

LA DIRECTIVA EUROPEA DEL CRÉDITO HIPOTECARIO

José María de la Cuesta Saenz

Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Burgos

Sumario: 1. Introducción. 2. Objeto, nivel de armonización y ámbito de aplicación. 3. Autorregulación y Resolución Alternativa de litigios (RAL). 4. Contenido material: A. Normas de conducta en la concesión de créditos a consumidores. B. Información y prácticas previas a la celebración del contrato. C. Tasa anual equivalente. D. Evaluación de la solvencia del prestatario. E. Servicios de asesoramiento. F. Préstamos denominados en moneda extranjera. G. Otros aspectos del crédito hipotecario concedido a consumidores: a) Reembolso anticipado. b) Información sobre cambio del tipo deudor. c) Mora y recargos por incumplimiento: especial consideración de la llamada “dación en pago”. Nota bibliográfica

1. INTRODUCCIÓN

La Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de Febrero de 2014, tiene como antecedentes el Libro Verde del crédito hipotecario en la Unión Europea (LVCH, COM(2005)327 final) y el Libro Blanco sobre la integración de los mercados de crédito hipotecario de la Unión Europea (LBIMC, COM(2007)807 final) que precedieron a la Propuesta de Directiva sobre los contratos de crédito relativos a los bienes inmuebles de uso residencial (PDCCBI COM(2011) 142 final, que han sido objeto de estudio detenidamente en nuestra literatura jurídica (E. LAUROBA, 2012, pp. 117 y ss.).

Hay que destacar en primer lugar que la Directiva que nos ocupa presenta respecto de la propuesta un notable cambio en su ámbito, toda vez que es una Directiva cuyo objeto se describe ahora como relativo a “los contratos de crédito celebrados con los consumidores”, y respecto de los más lejanos antecedentes que examina LAUROBA, un muy importante

cambio, hijo de los acontecimientos negativos que trajo consigo el estallido de la crisis en la que se debate todavía con resultado incierto la economía globalizada.

De modo que una Directiva que se delinea originariamente como relativa al sector del crédito inmobiliario para hacer progresar el mercado único del crédito hipotecario, ha terminado por ser una Directiva sectorial de protección de los consumidores, en la línea de la Directiva 2008/48/CE pero relativa al crédito para la adquisición de vivienda, anticipando un cambio que también ha acaecido en el todavía inconcluso proceso legislativo del futuro Reglamento europeo regulador de la compraventa, que en su estado actual (primera lectura) es un Reglamento de protección de los consumidores en contratos de compraventa transnacionales.

Y tales mutaciones impuestas por la crisis económica han de ser bienvenidas en la medida en que responden a un mejor conocimiento de las limitaciones del mercado y de las acusa-

das deformaciones que su mal funcionamiento produce en perjuicio de los contratantes más débiles, (no siempre consumidores como se revela en los esfuerzos del Foro de Alto Nivel constituido para reequilibrar la cadena agroalimentaria), y en perjuicio también de los intereses generales, en la medida en que tales disfunciones están entre las principales causas de la crisis.

Como es lógico, el contexto de crisis que rodea la gestación de la Directiva, tiene reflejo en su ordenación sistemática y en todo su contenido, que no sólo puede calificarse como normativa sectorial de defensa de los consumidores, sino además como verdadero derecho surgido de la crisis, aunque su entrada en vigor, y la fecha límite para su transposición se haya fijado para el día 21 de Marzo de 2016, toda vez que se trata de prevenir a partir de ese momento, cualquier recaída en las malas prácticas que estuvieron en su origen.

Que se trate de normas sectoriales obedece como es lógico a que el sector crediticio es un sector cuyas peculiaridades no pueden contemplarse con suficiente concreción en la normativa general, ahora presidida por la Directiva 83/2011/UE, y porque sin duda es el bancario un sector vital en la economía de mercado, muy regulado en los aspectos jurídico públicos, pero que discurre a través de la contratación civil y mercantil cuya inadaptación a la contratación en masa y a los desiguales niveles de información y poder de negociación de los contratantes ha ocasionado muchas prácticas viciadas que las instituciones competentes no han sabido reprimir a tiempo. Piénsese en que la hipoteca, pieza fundamental en la expansión del llamado crédito territorial desde la segunda mitad del siglo XIX, no ha llegado a ser usual en la financiación de la adquisición y transformación de los inmuebles de uso residencial hasta hace muy poco tiempo, y que tal evolución ha coincidido históricamente con un proceso de concentración bancaria sin precedentes (y que seguramente continuará). Paralelamente las funciones inspectoras y sancionadoras atribuidas, en nuestro caso, al Ban-

co de España desplazaban las competencias de otras instancias, y estaban más orientadas a mantener la solvencia del sistema bancario que a depurar sus prácticas contractuales, como si se tratase de cuestiones carentes de conexión entre sí, lo que contribuye aunque sea tardíamente a explicar su estrepitoso fracaso.

Así pues es el derecho privado el principal punto de incidencia de la Directiva que nos ocupa, y dentro de él, el derecho de protección de los consumidores. El que se trate de normativa sectorial no debería permitir que se mantenga esa idea de la actividad crediticia como coto o territorio exento que tanto ha perjudicado a los consumidores y al interés general en materia crediticia, y también de inversiones, en el pasado reciente.

En cuanto a su transposición al ordenamiento jurídico español, se hará como es usual a través de legislación especial, lo que ciertamente convierte las normas de protección de los consumidores en España en un conjunto formalmente descodificado, aunque en este caso, tal descodificación no obedezca solamente a razones de competencia legislativa. La transposición de la Directiva podría haberse realizado mediante un texto único, pese a que cabe distinguir en la Directiva tres aspectos diferenciados, cuyas normas tienen en principio distintos destinatarios y que son: 1º) Las exigencias aplicables a prestamistas e intermediarios de crédito. 2º) La fase precontractual, con sus exigencias de información previas a la celebración del contrato. 3º) Los requisitos prudenciales y de supervisión.

Pero el Legislador español ya ha optado en la Ley 10/2014 de 26 de Junio sobre Ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito por transponer en parte los aspectos 1º y 3º, pero no las reglas relativas a la solvencia del prestatario con vistas al “préstamo responsable” (M. CUENA CASAS, 2014, p. 28) que pueden influir en la eficacia del contrato, aspecto este que queda reservado para otro texto legal de transposición.

2. OBJETO, NIVEL DE ARMONIZACIÓN, Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

El artículo 1 de la Directiva regula como objeto de la misma, el establecimiento de un marco común relativo a aspectos de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros aplicables a aquéllos contratos relativos a créditos al consumo que estén mediante hipoteca u otro tipo de garantía en relación con bienes inmuebles de uso residencial, incluida la obligación de llevar a cabo una evaluación de la solvencia antes de conceder el crédito.

Por lo tanto se trata de los tres aspectos antes citados: exigencias aplicables a prestamista e intermediarios; regulación de la fase precontractual y de los deberes de información previa, y por último, exigencias prudenciales y de supervisión.

En cuanto al nivel de armonización pretendido, se trata de una Directiva que establece mínimos que no impiden a los Estados miembros mantener o adoptar disposiciones más estrictas de protección al consumidor, y que establece por el contrario una armonización máxima, que obliga a establecer las disposiciones previstas en el artículo 14.2 y en el Anexo II parte A, respecto de la información precontractual normalizada mediante la ficha europea de información normalizada (FEIN), y el artículo 17 apartados 1 a 5, 7 y 8 y el Anexo I respecto de una norma común y coherente para el cálculo de la tasa anual equivalente (TAE).

En cuanto al ámbito de aplicación de la Directiva, su artículo 3 en el apartado 1 contempla como objeto de regulación: a) los contratos de crédito garantizados por una hipoteca o por una garantía comparable comúnmente utilizada en un Estado miembro sobre bienes inmuebles de uso residencial, o garantizados por un derecho relativo a un bien inmueble de uso residencial y b) los contratos de crédito cuya finalidad sea adquirir o conservar

derechos de propiedad sobre fincas o edificios construidos o por construir.

El artículo 3 apartado 2 excluye de la aplicación de la Directiva:

- a) Los contratos de crédito de pensión hipotecaria en que el prestamista: 1) desembolsa un importe a tanto alzado o hace pagos periódicos u otras formas de desembolso crediticio a cambio de un importe derivado de la venta futura de un bien inmueble de uso residencial, y 2) no persigue el reembolso del crédito hasta que no se produzcan uno o varios acontecimientos determinados en la vida del consumidor, según definen los Estados miembros.

Tales contratos, aunque sean de hipoteca, no están orientados a la adquisición de inmuebles de uso residencial por los consumidores, sino a que tales personas se garanticen otro tipo de prestaciones, lo que justifica plenamente su exclusión.

- b) Los contratos de crédito concedidos por el empleador como accesorios, sin intereses o con TAE inferiores a las de mercado, ya que se trata de accesorios de un contrato laboral.
- c) Los contratos de crédito sin intereses, ni otro tipo de gastos, excepto los destinados a cubrir los costes directamente relacionados con la garantía del crédito.
- d) Los contratos de crédito concedidos en forma de facilidad de descubierto y que tengan que reembolsarse en el plazo de un mes.
- e) Los contratos de crédito que son el resultado de un acuerdo alcanzado ante un órgano jurisdiccional o ante cualquiera otra autoridad pública.
- f) Los contratos de crédito relativos al pago aplazado sin gastos de una deuda preexistente y que no entren en el ám-

bito del aplicación del apartado 1 letra a).

Este elenco de exclusiones tiene la nota común de referirse a contratos de crédito que, aun presentando alguna analogía con los que pretende regular la Directiva, difieren precisamente en los elementos subjetivos, objetivos o causales en razón de los cuales se establece la regulación, es decir conduce a cerrar posibilidades de aplicación analógica impropia, fuera de la *ratio legis* de la propia Directiva.

Por su parte los Estados miembros están facultados para excluir de la aplicación de los artículos 11 y 14 y del anexo II los contratos de crédito garantizados con hipoteca o garantía comparable que no tengan por finalidad adquirir o conservar derechos sobre el bien inmueble de uso residencial, siempre y cuando apliquen a tales contratos lo dispuesto en los artículos 4 y 5 y en los anexos II y III de la Directiva 2008/48/CE, y la totalidad de la Directiva a los contratos de crédito para la adquisición de bienes inmuebles que estipulen que el bien no puede ser ocupado como vivienda u otro tipo de residencia del consumidor o miembro de su familia, sino que se va a dedicar al alquiler, asegurándose de que se aplique un marco adecuado a tales contratos.

También pueden excluir los Estados miembros de la aplicación de la Directiva los contratos de crédito relativos a créditos concedidos a un público restringido en virtud de disposiciones legales con objetivos de interés general, sin intereses o con interés inferior al usual, así como a los préstamos puente, y aquellos en los que el prestamista sea una organización incluida en el ámbito de aplicación del artículo 2.5 de la Directiva 2008/48/CE, asegurándose en tales casos la aplicación de otra normativa adecuada.

Por último el capítulo I de la Directiva contiene como es usual en este tipo de normas un artículo, el 4, dedicado a definiciones, que contiene nada menos que veintiocho apartados dedicados a concretar el significado de otras tantas palabras y expresiones a los efectos

de la propia Directiva, y otro precepto, el artículo 5, que ordena a los Estados miembros designar las autoridades nacionales competentes para velar por su aplicación.

3. AUTORREGULACIÓN Y RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE LITIGIOS (RAL)

En la línea que viene propugnando la Unión Europea de simplificación legislativa a través de la autorregulación, la Directiva que nos ocupa recuerda en su considerando nº 40 que la Comisión en virtud de la Recomendación 2001/193/CE de 1 de Marzo se comprometió a supervisar el cumplimiento del Código de conducta voluntario sobre información precontractual para créditos vivienda que contiene la ficha europea de información normalizada (FEIN), y del ejercicio de esa supervisión, se derivan las novedades que la Directiva introduce en la FEIN refundiendo la información sobre el tipo de interés nominal y sobre la TAE, y añadiendo como obligatoria la información sobre características flexibles, y como elemento también adicional una tabla ilustrativa de amortización, que los Estados miembros pueden o no extender como obligatoria a otros contratos de crédito distintos del que contempla la Directiva.

Se aprecia así la eficacia, mucho mayor de lo que pudiera pensarse, en orden a la simplificación normativa, que ha desplegado la fase previa de autorregulación emprendida en 2001 desde las instituciones de la Unión Europea.

Más decisivo puede resultar en la aplicación de esta Directiva el paso que se pretende dar hacia el acceso de los consumidores a vías extrajudiciales de reclamación, que el considerando nº 77 de la Directiva expresa así: “Resulta oportuno que los consumidores tengan acceso a las vías extrajudiciales de reclamación y recurso para la resolución de litigios que se deriven de los derechos y obligaciones estable-

cidos en presente Directiva, tanto entre proveedores de contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial y consumidores, como entre intermediarios de crédito y consumidores. Los Estados miembros deben garantizar que la participación de prestamistas e intermediarios de crédito en este tipo de procedimientos de resolución alternativa de litigios no sea facultativa”.

La expresión de la versión española de la Directiva resulta un tanto alambicada en este considerando, porque se plantea de forma negativa: se trata de establecer una “participación...no...facultativa”, pero lo cierto es que se trata de un decisivo paso hacia la obligatoriedad de la participación de prestamistas e intermediarios del crédito, que involucrará también la actuación de sus representantes, en los llamados procedimientos de resolución alternativa de litigios, conocidos como RAL en anteriores Directivas como la 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de Mayo, como se desprende del artículo 39 de la Directiva que nos ocupa.

En efecto, el artículo 39 1 de la Directiva, ordena a los estados miembros velar por el “establecimiento de procedimientos adecuados y efectivos de reclamación y recurso para la resolución extrajudicial de los litigios de los consumidores con prestamistas, intermediarios de crédito y representantes designados en relación con contratos de crédito, valiéndose si procede de organismos ya existentes. Los Estados miembros velarán por que tales procedimientos se apliquen a los prestamistas y los intermediarios de crédito y cubran las actividades de los representantes designados”. El apartado 2 extiende la misma actividad a los litigios transfronterizos.

Desde luego no se trata sólo de una sugerencia, sino que reviste forma imperativa: los Estados miembros deberán implementar los organismos RAL, sean nuevos o preexistentes, en cuya actividad habrán de participar los prestamistas y los intermediarios de crédito para la

resolución extrajudicial de sus litigios con los consumidores.

En consecuencia, se trata también de un procedimiento en que no será necesario contar con la voluntad de tales prestamistas e intermediarios de crédito, ya que se iniciará con la reclamación o recurso del consumidor. Pero lo cierto es que el concepto de RAL en la normativa de la UE es amplio y comprende instituciones de diversa naturaleza y efectos, como son la mediación y el arbitraje, que coinciden en permitir la resolución extrajudicial de litigios como resultado común, pero a través de vías muy diferentes, puesto que el arbitraje es realmente alternativo a la jurisdicción, mientras que la mediación es simplemente previa a la jurisdicción. En efecto, la mediación puede resolver extrajudicialmente un litigio si se alcanza el acuerdo transaccional entre los litigantes, en tanto que el arbitraje logra el mismo resultado a través del laudo arbitral firme que reviste la misma efectividad que una sentencia judicial firme: ejecutiva y dotada de la presunción de cosa juzgada.

El problema, a los efectos de la transposición de la Directiva, radica en que el arbitraje, como ha reiterado nuestro Tribunal Constitucional, tiene que ser exquisitamente voluntario y contractual (De la Cuesta Saenz, nº 9 (1996) pp. 315 y ss., y nº 21 (2007), pp. 63 y ss.), para no conculcar la tutela judicial efectiva que establece el artículo 24 de la Constitución. Y siendo así, lo más que se puede hacer por extender el arbitraje es lo que ha hecho el artículo 37 de la Ley 16/1987 de 30 de Julio de Ordenación del Transporte Terrestre respecto del arbitraje sectorial de transporte, que permite desvincularse por voluntad unilateral del arbitraje previsto en la Ley antes de perfeccionarse o comenzarse la ejecución del contrato.

Así pues, sólo la mediación puede imponerse legalmente sin vulnerar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, pero tampoco la mediación es hoy por hoy obligatoria en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que

será este precisamente el camino a recorrer para la transposición de esta Directiva.

La mediación cuenta en España con una regulación dispersa, por cuanto la Ley 5/2012 de 6 de Julio de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, como su propio texto explica no contempla en materia civil y mercantil la mediación de consumo, que ha venido regulada por los sucesivos RRDD en materia de Arbitraje de Consumo, siendo el actualmente vigente el RD 251/2008 de 15 de febrero, que es un su artículo 38 regula la mediación previa al procedimiento arbitral de consumo.

Pues bien, tanto el artículo 6.1 de la Ley 5/2012 de 6 de Julio, como el artículo 38 del RD regulador del sistema arbitral de consumo, parten del principio de la voluntariedad de la mediación, que no alcanza así ni el estatuto de un requisito de procedibilidad ante la jurisdicción o en el arbitraje, por lo que esa participación no facultativa de prestamistas e intermediarios de crédito en organismos de resolución alternativa de litigios (RAL), deberá comportar la modificación de la normativa española de mediación en asuntos civiles y mercantiles y la del sistema arbitral de consumo (J.A. TORRES LANA, 2014, pp. 67 y ss.), si es que no se prefiere crear nuevos organismos mediadores, puesto que la Directiva en su artículo 39.1 permite ambas posibilidades, en materia de consumo, distintos de las actuales Juntas Arbitrales de Consumo que han tenido un papel casi nulo en las relaciones entre instituciones crediticias y consumidores en lo que a préstamos se refiere, y un papel tardío, aunque algo más importante, en materia de inversiones por la intervención de la Junta Arbitral Nacional y del algunas otras Juntas Arbitrales en los litigios surgidos de la venta de participaciones preferentes (E. MUÑIZ ESPADA, 2013, pp. 3.048 y ss.).

En todo caso el acierto en la transposición de este aspecto de la Directiva puede ser decisivo para su eficacia protectora del consumidor, porque está claro que la falta de cauces extrajudiciales de resolución de conflictos operativos

en las relaciones entre entidades de crédito y consumidores (con la excepción antes indicada), así como la inoperancia de otros operadores jurídicos, en hacer valer en este sector las normas de protección de los consumidores, junto con las imperfecciones de la legislación y la laxitud de la instancia supervisora del Banco de España, han concurrido a generar unas prácticas especialmente irrespetuosas de los derechos de los consumidores, como recientemente han puestos de relieve algunas sentencias del TJUE, de modo bastante previsible (M.C. JUAN GÓMEZ, 2013, pp. 3130 y ss., sobre la Ley 1/2013 de protección de los deudores hipotecarios) entre las que hay que destacar el caso *Aziz C-415/11* resuelto en la sentencia de 14 de Marzo de 2013 (intereses moratorios abusivos, vencimiento anticipado y liquidación unilateral de los préstamos) y *C-169/14* de 17 de Julio de 2014 (asimetría de los recursos en el procedimiento ejecutivo regulado en el artículo 695 LEC reformado por RD 7/2013 de 28 de Junio en perjuicio del consumidor en materia nulidad de cláusulas abusivas).

Estas importantes fisuras en la protección del consumidor en materia de créditos hipotecarios revelan una defectuosa, por no decir que casi inexistente aplicación en este sector de los principios rectores de la protección de los consumidores y usuarios, como si se tratase de un sector no sólo peculiar, sino casi exento. Hay que pensar que tales fisuras no se habrían perpetuado con tan gravosas consecuencias, si hubiese habido cauces expeditos para la expulsión de las cláusulas abusivas y para la denuncia de las defectuosas prácticas contractuales a instancias de los consumidores.

Lamentablemente una legislación relativamente reciente, cuando no recientísima, por causa de su obsesiva orientación a la búsqueda de la expansión del crédito, no ha servido a los intereses generales, y los teóricos del Derecho privado tampoco hemos ejercido a tiempo la sana crítica que advirtiese de la existencia de tales desviaciones en el Derecho positivo y de las prácticas contractuales.

4. CONTENIDO MATERIAL DE LA DIRECTIVA

Hay que comenzar por advertir que la Directiva que nos ocupa no tiene por objeto modificar la normativa sobre cláusulas abusivas, por más que algunos de los temas que regula tengan puntos de contacto con algunas de tales cláusulas, de modo que aunque esto pueda defraudar alguna expectativa de los consumidores afectados (y de los lectores de este texto), no supone en principio reducción alguna de su nivel de protección que continúa revistiendo las mismas características. También se ha expresado alguna crítica (A. Agüero Ortiz, 2014, p. 156) al tratamiento de las daciones en pago y la ejecución hipotecaria, en el sentido de que el artículo 28 de la Directiva, no dejaría de ser una simple manifestación de buenas intenciones sin virtualidad normativa.

Algo semejante puede pensarse de la regulación que el artículo 6 de la Directiva lleva a cabo acerca de la educación financiera, porque no establece qué tipo de medidas habrán de adoptarse en la materia, salvo que la Comisión señalará ejemplos de las prácticas idóneas (A. Agüero Ortiz, 2014, p. 148)

Hechas estas consideraciones previas procede examinar con algún detenimiento el contenido sustantivo de la Directiva. A este respecto, y siguiendo el mismo orden sistemático, la primera regulación sustantiva puede decirse que es la siguiente:

A. NORMAS DE CONDUCTA EN LA CONCESIÓN DE CRÉDITOS A CONSUMIDORES

Comienza el capítulo 3 de la Directiva estableciendo la obligación de los Estados miembros de exigir a prestamista, intermediarios de crédito y representantes, actuación honesta, imparcial, transparente y profesional, basando su actividad en la información sobre las circunstancias del consumidor o cualquier requisito específico que haya dado a conocer el

consumidor, así como en hipótesis razonables sobre los riesgos para la situación del consumidor durante la vigencia del contrato.

Añade inmediatamente en su apartado siguiente este artículo 7 la obligación de los Estados miembros de velar porque los prestamistas retribuyan a su personal y a los intermediarios del crédito, y éstos a sus representantes de manera que no se dificulte el cumplimiento de lo preceptuado en el apartado anterior, y establece en su apartado 3 los siguientes principios que habrán de inspirar las políticas de remuneración: 1) Ser compatible con una gestión sana y eficaz del riesgo, y no ofrecer incentivos para asumir riesgos que rebasen el nivel de riesgo tolerado por el prestamista. 2) Estar en consonancia con la estrategia empresarial, objetivos, valores e intereses a largo plazo del prestamista, incorporando medidas para evitar conflictos de interés, y en particular estableciendo que la remuneración no dependa de la cantidad o de la proporción de solicitudes aceptadas.

Se trata, como puede verse, de medidas que tienden a prevenir la repetición de prácticas viciadas que pongan en peligro de nuevo la estabilidad del sector crediticio, en línea con el riguroso informe sobre el préstamo responsable y las barreras a la competencia en relación con el crédito hipotecario presentado por la Comisión de Asuntos Económicos del Parlamento Europeo en Junio de 2011 (IP/A/ECON/ST/2011-05 PE 464.417, de P. Bucirossi et alteri), más que de medidas estrictamente de defensa de los consumidores, con limitaciones muy leves de la libertad de los agentes económicos.

Más directamente relacionado con la defensa de los consumidores está el contenido del artículo 8 de la Directiva, puesto que impone a los Estados miembros la obligación la obligación de exigir que la información facilitada a los consumidores sea enteramente gratuita (es decir, no imponga coste alguno al consumidor), que resulta una loable medida.

Y por último el artículo 9 contempla la necesidad de que los Estados miembros obli-

guen a prestamistas, e intermediarios a que exijan a su personal y representantes poseer y mantener actualizado un nivel adecuado de conocimientos y competencia con relación a la elaboración, oferta y concesión de contratos de crédito, así como de la prestación de otros servicios accesorios.

A tal efecto los Estados Miembros de origen de prestamistas e intermediarios, habrán de determinar los requisitos mínimos de conocimientos y competencia en las materias que especifica el anexo III, que son fundamentalmente conocimientos sobre el régimen jurídico del crédito y del tráfico inmobiliario, así como de tasación y mercados, sin descuidar aspectos deontológicos.

B. INFORMACIÓN Y PRÁCTICAS PREVIAS A LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO

Aspectos que se pueden calificar como centrales desde el punto de vista de la protección del consumidor son los relativos a la publicidad (artículo 10), información básica que debe figurar en tal publicidad (artículo 11), y ventas combinadas y vinculadas (artículo 12), de las que debe decirse que la Directiva autoriza sólo las primeras y por tanto excluye las ventas vinculadas, que son aquellas en las que se ofrece el crédito y otro producto sin que puedan obtenerse de forma separada.

En cuanto a información general, el artículo 13 establece la que se debe facilitar en todo momento en soporte duradero y de forma clara y comprensible, así como el contenido mínimo de tal información: identidad del anunciante, fines que puede perseguir el crédito, formas de garantía, posible duración del contrato, tipos deudores disponibles, posibilidad de moneda extranjera, ejemplo representativo del coste total y TAE y de otros posibles costes, formas de reembolso y condiciones del reembolso anticipado, y necesidad de tasación del inmueble en su caso, así como servicios accesorios que se habrán de contratar.

Mención especial merece la información precontractual que contempla el artículo 14 y que debe ofrecerse de modo personalizado para que el consumidor pueda comparar diversas ofertas y tomar una decisión fundada sobre la celebración del contrato. Esta información se facilitará en soporte duradero mediante la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) que contiene el anexo II de la Directiva, y que como se anticipó constituye uno de los puntos de armonización máxima.

Como se indicó anteriormente esta FEIN es una reelaboración conforme a los datos obtenidos del código de buenas prácticas de suscripción voluntaria implantado hace varios años, que pasará de ser una regulación de *soft law*, a imponerse como *hard law* una vez que sea transpuesta la Directiva.

La FEIN debe entregarse al consumidor sin demoras injustificadas desde que éste haya dado la información necesaria sobre sus necesidades y situación financiera y siempre con suficiente antelación al momento en que el consumidor haya de quedar vinculado con el oferente, o bien cuando reciba una oferta vinculante sin haber recibido previamente la FEIN, o cuando la oferta definitiva difiera de la contemplada en la FEIN facilitada previamente.

Además, los Estados miembros deberán fijar un período mínimo de reflexión de siete días, que puede consistir en un período durante el cual la oferta es vinculante para el prestamista, o bien en un período de posible desistimiento de la misma duración mínima, y velar por que los prestamistas, los intermediarios o sus representantes proporcionen explicaciones adecuadas sobre el contrato o los contratos que se ofrecen.

C. TASA ANUAL EQUIVALENTE

El Capítulo 5 de la Directiva, integrado únicamente por el artículo 17, que resulta en buena parte como se indicó de armonización máxima, impone a los Estados Miembros la

obligación de exigir la aplicación del método de cálculo de la TAE que se regula en el Anexo II de la Directiva.

D. EVALUACIÓN DE LA SOLVENCIA DEL PRESTATARIO

El capítulo VI de la Directiva está integrado por los artículos 18, 19 y 20, y constituye el más claro exponente de la profunda influencia de los acontecimientos generados por la crisis económica en la gestación de la Directiva que nos ocupa, y el de más tendencia restrictiva de la libertad de los prestamistas.

En efecto el artículo 18 impone a los Estados Miembros la obligación de hacer obligatoria la evaluación de la solvencia del consumidor antes de celebrar el contrato de crédito, mediante el establecimiento y la actualización de los documentos y procedimientos necesarios para la evaluación. Impone además la Directiva la obligación de que tal evaluación no se base fundamentalmente en que el valor del bien inmueble de uso residencial exceda del importe del crédito, y que el prestamista “sólo ponga el crédito a disposición del consumidor si el resultado de la evaluación de la solvencia indica que es probable que las obligaciones derivadas del contrato de crédito se cumplan según lo establecido en dicho contrato”.

En otras palabras, la transposición deberá prohibir la concesión del crédito cuando el resultado de la evaluación no arroje un suficiente grado de probabilidad de cumplimiento exacto por parte del consumidor, lo que sin duda constituye una reducción de la libertad de contratación, a todas luces orientada a la defensa de intereses públicos principalmente, y ajena en buena medida al interés del consumidor, cuando no contraria.

Piénsese en la radical diferencia con las normas contenidas en el caso español en la Ley de 23 de Julio de 1908, relativa a la represión de la usura y conocida como Ley Azcárate por el apellido del Diputado que la propuso. Aquella Ley tenía una finalidad de Derecho Privado

y de Derecho público, la una defendida por la nulidad parcial, y la otra por la tipificación penal de algunas conductas.

En este precepto de la Directiva prevalece sin duda el interés público en la solvencia del sistema crediticio, pero no queda en absoluto claro el tipo de sanción que puede establecer la transposición de la Directiva para el supuesto de infracción de la prohibición de prestar habiendo habido un resultado negativo de la evaluación de solvencia del consumidor.

Pero que prevalezca el interés público en la solvencia del sistema crediticio, no quiere decir que la norma propuesta no se plantee también la defensa de intereses privados, porque excluido el interés del consumidor, que estaría mejor defendido por la llamada “dación en pago”, con o sin limitación de la responsabilidad al valor del bien dado en garantía, no hay que olvidar que hay otros intereses dignos de tutela que pueden ser lesionados por la concesión temeraria de un préstamo con garantía hipotecaria a quien no va a poder devolverlo, y estos intereses son los del resto de los acreedores de ese consumidor “sobrendeudado”, que sucumben ante la preferencia que comporta la hipoteca conforme al número 3º del artículo 1.923 del Código civil, o que pueden comportar otro tipo de garantías sobre otro tipo de bienes, y también los de los posibles cesionarios del crédito que pueden ser muy numerosos merced a la llamada titulización.

Qué duda cabe que una sanción de nulidad de pleno derecho sería la mejor defensa tanto del interés público como del interés de los demás acreedores que podrían así conservar la garantía que ofrece el patrimonio del consumidor. Pero la nulidad de pleno derecho sacrifica por completo los intereses del consumidor que deberá restituir lo recibido en préstamo, y también sacrifica los intereses de los posibles cesionarios del crédito.

Tipificar el préstamo temerario como un ilícito administrativo es la solución adoptada en España por la Ley 16/2011 de 24 de Junio de Contratos de Crédito al Consumo pero a

juicio de M. CUENA CASAS, (2014, p. 32.) tiene un efecto disuasorio nulo. Ciertamente si el montante de las multas fuese muy elevado, y el artículo 38 de la Directiva no excluye tal posibilidad al imponer que las sanciones sean “efectivas, proporcionadas y disuasorias”, puede que la efectividad disuasoria mejorase, pero empeoraría la solvencia de la entidad crediticia infractora, lo que ciertamente se puede volver en contra de la finalidad perseguida por la norma.

No obstante, la llamada seguridad preventiva, permitiría, dado que el crédito hipotecario ha de contratarse en escritura pública, que el Notario no autorizase aquellas escrituras en que no conste la evaluación de solvencia del prestatario o aquella fuese negativa y otro tanto podría acaecer, en los casos en que el préstamo temerario superase este primer filtro, con la inscripción registral, constitutiva para la garantía hipotecaria, que sería denegada por el Registrador de la Propiedad, pero estas actuaciones serían siempre consecuencia de la calificación como supuestos de nulidad o constitutivos de ilícito administrativo.

Además, como señala la citada autora (M. CUENA CASAS, 2014, pp. 28 y 29) el paso al frente dado por la Directiva en materia de verificación de la solvencia del prestatario podría resultar peligroso, por cuanto, si no se objetivan los criterios que debe tener en cuenta el prestamista y se permite a éste el acceso a una más exhaustiva información sobre la situación financiera de los particulares, la privacidad puede verse comprometida para defender la estabilidad del sistema crediticio, y dado que las reglas de acceso a las bases de datos de los Estados miembros difieren, porque los sistemas de información crediticia son variados y heterogéneos, y la propuesta de Reglamento sobre protección de Datos (COM(2012)11 final) no contempla una regulación específica de los ficheros de solvencia patrimonial, la profundidad de la evaluación de solvencia sería también divergente y en consecuencia, discriminatoria entre los prestamistas y prestatarios de cada uno de los Estados miembros.

Con todo en el caso español no sería este el ataque más importante de los que sufre la privacidad, sobre todo si se compara con la reglas vigentes en materia de acceso de las administraciones tributarias a los archivos notariales.

En fin, para evitar los inconvenientes reseñados, la citada autora (M. CUENA CASAS, 2014, pp. 32 y 33), propone que la sanción que debe establecer el Legislador para el caso de incumplimiento de la obligación de no prestar a quienes carecen del nivel de solvencia exigible, consista en la pérdida del derecho a percibir intereses remuneratorios y moratorios, así como en la pérdida de la preferencia en la concurrencia con otros créditos, lo que vendría a resultar una especie de nulidad parcial, que afectaría sobre todo a la obligación accesoria de pago de intereses y a los aspectos más importantes de la garantía real accesoria al crédito.

Ciertamente, esta sería una consecuencia más beneficiosa para el consumidor que cualquiera de las enumeradas anteriormente en relación con la nulidad de pleno derecho y la tipificación como ilícito administrativo, e incluso sería menos gravosa para prestamistas e intermediarios, al tiempo que beneficiosa para otros acreedores ordinarios, es decir, desprovistos de preferencia, del consumidor, pero supondría la desnaturalización del crédito hipotecario, y una amenaza para los posibles cesionarios de tales créditos de no poca importancia.

En fin, no parece vislumbrarse por el momento la solución ideal al problema de la prohibición de la concesión de créditos hipotecarios a consumidores que no superen el futuro *test* de evaluación de solvencia, lo que no deja de ser preocupante, no sólo desde el punto de vista práctico sino también y muy especialmente desde el punto de vista teórico, pues según cuál sea la solución por la que se opte, resultará más o menos aprovechable el armazón institucional de que se hoy se dispone. En efecto, el Registro de la Propiedad parte de que la inscripción no convalida los actos nulos, pese a lo cual el tercer adquiren-

te de buena fe, por ejemplo el cesionario del crédito hipotecario, podrá ser mantenido en su adquisición, pero si la sanción es la pérdida de la preferencia y del interés pactado además del moratorio, de poco le serviría al adquirente tal mantenimiento de su adquisición, y podría resultar imposible el tráfico de tales créditos, en los que regiría en buena medida la regla anglosajona *caveat emptor* sin que el Registro de la Propiedad proporcione, tal como hoy está regulado, otra garantía, y sin que sea posible pensar en esta materia un sistema de seguro de títulos que encarecería en exceso el acceso al crédito hipotecario.

Los artículos 19 y 20 de la Directiva se refieren respectivamente a la tasación de los bienes inmuebles, y a la revelación y verificación de la información relativa al consumidor. El primero ordena a los Estados Miembros velar por que se establezcan normas fiables de tasación de bienes inmuebles de uso residencial, y exigir a los prestamistas la aplicación de tales normas, tanto por sí mismas como a través de terceros, lo que exige la comprobación de la competencia y de la independencia de los tasadores internos y externos, y el segundo contiene una cierta concreción de la información que ha de recabarse para la evaluación de la solvencia del consumidor, sobre sus ingresos, sus gastos y otras circunstancias financieras. Tal información, que deberá ser suficiente y proporcionada, se obtendrá de fuentes internas y externas, así como del propio consumidor, y se comprobará adecuadamente.

E. SERVICIOS DE ASESORAMIENTO

El artículo 22 de la Directiva de nuevo obliga a los Estados Miembros a imponer un determinado nivel de información a prestamistas, intermediarios y sus representantes, sobre los productos que en tal materia se ofrecen al consumidor, y los gastos que se facturarían por su prestación. Siempre que se presten tales servicios, será preceptivo adquirir información sobre la situación personal y financiera del consumidor, así como sobre sus preferencias y

propósitos, para recomendar los productos que mejor se adecúen a ellos.

F. PRÉSTAMOS EN MONEDA EXTRANJERA

Los Estados Miembros deberán exigir a los prestamistas que periódicamente informen a los consumidores que hayan suscrito tales contratos, y que les adviertan cuando el importe adeudado difiera en más del 20% del importe correspondiente al tipo de cambio vigente en el momento de la celebración del contrato.

G. OTROS ASPECTOS SUSTANTIVOS DE LA REGULACIÓN DEL CRÉDITO HIPOTECARIO A CONSUMIDORES

a) Reembolso anticipado

Los Estados Miembros según el artículo 25 de la Directiva, están facultados para sustraer el derecho de amortización anticipada del préstamo que puede asistir al consumidor prestatario, a la presencia de ciertas condiciones, e incluso exigir que exista en ciertos casos, como los períodos de tipo de interés fijo, que haya algún interés legítimo por su parte, y en todo caso establecer en favor del prestamista el derecho a una compensación por la amortización anticipada justa y objetiva, que no rebase de la pérdida realmente sufrida. Pero no podrá imponerse penalización alguna al consumidor. Esta regulación impondrá un cambio notable en las prácticas contractuales vigentes que suelen evaluar anticipadamente la pérdida con tintes notoriamente penalizadores.

b) Información sobre cambios de tipo deudor

De acuerdo con el artículo 27 de la Directiva, el prestamista deberá informar al prestatario consumidor, antes de su aplicación, de toda modificación que vaya a introducirse en el tipo deudor, detallando por lo menos el importe

de los pagos que hayan de producirse con el nuevo tipo deudor, así como los posibles cambios en el número o frecuencia de tales pagos, si bien, cuando el tipo deudor esté referenciado a las modificaciones del tipo básico, bastará con facilitar la información de forma periódica.

c) **Mora y recargos por incumplimiento: especial consideración de la llamada "dación en pago"**

En materia como la ejecución hipotecaria, la gestación de la Directiva suscitó grandes expectativas en los consumidores incursos en mora e incumplimiento, pero el artículo 28 de la Directiva a juicio de algún autor (A. Agüero Ortiz, 2014, p. 155) resulta decepcionante pues no deja de ser un conjunto de manifestaciones de intenciones benévolas, ya que se obliga a los Estados Miembros a que alienten a los prestamistas a mostrarse razonablemente tolerantes antes de iniciar un procedimiento de ejecución.

Con todo no hay que olvidar que si se habilitan los cauces alternativos de resolución de litigios de participación obligatoria para los prestamistas de que se trató bajo el epígrafe 3 *supra*, no faltará al menos momento procesal oportuno para comprobar la razonable tolerancia de los prestamistas, y en su caso y en su momento, perfeccionar la eficacia de este precepto del modo más adecuado.

Por lo demás en cuanto a los recargos, el precepto autoriza a los Estados miembros a permitir a los prestamistas exigir recargos por incumplimiento que no excedan de lo necesario para compensar al prestamista de los perjuicios que le irroge el impago, así como recargos adicionales que los estados miembros deberán limitar en cuanto a sus alcances máximos.

Por último, como se indicó con anterioridad, en cuanto a la llamada dación en pago, el texto de la Directiva resulta poco concluyente,

puesto que sólo obliga a los Estados miembros a no impedir que las partes puedan acordar la transmisión del inmueble sobre el que recae la garantía, o de los ingresos derivados de su venta que basten para reembolsar el crédito al prestamista.

Pero con tal regulación los Estados miembros no resultan obligados en la mayor parte de los casos a modificar las regulaciones vigentes hasta la actualidad.

Con todo, el último párrafo obliga a los Estados miembros a velar por que se adopten medidas que faciliten el reembolso en aquellos casos en que la ejecución hipotecaria consumada no haya permitido saldar la deuda. Y son muchas las medidas que se pueden adoptar con el fin de proteger a los consumidores que se vean en tales casos.

En fin, y para concluir, habría que decir que estamos ante una Directiva hija de unas circunstancias nunca experimentadas antes, que han modificado mucho lo que pudo ser su objetivo inicial. Y esta novedad de las circunstancias hace difícil el juicio sobre algunos aspectos de su contenido, ya que imponen soluciones también nuevas que entran en contraste con ordenamientos jurídicos cuya regulación de los préstamos en general y de los hipotecarios en particular, contemplaba situaciones muy distintas. Ni que decirse tiene que esto hace especialmente difícil la transposición de algunas de sus reglas, y fundamentalmente de dos de ellas: la relativa a los RAL, porque los RAL en materia de consumo nunca habían abordado la actividad del sistema crediticio, y la relativa a la obligación de evaluar la solvencia del prestatario, por cuanto esto había quedado siempre en manos del prudente arbitrio de los prestamistas, a los que se vigilaba más por su propensión a la usura, que por su irresponsabilidad en la concesión de crédito. Los tiempos han cambiado y ese nuevo extremo, contrario al tradicional con el que puede coexistir, dificultará bastante la transposición de estas reglas de la Directiva.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

- AGÜERO ORTIZ, A., “Directiva 2014/17/UE de 4 de Febrero de 2014 sobre contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 9(2014), pp. 146 y ss.
- BUCCIROSSI, P. *et alt.*, Informe de la Comisión de Asuntos económicos del Parlamento Europeo sobre *Responsible lending* IP/A/ECON/ST/2011-05 PE 464417.
- CUENA CASAS, M., “Evaluación de la solvencia y créditos hipotecarios”, *Notario del siglo XXI*, nº 56(2014), pp. 28 y ss.
- DE LA CUESTA SAENZ, J., “Constitucionalidad del arbitraje”, *Derecho Privado y Constitución*, (1996), pp. 315 y ss.
- “De nuevo sobre la constitucionalidad del arbitraje”, *Derecho Privado y Constitución*, (2007), pp. 63 y ss.
- JUAN GÓMEZ, M.C., “Reflexiones sobre la Ley 1/2013 de protección de los deudores hipotecarios”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 937 (2013), pp. 3127 y ss.
- LAUROBA, E., “La propuesta de Directiva del parlamento Europeo y del Consejo sobre los contratos de crédito relativos a los bienes inmuebles de uso residencial”, en *Garantía reales en situaciones de crisis*, ed. Bosch, 2012, pp. 117 y ss.
- MUÑIZ ESPADA, E., “Adquisición de productos financieros y riesgos de asimetría en la información”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 739(2013), pp. 3031 y ss.
- TORRES LANA, J.A., “Arbitraje turístico y su relación con otros RAL en el ámbito turístico”, en *Autorregulación y resolución de conflictos en el ámbito turístico*, dirigido por N. Tur Faúndez, ed. Colex, Madrid, 2014, pp. 67 y ss.