil o aval bancario que cubra, entre otras cuestiones, las responsabilidades derivadas del incumplimiento de los deberes de información.
- Cuenten con procedimientos escritos, capacidad técnica operativa que permita cumplir con los deberes de información.
- Dispongan de medios internos para la resolución de las reclamaciones de sus clientes
- Hayan designado un representante ante el Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias
- Dispongan de un plan de formación en los conocimientos y competencias a que se refiere el artículo 16 y sus normas de desarrollo.

Además la autoridad competente velará de que las personas al frente de dichas empresas (o empresarios individuales) dispongan de un nivel de conocimientos acorde con el artículo 16, de honorabilidad comercial y profesional, carezcan de antecedentes por delitos graves contra patrimonio, propiedad u orden socioeconómico, falsedad, o en el ejercicio de actividades financieras, no hayan sido declarados en concurso de acreedores —salvo que se hayan «rehabilitado»—.

Deberá comunicarse al registro correspondiente la identidad de los representantes designados y sus establecimientos, que deberán ser también inscritos en el registro.

En lo que refiere a los prestamistas, establece el artículo 42 LCCI que la actividad sólo podrá realizarse por quienes se encuentren inscritos en el Registro, estableciéndose reglamentariamente los requisitos para ello, sin perjuicio de que se exceptúa expresamente de dicho registro a las entidades de crédito, establecimientos financieros de crédito y las sucursales en España de una entidad de crédito. Es importante destacar que el Registro Mercantil denegará la inscripción de aquellas entidades cuya actividad u objeto social resulten contrarios a la LCCI, y las inscripciones realizadas contraviniendo lo anterior serán nulas de pleno derecho.

20. RD Ley 6/2012 de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos

Si bien pudiera pasar desapercibido, la DF 10ª modifica el RDL 6/2012. Acabaremos nuestro análisis con este dato para recalcar otro nuevo «gazapo» legislativo.

Según la Exposición de motivos, la DF 10ª modifica el Real Decreto con el fin de convertir el código de buenas prácticas en un mecanismo permanente y obligatorio para todas las entidades adheridas que permita a todos los deudores más vulnerables en situación de impago acceder a las opciones de alivio de la deuda contenidas en el mismo. Loable motivación. Pero la DF 10ª no hace tal cosa, sino que tal cuestión es recogida en la DA 11ª de la Ley, que lo que hace es considerar que dentro del Código de Buenas Prácticas deben incorporarse las medidas de la propia Ley 5/2019 que, después de todo, es por sí misma obligatoria para todas las entidades, estén o no adheridas al

referido Código. No se entiende mucho la reforma operada por la DA 11ª (no la DF 10ª de la que se muestra orgullosa la EM).

Pero entonces, ¿qué modifica la DF 10ª intitulada «*Modificación del Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos*»? Puede decirse que nada, pues aunque se «altera» la redacción del artículo 2 del Real Decreto, no se entiende muy bien por qué ni para qué. Baste con comparar la redacción actual...

«Las medidas previstas en este Real Decreto-Ley se aplicarán a los contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria cuyo deudor se encuentre situado en el umbral de exclusión y que estén vigentes a la fecha de entrada en vigor o que se suscriban posteriormente.

Las medidas previstas en este Real Decreto-Ley se aplicarán igualmente a los fiadores y avalistas hipotecarios del deudor principal, respecto de su vivienda habitual y con las mismas condiciones que las establecidas para el deudor hipotecario»

...con la inmediatamente anterior (y aún vigente debido a la *vacatio legis*);

«Las medidas previstas en este Real Decreto-ley se aplicarán a los contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria cuyo deudor se encuentre situado en el umbral de exclusión y que estén vigentes a la fecha de su entrada en vigor, con excepción de las contenidas en los artículos 12 y 13, que serán de aplicación general.

Las medidas previstas en este Real Decreto-ley se aplicarán igualmente a los fiadores y avalistas hipotecarios del deudor principal, respecto de su vivienda habitual y con las mismas condiciones que las establecidas para el deudor hipotecario»

Sólo los más avizores, habituales de los juegos mentales de buscar diferencias entre dos imágenes, se habrán percatado de la insípida modificación en la redacción, que limite el abaste general de los artículos 12 y 13 —en efecto, limita no extiende—.

Y mientras tanto, ahí sigue la DA 6ª LEC o el artículo 682.2.1º LEC. En fin.

III. A modo de conclusión

A modo de conclusión, para no extenderme en demasía, diré que la determinación del legislador es encomiable. El motor de la norma, según se aprecia en su Exposición de Motivos y en algunas afirmaciones categóricas del contenido del articulado, es la búsqueda de la seguridad jurídica en un marco —el de la financiación bancaria y el fantasma de la ejecución hipotecaria— cada vez más polémico que alberga posicionamientos dispares entre los órganos judiciales de los distintos puntos de la geografía española.

Tomando como base el prisma de la seguridad jurídica, se observan en la norma algunos avances notables, como la mutación legal de las cláusulas de vencimiento anticipado, que puede terminar (al menos en parte) con el bloqueo existente en este extremo, si bien únicamente respecto de los contratos que aún no se hayan dado por vencidos.

Igualmente loable, a nuestro parecer, es la declaración de intenciones contenida en la Exposición de Motivos, según la cual se proclama que esta norma no debe servir como parámetro de comparación respecto de operaciones concedidas antes de su entrada en vigor. Veremos hasta qué punto es respetado este principio por los tribunales.

Siguiendo con los puntos «fuertes» o positivos de la ley, es justo hacer mención al carácter irrenunciable de sus disposiciones, y la nulidad radical de toda cláusula o pacto que las contravenga.

Tampoco cabe duda de que el detalle de la documentación precontractual pretende objetivar aquella información precontractual que debe recibir todo cliente, lo que unido al nuevo rol del notario como garante de la transparencia material, concede cuando menos una hoja de ruta más concreta.

Del mismo modo, la decisión legislativa de atajar de raíz la problemática de la cláusula suelo, prohibiendo la misma, dota de seguridad jurídica a la cuestión (elimina todo debate a futuro, eso parece claro); igual que el establecimiento de límites a la comisión de cancelación anticipada.

Ahora bien, como por desgracia ocurre con demasiada asiduidad, los principales puntos flacos de la ley vienen conformados por defectos gruesos en materia de técnica legislativa, que gestan nuevas polémicas por sus contradicciones y/o ambigüedades. De eso encontramos múltiples ejemplos, entre los que destacamos;

- Las distintas declaraciones, en ámbitos concretos, de que no cabe pacto en contrario, o que cualquier pacto en contra será nulo...cuando tal circunstancia se ha recogido ya con carácter general en el artículo 3. No es baladí este apunte, pues se generan auténticas situaciones de confusión, como la que hemos destacado en relación con los intereses de demora.

- El cajón desastre que supone el artículo 14 que, teóricamente, debería servir para fijar pautas en materia de transparencia, y termina abordando cuestiones materiales como el reparto de los gastos, la nulidad de las comisiones o de determinados índices de referencia.

- La mención a las cláusulas suelo al regular la FiAE y la información que ésta debe contener. Si las cláusulas suelo están prohibidas...¿cómo va a contener la FiAE información sobre las mismas?

- La incoherencia que supone castigar con la nulidad del contrato los incumplimientos en materia de información (incluso post-contractual, véase la regulación de la hipoteca multidivisa), sin hacer depender esa cuestión de que exista un efectivo vicio en el consentimiento (o de sancionar conforme al incumplimiento contractual la falta de información postcontractual).

- No aprovechar la ocasión para adaptar el tenor del artículo 517 LEC, algo que se antoja necesario desde diciembre de 2006, fecha en que se produjo la reforma de la Ley Hipotecaria.

- La incoherencia de modificar el artículo 129 LH y no así el artículo 682 LEC; a lo que se suma la patológica inclinación del legislador de introducir reformas en la regulación del proceso que, en realidad, deberían corresponder al aspecto material de los contratos.

- La sorprendente y estéril reforma de la DF 10ª y el más llamativo orgullo que el legislador plasma en la Exposición de Motivos.

- Las tensiones generadas por lo que muchos interpretan ya como «ataques velados» a la comisión de apertura y al índice IRPH.

- Y sobre todo, la remisión e inscripción automática de cualquier sentencia firme que declare abusiva una estipulación bancaria, con las importantes consecuencias que a ello anuda la norma, pudiendo cualquier Juzgado de Primera Instancia condicionar todo el panorama financiero estatal.

Todo lo anterior nos lleva a apuntar que creer que se obtiene seguridad jurídica sin prudencia, es un claro error. En un tema tan sensible como la ejecución hipotecaria, materia históricamente parcheada, con reformas que achican el agua por un sitio mientras anegan otros...es preciso una reforma que antes de introducir cosas nuevas dote de mayor coherencia al sistema y busque una armonía (un sistema), a la par que tenga especial cuidado con los preceptos procesales que altera.

El sistema actual tiene bloqueado de facto el procedimiento de ejecución hipotecaria, pese a estar concebido como un procedimiento especial y sumario. Es preciso el equilibrio entre los distintos intereses en juego y, desde luego, dotar de mayor seguridad jurídica al debate. Por eso resultan tan llamativas algunas incoherencias de la norma que no hacen sino generar nuevas líneas de debate. Cuanto envidiamos actualmente al legislador del siglo XIX, capaz de concebir una norma escueta, con mandatos claros, como el código civil, o de identificar el dolo «*cuando con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho*».

Después de todo, como ya apuntara Aristóteles:

«El rasgo distintivo del hombre prudente es el ser capaz de deliberar y de juzgar de una

manera conveniente sobre las cosas»

NOTAS

- (1) Sí, eso dice la norma, pese a que en otro lado prohíbe establecer tales cláusulas limitativas...lo único que cabe pensar es una suerte de cláusula suelo del 0% que sería absurda, pues la propia ley proclama que el tipo de interés no puede ser nunca abusivo...otro ejemplo de corta pega.
- Ver Texto
- (2) Nos referimos a la desaparición de los índices IRPH Cajas e IRPH Bancos (No el IRPH Entidades), a razón de la Orden 2899/2011, de 28 de octubre, que estableció un plazo para la desaparición de los índices o tipos de referencia, que se concreta en el plazo de un año, pero contemplando en su Disposición Transitoria Única, el régimen transitorio de índices o tipos de referencia, estableciendo que dichos índices o tipos de referencia habían de continuar siendo considerados «aptos» y que el Banco de España había de continuar encargándose de su publicación, como lo había estado haciendo hasta ese momento.
- Así como la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, que prevé en su Disposición Adicional 15ª que los anteriores índices IRPH Cajas e IRPH Bancos sean novados automáticamente, en defecto de pacto sobre índice sustitutivo, cambiándose por el IRPH Entidades.
- Ver Texto
- (3) Según la cual el notario debía hacer constar en la escritura que se había advertido de modo expreso, entre otros extremos, de que «*se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés*». Con la nueva doctrina sobre la transparencia, estas menciones sobre las que el notario «da fe», pasan a ser consideradas meras declaraciones de ciencia, formalismos que no comportan un conocimiento material.
- Ver Texto
- (4) Véase la STS 364/2016 de 3 Jun. 2016, Rec. 2499/2014.
- Ver Texto
- (5) Y de nuevo pensando en la comisión de apertura: el prestamista no podrá cobrar comisión alguna por el estudio de las pólizas alternativas.
- Ver Texto
- (6) Siendo especialmente destacable en esta línea la STS 462/2014, Sala Primera, de 24 de noviembre de 2014, (rec 2962/2012) que sostuvo expresamente, tras un análisis de la redacción aplicable, que ya antes de la reforma de la Ley 1/2013 se podía articular oposición por cláusulas abusivas —concretamente refiere al vencimiento anticipado— por tener relación con la exigibilidad de las cantidades reclamadas.
- Ver Texto
- (7) Circunstancia que ya analizamos en profundidad en JUAN GOMEZ, Mateo C. *Un «zombi» llamado Disposición Adicional Sexta*. Diario La Ley Año XXXIV. Número 8125. Viernes, 12 de julio de 2013. Editorial Wolters Kluwer.
- Ver Texto
- (8) Sobre lo que ya ahondamos en JUAN GÓMEZ, Mateo C. *Ejecución hipotecaria, adjudicación y posesión del*

bien hipotecado: crónica de una técnica legislativa «distráida». Actualidad Civil, nº 9, Septiembre de 2018. Editorial Wolters Kluwer.

[Ver Texto](#)

(9) Según la DA 1ª de la Ley 7/2017 para a resolución, con carácter vinculante o no, de litigios de consumo en el sector financiero, será creada por ley, y comunicada a la Comisión Europea, tras su acreditación por la autoridad competente, una única entidad, con competencias en este ámbito.

[Ver Texto](#)

(10) Se ha leído en prensa declaraciones de distintos jueces que han fallado en contra de la doctrina del TS en temas como las cláusulas de gastos. Sirva de ejemplo la noticia publicada en Última Hora, de 14 de marzo de 2019, fuente Europa Press, que se hace eco de una Sentencia dictada por un juzgado de primera instancia que declara la nulidad de la cláusula de gastos y decide que todos los costes de notaría, registro, gestoría y tasación, deben corresponder al Banco. Y recoge unas declaraciones de la juez titular, según las cuales *«pese a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en relación con los gastos de formalización, esa no es la solución impuesta por la normativa y sentencias europeas que obligan a la íntegra restitución de las cantidades pagadas como consecuencia de la declaración de una cláusula como abusiva»*.

No parece pues, tan peregrino imaginar que haya —pues las hay— sentencias de instancia que declaren abusivas cláusulas en contra del criterio del TS, si estas devienen firmes...¿debe vetarlas el registrador de la propiedad?

[Ver Texto](#)