

# LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN LA COMERCIALIZACIÓN DE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS<sup>1</sup>

M<sup>a</sup> del Mar Gómez Lozano  
PCD Derecho Mercantil  
Universidad de Almería

## I. INTRODUCCIÓN

Resulta indiscutible la importancia que tiene la protección del deudor hipotecario a nivel económico, social y jurídico. En este último plano, son una muestra de ello las controversias surgidas en relación con nuestro ordenamiento jurídico, respecto al cuál se cuestiona, fundamentalmente, la adecuación del sistema hipotecario a la normativa nacional y comunitaria de protección de los consumidores. Fruto de las dudas y problemas planteados son, entre otras, la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de marzo de 2013 (asunto “Aziz”) y la *Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social*<sup>2</sup>. Debe indicarse, ya desde el comienzo, que esta nueva norma, protagonista del estudio y análisis de estas Jornadas, se aplica a todos los deudores hipotecarios, es decir, no sólo a los deudores hipotecarios sin recursos (como ha ocurrido con medidas legislativas anteriores<sup>3</sup>) sino también a clientes de todo tipo de prestamistas (bancarios y no bancarios). Y entre las nuevas reglas que dispone, contiene algunas medidas protectoras incluidas en el Capítulo II (“*Medidas de mejora del mercado hipotecario*”), que afectan a los deudores, en concreto en el **artículo 6** (“*Fortalecimiento de la protección del deudor hipotecario en la comercialización de los préstamos hipotecarios*”) y la **Disposición Adicional Tercera**, en la que se ordena al Banco de España la publicación de la *Guía de Acceso al Préstamo Hipotecario*<sup>4</sup>, que se incluyen en la “fase de comercialización”, que es el objeto de esta intervención.

A continuación trazaremos un breve panorama de las cuestiones generales que surgen en torno a este tema para exponer seguidamente el contenido de estas nuevas medidas adoptadas por el legislador español en relación con la denominada “*comercialización de hipotecas*”.

---

<sup>1</sup> Texto revisado de la ponencia impartida en las Jornadas sobre “*La protección del deudor hipotecario. Examen de la Ley de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social*”, celebradas en Almería durante los días 23 y 24 de mayo de 2013 y dirigidas por el profesor Álvaro Núñez Iglesias, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Almería.

<sup>2</sup> Contra esta norma se han presentado dos recursos de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional planteados por la *Plataforma de Afectados por la Hipoteca* y por el *Grupo Parlamentario Socialista* y una nueva cuestión prejudicial ante el TJUE (Auto JP II núm. 2 Marchena, de 16 de agosto de 2013). Los tres documentos pueden consultarse en el Informe núm. 13 correspondiente a los meses de julio y agosto publicado en la sección “Consumo y Derecho” de la página web [www.notariosyregistradores.com](http://www.notariosyregistradores.com).

<sup>3</sup> Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos.

<sup>4</sup> Esta guía ha sido publicada en la web del Banco de España con fecha 15 de julio de 2013.

## II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN ESTE ÁMBITO

La primera reflexión ha de ser necesariamente etimológica, pues la nueva norma se refiere a la “comercialización”. Sin embargo, esta expresión, que no es de corte jurídico sino de carácter económico, tiene un significado muy concreto según el *Diccionario de la Real Academia Española*. En él, el término “comercializar”, tiene dos acepciones: 1ª) dar a un producto condiciones y vías de distribución para su venta y 2ª) poner a la venta un producto.

Desde la óptica jurídica, la que podemos calificar como fase previa de contratación, podría tener tres momentos clave: a) el de la oferta, respecto al que hay que destacar la que tiene lugar a través de la publicidad; b) el de la información previa que ha de suministrarse de forma obligatoria al consumidor que se interesa por lo ofertado y c) el de la firma o documentación del contrato (“formalización”), tanto si se exige que se otorgue escritura pública como en caso contrario<sup>5</sup>. La oferta y la información previa pueden cumplir con las acepciones del Diccionario indicadas, pero no la formalización del contrato. En el caso concreto que nos ocupa, la contratación de préstamos hipotecarios, en los que interviene por ley un fedatario público, debe quedar claro que éste ni pone a la venta el producto, ni determina las condiciones de la venta, ni participa en el canal de distribución. Por ello, la terminología utilizada en la Ley 1/2013 para referirse también a la actuación notarial, que tanta relevancia debe tener en la protección del consumidor, no resulta ajustada.

Actualmente, en nuestro ordenamiento jurídico, podemos encontrar una normativa específica y diversa que se aplica en esta fase previa a dos tipos distintos de consumidores, a los que podemos denominar “*clientes bancarios*” y “*clientes no bancarios*”. Respecto al primero, deben tenerse en cuenta todas estas normas de rango menor: a) **Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios** (en adelante, Orden 1718/2010); b) **Circular 6/2010, de 28 de septiembre, del Banco de España, a entidades de crédito y entidades de pago, sobre publicidad de los servicios y productos bancarios** (en adelante, Circular 6/2010); c) **Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios** (en adelante, Orden 2899/2011) y d) **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** (en adelante, Circular 5/2012). Y respecto al segundo, cabe destacar su regulación por una norma de rango superior, 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**<sup>6</sup> (en adelante, Ley 2/2009), de

<sup>5</sup> Ver en este caso, para la contratación con consumidores, el Capítulo I, del Título I del Libro II del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, en especial los artículos 60 (información previa al contrato) y 63 (confirmación documental de la contratación realizada).

<sup>6</sup> Según se recoge en la Exposición de Motivos de esta norma (II), “...Sin embargo, este amplio conjunto de normas no cubre todas las necesidades de protección de los consumidores y usuarios en un sector tan dinámico como el financiero, donde tanto la innovación de los productos como la aparición de nuevos prestadores de servicios es constante. Esta característica del sector financiero obliga a los poderes públicos a prestar una permanente atención para garantizar los derechos de los consumidores y usuarios. En concreto, dos fenómenos, que hasta la fecha no contaban con una previsión normativa

indudable carácter imperativo (art. 2). Esta disposición ya exige a las empresas que no son entidades de crédito el cumplimiento de determinadas obligaciones de transparencia en relación con los contratos, en concreto con sus condiciones generales<sup>7</sup>.

Esta dispar situación que depara una diferente protección y normativa aplicable al consumidor según sea o no cliente bancario<sup>8</sup>, se verá modificada en aras de la unificación tras la aprobación y entrada en vigor de la *Propuesta de DIRECTIVA sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial* (2011)<sup>9</sup>, que se encuentra ya en su etapa final de tramitación. Así, en un futuro muy próximo la regulación aplicable a la “comercialización de créditos hipotecarios” deberá ser la misma independientemente de que el consumidor sea un cliente bancario o no una vez la Directiva se encuentre incorporada a nuestro ordenamiento jurídico.

Además de estas normas específicas, en la protección de los deudores hipotecarios, deben tenerse en cuenta otras normas de carácter general, como son el *Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (en adelante, LGDCU) y la *Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal* (en adelante, LCD). A ellas remite, por ejemplo, la Ley 2/2009 en relación con el folleto informativo, al considerar que “*lo anterior se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en materia de publicidad y prácticas desleales*” (art. 13.3, segundo párrafo) y en relación con la defensa de los intereses de los consumidores (arts. 9 a 11).

Por tanto, no debe olvidarse que la protección del deudor hipotecario en esta fase previa denominada por el legislador “fase de comercialización” no se limita sólo a lo que al respecto se indica en las normas específicas, sino que también queda protegido por lo que con carácter general se recoge en otras disposiciones que resultan aplicables, ya que éstas rigen la actuación de los operadores en el mercado. Así, de una parte, hay que tener en cuenta, como se ha indicado, las normas dirigidas a la protección de los intereses de los consumidores. En este sentido, conviene recordar que la LGDCU, contempla en el artículo 8 los derechos básicos de los consumidores y usuarios, de entre los que cabe destacar, a los efectos que aquí se tratan, el que figura reconocido en la letra b) de esta disposición, que consiste en “*la protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular frente a las prácticas comerciales desleales y la*

---

*específica, están adquiriendo en la actualidad un gran auge: los créditos y préstamos hipotecarios concedidos por empresas que no son entidades de crédito y los servicios de intermediación del crédito. Ambos son el objeto fundamental de esta Ley, que los regula con el objetivo de salvaguardar los intereses económicos y los derechos de los consumidores y usuarios”.*

<sup>7</sup> Así, el artículo 4 dispone: “1. Las empresas deberán tener a disposición de los consumidores las condiciones generales de la contratación que utilicen. Los consumidores no tendrán que afrontar ningún gasto ni asumir compromiso alguno por su recepción. Esta información deberá estar disponible en la página web de las empresas, si éstas disponen de ella, y en los establecimientos abiertos al público u oficinas en que presten sus servicios. 2. La accesibilidad de las personas con discapacidad a la información prevista en el apartado anterior deberá garantizarse en los términos exigidos legal o reglamentariamente”. Ver los artículos 12 y siguientes de esta norma en relación con la fase previa, incluidos en el capítulo II de la Ley, bajo el título “Actividad de contratación de préstamos o créditos hipotecarios”.

<sup>8</sup> No obstante, la Ley 2/2009 se remite en algunos casos a la normativa bancaria en lo que respecta a esta fase contractual (ver artículos 13.1, 16.2, 17 y 18 de la misma).

<sup>9</sup> Propuesta de 31 de marzo de 2011 [COM (2011) 142 final].

*inclusión de cláusulas abusivas en los contratos*<sup>10</sup>. Y en el ámbito estrictamente civil, ha de tenerse en cuenta también la aplicación de la LCD<sup>11</sup>, cuyo artículo 19 regula las denominadas “**prácticas comerciales desleales con consumidores**”<sup>12</sup>. Estas prácticas se clasifican en “engañosas” y “agresivas”. De una parte, según el artículo 5 de la LCD (actos de engaño) “*se considera desleal por engañosa cualquier conducta que contenga información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico*”, siendo para ello necesario que incida sobre alguno de los aspectos que se detallan en la misma disposición<sup>13</sup>. Y de otra parte, el artículo 8.1 LCD (prácticas agresivas) considera desleal “*todo comportamiento que teniendo en cuenta sus características y circunstancias, sea susceptible de mermar de manera significativa, mediante acoso, coacción, incluido el uso de la fuerza, o influencia indebida, la libertad de elección o conducta del destinatario en relación al bien o servicio y, por consiguiente, afecte o pueda afectar a su comportamiento económico*”<sup>14</sup>.

Resulta de especial interés destacar la aplicación de la normativa que protege a cualquier consumidor frente a las prácticas comerciales desleales de los operadores. Así, los tribunales han tenido ocasión de pronunciarse sobre la calificación de algunas conductas en este ámbito bancario en la contratación con consumidores. Un ejemplo se puede encontrar, entre la jurisprudencia más reciente, en la **SAP Burgos, Sección 3, de 28 de mayo de 2012**. En su fundamento jurídico 6º se indica que “*en el supuesto de autos se produjo esta explicación. En cuanto a la información sobre la naturaleza del producto, ya dice la Directiva que la información se facilitará para que pueda comprender la naturaleza del producto*” en la medida de lo posible”. **No es necesario por lo tanto que el cliente llegue a entender completamente la forma en la que opera un producto de inversión, si la información facilitada le ayuda, como dice la Directiva, a tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa. Una decisión está tomada sin conocimiento de causa, en el caso de los consumidores, cuando se merma de manera apreciable su capacidad de adoptar una decisión, haciendo así que tome**

---

<sup>10</sup> Así, por ejemplo, se ha reclamado por vía administrativa que se sancione a las entidades financieras que ha utilizado cláusulas suelo imponiéndoles la correspondiente multa (29/4/2013: “FACUA reclama a las comunidades autónomas multas a una veintena de bancos por sus cláusulas suelo” en [www.facua.org](http://www.facua.org)). Amparada en este marco regulatorio sobre el que las Comunidades Autónomas tienen competencia sancionadora, la Junta de Andalucía ha dado luz verde al *Anteproyecto de ley para la protección de los derechos de las personas consumidoras y usuarias en la contratación hipotecaria sobre la vivienda* (septiembre 2013).

<sup>11</sup> Esta norma, en su versión de 2009, incorpora la *Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior*, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) nº 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo.

<sup>12</sup> Este artículo dispone: “1. Sin perjuicio de lo establecido en los artículos 19 y 20 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, únicamente tendrán la consideración de prácticas comerciales desleales con los consumidores y usuarios, las previstas en este capítulo y en los artículos 4, 5, 7 y 8 de esta ley. 2. Las prácticas comerciales reguladas en los artículos 21 a 31, ambos inclusive, son en todo caso y en cualquier circunstancia, prácticas comerciales desleales con los consumidores”.

<sup>13</sup> Entre ellos, a los efectos que nos interesan (protección del deudor hipotecario como consumidor en la fase previa), podría destacarse el engaño sobre las características principales del bien o servicio, entre las que se menciona el riesgo [letra b)]; el engaño sobre la naturaleza de la operación comercial o el contrato [letra d)], el engaño sobre el precio [letra e)] o el engaño sobre los derechos del consumidor o los riesgos que pueda correr [letra h)].

<sup>14</sup> Como práctica agresiva en este sector con los consumidores podría citarse, por ejemplo, el acoso en técnicas de venta.

*una decisión sobre su comportamiento económico que de otro modo no hubiera tomado (artículo 4 Ley de Competencia Desleal). La cuestión está en saber qué es lo que llevó al actor a tomar la decisión de suscribir el contrato de intercambio, lo que suponemos hizo porque prefería pagar una cuota fija por su préstamo hipotecario a otra como la que tenía de interés variable. Y si esto es lo que sucedió, con independencia de que en caso de no haber firmado el contrato el resultado hubiera sido más favorable para él, no hay engaño en la información proporcionada por el Banco”.*

También otro supuesto relevante lo constituye la contratación de crédito hipotecario combinado con otro tipo de producto financiero, como un swap de tipo de interés. Hay que reconocer que ésta ha sido una práctica bancaria que se ha realizado con cierta frecuencia en los últimos años. A este supuesto se refiere la **SAP Huelva, Sección 3ª, de 4 de junio de 2012**, que en su fundamento de derecho 4º, indica que *“además debe analizarse también si se cumplen los requisitos para calificar la conducta del empresario de “práctica comercial leal” en los términos de la Directiva 2005/29/CE, de 11.5.2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en su relación con los consumidores (...). La comprobación del carácter desleal de una práctica comercial constituye un elemento entre otros en los que el juez competente puede basar, conforme al artículo 4, apartado 1, de la Directiva 93/13, su apreciación del carácter abusivo de las cláusulas del contrato relativas al coste del crédito concedido al consumidor (STJE15.3.2012). Es decir, la buena práctica comercial exige un plus sobre el siempre exigible cumplimiento íntegro de la legalidad, como haber informado bien al cliente, haberse cerciorado de que el cliente ha comprendido las obligaciones asumidas, que el producto colocado era apropiado para él y por él solicitado, que el cliente ha tenido tiempo para leer el contrato y comprenderlo”.*

Como se puede observar por lo tratado en estos dos asuntos, la normativa que protege al consumidor frente a las prácticas comerciales desleales supone una protección adicional, basada en la lealtad de la actuación de los operadores, de la que pueden beneficiarse también los consumidores que contratan préstamos o créditos hipotecarios.

De forma adicional a la protección que se otorga al deudor hipotecario a través de disposiciones legales, debe mencionarse la que puede o podría adquirir a través de Códigos éticos, es decir, por medio de la autorregulación. En primer lugar, cabe plantearse si el **Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual** aprobado por el **RDL 6/2012 de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos**<sup>15</sup> podría otorgar esta protección en la fase previa del contrato. Sin embargo, su contenido se ciñe al diseño de unas medidas previas a la ejecución hipotecaria dirigida a la reestructuración de deudas. Por tanto, su ámbito de aplicación se circunscribe a la fase de ejecución. Podría plantearse, no obstante, la posibilidad de ampliación de su objeto con la finalidad de que una misma norma ética en este ámbito pudiera cumplir este objetivo. Pero la referencia a la protección del contratante en esta fase de comercialización se encuentra ya (con carácter vinculante para las entidades bancarias) en las normas indicadas anteriormente. Estas disposiciones contenidas tanto en la Orden 2899/2011 como en la Circular 5/2012 son precisamente calificadas como un *“marco de conducta”* en este ámbito (según la exposición de motivos de la Circular de 2012). No

---

<sup>15</sup> Ver artículos 5 (*Sujeción al Código de Buenas Prácticas*), 6 (*Seguimiento del cumplimiento del Código de Buenas Prácticas*) y Anexo (*Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual*).

podrían ser calificadas como un verdadero código ético, ya que falta en ellas un elemento esencial, que es la adhesión voluntaria (propia de este tipo de instrumentos)<sup>16</sup>, al ser aquellas normas de obligado cumplimiento para estos operadores.

De otra parte, debe mencionarse que existen códigos éticos aplicables a la actividad de comercialización en el ámbito publicitario. Así, los bancos y las cajas son anunciantes “socios” de *Autocontrol* (*Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial*)<sup>17</sup>. En este sentido, la Circular 6/2010 ya citada estimula la adhesión a organismos de autorregulación de la actividad publicitaria que velen por su cumplimiento (ver Norma Tercera)<sup>18</sup>. En el apartado 2 de esta Norma, se establece: “Sin perjuicio de la obligación de contar con una política de comunicación comercial que tenga en cuenta lo establecido en el apartado anterior, se presumirá que cuentan con procedimientos y controles internos adecuados para cumplir con lo exigido en el primer párrafo del artículo 4.3 de la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, aquellas entidades de crédito que, para el conjunto de su actividad publicitaria, estén asociadas a sistemas de autorregulación publicitaria en España que se ajusten a lo dispuesto en el artículo 37.4 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, cuenten con medidas individuales o colectivas de autocontrol previo de los contenidos publicitarios, y cuyos códigos de conducta acojan el cumplimiento de los principios generales recogidos en el anejo. El Banco de España publicará, en sus páginas en Internet, la relación de «entidades» asociadas a sistemas de autorregulación publicitaria que cumplan los requisitos anteriores. También informará sobre el sistema al que está asociada cada «entidad», junto con sus códigos de conducta”<sup>19</sup>.

Un ejemplo de la aplicación de los códigos de conducta en materia publicitaria a los deudores hipotecarios puede encontrarse en la *Resolución de 4 de Febrero de 2010* de la Sección Tercera del Jurado de Autocontrol<sup>20</sup>. Todo esto lleva a plantear una cuestión importante, como es la de “*la ética como vía de protección del deudor hipotecario*” a través de esta vía de la autorregulación publicitaria.

---

<sup>16</sup> Ver la *Resolución de 5 de julio de 2013, de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, por la que se publica la lista de entidades que han comunicado su adhesión al Código de Buenas Prácticas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social; y la lista de entidades para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual* (BOE núm.166, de 12 de julio de 2013). El carácter voluntario viene recogido expresamente para este código en el artículo 5 del RDL 6/2012 y con carácter general en el apartado 1 del artículo 37 de la LCD.

<sup>17</sup> Ver el listado de socios en la web [www.autocontrol.es](http://www.autocontrol.es). También en la web del Banco de España, como exige la Circular 6/2010, se puede consultar el organismo de control al que cada entidad está asociado así como su Código de Conducta ([http://www.bde.es/bde/es/secciones/servicios/Particulares\\_y\\_e/Entidades\\_asocia/](http://www.bde.es/bde/es/secciones/servicios/Particulares_y_e/Entidades_asocia/)).

<sup>18</sup> También la LCD en su artículo 37.1 (*Fomento de los códigos de conducta*) insta a que las corporaciones, asociaciones u organizaciones comerciales, profesionales y de consumidores elaboren, para que sean asumidos voluntariamente por los empresarios o profesionales, códigos de conducta relativos a las prácticas comerciales con los consumidores, con el fin de elevar el nivel de protección de los consumidores.

<sup>19</sup> Ver nota 16.

<sup>20</sup> En este caso se trataba de una reclamación presentada por un consumidor a través de la OMIC de la Mancomunidad de Servicios Uribe Kosta, contra una publicidad difundida a través de Internet realizada por la entidad BBK BANCO BILBAO BIZCAIA KUTXA. La Sección desestimó la reclamación por entender que la publicidad no vulneraba la norma 14 del *Código de Conducta Publicitaria* (publicidad engañosa), ni el artículo 3.1 del *Código de Confianza Online* (asunto BBK Banco Bilbao Bizkaia Kutxa, "Préstamo Hipotecario Joven").

### III. LAS NUEVAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN LA CONTRATACIÓN DE CRÉDITOS HIPOTECARIOS EN LA LEY 1/2013

#### A. La expresión manuscrita

El artículo 6 de la Ley 1/2013, bajo el título “*Fortalecimiento de la protección del deudor hipotecario en la comercialización de los préstamos hipotecarios*”, contiene las siguientes reglas protectoras:

*1. En la contratación de préstamos hipotecarios a los que se refiere el apartado siguiente se exigirá que la escritura pública incluya, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita, en los términos que determine el Banco de España, por la que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato.*

*2. Los contratos que requerirán la citada expresión manuscrita serán aquellos que se suscriban con un prestatario, persona física, en los que la hipoteca recaiga sobre una vivienda o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir, en los que concurra alguna de las siguientes circunstancias:*

*a) que se estipulen limitaciones a la variabilidad del tipo de interés, del tipo de las cláusulas suelo y techo, en los cuales el límite de variabilidad a la baja sea inferior al límite de variabilidad al alza;*

*b) que lleven asociada la contratación de un instrumento de cobertura del riesgo de tipo de interés, o bien;*

*c) que se concedan en una o varias divisas.*

Durante la tramitación parlamentaria, esta disposición fue objeto de enmiendas. Así, a través de la enmienda núm. 121 del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado Convergència i Unió (GPCIU), se solicitaba la **supresión del artículo 6**, hecho que se justificaba del siguiente modo: “*Sobre esta redacción podría plantearse su mejora técnica mediante su incorporación a las enmiendas que a continuación se proponen, que implican un fortalecimiento del control preventivo a cargo del notario, relativo al cumplimiento por las entidades financieras de los deberes derivados de las normas de transparencia y protección de la clientela de servicios financieros. Esta mejora técnica implicaría la falta de necesidad de la firma manuscrita del cliente, al sustituirla por un deber notarial de contraste del clausulado de la operación con el contenido del documento contractual, tipos de interés, Tasa Anual Equivalente, etc. Previsto en la Orden EHA/2899/2011, de 28 de Octubre del Ministerio de Economía y Hacienda (B.O.E. 29 de octubre) de transparencia y protección al cliente de servicios financieros, y con mayor detalle en la Circular del Banco de España 5/2012, por lo que se podría en vez de incorporar la previsión existente en la enmienda 166 del Partido Popular, incorporar en su sustitución lo que se expone en el epígrafe dos de esta Nota*”.

En las enmiendas núm. 112 y 113 del mismo Grupo Parlamentario se introducen esas medidas. Así, en la enmienda 112 se solicita la adición de una Disposición final (nueva), por la que se introduce un nuevo apartado 4º al artículo 48 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito, a fin de procurar la protección preventiva de los legítimos intereses de la clientela, activa y pasiva, de las entidades de crédito. Esta Enmienda se justificaba del siguiente modo: “*La mejor protección de los intereses de los consumidores exige reconocer al notario*

*facultades que le permitan desarrollar el control preventivo de conformidad con la ley de las cláusulas de los contratos de préstamo y financiación. A este fin se le impone al notario con claridad el deber de controlar que tales contratos, con carácter previo a su elevación a escritura pública, cumplen con las exigencias de contenido que imponen las normas de transparencia y protección de la clientela de servicios financieros, de conformidad con la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre. Cuando el notario advierta que se contraviene esta regulación, deberá negarse a autorizar el documento público, reacción que permite una muy eficaz tutela preventiva del consumidor. No obstante, la decisión del notario de no autorizar deberá ser motivada y las partes podrán interponer frente a ella recurso de alzada ante la Dirección General del Notariado”.*

Y en la enmienda núm. 113, se propone la inclusión de una Disposición final (nueva) por la que se modifica el artículo 84 del Real Decreto Legislativo 1/2007 del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y se añade un nuevo párrafo 4 al artículo 207 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil. En este caso, la justificación de basa en estos fundamentos: *“Esta regulación persigue mejorar la protección de los derechos de los consumidores en la contratación. En concreto, se persigue mejorar la protección frente a la introducción de las cláusulas abusivas, estableciendo una mejora en el modo en que pueda ser conocido por el notario con carácter previo a la autorización de una escritura pública que determinada cláusula ha sido declarada nula como consecuencia de una sentencia firme. A este efecto, se establece que el Secretario del órgano jurisdiccional por cuya sentencia firme se declaró nula por abusiva una cláusula deberá comunicarla telemáticamente al Consejo General del Notariado a fin de que con toda celeridad éste ponga en conocimiento de los notarios la nulidad de la cláusula y así puedan impedir eficazmente su incorporación a las escrituras públicas que autoricen. A los efectos de la seguridad y constancia de la comunicación, el Consejo General del Notariado deberá notificar por medio telemático al Secretario la recepción de la sentencia. A fin de reforzar la protección del consumidor, la sentencia será notificada por el Secretario al Registro General de Condiciones Generales de la Contratación, que le dará la publicidad que previene su norma de creación”.*

Tras la exposición del trámite parlamentario de esta disposición, procede analizar cuál es el significado y verdadero alcance de la norma definitivamente aprobada. Así, en primer lugar, es necesario delimitar a qué contratos se aplica la norma, desde diferentes ópticas, tanto subjetiva como objetiva. En relación con el aspecto subjetivo, la norma se aplica a los contratos que se suscriban con un prestatario persona física (es decir, quedan excluidas las personas jurídicas, aunque éstas pudieran tener la condición de consumidoras, según la normativa general)<sup>21</sup>. Y en lo que se refiere al ámbito objetivo, la norma se aplica a dos grupos de contratos: 1º) aquellos contratos en los que la hipoteca recaiga sobre una vivienda o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir y 2º) a aquellos contratos en los que concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) que se estipulen limitaciones a la variabilidad del tipo de interés, del tipo de las cláusulas suelo y techo, en los cuales el límite de variabilidad a la baja sea inferior al límite de variabilidad al

---

<sup>21</sup> Cabe recordar que el artículo 3 de la LGDCU ofrece como concepto general de consumidor y de usuario el siguiente: *“A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional”.*



alza; b) que lleven asociada la contratación de un instrumento de cobertura del riesgo de tipo de interés, o bien; c) que se concedan en una o varias divisas. Cabría plantear si el listado de circunstancias debería ser objeto de ampliación al objeto de conseguir una más eficaz protección del consumidor. La respuesta en este marco podría quedar circunscrita al hecho de que los tribunales comiencen o no a estimar la nulidad de los contratos por la existencia de alguna de estas cláusulas al ser consideradas abusivas o por falta de información al consumidor<sup>22</sup>.

En cuanto al significado de esta disposición, o lo que es lo mismo, a la cuestión de en qué consiste realmente este fortalecimiento anunciado en el título de la misma, se dispone que “*se exigirá que la escritura pública incluya, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita, en los términos que determine el Banco de España*”. Aunque la disposición no fija plazo alguno, es claro que era necesario desarrollar cuanto antes el contenido y la forma de esta expresión manuscrita, pues se trata de una medida que no ha podido aplicarse hasta mediados de julio desde su aprobación en el mes de mayo. Estos términos han sido incluidos de forma sorpresiva en la guía publicada en la web del Banco de España el 16 de julio de 2013 (*Guía de acceso al préstamo hipotecario*), como un anejo IX [Expresión manuscrita de advertencia de los riesgos del contrato (artículo 6 de la Ley 1/2013)], en el que se indica:

*“Como capítulo aparte y cuestión a la que ya nos hemos referido en esta guía, del artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, surge la obligación del notario de recabar del prestatario, en el momento de la escritura, una expresión manuscrita suya por la que manifiesta haber sido advertido de los riesgos derivados del contrato, si este incorpora cláusulas suelo y techo; si lleva asociada la contratación de instrumentos de cobertura del riesgo de tipos de interés, o si se concede en una o varias divisas. A continuación transcribimos el texto determinado al respecto por el Banco de España conforme al mandato dictado por el precepto citado:*

***Soy conocedor de que mi préstamo hipotecario:***

***(i)establece limitaciones [indicar cuál/es: suelos y/o techos] a la variabilidad del tipo de interés;***

***(ii)lleva asociada la contratación de un instrumento de cobertura del riesgo de tipo de interés [indicar cuál], y***

***(iii)está concedido en la/s siguiente/s divisa/s [indicar cuál/es].***

***Además, he sido advertido por la entidad prestamista y por el notario actuante, cada uno dentro de su ámbito de actuación, de los posibles riesgos del contrato y, en particular, de que:***

***a)el tipo de interés de mi préstamo, a pesar de ser variable, nunca se beneficiará de descensos del tipo de interés de referencia por debajo del [límite mínimo del tipo de interés variable limitado];***

***b)las eventuales liquidaciones periódicas asociadas al instrumento de cobertura del préstamo pueden ser negativas, y***

---

<sup>22</sup> Tener en cuenta que en estos presupuestos objetivos aparecen precisamente las cláusulas que han sido objeto de polémica: las “cláusulas suelo-techo” (ver STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013) y las denominadas “hipoteca multidivisa”.

***c)mi préstamo no se expresa en euros y, por lo tanto, el importe en euros que necesitaré para pagar cada cuota variará en función del tipo de cambio de [moneda del préstamo/euro].***

Esta firma manuscrita servirá, según la disposición, para que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato. Pero esta información sobre los riesgos no es nueva tampoco, puesto que la referencia a los mismos se encuentra ya de forma detallada en el *Modelo de Ficha de Información Personalizada* (FIPER) que figura en el Anexo II de la Orden 2899/2011<sup>23</sup>. Cabe destacar, aunque no aparece en el contenido de la “expresión manuscrita”, que entre los riesgos y advertencias de la FIPER figura la referencia al “riesgo de insolvencia” al indicarse que ***“sus ingresos pueden variar. Asegúrese de que si sus ingresos disminuyen aún seguirá pudiendo hacer frente a sus cuotas de reembolso [periodicidad]”***.

Procede añadir que, con posterioridad a la publicación de la Ley 1/2013 pero antes de la publicación del contenido de la expresión manuscrita, la exigencia de la misma ha sido incorporada a otros instrumentos financieros<sup>24</sup>, respecto a los cuales ha quedado demostrada también, entre otras circunstancias, la falta de una información detallada y completa al consumidor sobre el producto contratado.

## **B. La Guía de acceso al préstamo hipotecario**

La referencia a la Guía que aparece en la Disposición Adicional Tercera de la Ley 1/2013 no es tampoco una novedad, porque la obligación de publicarla la tenía asumida el Banco de España desde la publicación de la Orden 2899/2011. En el CAPÍTULO II (Normas relativas a los créditos y préstamos hipotecarios), Sección 2ª (Información Precontractual), aparecía el artículo 20, titulado “*Guía de Acceso al Préstamo Hipotecario*”, con el siguiente contenido:

- 1. El Banco de España elaborará una «Guía de Acceso al Préstamo Hipotecario», con la finalidad de que quienes demanden servicios bancarios de préstamo hipotecario dispongan, con carácter previo a la formalización de los mismos, de información adecuada para adoptar sus decisiones de financiación.*
- 2. La guía estará disponible en todos los establecimientos comerciales de las entidades de crédito, en sus páginas electrónicas y en la página electrónica del Banco de España, y deberá hallarse a disposición de los clientes, en cualquier momento y gratuitamente.*

---

<sup>23</sup> El modelo español coincide en lo sustancial con el *Modelo de Ficha Europea de Información Normalizada* (FEIN) que figura como Anexo en la Propuesta de Directiva de 2011. En la Propuesta de Directiva de 2011, se incluye también la referencia a la “Información básica que deberá figurar en la publicidad”. Según el artículo 8, letra i), en ella habrá que incluir “una advertencia, cuando proceda, sobre el riesgo de perder el bien inmueble residencial en caso de incumplimiento de los compromisos derivados del contrato de crédito, cuando el crédito esté garantizado por una hipoteca o por otra garantía comparable sobre bienes inmuebles de uso residencial comúnmente utilizada en un Estado miembro sobre bienes inmuebles de uso residencial, o por un derecho relativo a un bien inmueble de uso residencial”.

<sup>24</sup> Ver la *Circular 3/2013, de 12 de junio, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre el desarrollo de determinadas obligaciones de información a los clientes a los que se les prestan servicios de inversión, en relación con la evaluación de la conveniencia e idoneidad de los instrumentos financieros* (publicada en el BOE núm. 146, de 19 de junio de 2013).

La justificación de su elaboración puede encontrarse en la Exposición de Motivos de la propia Orden 2899/2011, en la que se calificaba esta guía como una herramienta específica (guía informativa) adaptada a este producto que se va a difundir para profundizar en la “*necesaria educación financiera de los clientes*”<sup>25</sup>.

Por tanto, lo único que es una novedad en la Ley 1/2013 en relación a esta guía es el plazo para publicarla. Así, la DA 3ª de esta norma, bajo el título “Publicación por el Banco de España de la Guía de Acceso al Préstamo Hipotecario”, dispone: “*en el plazo de dos meses desde la aprobación de esta Ley, el Banco de España publicará la «Guía de Acceso al Préstamo Hipotecario» a la que se refiere el artículo 20 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios*”.

En cumplimiento de esta DA, el Banco de España publicó la guía en su página web el 15 de julio de 2013. Consta de doce apartados informativos y nueve anejos, refiriéndose el último, como ya se ha indicado a la “expresión manuscrita”. En estos doce apartados se tratan, de forma divulgativa, los siguientes puntos clave de la contratación hipotecaria: los préstamos y los créditos hipotecarios; las garantías del prestamista en el préstamo hipotecario; el importe del préstamo; el plazo; el tipo de interés; cómo se paga el préstamo; las comisiones y otros gastos; la tramitación; qué debe tenerse en cuenta al contratar; las relaciones posteriores a la formalización del préstamo; qué ocurre en caso de impago del préstamo y cuáles son los sistemas extrajudiciales de disolución de discrepancias entre las entidades y sus clientes.

#### IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

Tras lo expuesto, cabe realizar una reflexión final. Se trata simplemente de valorar si las medidas adoptadas en esta nueva norma (Ley 1/2013) en lo que respecta a la denominada “fase de comercialización”, resultan o no eficaces para la protección del consumidor, conforme a lo preceptuado en el artículo 51.1 de la Constitución Española, que dispone que “*los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos*”. Partiendo de que ninguna de las dos medidas constituye una verdadera novedad, cabe concluir que ni la expresión manuscrita ni la guía de acceso permiten asegurar (aunque contribuyan teóricamente a ello) que el consumidor conozca realmente todos los extremos del producto financiero que contrata (en este caso, el contrato de préstamo hipotecario) y sea consciente de su nivel de endeudamiento y de los riesgos que conlleva, en especial, el de la insolvencia.

---

<sup>25</sup> A este respecto, se puede reflexionar sobre diversas cuestiones, como la relativa a desde cuando resulta necesaria esta educación financiera, en el sentido de no esperar a un endeudamiento del nivel cuantitativo que es habitual en el ámbito hipotecario para adquirirla. Debe recordarse que el consumidor puede llegar a padecer una situación de sobreendeudamiento con la simple firma de créditos al consumo (que no exigen garantía hipotecaria), entre los que cabe destacar los que tienen por objeto la financiación de la enseñanza universitaria, ámbito en el que ya empiezan a surgir importantes situaciones de impago que pueden lastrar el futuro financiero de estos consumidores. Sobre la interesante perspectiva educativa, ver PEÑAS MOYANO, B., “¿Llegará la educación financiera a las clases de colegios e institutos?” (Blog jurídico *Lex Nova*, viernes 5 de julio de 2013). Y en relación con la consecuente información sobre la conducta financiera, ver CUENA CASAS, M., “¿Qué le parecería que todos los bancos pudieran conocer su currículum financiero?” (Blog jurídico *¿Hay derecho?*, 5 de septiembre de 2013).