

## RESUMEN DE LA JORNADA CIENTÍFICA

### “RETOS DEL CRÉDITO HIPOTECARIO”

celebrada en la Facultad de Derecho de la

Universidad Complutense de Madrid

(6 DE MAYO DE 2015)

**Autores: Carmen Callejo Rodríguez, Ana Isabel Berrocal Lanzarot y  
Javier Martínez Rosado**

Departamento de Derecho Mercantil. Facultad de Derecho

Universidad Complutense

Ciudad Universitaria s/n

28040 Madrid

00 34 – 913 94 54 93

<http://www.ucm.es/centros/webs/d321/>

**G.I.-UCM: Contratación. Empresa 931492**

<https://www.ucm.es/contratacionempresa>

**Programa UCM-Santander GR 3/2014-931492**

*I.P: María de la Sierra Flores*

#### **Dirección Grupo Investigación:**

*José Raga Gil*. Catedrático Economía Aplicada

*María de la Sierra Flores*. Catedrática Acred. Derecho Mercantil

#### **Coordinación de la Jornada**

*Carmen Callejo Rodríguez*. Contratada Doctor Derecho Civil

*Javier Martínez Rosado*. Titular Derecho Mercantil

*Ana Berrocal Lanzarot*. Contratada Doctor Derecho Civil

**Documento depositado en el archivo institucional E-Prints Complutense**

<http://eprints.ucm.es/>

#### **Resumen:**

Después de las medidas adoptadas frente a los efectos de la crisis financiera, es el momento de preguntarse por los logros alcanzados y por los retos que, a corto y medio plazo plantean la regulación del crédito hipotecario, cuya importancia en la realidad socioeconómica alcanza al 90% de las operaciones realizadas para financiar la adquisición de un inmueble.

A través de este seminario abierto y desde una perspectiva económica y jurídica, nos proponemos intercambiar, debatir y reflexionar sobre las ideas, propuestas y alternativas más adecuadas nucleadas en las principales materias relacionadas con la autonomía de la voluntad contractual, la mejora de la gobernanza del crédito hipotecario y las alternativas en escenarios adversos.

**Abstract:**

After the action taken against the effects of the financial crisis, it is time to ask for the achievements of the legislator and the challenges that regulation of mortgage loan issues in the short and medium term, since it affects 90 % of transactions addressed to finance the purchase of a property.

This open seminar aims to share, discuss and debate on ideas, proposals and alternatives on mortgage credit, from both legal and economic point of views, and focusing on the contractual freedom, the improvement of the mortgage credit management and the alternatives in case of adverse conditions (scenarios).

**Palabras claves:** Crédito hipotecario, dación en pago, hipoteca, préstamo, plataforma de financiación

**Key words:** mortgage credit, payment in kind, mortgage, loan, crowdfunding

El Seminario fue inaugurado por el Ilmo. Sr. Decano de la Facultad.. A continuación tomaron la palabra los Directores del Grupo de Investigación, quienes manifestaron su agradecimiento a los Directores del Departamento de Derecho Mercantil, los catedráticos, el profesor Adolfo Sequeira Martín y la profesora Juana Pulgar Ezquerro por su apoyo y disponibilidad para llevar a cabo este Seminario. También mostraron su reconocimiento al esfuerzo y generosidad de quienes intervenían en la Jornada, cuya colaboración tuvieron que añadir a sus respectivos programas de trabajo.

El Seminario se estructuró en tres Mesas Redondas, relativas, respectivamente, a la autonomía de la voluntad contractual, a la mejora de la gobernanza del crédito hipotecario y las alternativas en escenarios adversos. En cada una de ellas se plantearon, intercambiaron, debatieron y se reflexionaron sobre las ideas, propuestas y alternativas más adecuadas nucleadas en las principales materias relacionadas con la regulación del crédito hipotecario. Seguidamente se realiza un breve resumen de cada una de las ponencias y comunicaciones que se desarrollaron a lo largo del seminario.

## MESA REDONDA

### “¿ES DESEABLE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL CRÉDITO HIPOTECARIO?”

---

La primera ponencia fue impartida por el profesor Francisco CABRILLO RODRÍGUEZ (Catedrático de Economía Aplicada. UCM), sobre «Aspectos económicos de la regulación del mercado de crédito hipotecario», en la que planteó una visión del estado general de la cuestión en España. Destacó que uno de los elementos básicos que definen una economía de mercado es el principio de libertad de contrato; principio que, tras inspirar en su momento la redacción de los códigos civiles del siglo XIX en Europa, va perdiendo importancia. En esta línea puso de manifiesto cómo numerosas normas que buscan una redistribución de la renta a favor de determinados grupos sociales, sustituyen, en buena medida, los acuerdos entre las partes por normas de obligado cumplimiento. En conexión con esta realidad, planteó si es conveniente introducir una mayor regulación en el mercado del crédito hipotecario: restricciones a los desahucios, controles de tipos de interés o la posibilidad de la dación en pago abierta en todo caso al deudor para saldar su préstamo. Apuntó que esta propuesta plantea problemas importantes que hace que su aplicación no sea aconsejable, pues sus efectos económicos serían perjudiciales para la gran mayoría de los futuros demandantes de crédito. Aun excluyendo la aplicación de la dación en pago con carácter retroactivo, una limitación forzosa de la garantía que la hipoteca ofrece a los acreedores podría tener efectos, tanto sobre la cuantía de los préstamos hipotecarios, como sobre sus tipos de interés. La razón es que aumentaría el riesgo de impago parcial para los prestamistas, y éstos reaccionarían elevando los tipos de interés en función del mayor riesgo soportado y reduciendo la ratio préstamo/valor estimado del inmueble. Esto tendría como consecuencia que el volumen de préstamos con garantía hipotecaria se reduciría, y por tanto, muchos demandantes quedarían fuera del mercado de crédito hipotecario, lo que haría más difícil a mucha gente el acceso a una vivienda. Como conclusión, señaló que si las normas laborales han contribuido de forma fundamental a que el paro sea en España significativamente mayor que en otros países; y si las normas y la jurisprudencia sobre arrendamientos urbanos constituyen la razón fundamental por la que en España es tan reducido el número de personas que vive en casas alquiladas, hay que concluir que no hay razón alguna para pensar que los efectos de un mayor control del mercado de crédito hipotecario vayan a ser diferentes.

Acto seguido, se dio paso a una Mesa redonda, moderada por Carmen CALLEJO RODRÍGUEZ (Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. UCM), que se abrió con la intervención de la profesora María de la Sierra FLORES DOÑA (Catedrática Acreditada de Derecho Mercantil. UCM) que explicó de forma magistral los principios que informan el contrato de crédito hipotecario para bienes inmuebles de uso residencial, que habrá de regir en la Unión Europea a partir del 21 de marzo de 2016 (Directiva 2014/17/UE). Analizó los principios de configuración flexible del contrato de crédito

garantizado sobre bien inmueble (artículo 3 DCH), la solvencia del consumidor en el momento de la contratación y duración del préstamo (art. 18 DCH) y la información previa y personalizada al consumidor (arts. 14-16 DCH), para ofrecer, no sólo una visión omnicomprendensiva de la Directiva, de manera coordinada con los principales instrumentos que articulan la regulación privada del contrato (información publicitaria y precontractual sobre los aspectos fundamentales del contrato -determinación detallada del precio, pago anticipado total o parcial por parte del consumidor, retraso en el pago de alguna cuota y la ejecución hipotecaria, -, evaluación de la capacidad patrimonial del deudor para cumplir las obligaciones asociadas al contrato, sanciones administrativas y resolución extrajudicial de controversias), sino también con el objeto de explicar la adecuación del modelo europeo con los objetivos declarados, de alcanzar un elevado grado de protección del consumidor y de mitigar el comportamiento irresponsable de los participantes en el mercado.

A continuación la profesora Isabel FERNÁNDEZ TORRES (Titular Acreditada de Derecho Mercantil. UCM) disertó sobre las materias fundamentales del crédito abusivo y Cristina GUERRERO TREVIJANO (Profesora Titular interino de Derecho Mercantil. UCM) planteó un tema de suma actualidad como es el deber de diligencia de los administradores de entidades financieras. Tras exponer los diferentes deberes que componen el contenido propio del deber de diligencia, centró su análisis en el concreto marco de la comercialización de productos financieros y, en el ámbito del tema que nos ocupa, en la concesión de crédito hipotecario, para poner de relieve que las entidades tiene el deber de velar para que la información suministrada y la información recabada de los clientes sea lo más completa y veraz posible. De ahí que la diligencia de los gestores de este tipo de entidades se traduzca en la obligación de establecer adecuados canales de información y garantizar que funcionen con la eficacia pretendida.

También abordó el problema de si existe o debería existir un gobierno corporativo especial para las entidades de crédito. En este sentido, expuso como se ha llegado a afirmar que han sido precisamente las deficiencias en el gobierno corporativo de estas entidades las que ha facilitado la excesiva asunción de riesgos que han desencadenado la situación actual. De ahí que la respuesta haya sido establecer una nueva normativa que incluya un control más exhaustivo de la diligencia debida por los administradores de este tipo de entidades y, en definitiva, el establecimiento de un adecuado control de riesgos en la entidad, que parta del control del riesgo de los productos y clientes a los que éstos van destinados y de una política de remuneraciones coherente y acorde al tipo de gestión que se desarrolla. Destacó que incluso se han planteado mayores medidas de control encabezadas por políticas de protección de los intereses de los acreedores, en especial los depositantes, a través del establecimiento de un deber de diligencia frente a éstos, lo cual, sin lugar a dudas, puede plantear serios problemas de conflicto de intereses en la actuación de los administradores. Como concluyó, se trata, en todo caso, de una reacción lógica frente a los escándalos financieros de los últimos tiempos que, en gran medida, han sido consecuencia de una asunción excesiva de riesgos por una falta de control interno por parte de las entidades. Control que, como advirtió, debe ser

diseñado, coordinado y controlado por los gestores de la entidad. Del mismo modo que la política de remuneraciones debe adecuarse a este tipo de parámetros.

La mesa redonda finalizó con unas palabras de agradecimiento por parte de la moderadora, Carmen Callejo Rodríguez, a los participantes en la mesa, a la vez que destacaba el acierto en la elección de las materias y cuestiones debatidas.

CARMEN CALLEJO RODRÍGUEZ

## MESA REDONDA

### “¿MEJORAS EN LA GOBERNANZA DEL CRÉDITO HIPOTECARIO?”

---

La segunda mesa redonda se abrió con la intervención de Emilio DÍAZ RUIZ (Profesor Titular de Derecho Mercantil. UCM), quien examinó la evaluación de la solvencia de los solicitantes de préstamos hipotecarios en la normativa española interna y en la comunitaria. El ponente manifestó, que hace ya décadas que se viene generando una preocupación notable por la falta de control a la hora de dar créditos por parte de las entidades que se dedican profesionalmente a ello, y han surgido así conceptos como el de crédito bancario responsable, como opuesto al crédito irrazonable (*unconscionable loans*), término que se acuñó en Estados Unidos hacia mediados del Siglo XX para designar aquéllos créditos que se daban sin que la entidad de crédito hubiera analizado en profundidad si el acreditado o prestatario podía realmente devolverlos, sin que quepa confundir estos créditos con los llamados préstamos predatorios o préstamos abusivos, que son unos contratos en los que existe una actitud dolosa por parte del prestamista, o al menos gravemente negligente, en el sentido, en el primer caso, de forzar a los acreditados a tomar préstamos que no necesitan o en condiciones que no les convienen, o en el segundo de aplicar condiciones introducidas en el contrato que no son equitativas.

Una de las formas de evitar la concesión de estos préstamos irrazonables es precisamente el examinar la solvencia de los prestatarios.

En España se introdujo por primera vez la obligación legal de hacerlo así en la Ley de Economía Sostenible, cuyo artículo 29, entre otras obligaciones, establece que “las entidades de crédito, antes de que se celebre el contrato de crédito o préstamo, deberán evaluar la solvencia del potencial prestatario, sobre la base de una información suficiente”. La información debe recabarse no sólo de quien solicita el préstamo sino también obtenerse por medios razonables que estén a disposición de la entidad de crédito, como la consulta a ficheros automatizados, si bien aquí siempre se produce el

choque con la legislación protectora de datos personales, que no permite dicha consulta sin autorización del acreditado o prestatario, cuando se trata de ficheros positivos, y en los negativos sustancialmente se tiene acceso al de la Central de Información de Riesgos y muy limitadamente a los de titularidad privada.

Por otro lado, esta Ley de Economía Sostenible obliga a las entidades de crédito a recoger las prácticas para la concesión responsable de préstamos y créditos a los consumidores en un documento escrito del que debe darse cuenta en una nota de la memoria anual de la entidad.

Estas previsiones de la Ley de Economía Sostenible se desarrollaron por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente en servicios bancarios, que específicamente contiene un capítulo completo, bien que compuesto de un solo artículo dedicado a regular el préstamo responsable, que concreta en el referido artículo único, el nº 18, en la evaluación de la solvencia. Reitera en parte lo que la propia Ley ya establece, pero además contiene otra serie de principios que deben respetarse al hacer la referida evaluación, como son el examen de la situación de empleo, ingresos, situación patrimonial y financiera del cliente, incluso los ingresos que pueda obtener tras la jubilación si es que el préstamo o crédito va a continuarse reembolsando tras dicha circunstancia, también los activos en propiedad del cliente y de sus garantes y, en lo que aquí nos importa más hoy, en el caso de créditos o préstamos hipotecarios, la valoración prudente de las garantías reales obtenidas, evitando que puedan existir influencias o conflictos de interés en lo que se refiere a la valoración, y sin que pueda tomarse como elemento principal a la hora de determinar la concesión o no del préstamo o crédito hipotecario el valor de la garantía, sino la capacidad estimada del cliente para poder reembolsar el crédito o préstamo.

La Orden anterior, a su vez, fue desarrollada por la Circular 5/2012, de 27 de junio del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos. Contiene esta Circular también un capítulo V dedicado al préstamo responsable, en el que de nuevo hay una sola norma, la duodécima, sobre políticas y procedimientos de préstamo responsable, si bien aquí nada trata sobre la evaluación de la solvencia, por lo que hay que remitirse a las previsiones legales y al desarrollo reglamentario de la Orden Ministerial arriba referidos.

Recientemente, se ha aprobado 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 la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) número 1093/2010.

Esta Directiva es muy interesante porque contiene una serie de obligaciones o requisitos, de alguna manera novedosos, ya que no se refieren solamente, o al menos no de forma principal, a las condiciones de los créditos, sino de aplicación general, tendentes a la formación tanto de los clientes como de los empleados de las entidades de

crédito y, específicamente en lo que se refiere a la evaluación de solvencia, contiene un capítulo VI dedicado precisamente a esta cuestión, si bien el capítulo VII también está relacionado, al referirse al acceso a bases de datos.

Pues bien, se obliga por la Directiva a que el prestamista evalúe en profundidad la solvencia del consumidor antes de celebrar el contrato de crédito o préstamo hipotecarios. Se reitera lo que ya se contiene en la normativa española vigente, que la evaluación de la solvencia no se basará predominantemente en el valor del bien inmueble sobre la base de que el mismo excede del importe de crédito o que razonablemente puede excederlo en un futuro; además, una vez celebrado el contrato, el prestamista no podrá modificarlo en función de que la solvencia del consumidor haya sido evaluada incorrectamente, y además se prohíbe al prestamista que otorgue un crédito o préstamo hipotecario a un consumidor cuando la evaluación de solvencia sea negativa, debiendo informarle de que va a consultar una base de datos, cuando pretenda hacerlo. Además, la evaluación de solvencia no solo se hará en el momento inicial, sino en cualquier momento posterior en que se intente incrementar el importe del crédito garantizado.

Se obliga a que se haga tasación independiente del inmueble y de forma competente, y determina qué circunstancias deben tomarse en cuenta a la hora de hacer la evaluación, que ha de ser, dice la Directiva, “suficiente y proporcionada”, y considerar las circunstancias financieras y económicas del consumidor con carácter general, específicamente sus ingresos y gastos. Esto se hace de tal manera que, si la información fuera incompleta, luego no puede intentar resolverse el contrato en función de esta circunstancia, aunque sí cuando el consumidor haya entregado información falsa de forma consciente o la haya ocultado.

Por último, se establece que cada Estado debe garantizar que los prestamistas de todos los Estados miembros puedan acceder a las bases de datos de cualquier Estado miembro, a efectos de evaluar la solvencia del consumidor y con el fin exclusivo de comprobar que el consumidor cumple con las obligaciones crediticias durante toda la vigencia del contrato, y esto se aplica no sólo a las bases de datos públicas sino también a las privadas, aunque de nuevo debiendo cumplirse con la normativa de protección de datos. Es importante señalar que ahora se obliga a las entidades de crédito y a los intermediarios de créditos a que sus empleados tengan, entre otros conocimientos, uno adecuado del proceso de evaluación de la solvencia del consumidor o, en su caso, competencia propia en la evaluación de la solvencia de los consumidores.

De todo lo anterior, puede concluirse que la evaluación de la solvencia es un elemento que se ha convertido en esencial a la hora de llevar a cabo operaciones de crédito préstamo en general, y muy particularmente respecto de las de préstamos o créditos hipotecarios a los consumidores, de tal manera que una mala evaluación, cuando sea atribuible al prestamista, no va a permitirle modificar o resolver los contratos de crédito por disminución de solvencia o por comprobación de que el consumidor no tiene la solvencia suficiente.

Tras la intervención del profesor Díaz Ruiz, se dio la palabra a Ana Felicitas MUÑOZ PÉREZ que trató de los derivados en el contexto de las garantías. Es práctica usual financiar la compra de un inmueble mediante la suscripción de un contrato de préstamo hipotecario acompañado de la suscripción de un contrato de derivado financiero (de ordinario una permuta financiera) para estabilizar el interés. Con independencia de que se concluyan por separado o integrados ambos en el contexto de un contrato marco de operación financiera, la intención de las partes contractuales suele ser la pretensión de que funcionen de forma coordinada en términos económicos de manera que el derivado “cubra” riesgos excesivos de oscilación del tipo de interés.

El hecho de que incluso ambos contratos (el préstamo y el Swap) tengan distinto plazo, intereses y condiciones de cancelación, no priva de forma necesaria al contrato de derivado (swap) la función de cobertura al préstamo hipotecario. Esta función de cobertura acerca la figura al contexto de los contratos de seguros, impresión reforzada por el empleo de terminología similar, término "prima" en el contrato de derivado sustituye al de “comisión”, propia de las operaciones bancarias. Este paralelismo entre contrato de derivado y contrato de seguro, induce a cierto sector de la jurisprudencia a atribuir la denominación de “contrato de seguro de interés” al derivado que acompaña al préstamo hipotecario para estabilizar el riesgo de oscilación del interés. Pueden tratarse de contratos con diferentes términos en cuanto al plazo u otras condiciones, como también el seguro puede concluirse sólo durante cierto tiempo de vigencia del préstamo.

El estudio del tratamiento jurídico de esta práctica contractual en el desarrollo de estos contratos de financiación hipotecaria requiere el análisis de distintos sectores normativos. El régimen comunitario de transparencia establecido en la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de febrero de 2014 sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial deja subsistente la eventual aplicación de disposiciones nacionales en el ámbito del Derecho contractual, en relación con aspectos tales como la validez de los contratos de crédito, el Derecho de propiedad, el Registro de la Propiedad, la información contractual y, en la medida en que no están reguladas en la mencionada Directiva, las cuestiones postcontractuales.

Por su parte, en nuestro derecho interno, el artículo Decimonoveno de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica, de conformidad con lo establecido en el artículo 79 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y el desarrollo en la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, establece el marco de obligaciones de transparencia en lo que se refiere a los servicios relativos a los instrumentos financieros de cobertura del tipo de interés. La jurisprudencia concreta el eventual alcance del incumplimiento del régimen contemplado en estas normas en el contexto de la nulidad por vicios del consentimiento.



La profesora BERROCAL LANZAROT (Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. UCM), como moderadora, dio inicio a la mesa redonda con la exposición de la profesora Mónica FUENTES NAHARRO (Titular Acreditada de Derecho Mercantil. UCM) sobre las cartas de patrocinio. En los últimos tiempos han aparecido y alcanzado una notable difusión las «cartas de patrocinio» o cartas de garantía, procedentes de la práctica anglosajona (con el nombre de «letter of responsibility», «letter of support», «letter of patronage», «letter of intention», etc.), que son declaraciones tendentes a facilitar la celebración de contratos de crédito, en especial dentro de los grupos de sociedades, por medio de las que la sociedad matriz de un grupo de sociedades se responsabiliza, en sentido amplio, de los compromisos asumidos por sus filiales.

Normalmente son los bancos quienes reciben estas declaraciones, pero también suele ocurrir que sea un banco quien las emita respondiendo por las obligaciones de alguna de sus filiales.

La naturaleza jurídica de estas «cartas de patrocinio» es muy discutida, principalmente porque dicho concepto comprende obligaciones de muy distinto tipo marcándose la diferencia entre las llamadas «cartas fuertes» y las «cartas débiles».

Estas últimas se limitan generalmente a declarar la confianza en la capacidad de gestión de los administradores de la sociedad que aspiran al crédito, o la viabilidad económica de la misma, sin que sirvan como fundamento para que la entidad crediticia pueda exigir el pago del crédito a la entidad patrocinadora (si bien, ello no excluye del todo la ausencia de responsabilidad para su emisor).

Mientras que las «cartas de patrocinio fuertes» pueden encuadrarse dentro de las categorías de contratos de garantía, o como contratos a favor de terceros, o la figura tradicional del mandato de crédito, que den lugar al hecho de que el destinatario conceda el crédito al patrocinado, lo que debe determinar el nacimiento de una obligación de garantía encaminada a mantener indemne de los perjuicios que, como consecuencia de la «carta de patrocinio», se deriven de la concesión de crédito al patrocinado

La profesora TAPIA SÁNCHEZ (Titular Acreditada de Derecho Mercantil. URJC) intervino en cuarto lugar para referirse a los servicios bancarios vinculados. Las entidades financieras que contratan préstamos hipotecarios con sus clientes suelen aprovechar la negociación para ofrecer la contratación de una serie de productos, que el cliente debe contratar como condición necesaria para el otorgamiento o mejora de las condiciones financieras de su préstamo, al conseguir una rebaja del diferencial. Las entidades aprovechan la situación de necesidad urgente de concertar un préstamo en que se encuentra el consumidor en no pocas ocasiones, quien consiente en contratar los servicios vinculados por miedo a perder la financiación.

Aunque se trata de una práctica bancaria generalizada impuesta al consumidor en beneficio exclusivo de los intereses de la propia entidad, no existe en la normativa vigente ninguna obligación legal de contratar servicios accesorios al contrato préstamo.

Al menos en un plano teórico, se trata de obligaciones que tienen su base en el principio de autonomía de la voluntad de las partes, incluso cuando hablamos del seguro de daños. Los artículos 5 y 8 de la Ley 2/1981 de 25 de marzo de Regulación del Mercado Hipotecario indican que si una entidad de crédito desea emitir cédulas o bonos hipotecarios con base a las hipotecas concedidas a los consumidores, es preceptivo que la vivienda hipotecada disponga de un seguro que cubra los riesgos por daños en el inmueble. Sin embargo, esta obligación no corresponde por ley al consumidor, sino a la entidad financiera.

Estos productos vinculados que frecuentemente se obliga a contratar al cliente son de muy diversa índole, y van desde la contratación de cuentas para domiciliar la nómina, tarjetas de crédito o débito, planes de pensiones. También se le suele obligar al cliente a suscribir determinados contratos de seguros referidos, sea a su persona -seguro de vida, seguro de accidentes con cobertura del riesgo de invalidez, seguro de enfermedad-, sea a su patrimonio -seguro de lucro cesante, para cubrir el riesgo de desempleo-, sea al inmueble cuya adquisición financia -seguro de daños en distintas modalidades, como el incendio-.

Las entidades no sólo obligan a suscribir estos seguros, sino que imponen al consumidor la contratación del seguro de la compañía de su propio grupo o de la que tiene una buena relación de negocio, justificando la imposición contractual en interpretaciones de los deberes que establece la Circular 5/2012, del Banco de España y la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito. Los consumidores deben tener libertad de elegir, y las entidades financieras están limitando esta libre elección a través de distintas estrategias: i) los seguros de vida con prima única que obligan al cliente a realizar un desembolso único y completo de la prima, lo que supone una traba para rescindir el seguro. ii) También son frecuentes cláusulas en los seguros de vida por las que se designa como beneficiario a la propia entidad de crédito, por lo que sólo ésta, en los términos de los artículos 84 y 88 de la L.C.S., puede reclamar a la entidad aseguradora el pago de la indemnización, incluso en el caso de que se haya saldado la deuda por parte del prestatario/ acreditado antes del vencimiento de la póliza. iii) La cláusula de cesión irrevocable a favor de la entidad de la indemnización que pudiera corresponder.

A todo ello debe sumarse que, en los últimos años los productos financieros conocidos como “*swaps*” se han comercializado de manera masiva por las entidades financieras entre clientes minoristas, vinculados a un préstamo hipotecario con una función de cobertura ante la subida de los tipos de interés, en vez de cumplir una función de inversión o de especulación. De esta forma, aplicando el swap a un préstamo hipotecario, si el Euribor sube por encima del tipo fijo, el swap es más favorable al deudor hipotecario, y la permuta le proporciona liquidaciones positivas. Los problemas surgen cuando con la crisis los tipos comienzan a bajar y la situación se invierte, comenzando a recibir los clientes liquidaciones negativas. Ante semejante panorama un

número significativo de clientes optó por exigir judicialmente la nulidad de los contratos.

Todas estas cláusulas y otras muchas podrían considerarse “prácticas abusivas” según el artículo 82.1 del Real Decreto legislativo 1/2007 del Consumidor, por ser estipulaciones no negociadas individualmente, que benefician y enriquecen injustamente a la entidad de crédito. Existe un claro desequilibrio en la negociación. Aunque los consumidores puedan llegar a conocer estas condiciones, carecen de capacidad para alterar su contenido. Por lo tanto, son cláusulas impuestas. En muchos casos, además de “abusivas” son “prácticas que limitan la competencia en el mercado”, en tanto impiden que el consumidor pueda comparar ofertas de otras entidades al imponerle el seguro de su propia compañía aseguradora. Atentan a la libre competencia recogida dentro del artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia 15/2007, que implica la aplicación, en relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que colocan a unos competidores en situación de desventaja frente a otros.

La única protección legal que al respecto encuentra el prestatario se encuentra en la Orden EHA/2899/2011, cuyo art. 12 establece ciertas obligaciones informativas a cargo de la entidad financiera, si bien sólo obliga a informar al cliente, de manera expresa y comprensible, sobre la posibilidad o no de contratar cada servicio de manera independiente y en qué condiciones. En caso de que solo resulte posible la contratación del servicio bancario vinculado a la contratación de otros en las condiciones ofertadas, se informará al cliente, en la forma prevista en el artículo 11, de la parte del coste total que corresponde a cada uno de los servicios, en la medida en que este coste esté disponible para la entidad, y de los efectos que su no contratación individual o cancelación anticipada produciría sobre el coste total de los servicios bancarios, pero no obliga a informar al consumidor sobre productos tan complejos como los swaps, por ejemplo.

Hasta hace escasos meses los servicios bancarios vinculados se han encontrado excluidos del entorno MIFID no afectándoles la protección de esta normativa, en la que se establece una serie de cautelas en orden a “ofrecer a los inversores un alto nivel de protección” (clasificación de los clientes; test de conveniencia; test de idoneidad...). El art. 79 quáter de la Ley del Mercado de Valores establecía una excepción a la procedencia de las obligaciones de información y de registro que afectaba a los swap vinculados a préstamos hipotecarios, al prescribir que *“lo dispuesto en los dos artículos anteriores no será de aplicación cuando se ofrezca un producto de inversión como parte de un producto financiero que ya esté sujeto a otras disposiciones de la legislación comunitaria o a estándares europeo, comunes para entidades de crédito y para la actividad de créditos al consumo, referentes a la valoración de riesgos de los clientes o a los requisitos de información”*. Dicha excepción ha sido eliminada por la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, lo que supone la entrada de los swap vinculados a préstamos hipotecarios en el ámbito de protección del entorno MIFID. No obstante, la falta o insuficiencia de

información acerca de los riesgos de la operación motivaron multitud de demandas judiciales en las que se alegaba el error padecido por el cliente, quedan aún pendientes de resolución.

Pero la exclusión del entorno MIFID no ha sido el único fallo del sistema. En este ámbito de los préstamos con garantía hipotecaria es preceptiva la intervención de una serie de operadores jurídicos, que son los Notarios y Registradores de la propiedad, y que tienen un control de legalidad y de transparencia sobre las operaciones en que intervienen. El control de legalidad obliga a Notarios y Registradores a controlar las cláusulas abusivas (art. 147 Reglamento Notarial, art. 23 LCGC). Eso significa que deben calificar los contratos y si advierten la existencia de cláusulas abusivas, deberá denegarse la inscripción de dicha cláusula, y en consecuencia no hará falta declarar judicialmente la nulidad (control de nulidad de oficio por parte del Registrador). Con esta función queda claro que el Registrador no asume funciones judiciales, ya que no declara la nulidad de las cláusulas; simplemente no las inscribe.

El control de transparencia por parte de Registradores y Notarios implica un conocimiento real por el interesado de los riesgos de la operación económica, para lo cual se exige la firma manuscrita del consumidor, declarando conocer las cláusulas esenciales del contrato. La ubicación de las operaciones vinculadas en la sección de “condiciones generales del contrato” tiene como consecuencia un debilitamiento del control de transparencia, al no tratarse de cláusulas esenciales del contrato; y ello a pesar de que pueden tener una incidencia decisiva sobre el precio.

Los contratos vinculados al préstamo hipotecario presentan un importante reto de cara a la protección del consumidor hipotecario para 2015. Aunque la Constitución española (art. 51) y el TFUE (art. 169) garantizan la protección de los consumidores al más alto nivel, en nuestro ordenamiento aún faltan los mecanismos para hacerlo efectivo en las operaciones vinculadas al préstamo hipotecario.

La Directiva 2014/17 de la Unión Europea (UE), que será de obligado cumplimiento para España antes de mayo de 2016, hace referencia a este asunto. Y prohíbe, con salvedades, las prácticas de 'ventas vinculadas', es decir, la venta de paquetes constituidos por contratos de crédito y otros productos financieros cuando el contrato de crédito “no se ofrezca al consumidor por separado”. Es decir, cuando lo que se venda forme un paquete único de varios productos. El artículo 12.1 de esta Directiva remite a los Estados miembros de la UE para que decidan si permiten a las entidades de crédito vender estos paquetes si pueden demostrar que los productos se ofrecen a precio de mercado o acarrear un claro beneficio para el consumidor. El legislador español debe ahora hacer su trabajo, y lo que la experiencia nos ha demostrado es que la transparencia no será suficiente en este caso.

En último lugar, la doctoranda Luz María GARCÍA MARTÍNEZ (Profesora de Derecho Mercantil. UDIMA) centró su intervención en la información precontractual sobre instrumentos de cobertura. El préstamo hipotecario se han acompañado de otros contratos-estos son las permutas de tipo de interés o swaps- cuyo fin aparente ha sido la

atenuación del riesgo implícito en la fluctuación de los intereses a los que van referenciados los contratos de préstamo hipotecario. Dado el posible especulativo de este tipo de instrumentos financieros y el perfil del cliente hipotecario, los contratos de permutas de tipo de interés han sido declarados nulos por vicio del consentimiento ante el desconocimiento del inversor sobre los riesgos que implican la adopción de estas coberturas.

El objeto de su intervención fue hacer una revisión de las disposiciones aplicables en materia de información precontractual sobre los instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés con el fin de extraer el contenido material que han de proporcionar al futuro cliente al respecto de este tipo de instrumentos financieros.

En este sentido, partió de la descripción de las modalidades de cobertura que recoge la Guía de Acceso al Préstamo Hipotecario del Banco de España, para luego centrarse en el régimen reglamentario del art. 24 de la Orden EHA 2899/2011, de 28 de octubre, y su Circular de desarrollo. Se recordaron también las obligaciones de información que establece la Ley del Mercado de Valores, en tanto que también resultan aplicables en virtud de la SAN de 15 julio de 2013 y, posteriormente confirmado por la Ley de Ordenación, Supervisión y Solvencia de Entidades de Crédito con la modificación del 74 quáter de la Ley del Mercado de Valores.

Concluyó su intervención haciendo referencia a los posibles cambios que se habrán de acometer en nuestro ordenamiento con respecto la información precontractual debido a la transposición de 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.

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT

## **MESA REDONDA**

### **¿ALTERNATIVAS DEL CRÉDITO HIPOTECARIO EN ESCENARIOS ADVERSOS?**

---

Tras el almuerzo tuvo lugar uno de los «platos fuertes» de la Jornada: la ponencia del profesor RAGA GIL titulada «El mercado ante los bienes y servicios de escasa transparencia». El profesor Raga comenzó mostrando, con una capacidad didáctica asombrosa, cómo considera al mercado como el instrumento más eficaz para asignar racionalmente los bienes escasos, y todo ello con el presupuesto de que los sujetos actúen libremente. A continuación abordó los requisitos que, en su opinión, deben existir para que un mercado sea eficiente, especialmente dos: la información y la

abundancia de oferentes y demandantes. De la primera afirmó, entre otras cosas, que constituye un presupuesto para la elección racional y libre del sujeto y que, así como hay productos que llevan ínsitos prácticamente toda la información que el consumidor necesita conocer, en otros dicha información es opaca e incluso puede resultar engañosa, como ocurre con el préstamo hipotecario. Finalizó preguntándose si funcionará mejor un mercado regulado, cuando la regulación es incorrecta o no se cumple, o un mercado no regulado en el que, precisamente por la falta de regulación, los partícipes adoptarán las medidas de prudencia y asumirán los riesgos que consideren adecuados.

La profundidad, claridad e integridad de la ponencia –en suma, del ponente- fue seguida de un largo y vivo debate, en el que varios alumnos de Grado se involucraron de manera activa, y de una calurosa ovación.

Tras la ponencia del Prof. Raga tuvo lugar la última de las mesas redondas, moderada por Cristóbal ESPÍN GUTIERREZ, (Catedrático Acreditado de Derecho Mercantil. UCM), que tuvo tres intervinientes. En primer lugar tomó la palabra Fernando MARÍN DE LA BÁRCENA (Titular Acreditado de Derecho Mercantil. UCM), que bajo el título «Opciones en un marco de crisis» trató de diversos temas relativos a la novedosa Ley de Fomento de la Financiación Empresarial. El profesor Marín de la Bárcena comenzó destacando la dificultad que encuentran las PYMES para encontrar financiación desde que comenzara la crisis financiera y, consiguientemente, se restringiera notablemente el acceso al crédito hipotecario, para abordar a continuación diversos problemas que plantean los nuevos medios de financiación previstos por la ley, en particular el *crowdfunding* y la necesidad de ofrecer una contraprestación a los inversores. A continuación, Javier MARTÍNEZ ROSADO (Profesor Titular de Derecho Mercantil. UCM), expuso el concepto, función y regulación de los acuerdos de compensación contractual, que tan frecuentemente celebran las entidades financieras, señalando los problemas que plantea la regulación que contiene el Real Decreto-Ley 5/2005 en relación con la eficacia de dichos acuerdos en el concurso. Y finalmente, Marta BLANCO CARRASCO (Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. UCM), trató de la mediación concursal, tema este también de gran actualidad debido a su incentivación en las últimas reformas de la Ley Concursal. Prestó especial atención a la figura del mediador pre-concursal, ya que el legislador ha extendido recientemente a los consumidores la posibilidad de que, encontrándose en situación de insolvencia, puedan llegar a obtener un acuerdo extrajudicial de pagos con sus acreedores (entre los que destaca el acreedor hipotecario) con ayuda del mediador concursal.

JAVIER MARTÍNEZ ROSADO