

4.4. DE CARLOS JIMÉNEZ GALLEGO.

La adquisición de vivienda financiada con préstamo hipotecario

INDICE

- I.- Presentación y normativa.**
- II.- Nota sobre el ámbito de aplicación de la ley 5/2019.**
- III.- El examen de la solvencia del futuro deudor.**
 - La tasación.**
 - La política de retribución del personal al servicio del prestamista.**
- IV.- La información precontractual.**
 - Notas de bibliografía**

I.- PRESENTACIÓN Y NORMATIVA.

Quien desee financiar la adquisición de una vivienda acudirá, en la gran mayoría de casos, a un Banco o entidad de crédito. También puede acudir a prestamistas no bancarios. En uno y otro caso puede solicitar los servicios de un intermediario financiero.

El modo de proceder y la actuación de los diferentes sujetos en todos estos casos ha sido objeto de regulación por la ley 5/2019, de 16 de marzo, en vigor desde el 16 de junio de 2019, promulgada para trasponer al Derecho español la Directiva 2014/17/UE, si bien las normas de la ley han regulado muchas más cosas de las exigidas por la trasposición.

La concesión de préstamos bancarios se venía regulando por la OM de 28.10.2011, a falta de norma de rango superior. Esta OM tenía su apoyo legal en un breve artículo de la ley de economía sostenible (ley 2/2011, de 4 de marzo) y sustituyó a la más breve y menos precisa OM de 5 de mayo de 1994, si bien ésta representó un gran paso en su día. Actualmente se regula por la ley 5/2019, que ha sido desarrollada, a nivel reglamentario, por el R.Decreto 309/2019, de 26 de abril. El contenido del RD se limita a normas sobre los servicios de asesoramiento y de asesoramiento independiente, requisitos para el registro de los prestamistas, información que debe facilitarse al prestatario durante la vigencia del préstamo (arts. 6 a 10), requisitos de los medios tele-

máticos para la remisión de documentación por el prestamista al notario (art. 11) y procedimiento desde la remisión hasta el acta previa notarial (art. 12).

La OM de 28.10.2011 ha sido modificada, aunque sólo en algunos apartados, por la OM ECE/482/2019, de 26 de abril (misma fecha que el RD 309/2019). Crea un capítulo (el “II bis”) dedicado a la hipoteca inversa, modifica el anexo I dedicado a la FIPRE (ficha de información previa), y sustituye todo el anexo II, antes dedicado a la FIPER (ficha de información personalizada), ahora dedicado a la FiAE (ficha de advertencias estandarizadas). Nos referimos a estos documentos en el apartado IV del presente comentario. Esta OM se considera ahora el desarrollo reglamentario de la ley 5/2019, en todo lo que no resulte contrario a la propia ley ni al RD 309/2019, según dispone la DT 1ª de éste.

La actividad de prestamistas no bancarios y de intermediarios financieros fue objeto de la ley 2/2009 que, no obstante, dejó sin regular materias importantes, y ahora, además, por la ley 5/2019 y la normativa de desarrollo de ésta que acabamos de reseñar. La ley de 2009 subsiste en lo que no haya sido modificado por la de 2019.

En este comentario vamos a tratar de la regulación de la fase precontractual de esos supuestos de financiación. Los dos aspectos básicos son el análisis de la solvencia del futuro deudor, que incluye lo relativo a la tasación y la política de retribución del personal al servicio del prestamista, y la información que el acreedor debe suministrar al potencial deudor relativa al contrato que se suscribirá con carácter previo a éste, tanto en lo referido al contenido como al procedimiento de entrega.

Nos centraremos, no obstante, en el primer aspecto y trataremos el segundo de forma breve, dado que a éste hemos dedicado ya otros estudios.

Es cosa sabida que antes de la crisis iniciada el año 2007 se concedían muchos préstamos por Bancos sin una evaluación responsable del riesgo y con tasaciones influenciadas, que se ajustaban a un determinado valor con objeto de poder conceder el préstamo y poder asimismo titularlo para negociarlo en el mercado secundario. Así se financiaron precios de vivienda muy elevados para deudores con poca capacidad de generar ingresos y/o que perdieron sus trabajos con la llegada de la crisis. Por ejemplo, en los años 2006 a 2008 era frecuente comprar pisos en el barrio palmesano de Son Gotleu (barrio de gente modesta, con gran proporción de inmigrantes) por precios entre 150.000 y 200.000 euros, cuando cuatro o cinco años antes de empezar la crisis se vendían por 50.000-60.000 euros. La concesión del

préstamo se basó, en gran parte, en el valor del piso hipotecado, sobre el presupuesto, implícito, de que el valor no bajaría o incluso seguiría subiendo. Pero cuando estos deudores se encontraron sin trabajo o se produjo una separación matrimonial o de pareja (muchas veces con abandono de uno de los cónyuges o convivientes “sin dejar rastro”) no pudieron vender su vivienda hipotecada porque la misma crisis paralizó las compraventas. No había nadie que comprara el piso ni por 50.000 euros. Sabemos de un Banco que, para vender pisos que se había adjudicado en subasta -tras ejecuciones hipotecarias- en la zona de la C. Reyes Católicos, los fue vendiendo por 10.000 euros porque no encontró a nadie que pagara más. Se dieron todos los elementos para la ejecución hipotecaria. Y en las ejecuciones, las adjudicaciones a favor de los acreedores se realizaban por valores que no cubrían la deuda. Por si fuera poco, quien tuvo la suerte de poder vender lo hizo por un precio mucho más bajo del precio de compra. Así, tanto en caso de ejecución como de venta, los deudores, en la gran mayoría de casos, no pudieron saldar sus deudas y además se quedaron sin medios económicos para poder comprar otra vivienda y sin solvencia para obtener un nuevo préstamo que permitiera comprar otra o refinanciar su pasivo.

A primera vista, el Banco tiene que ser el primer interesado en contratar con clientes solventes, pero la práctica ha demostrado que los objetivos comerciales han primado. Y mucho.

Las normas administrativas sobre control de solvencia de la Banca existían y existen, pero también han sido insuficientes. No sólo porque la supervisión administrativa no se ha realizado, ni se seguirá realizando como toca, sino porque las sanciones administrativas no son suficientes. Un botón de muestra de lo primero: a fecha actual (febrero de 2020) ni siquiera se ha creado en nuestra C.A., ni está previsto que se haga, el Registro de prestamistas no bancarios previsto en el art. 3 de la ley 2/2009 (¡que entró en vigor el 2 de abril de 2009!) que es el requisito previo para que la CA pueda ejercitar sus obligaciones de supervisión.

La Banca puede, de hecho, contratar con gran riesgo de insolvencia y contrarrestar, hasta cierta medida, ese riesgo, dotando provisiones. Además, el tipo de interés en contratos a clientes menos solventes ha sido siempre más alto, lo que ha dado más beneficio a la Banca (mientras esos clientes han podido pagar). Y la Banca ha trasladado a terceros su riesgo, con la titulización de los préstamos; es cierto que para ello se exigía que el capital concedido no excediera del 80% del valor de tasación de la vivienda, pero... el problema se arreglaba manipulando las tasaciones. Sólo el ejercicio en masa de reclamaciones civiles (no las sanciones administrativas), muy favorecido

por tesis jurisprudenciales (algunas un tanto discutibles), empezó a cambiar las conductas a partir del año 2013.

Esta situación contribuyó a la expansión de prestamistas privados e intermediarios financieros, que ofrecían préstamos para refinanciar deudas. Estos prestamistas ofrecían tipos de interés muy altos y plazos muy breves para la devolución. Si el cliente no podía renovar el plazo a su vencimiento, o el prestamista no lo permitía, la ejecución era inevitable.

Una consecuencia: el “sistema” permitió que hubiera inversores inmobiliarios que usaron el préstamo para adquirir inmuebles, o sea, concediendo préstamos a sabiendas de que no se podrían pagar (o con una alta probabilidad de impago) para llegar a la subasta y adquirirlos mediante puja por tercero interpuesto o por el propio acreedor en adjudicación tras quedar desierta la subasta. No todos, ciertamente.

Los intermediarios ponían en contacto a clientes no sólo con prestamistas personas físicas, sino sobre todo con sociedades que se especializaron en este tipo de operaciones (Cetelem, General Electric Capital Bank, etc). Prolifera- ron las empresas reunificadoras de deudas. No era su objetivo, o el de la mayoría de ellas, adquirir inmuebles. En mi trayecto diario desde Pº de Mallorca a C. Protectora, en el centro de Palma (unos 200 metros), había tres oficinas de entidades distintas el año 2013. No queda ninguna. La mayoría han desaparecido porque no han podido soportar la morosidad de sus clientes.

Los intermediarios ejercían sin regulación específica hasta la ley 2/2009, de 31 de marzo. Esto permitió una gran opacidad en sus contratos, no sólo en la retribución que pudieran recibir de los prestatarios, sino el cobro de comisiones y, sobre todo, en las retenciones que practicaban sobre los capitales a entregar para hacer pagos poco especificados; también permitió el ejercicio de la actividad por gran cantidad de sujetos sin competencia profesional y el asesoramiento hipotecario por inmobiliarias, interesadas en vender y conseguir a sus compradores una financiación rapidísima a cualquier coste. “Tu piso en 24 horas” se podía leer en las cristaleras exteriores de una oficina inmobiliaria de la Av. Argentina de Palma. ¿Cuánto tiempo de esas 24 horas se dedicaría al examen de la solvencia del comprador?

Con cierto retraso se fueron promulgando normas de Derecho privado para intentar resolver estos problemas.

En la fase de contratación, la regulación del examen de la solvencia, tasaciones y política de personal al servicio de los acreedores, así como del

contenido de la información pre-contractual y del contenido de los contratos se contiene en la OM de 28.10.2011 y, a nivel legal, en la ley 5/2019. No se había regulado esto, sin embargo, para prestamistas no bancarios en la ley 2/2009.

En la fase de ejecución:

-Posibilidad de examen judicial de cláusulas abusivas, desde la ley 1/2013, modificada por la ley 5/2019.

-Nueva regulación del vencimiento anticipado: primero por la ley 1/2013 y posteriormente por la ley 5/2019.

-Código de buenas prácticas. R.D.-Ley 6/2012, de 9 de marzo, modificado por la ley 5/2019: regula la posibilidad de pactar un período de carencia de amortización de capital, la reducción del tipo de interés, ampliación del plazo, quitas, e incluso una dación en pago. Se aplica a personas que cumplan los requisitos que establece el propio R.D.-Ley.

En el ámbito de Derecho público debe citarse, por su influencia en el Derecho privado, el art. 69ter de la ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, en la redacción dada por el R.D.-Ley 22/2018 de 14 de diciembre: “Con el objetivo de evitar el aumento excesivo del riesgo bancario o el endeudamiento excesivo de los agentes económicos, el Banco de España podrá determinar el establecimiento de límites y condiciones sobre la concesión de préstamos.”

II.- NOTA SOBRE EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY 5/2019.

El ámbito de aplicación es una de las cuestiones más difíciles de la ley 5/2019.

Como muestra:

No es una ley sólo para consumidores.

Tampoco se aplica sólo cuando el préstamo es para financiar la adquisición de una vivienda.

La cualidad de “vivienda habitual” del deudor no tiene ningún efecto especial en la nueva ley.

Sí se puede aplicar, según se interprete, a préstamos a empresas para financiar sus actividades empresariales si interviene algún consumidor como avalista o garante.

Hay preceptos que se aplican sólo a consumidores, pero no a todos los que según el Derecho español vigente son consumidores (ya que en el Derecho español hay personas jurídicas que pueden ser consumidores).

Otros preceptos se aplican a todo tipo de personas físicas, sean o no consumidores.

Desde el punto de vista del acreedor, la ley 5/2019 se aplica a entidades de crédito y, además, a toda persona física o jurídica que conceda préstamos en el ámbito de su actividad profesional, y también a cualquier persona física o jurídica que lo haga de manera ocasional, siempre que en este último caso, haya una finalidad inversora y se trate de un préstamo hipotecario. La “finalidad inversora” es una originalidad del Derecho español respecto de la Directiva, que amplía el ámbito de aplicación de la normativa, con buena intención (introducida en la fase de elaboración parlamentaria pues no figuraba en el proyecto del Gobierno), pero regulada con una total imprecisión de límites.

Hay finalidad inversora en los casos en que la entrega del capital va a permitir al prestamista obtener una ganancia que supere el coste de esa “inversión”, aun en términos de lucro cesante (sólo si hay hipoteca, repetimos). Esto amplía el ámbito de la ley a muchos más casos de los que a primera vista parece. Una consecuencia: un particular –no profesional- no va a poder cumplir los requisitos que la ley impone al prestamista (registro, seguro de responsabilidad civil, formación, etc.), lo cual deja a este tipo de operaciones fuera de la ley.

En el término “préstamo” se entienden incluidos, conforme a la Directiva, el crédito, el pago aplazado, y las facilidades de pago (apartado 3 del art. 4 de la ley).

Desde el punto de vista del deudor, la ley española se aplica a personas físicas, sean o no consumidores, en los casos del art. 2.1.a) de la ley y sólo a personas físicas consumidores en los casos del art. 2.1.b). La diferencia principal entre los supuestos del apartado a) y los del apartado b), aparte de la subjetiva, radica en el tipo de contrato y el objeto de éste.

En el apartado a) tiene que haber hipoteca u otro derecho real de garantía sobre un inmueble de uso residencial. Es irrelevante el carácter habitual

de la vivienda. También es irrelevante que la finalidad del préstamo sea la adquisición de la vivienda que se hipoteca.

El apartado b) se refiere a préstamos o créditos “cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir” pero siempre que el deudor, o el fiador o el garante sea un consumidor persona física.

Es consumidor quien actúa con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión, según el art. 3 del TR de la Ley general para la defensa de consumidores y usuarios (RD legislativo 1/2007, de 16 de noviembre). Una STS de 7 de noviembre de 2017, reiterando jurisprudencia del TJUE, resolvió que no es consumidor quien tenga vínculos funcionales con una sociedad, de forma que no puede serlo el administrador persona física que afianza un préstamo concedido a la sociedad de la que es administrador.

En los supuestos del apartado b) es irrelevante si hay o no garantía, personal o real (o sea, puede haberla, y tener por objeto vivienda u otro tipo de inmueble) y se plantea el problema de si el inmueble que se va a adquirir o conservar tiene que ser de uso residencial. Una Instrucción de la DGRN de 20 de diciembre de 2019 se ha pronunciado en sentido negativo, postura ésta que, en nuestra opinión, es de lamentar porque amplía el ámbito de aplicación de la ley a supuestos insospechados. Por ejemplo, al préstamo hipotecario sobre un local concedido a una sociedad que es avalado por el padre del administrador.

Tanto en el apartado a) como en el apartado b), la persona física puede ser deudor, fiador o garante. En cualquiera de los tres supuestos se aplica la ley 5/2019.

Es decir, si hay préstamo con hipoteca sobre vivienda, la ley se aplica siempre que el deudor (o fiador o garante, si los hay) sea una persona física, aunque no sea un consumidor. Y si el deudor (o fiador o garante, si los hay) es un consumidor persona física, la ley se aplica a todo préstamo, con o sin garantía, siempre que tenga como fin adquirir o conservar un inmueble (residencial, en nuestra opinión). Si no tiene esta finalidad, nos salimos del ámbito de la ley 5/2019 y el préstamo se registrará por la ley de contratos de crédito al consumo. Parece ya pacífico que el término “conservar” no se refiere a reformar o rehabilitar, sino a conservar la propiedad (en sentido jurídico, no físico).

No nos extendemos más sobre esta materia por exceder del tema de este comentario.

III.- EL EXAMEN DE LA SOLVENCIA DEL FUTURO DEUDOR.

La obligación de evaluar la solvencia del futuro deudor se contempla por la ley en los arts. 11 y 12, complementados, en cuanto a la tasación, por el art. 13, y en cuanto a la política de retribución del personal al servicio del acreedor, por el art. 18.

La regulación del examen de la solvencia anterior a la ley 5/2019 se contenía en el art. 18 de la OM de 28.10.2011 y era aplicable con carácter general a todo tipo de préstamos y créditos por entidades de crédito, no sólo a los regulados especialmente por la OM en otro capítulo. No se aplicaba, por tanto, a prestamistas no bancarios. Respecto de éstos, se regían “sólo” por la ley 2/2009, pero esta ley no regulaba el examen de la solvencia. La base legal de este art. 18 de la OM era el art. 29 de la ley de economía sostenible (ley 2/2011, de 4 de marzo), que imponía a las entidades de crédito evaluar la solvencia sobre la base de una información suficiente.

La regulación de la OM de 2011 no ha sido formalmente modificada hasta la fecha y sigue vigente en todo lo que no sea contrario a la ley 5/2019. Según su art. 18, que es sin duda conforme a esta ley, la entidad de crédito, antes de celebrar el contrato, tenía y tiene que “evaluar la capacidad del cliente para cumplir con las obligaciones derivadas del mismo, sobre la base de información suficiente obtenida por medios adecuados a tal fin, entre ellos la información facilitada por el propio cliente”.

La evaluación se refiere al menos a:

-La situación de empleo, ingresos (su variabilidad e incluso el nivel previsible de ingresos tras la jubilación), patrimonial y financiera. Se imponía consultar la CIR del Banco de España así como los ficheros de solvencia patrimonial y crédito a que se refiere el art. 29 de la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos.

-La capacidad del cliente, y garantes, de cumplir sus obligaciones de pago, teniendo en cuenta sus ingresos, sus activos en propiedad, sus ahorros, sus obligaciones derivadas de otras deudas, sus gastos fijos y la existencia de otras posibles garantías.

-En caso de interés variable, había que valorar cómo afectaría a la capacidad del cliente de cumplir con su obligación de pago.

-En caso de garantías reales, se exigía “la valoración prudente de tales garantías, mediante procedimientos que eviten influencias o conflictos de interés que puedan menoscabar la calidad de la valoración.” Y los criterios para la concesión deben basarse preferentemente en la capacidad estimada del cliente para hacer frente a sus obligaciones de pago “y no exclusivamente en el valor esperado de la garantía”.

-En caso de suscripción de seguros de amortización, tal suscripción no podrá sustituir la necesaria y completa evaluación de la solvencia del cliente.

La entidad tiene obligación de contar con procedimientos internos para la evaluación de solvencia, que tenía que revisar periódicamente, así como mantener registros actualizados de dichas revisiones.

En caso de rechazar la concesión por solvencia insuficiente basándose en la consulta de ficheros, la entidad informará al cliente del resultado de dicha consulta.

Entre paréntesis nos podemos preguntar: si todo esto estaba vigente desde el año 2011 ¿por qué en los años siguientes se ha evaluado de manera tan irresponsable la solvencia de los deudores?

Como se verá, la normativa de la Directiva europea, y la contenida en la ley 2/2019, son muy parecidas a la de esta OM, hasta el punto de que llevan a hacer pensar que la trasposición al Derecho español de la norma europea no (apenas) ha innovado lo que ya había.

Finalmente, la OM dispone que la evaluación de la solvencia se realizará sin perjuicio de la libertad de contratación, “en ningún caso afectará a su plena validez y eficacia, ni implicará el traslado a las entidades de la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones de los clientes.”

Esto sí hay que entenderlo modificado por la ley 5/2019, en los términos que en seguida explicaremos.

¿Qué exige la Directiva de 2014/17/UE?

La Directiva regula el examen de la solvencia en los arts. 18 a 20, aplicables a los contratos que la propia Directiva regula. El art. 4 la define como “evaluación de las perspectivas de cumplimiento de las obligaciones vinculadas a la deuda que se deriven del contrato de crédito.”

El art. 18 impone evaluar en profundidad la solvencia del consumidor. La evaluación “no se basará predominantemente en el valor del bien inmueble de uso residencial que exceda del importe del crédito o en la hipótesis de que el valor de dicho bien inmueble aumentará”, salvo que la finalidad del préstamo sea la construcción o renovación. La evaluación se basará en la información relativa a “los ingresos y gastos y otras circunstancias financieras y económicas del consumidor”.

Como se ve, se trata sólo de principios de actuación. No hay medidas concretas sobre los elementos que hay que tomar en consideración. Ello queda a la regulación de los Estados. La normativa de la OM de 2011 ya permitía considerar, a nuestro juicio, que el Derecho español no necesitaba adaptación en lo referido a las actividades de evaluación.

Los procedimientos de evaluación tienen que documentarse y actualizarse. Sin embargo, la Directiva no los regula.

El prestamista no debe anular o modificar el contrato en perjuicio del consumidor debido a que la evaluación de la solvencia no se haya efectuado correctamente, salvo que demuestre que el consumidor ha ocultado o falsificado conscientemente la información.

El prestamista tiene que informar “de antemano de su intención de consultar una base de datos”.

En caso de denegación, hay que informar, en su caso, que la denegación procede de un tratamiento automático de datos. Si la denegación se basa en la consulta de una base de datos, hay que informar del resultado y de los “pormenores de la base de datos consultada.”

El art. 18.6 impone una nueva evaluación de la solvencia “antes de cualquier aumento significativo del importe total tras la celebración del contrato de crédito”.

Recordamos que la Directiva, en esta materia, como en casi todas la que regula, sólo es una norma de mínimos.

¿Qué dispone la ley 5/2019?

La ley 5/2019 regula el examen de la solvencia en los arts. 11 y 12, que se aplican sólo a los contratos sujetos a la ley 5/2019, pero se aplican tanto a los contratos concertados por entidades de crédito como a los concertados por

prestamistas no bancarios. La extensión del ámbito de aplicación, exigida por la Directiva, sujeta a todo tipo de prestamistas a las mismas normas en lo que se refiere a esta materia.

Se exige al prestamista “evaluar en profundidad la solvencia del potencial prestatario, fiador o garante” (art. 11.1). Se trata de verificar la capacidad del cliente para cumplir con las obligaciones derivadas del préstamo. Entre otros factores a tener en cuenta, señala “la situación de empleo, los ingresos presentes, los previsibles durante la vida del préstamo, los activos en propiedad, el ahorro, los gastos fijos y los compromisos ya asumidos”. Es un listado no exhaustivo.

En su caso, también hay que valorar el nivel previsible de ingresos a percibir durante la jubilación. En los casos en que haya garantía real, la evaluación de la solvencia “no se basará predominantemente en el valor de la garantía que exceda del importe del préstamo o en la hipótesis de que el valor de dicha garantía aumentará”, salvo que la finalidad del préstamo sea la construcción o renovación de inmuebles de uso residencial.

En nuestra opinión, todo esto lleva a concluir que el examen de la solvencia tiene que ser personalizado y que no puede basarse sólo en un tratamiento automatizado de datos (“credit scoring”). El credit scoring no está, ni mucho menos, prohibido, pues el art. 11.6 de la ley lo contempla e incluso parece que permite que sea la base de la decisión (lo que nos parece excesivo). Se trata de la aplicación de una fórmula estadística que se basa en la situación financiera del cliente y su historia crediticia personal. Es muy objetivo pero se basa más en datos pasados que actuales y no tiene en cuenta circunstancias personales del cliente.

El examen de la solvencia es una obligación legal. No puede dejar de hacerse ni hacerse de manera menos rigurosa a la prevista. Siempre, claro está, que el prestamista esté dispuesto a iniciar actuaciones tendentes a una posible concesión del préstamo al solicitante.

En consecuencia, el examen no puede suplirse por un seguro de amortización del préstamo. Si éste se contrata, lo será por otras razones.

El coste de los “procedimientos” para llevar a cabo la evaluación de solvencia “en ningún caso podrá repercutirse al potencial prestatario” dispone el art. 11.2 de la ley. Sin embargo, esta norma contrasta con la del art. 14.4, que parece permitir incluir este coste en la comisión de apertura. El art. 14.4 dispone: “Si se pactase una comisión de apertura, la misma se devengará

una sola vez y englobará la totalidad de los gastos de estudio, tramitación o concesión del préstamo u otros similares inherentes a la actividad del prestamista ocasionada por la concesión del préstamo.” Esta frase es tan genérica que incluye cualquier coste. También hay que tener en cuenta que el apartado e) del art. 14.1 dispone que “los gastos de tasación del inmueble corresponderán al prestatario”.

¿Entonces?

En opinión de Cabanas Trejo, el coste no podrá repercutirlo el prestamista al futuro deudor “en el sentido de cobrárselos, aunque el préstamo no llegue a formalizarse, pero como gastos de estudio pueden incluirse en la comisión de apertura.” (1)

En nuestra opinión, lo que se deduce de la lectura de ambas normas es que si el resultado del examen es negativo y el préstamo no se concede y, por tanto, el prestamista no podrá cobrar comisión de apertura, el coste del examen tiene que ser soportado por el prestamista. Pero si el préstamo se formaliza, el prestamista puede repercutir el coste (en la comisión de apertura). La contradicción entre el texto de una y otra norma es insalvable si se pretenden aplicar al supuesto de préstamo concedido. Por eso, hay que concluir que el art. 11 dice menos de lo que resulta de su tenor literal.

El examen de solvencia tiene que realizarse también al fiador, lo cual es coherente, e incluso, según el art. 11, al garante. Esto hay que entenderlo limitado a la tasación del bien ofrecido en garantía, porque el garante no deudor (ni fiador) no tiene ninguna otra responsabilidad. Tiene el mismo criterio Marín López (2), para el cual la decisión de evaluar la solvencia del garante es “incorrecta”. Una postura más matizada –aunque creemos que en el fondo es la misma– es la de Cabanas Trejo, quien ha escrito que “una valoración global de la capacidad del garante para devolver el préstamo quizá resulte excesiva”. (3) En contra, Zunzunegui Pastor, para quien “en el alcance de su garantía, el fiador o garante se encuentran en la misma posición de sobreendeudamiento” aunque la solvencia del garante no sea determinante para la evaluación positiva del prestatario y la correspondiente concesión del crédito. (4) No compartimos esta última postura, pues la solvencia del garante no es que no sea determinante, es que es irrelevante y, por consiguiente, el sentido práctico lleva a no evaluarla (¿para qué?).

Según el art. 12, los prestamistas (e intermediarios y los representantes de éstos) tienen que especificar “de manera clara y directa” la información necesaria y las pruebas que el cliente debe aportar, así como el plazo en que

deba hacerlo. Las pruebas tienen que ser comprobables independientemente. La información solicitada tiene que ser “proporcionada y limitada a lo necesario” y respetar los límites establecidos en la normativa de protección de datos. El art. 20 de la L.O. 3/2018, de 5 de diciembre (de protección de datos personales) presume lícito el tratamiento de datos relativos al incumplimiento de obligaciones dinerarias por sistemas de información crediticia, entre otros casos, cuando los datos sólo puedan ser consultados por quien mantiene una relación contractual con el afectado como sucede, entre otros supuestos, en los previstos en la legislación de contratos de crédito al consumo y de contratos de crédito inmobiliario.

Hay obligación de consultar el historial del cliente en la CIR del Banco de España. No está del todo claro si, además, es obligatorio a alguna de las entidades privadas de información crediticia; literalmente, parece que sí. La Directiva no impone ninguna consulta. Se limita a permitir las. Pero nada obsta a que los Estados la impongan.

La DF 7ª de la ley 5/2019 ha modificado los arts. 60 y 61 de la ley 44/2002, de 22 de noviembre de 2002 para permitir a todos los prestamistas inmobiliarios e intermediarios de crédito inmobiliario (o sea, no sólo entidades de crédito) el acceso a esa información.

La Directiva dispone que el prestamista tiene que informar al cliente con carácter previo acerca de la consulta a bases de datos. Esto no aparece en la ley 5/2019. Pero, como dice Marín López, tiene que hacerse así porque lo exige el Reglamento europeo de protección de datos (Reglamento 2016/679, de 27 de abril), que es norma directamente aplicable en España. (5)

Una vez concedido el préstamo, el prestamista “podrá” comunicar a estas entidades privadas el importe, fechas de inicio y de vencimiento, importes pendientes de pago, tipo de préstamo, garantías existentes y valor de éstas y otros datos que pueda establecer el Ministerio de Economía.

Los prestamistas tienen que contar con procedimientos internos para llevar a cabo la evaluación de la solvencia, que deben ser revisados periódicamente. La revisión se supervisará por el Banco de España o autoridades autonómicas correspondientes. La supervisión es algo que no estaba en la OM de 2011; es una de las pocas cosas que aporta la ley 5/2019.

La ley no dice nada acerca de los procedimientos. Algo de esto se contempla, no obstante, en la Circular 4/2017, de 27 de noviembre, del Banco de España sobre normas de información financiera pública y reservada y modelos de

estados financieros, que ha recogido criterios de la Autoridad Bancaria Europea (en inglés, “EBA”). Señala que el prestamista debe comprobar la renta del cliente procedente de sus negocios o fuentes de renta habituales, verificando la capacidad de generar ingresos y su historial. Debe tener en cuenta los gastos comprometidos, incluidos los de subsistencia del futuro deudor; y debe tener en cuenta escenarios futuros negativos, incluyendo la reducción de renta en la jubilación.

Nada exige un porcentaje determinado de relación entre ingresos del deudor y capital concedido (ratio DTI, o “debt to income”). La DF 15ª remite al desarrollo reglamentario la fijación de “la adecuada atención a los ingresos de los clientes en relación con los compromisos que adquieran al recibir un préstamo”. Ese desarrollo no es obligatorio, sino potestativo, y a fecha actual no se ha hecho. En consecuencia, la toma de consideración de esta ratio queda en manos de cada prestamista.

La Circular 5/2012 de 27 de junio, del Banco de España, que desarrolló la OM de 28.10.2011 tiene un anexo VI sobre métodos y procedimientos para evaluar la solvencia. Entre otras cosas, señala que los prestamistas deben observar una relación máxima entre renta recurrente del deudor que proceda de sus ingresos más habituales y el pago de todas sus deudas conocidas. Y en ningún caso la renta disponible después de atender al pago de todas las deudas conocidas podrá suponer una limitación notoria para cubrir decorosamente los gastos de vida familiar.

Pero no deja de ser algo necesitado de concreción en cada caso particular.

Compartimos la opinión de Marín López relativa a que no hay un procedimiento reglado ni un mecanismo concreto para determinar si el potencial prestatario es o no solvente. Por eso, resulta bastante complicado averiguar si el prestamista ha incumplido o no su obligación de evaluar la solvencia. (6)

La ley española se ha “olvidado” trasponer la norma de la Directiva que exige documentar los procedimientos. La DF 15ª lo remite a un desarrollo reglamentario, aunque sólo en cuanto a la obtención de datos y el acceso a bases de datos, pero tal desarrollo no se ha hecho. El RD 309/2019 no ha regulado esta materia. En todo caso, en la práctica, se realiza por escrito y se conserva.

El art. 11.6 regula la comunicación de la denegación del préstamo. Hay que informar por escrito. Esta información no es el informe que el prestamista

tiene que realizar sobre la solvencia. El prestatario no tiene por qué recibir el informe ni hay norma que le dé derecho a pedirlo, tanto si el informe es positivo como negativo.

La denegación tiene que ser motivada y, en su caso, hay que informar que la denegación procede de un tratamiento automático de datos. Si la denegación se basa en la consulta de una base de datos, hay que entregar al cliente una copia del resultado, informar del resultado y de los “pormenores de la base de datos” como el nombre, responsable y el derecho del cliente de acceder y rectificar los datos.

No se contempla en las normas una posibilidad del cliente de reaccionar contra la denegación. Quizá es por realismo. En la práctica, no hay manera de que el deudor pueda hacer algo. En realidad, el prestamista no tiene ninguna obligación de conceder el préstamo.

En caso de que el resultado de la evaluación sea positivo no hay obligación del prestamista de contratar. Es decir, tal decisión del acreedor no tiene que obedecer, en caso de resultado positivo de la evaluación, a una causa justificada. El Considerando 57 de la Directiva 2014/17/UE señala que el resultado positivo de la evaluación de solvencia “no debe comportar para el prestamista la obligación de conceder un crédito”.

Si el resultado de la evaluación de la solvencia es negativo, el prestamista no debe conceder el préstamo. Así resulta del art. 11.5 de la ley: “El prestamista sólo pondrá el préstamo a disposición del prestatario si el resultado de la evaluación de la solvencia indica que es probable que las obligaciones derivadas del contrato de préstamo se cumplan según lo establecido en dicho contrato”. La mayoría de autores que ha tratado el tema han entendido que en caso de evaluación negativa, así procede actuar. Cuenca Casas, no obstante, ha señalado que “el precepto no impone el deber de denegar el préstamo aunque la evaluación sea negativa”. (7) No podemos compartir esta opinión.

Ahora bien ¿qué ocurre si lo concede?

En la práctica es posible porque el resultado del examen no sale del establecimiento del prestamista. Sin embargo, se habrá incumplido el art. 11.5 de la ley. Es lamentable que ni la Directiva ni la ley 5/2019 hayan fijado consecuencias civiles a este incumplimiento. La Directiva se ha limitado a señalar, en su art. 38.1, que los Estados miembros “establecerán el régimen de sanciones aplicable en caso de incumplimiento de las disposiciones nacionales adoptadas sobre la base de la presente Directiva y adoptarán

todas las medidas necesarias para garantizar su ejecución. Estas sanciones serán efectivas, proporcionadas y disuasorias.”

Se podía haber dispuesto una pérdida de intereses (así ocurre en Derecho francés, belga y alemán) y/o la imposibilidad de ejecución de la hipoteca por el procedimiento especial de los arts. 681 y ss LEC u otras medidas sancionatorias. Hubo enmiendas en este sentido durante la tramitación parlamentaria, pero no pasaron al texto definitivo de la ley.

Pero el incumplimiento por el prestamista de una obligación legal, ¿acaso no va a afectar a su derecho a exigir del deudor el cumplimiento íntegro de las obligaciones de éste?

Algún autor, como Fernando Zunzunegui, ha señalado que el prestatario puede resolver el contrato al amparo del art. 11.4, interpretado “a contrario”, o bien ejercitar una acción de anulabilidad por error en el consentimiento, ya que la información del grave riesgo que asume al contratar con una evaluación negativa es una información esencial, “cuya ausencia bien puede fundar una acción de anulación por error vicio”. También puede ejercitar una acción indemnizatoria, ex art. 1101 CC (responsabilidad contractual, no extracontractual), si se le ha ocasionado un daño. El daño puede medirse por la diferencia entre “la situación en que se encuentra el prestatario y la que se encontraría de no haber incumplido el prestamista sus obligaciones”. (8) O sea, el daño que el deudor no habría padecido si no hubiera celebrado el contrato.

Marín López, por el contrario, no admite la acción de anulabilidad “pues no concurren en el prestatario los requisitos del error o del dolo”. En su opinión, tampoco la acción indemnizatoria, pues no resulta claro que haya daño al cliente. Si el deudor va cumpliendo sus pagos, no sufre daño alguno, a pesar de que el prestamista haya incumplido su deber de evaluar. Si el deudor incumple, no se debe a ninguna conducta del prestamista. Y el prestatario también tiene que ser responsable de sus actos. (9)

En nuestra opinión, apoyar una facultad resolutoria del contrato por el prestatario en la interpretación a contrario del art. 11.4 es demasiado forzado. Ni la letra ni el contexto ni la finalidad de la norma parecen permitirlo. La alegación de error en el consentimiento, que también resulta muy forzada, prescinde completamente de examinar la responsabilidad del propio prestatario (alguna tendrá). Y en cualquier caso hay que tener en cuenta que tanto la resolución como la anulación, en caso de estimarse, van a resultar totalmente contraproducentes para el deudor, ya que le obligarán

a devolver anticipadamente el capital. En fin, además de los inconvenientes teóricos, son vías que ningún práctico puede recomendar.

Respecto de la acción indemnizatoria, nos resulta extremadamente difícil apreciar una causalidad entre la mala evaluación de la solvencia y el incumplimiento por el deudor de su obligación de pago. El daño al deudor es causado por su incumplimiento. ¿Acaso lo causa la mala evaluación de la solvencia? Cabe citar aquí el Considerando 56 de la Directiva en cuanto señala que “la evaluación de la solvencia no debe implicar que se transfiera al prestamista la responsabilidad que incumbe al consumidor en caso de que éste incumpla sus obligaciones en virtud del contrato de crédito.”

Dicho esto, hay que añadir que la ley española debería haber dispuesto alguna sanción civil al prestamista. El contrato seguiría subsistente, pero por ejemplo el acreedor tendría que devolver la comisión de apertura y todos o una parte de los intereses, o dejar de cobrar éstos para el futuro. Pero la sanción civil sólo procederá si el deudor no puede cumplir por circunstancias que ya estaban presentes en el momento de la concesión del préstamo. Sin norma que establezca sanción, es muy difícil imponerla.

En la ley 5/2019 sólo hay sanciones administrativas (vid. art. 46), que por cierto sólo se aplican a entidades de crédito. Diversos autores que han tratado del tema consideran las sanciones administrativas poco disuasorias. (10)

Compartimos plenamente esta opinión.

¿Qué ocurriría en el caso contrario? O sea, si el potencial deudor ve denegado su crédito por una evaluación negativa mal realizada.

En opinión de Zunzunegui, quien se vea privado de crédito por una incorrecta evaluación negativa, que, de haber sido correcta, hubiera tenido un resultado positivo, puede reclamar daños y perjuicios al amparo del art. 1902 CC (responsabilidad extracontractual). (11)

Esta postura parece olvidar que el prestamista no tiene obligación de contratar. En cualquier caso, el deudor a quien no le concedan el préstamo solicitado no va a tener, en la práctica, incentivos para demandar a ese Banco. ¿Quién empezará un pleito por esto? (adelantando fondos a abogados y procuradores, sin ninguna certeza de que la contraparte vaya a resultar acabando condenada en costas).

Y no se olvide, como hemos dicho más arriba, que va a resultar difícil valorar la actividad evaluadora del Banco si el resultado de ésta no es “llamativo”.

La regulación de los requisitos del examen de la solvencia se complementa con la norma del art. 11.4: “la incorrecta evaluación de la solvencia no otorgará al prestamista la facultad de resolver, rescindir o modificar ulteriormente el contrato de préstamo, salvo que se demuestre que el prestatario ha ocultado o falsificado conscientemente la información.”

¿Qué significa exactamente?

El acreedor puede pedir la resolución del contrato si el deudor ha actuado con dolo. Pero si el deudor no se aviene, tendrá que interponer una demanda de juicio declarativo. No obstante, ello no tendrá ningún interés para el acreedor. Como dice Marín López, si el deudor paga, el acreedor no tiene ningún incentivo para atacar el contrato. Y si no paga, puede pedir el vencimiento anticipado y ejecutar la hipoteca por el procedimiento especial, sin necesidad de juicio declarativo. (12)

La norma dice que el acreedor podría en tal caso pedir la modificación del contrato. Esto tiene que referirse a un ajuste del capital, para rebajarlo y adecuarlo así a la solvencia acreditada. Es un supuesto inédito. Y creemos que lo seguirá siendo.

La pregunta se plantea también en caso de que el mal examen de la solvencia sea imputable al acreedor. En tal caso, el acreedor no puede “resolver”. ¿Significa esto acaso que no puede exigir el vencimiento anticipado por impago?

No se puede entender así. Se trata de supuestos distintos. El impago siempre tiene que permitir el vencimiento anticipado (si se dan los requisitos legales de éste). En nuestra opinión, en caso de impago, el deudor no puede excepcionar que el acreedor realizó un mal examen de la solvencia. En el procedimiento especial de ejecución no hay cauce procesal para ello, pero tampoco tendría derecho a hacerlo demandando al deudor en juicio declarativo.

El art. 11.7 impone una nueva evaluación de la solvencia “antes de cualquier aumento significativo del importe total tras la celebración del contrato de préstamo”.

Esta norma debiera haber sido más concreta. Crea inseguridad, pues ¿cuándo el aumento es significativo? ¿Y “significativo” se aplica al importe

inicial o al capital pendiente? La ley se ha limitado a copiar la Directiva, pero nada impedía que esto se concretara. Tendría que haberse fijado un porcentaje.

Además, la referencia al “importe total” en lugar de al “capital” hace que el problema se plantee también en casos en que no hay un aumento de capital. Por ejemplo, en caso de cambio de interés fijo a variable, o viceversa, o de alargamiento del plazo, el deudor tendrá que pagar más intereses, lo cual hace aumentar el importe total.

Para la práctica, será recomendable que el prestamista declare en el contrato, si no hay nuevo examen de solvencia, que el aumento del importe total del préstamo no es significativo. Esto no impide que el otorgamiento pueda ser negado por el notario en casos evidentes. En cualquier caso, la consecuencia del art. 11.4 se daría también en este supuesto.

En conclusión:

La mayoría de reglas sobre evaluación de la solvencia ya existían antes de la ley 5/2019.

El principal cambio es que estas normas se aplican ahora también a los prestamistas no bancarios.

Las normas, al carecer de sanción, quedan poco más que en papel mojado. Marín López ha señalado, con buena parte de razón, que se ha incumplido la Directiva, pues las sanciones fijadas (administrativas) no son efectivas ni disuasorias como exige el art. 38. (13) Pero el incumplimiento de la Directiva por el Estado no puede ser alegado en las disputas entre privados (por un deudor contra su Banco), sino sólo en caso de reclamación contra la Administración.

La tasación

El art. 19 de la Directiva impone a los Estados velar para que se establezcan normas fiables de tasación y para que los tasadores internos y externos “sean profesionalmente competentes y suficientemente independientes respecto del proceso de suscripción de créditos, de modo que puedan establecer una tasación imparcial y objetiva”.

Como se ve, se trata de normas muy poco concretas. La concreción se ha dejado al Derecho de los Estados miembros.

La tasación no fue regulada por la OM de 28.10.2011.

La ley 5/2019 dedica una breve regulación a la tasación en el art. 13. Según éste, la tasación tiene que ser “adecuada” y realizarse por una sociedad de tasación, o por el servicio de tasación de una entidad de crédito o por un profesional homologado (conforme al RD 775/1997 de 30 de mayo y la DA 10ª de la ley 5/2019). En los tres casos, tienen que ser independientes del prestamista o del intermediario.

La actuación del tasador tiene que sujetarse a “normas fiables y reconocidas internacionalmente” según la OM ECO/805/2003, de 27 de mayo, “sobre normas de valoración de bienes inmuebles y de determinados derechos para ciertas finalidades financieras” y en la Circular 7/2010 de 30 del Banco de España.

El tasador puede ser elegido por el cliente, siempre que se trate de tasador debidamente homologado, aun en el caso de que el prestamista disponga de servicios propios de tasación. Así lo dispone el art. 3bis de la ley 2/1981, en la redacción que le dio la ley 41/2007.

La DA 10ª impone al Gobierno aprobar, en el plazo de seis meses (plazo que acabó el 6 de diciembre de 2019) el régimen de homologación de los profesionales que pueden realizar tasaciones. También impone al Ministerio de Economía evaluar, en el mismo plazo de seis meses, la conveniencia de modificar la citada OM, para incorporar, adicionalmente a las previstas, “otras tipologías avanzadas de tasación”. Esto tampoco se ha hecho a día de hoy.

La tasación tiene que realizarse necesariamente antes de expedir la FEIN, ya que ésta es la oferta vinculante (para el prestamista) del préstamo y, además, no puede cumplimentarse debidamente si no se dispone del valor de tasación.

El valor de tasación no es algo en que se pueda basar el examen de solvencia de manera predominante, como dispone el art. 11 de la ley. Esto no quiere decir que sea irrelevante, especialmente si el préstamo no es para financiar la compra. El propio art. 11 obliga a tener en cuenta “los activos en propiedad”. No compartimos la opinión de Marín López que niega la importancia de la tasación en cuanto al examen de la solvencia al decir que “el valor del bien inmueble no puede ser un dato relevante”. (14) Parece estar pensando sólo en el caso de financiación de la adquisición del bien hipotecado.

La ley del mercado hipotecario (ley 2/1981, de 25 de marzo) exige (art. 5) para poder titular los préstamos hipotecarios, que el capital concedido no exceda del 60% del valor de tasación del inmueble hipotecado, salvo que se financie la adquisición, construcción o rehabilitación de viviendas, en cuyo supuesto se puede llegar hasta el 80%. Pero se trata de límites que sólo operan a efectos de dicha ley, o sea, como requisitos para la titularización. No es un límite a la concesión de préstamos y, por tanto, siempre ha sido algo ajeno al control notarial-registral.

No hay ninguna norma que fije un porcentaje del valor de tasación como límite para conceder un préstamo.

La ley 2/1981, tras una modificación efectuada por la ley 1/2013, regula en sus arts. 3bis, 3bis1 y 3ter sanciones administrativas que se pueden imponer a las sociedades de tasación, así como la obligación de comunicar al Banco de España la adquisición de una participación significativa en su capital. No negamos que esto deba regularse pero ¿es suficiente?

En nuestra opinión, a la vista de lo que ha ocurrido con las tasaciones en los años de la última crisis, no hay manera de evitar tasaciones influenciadas. El remedio sólo puede ser a posteriori. Puede haber sanciones administrativas (probablemente, papel mojado) o, mucho mejor, alguna sanción civil. O sea, que el deudor, aunque sea de mala fe, pueda pedir que su prestamista sufra una sanción por haber éste influenciado en su día la tasación: pérdida de intereses, o de parte del capital, por ejemplo. Siempre que la dificultad actual del deudor para pagar traiga causa de su situación al tiempo de concederse el préstamo.

Pero para esto hace falta una norma legal.

La política de retribución del personal al servicio del prestamista.

Los criterios de retribución del personal evaluador de la solvencia son algo fundamental en toda esta materia, pues los incentivos salariales por la firma de contratos influyen en la actuación del personal hasta el punto de poder llegar a convertirse en un gran incentivo para incumplir la obligación de realizar la evaluación de manera “honesto, imparcial, transparente y profesional” como exige el art. 5 de la ley.

El Considerando 35 de la Directiva explica que se pretende garantizar que la “la forma de remuneración del personal no impida cumplir la obligación de tener en cuenta los intereses del consumidor” y que los prestamistas

“no estructuren sus políticas de remuneración de un modo que incentive al personal a celebrar un número o un tipo determinado de contratos de crédito o a ofrecer al consumidor ciertos servicios accesorios sin tener expresamente en cuenta sus necesidades e intereses.”

El art. 7.3 de la Directiva de 2014 establece que la retribución no dependerá de la cantidad o de la proporción de solicitudes de préstamo aceptadas.

El art. 18.1 de la ley 5/2019 contiene algunas normas sobre la política de remuneración del personal al servicio de los prestamistas que realice la evaluación de la solvencia y también, aunque esto no está en la Directiva, del personal responsable de la concesión de préstamos.

Se trata de lo siguiente (es trasposición de la Directiva):

“La política será compatible con una gestión sana y eficaz del riesgo”.

“Promoverá este tipo de gestión”.

“No ofrecerá incentivos para asumir riesgos que rebasen el nivel de riesgo tolerado por el prestamista”.

“Estará en consonancia con la estrategia empresarial”.

“Incorporará medidas para evitar los conflictos de interés, en particular estableciendo que la remuneración no dependa de la cantidad o de la proporción de solicitudes aceptadas”. Con otras palabras: no cabe una retribución variable, basada en el número de solicitudes aceptadas.

Tampoco puede incumplirse la obligación del art. 5.1 de la ley, que exige actuar de manera honesta, imparcial, transparente y profesional, respetando los derechos y los intereses de los prestatarios. (art. 18.2)

La ley, aunque no lo exige la Directiva, impone a los prestamistas la obligación de fijar procedimientos para la aplicación de la política de remuneración.

Tienen que contener previsiones detalladas y específicas que aseguren que los objetivos que incidan en la retribución o en los incentivos resultan compatibles “con el tiempo necesario para realizar una evaluación adecuada de la solvencia y para informar debidamente al prestatario en los términos establecidos en esta ley y sus disposiciones de desarrollo” (art. 18.3). Según Alicia

Agüero, está prohibida una retribución variable por número de evaluaciones de solvencia “a la hora, al mes o en cualquier lapso temporal”. (15)

Los procedimientos también tienen que contener medidas detalladas para evitar que alguno de estos factores “sea el de mayor ponderación en la remuneración: un tipo determinado de contratos de préstamo, de tipos de interés o de servicios accesorios”. (art. 18.4) A contrario, resulta que este artículo permite una retribución variable en los casos que contempla, siempre que no llegue a ser el factor de mayor ponderación (no constituya la mayor partida del salario). Y por desgracia, este artículo no dice ni palabra de respetar el interés del cliente.

Hay una cierta contradicción entre este párrafo del art. 18.4 y la prohibición de retribución variable del art. 18.1. Según el art. 18.4 cabe una retribución variable por celebrar ciertos contratos, siempre que tal retribución no sea el factor de mayor ponderación. Pero según el art. 18.1, no cabe una retribución variable según el número de solicitudes aceptadas. ¿Se trata de ámbitos de aplicación distintos o se solapan? En opinión de Alicia Agüero, se trata de ámbitos distintos, lo que le parece criticable y contrario a la Directiva. (16)

Realmente, el art. 18.4 es muy desafortunado, porque “echa por la borda” las previsiones del art. 18.1. Aunque se mantenga que el art. 18.1 y art. 18.4 se solapan, la palabra “dependa” del párrafo b) del art. 18.1 puede interpretarse en el sentido del art. 18.4 de “no ser determinante”. O sea, que exista y que permita retribuir hasta el 50% del total de la retribución.

Así, resulta que la nueva ley no va a conseguir eliminar los conflictos de intereses. Da normas para perseguir unos objetivos y simultáneamente da otras normas que lo frustran.

Los procedimientos tienen que constar por escrito y estar a disposición de la autoridad supervisora.

La regulación de estas políticas es igualmente aplicable a la remuneración de los prestamistas a los intermediarios y de éstos a sus representantes “vinculados” (debe entenderse que quiere decirse “designados”) (art. 18.5).

Una breve reflexión final

El derecho al “no crédito” ¿a quién protege, en realidad?

Previene el sobreendeudamiento, lo que protege al cliente del Banco, y protege el mercado y la confianza en el sistema (y por tanto al Banco).

Pero... el nuevo sistema ¿da seguridad al cliente sin causar un incremento de precios?

Respondemos con base en lo que estamos viendo en nuestra propia práctica notarial. Las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios desde la entrada en vigor de la ley 5/2019 siguen siendo parecidas a las que se daban antes. Los intereses son bajos. Los préstamos variables se dan en su mayoría referenciados al Euribor a 1 año y con diferenciales inferiores a 2 puntos, y los préstamos a tipo fijo, entre el 2% y el 3,50% nominal anual. Los costes de concesión quedan muchas veces sin cargarse al cliente porque muchos Bancos no cobran comisión de apertura. Pero no se olvide que una diferencia mínima al alza del tipo de interés, en una operación por ejemplo a 20 años, da al Banco una ganancia que compensa con creces la asunción de todo tipo de gastos.

Lo que sí es innegable es que la concesión de crédito es menor (por ahora). Hace años que las personas con ingresos modestos no reciben crédito ni, por tanto, pueden comprarse un piso. Y creemos que esta tendencia no va a cambiar; o incluso va a ir, de hecho, a endurecerse. En realidad, la compra de un piso siempre ha sido para ese sector de la población una operación de riesgo desde el punto de vista financiero. Si no se permite por el Derecho ese riesgo, aunque sea para proteger al potencial deudor, esas operaciones quedan excluidas del mercado.

No se pretende decir que la actuación irresponsable de los prestamistas sea deseable.

IV.- LA INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL.

El otro aspecto, importantísimo, de la fase precontractual es la información que el futuro deudor tiene que recibir. Vamos a referirnos al contenido de ésta, forma de darla al futuro deudor y plazo para hacerlo, todo lo cual está al servicio de lo que se ha denominado “transparencia”, tanto en sentido formal como material.

Se regula principalmente en los arts. 14 y 15 de la ley 5/2019.

Cuanto se dice a continuación rige por igual para prestamistas bancarios y no bancarios.

La documentación a entregar por el prestamista.

La FEIN y la Oferta vinculante

Antes de la ley 5/2019, había una ficha de información personalizada (FIPER), que era obligatoria, y una oferta vinculante, que podía ser solicitada por el deudor. La oferta vinculante podía tener el mismo contenido que la FIPER, pero exigía indicar un plazo de validez (mínimo, 14 días naturales desde su entrega) y denominarse oferta vinculante o ser suscrita como tal. Una y otra podían ser un único documento.

La Directiva europea 2014/17/UE exige una FEIN (ficha europea de información normalizada) pero no exige una oferta vinculante. Sin embargo, no prohíbe que haya una oferta vinculante, por lo que cada país es libre de exigirla o no.

En la ley española (ley 5/2019) la FEIN es también, y siempre, oferta vinculante, según dispone el art. 14.1.a.

El contenido de la FEIN está regulado de forma minuciosa en el anexo II de la Directiva y se refiere a todas las condiciones financieras del futuro contrato. No puede modificarse por las leyes nacionales, que tampoco pueden ampliar su contenido.

Otros documentos a entregar por el Banco

La Directiva no prohíbe que se exija la entrega de otros documentos. La ley española ha exigido un documento complementario a la FEIN, cuyo objeto es resaltar determinados aspectos de ésta.

Se trata de la FiAE (ficha de advertencias estandarizadas). Es un documento para dar información de las cláusulas del préstamo o crédito que sean “relevantes” (art. 14.1.b). Como mínimo: el índice oficial de referencia para fijar el interés variable (si bien el art. 14.5 de la ley no obliga a utilizar índices oficiales de referencia), la existencia de tipo mínimo (esta mención es un error porque el art. 21.3 de la ley prohíbe la cláusula suelo), la posibilidad de vencimiento anticipado por impago y los gastos de ello, y la distribución de gastos de concesión del préstamo. En su caso, que se trata de un préstamo en moneda extranjera.

El contenido de la FiAE que regula la ley es un contenido mínimo. Es posible que se exijan más menciones por una norma reglamentaria. Y

también parecía posible que el Banco incluyera cláusulas no mencionadas por la ley. No obstante, la O.M. de 26.04.2019, que ha modificado la Orden de 28.10.2011, ha impuesto (art. 22 y Anexo II) un contenido sin posibilidad de alteraciones. Esto es, la FiAE tiene que ajustarse, sin cambios, al modelo del Anexo II de la OM.

En especial, hay que hacer constar lo siguiente: si el préstamo es a interés variable, no hay límite al alza; hay que reproducir el texto del art. 24 de la ley 5/2019, referido al vencimiento anticipado, y añadir que éste puede implicar que el deudor tenga que asumir los gastos de ejecución. Y en caso de préstamo en moneda extranjera hay que hacer constar todas las menciones del nº 2.

Y respecto de los gastos, hay que señalar que el deudor asume el pago de la tasación (si es que la asume, porque puede asumirla el Banco, aunque no tenga obligación), el pago de las copias de la escritura de préstamo que solicite (aunque recordamos que una copia simple hay que entregarle gratuitamente, según la DA 8ª de la ley) y otros gastos de constitución que asuma (en principio no se le puede cargar ningún otro gasto).

También hay que entregar el proyecto de contrato, ajustado a la FEIN. Es un borrador, pero no es un modelo de cláusulas, sino que tiene que venir completado redactado con todos los datos generales y particulares. En especial, tienen que constar, desglosados, “la totalidad de los gastos asociados a la firma del contrato.”

Si el interés es variable, hay que entregar además un documento con referencia a cuotas en diferentes escenarios de evolución del tipo de interés.

Esto se ha concretado por la OM de 26.04.2019, que ha modificado, en cuanto a esto, el art. 26 de la OM de 28.10.2019. Este art. 26 dispone que hay que presentar como mínimo 3 ejemplos de cuotas, que tienen que ser los niveles máximo, medio y mínimo de ese tipo de interés en los últimos 20 años (o plazo máximo disponible si es menor). También hay que hacer constar las posibilidades de cobertura frente a tales variaciones. Y de la dicción poco clara del artículo cabe deducir que hay que señalar si el tipo de referencia que se usa es o no uno de los oficiales.

Si se exigen seguros, el Banco tiene que entregar por escrito al deudor “las condiciones de las garantías del seguro que exige”. ¿Qué significa esto? Parece que quiere decir lo que tiene que cubrir el seguro. Por ejemplo, si se trata de un seguro de vida, que debe cubrir un 70% del capital.

La información sobre seguros no ha sido contemplada por la OM de 26.04.2019.

En cualquiera de estos documentos, o en un documento ad hoc, el prestamista tiene que informar al cliente acerca de la obligación de acudir al notario que elija para recibir asesoramiento notarial previo a la suscripción del contrato. Esto se aplica sólo a préstamos hipotecarios con garantía de inmueble de uso residencial.

Y es necesario un documento, que tiene que firmar el deudor, por el que se manifieste que ha recibido del Banco la documentación que se acaba de relacionar y que le ha sido explicado su contenido.

Toda esta documentación tiene que entregarse por el prestamista siempre que se pretenda suscribir un contrato sujeto a la ley 5/2019; es decir, tanto si se trata de los supuestos del art. 2.1.a) como los del art. 2.1.b).

La entrega de documentos se complementa con la obligación impuesta al prestamista (art. 14 de la ley) de la explicación de su contenido al potencial prestatario (o fiador o garante).

El acta previa

La ley española ha creado, como originalidad respecto de la Directiva, la suscripción de un acta ante notario con carácter previo al contrato. Tiene que ser autorizada por el notario elegido por el deudor (art. 15 de la ley). Es completamente gratuita. Sólo es necesaria en caso de préstamo con garantía de hipoteca sobre inmueble de uso residencial. Su finalidad es que el notario controle que el futuro deudor ha recibido toda la documentación por el prestamista y que se respete el plazo de 10 días que debe mediar entre la entrega de documentos y la suscripción del contrato. Se pretende conseguir que el deudor, al suscribir la escritura, conozca previamente todas las cláusulas financieras.

El prestamista está obligado, tras haber entregado la documentación al deudor, a ingresarla en una de las plataformas informáticas que se han creado. Tras la elección de notario por el deudor, el notario procede a descargar los documentos y a verificarlos y se concierta una cita con el futuro deudor.

El control formal y material se deduce del art. 15.2, en cuanto dispone: “El notario verificará la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previstos en el art. 14.1.” El art. 12.2 del R.D. dispone que el

notario comprobará la “validez y corrección de la información comunicada por el prestamista”.

O sea, los pasos son: elección de notario por el interesado, asignación de la operación por el notario, examen por éste de los documentos enviados (revisión), validación (o petición de subsanación, en su caso), suscripción del acta, y comunicación telemática del resultado del acta al prestamista.

En el acta se pregunta al compareciente si ha recibido toda la documentación del prestamista, si la recibió en la fecha que consta en el documento que aparece firmado por el deudor y si el Banco le ha dado explicaciones. Se muestran por el notario al deudor los documentos descargados de la plataforma, se explica su contenido y se responde a las preguntas que el deudor quiera plantear. Tras ello, el deudor tiene que realizar un test en el que se le pregunta, principalmente, sobre las condiciones financieras de su préstamo y las consecuencias en caso de incumplimiento.

Los plazos

El plazo de entrega previa de información por el prestamista al futuro deudor quedó sin concretar y sin medidas de control efectivo en la OM de 2011. Sólo se dispuso que debía entregarse con antelación.

La ley 5/2019 dispone que la FEIN tiene que entregarse por el Banco al cliente 10 días naturales antes, como mínimo, a la fecha prevista para suscribir el contrato. La Directiva europea fijó 7 siete días, pero el plazo puede ser ampliado por la ley de cada país.

Este plazo es irrenunciable por el deudor (o fiador o garante).

La actuación notarial que ha impuesto la normativa española ha complicado algo la cuestión de los plazos, pero tiende a asegurar el cumplimiento de éstos. Así, se ha prohibido que el notario autorice la escritura de préstamo hipotecario hasta que no hayan transcurrido 10 días (naturales) desde que el Banco ingresó los documentos en la plataforma informática.

El acta previa tiene que otorgarse, a más tardar, el día de antes de la escritura.

El sistema legal diseñado y la transparencia

La transparencia es un concepto indeterminado que se aplica respecto de cláusulas que definen el objeto principal del contrato y que por ello no pueden

ser objeto de control de abusividad. Precisamente por esto último se exige que formen parte del contrato (transparencia formal) y que tengan suficiente claridad, lo que a su vez implica exigir que el deudor tenga noticia de ellas con antelación al contrato (transparencia material). Así lo ha deducido la jurisprudencia, tanto española como de la UE, con base en la normativa de protección de consumidores. La “transparencia” ha sido en los últimos años en España el azote judicial contra la Banca e incluso contra la normativa anterior a la ley 5/2019. El tiempo dirá si también lo es contra ésta última.

Pues la “transparencia” ha sido el criterio (regla de medir) utilizado por los jueces con rigor para valorar el cumplimiento por los prestamistas de sus obligaciones respecto de los consumidores e incluso la suficiencia de las normas para garantizar la protección de éstos.

El comentario que a continuación se realiza sobre esta materia sigue lo mantenido en un seminario dado en el Colegio notarial en noviembre de 2019 (a publicar en el Libro de los Seminarios 2019-2020, que edita el Colegio Notarial), si bien aquí lo exponemos de manera resumida.

Precisamos que el control de transparencia sólo procede en la contratación con consumidores, que no son todos los deudores a quienes se aplica la ley 5/2019.

El concepto de transparencia debe ser precisado en relación a tres cuestiones:

-Qué cláusulas no han sido negociadas individualmente.

-Qué es lo que define el “objeto principal del contrato” (de préstamo hipotecario).

-Cuándo una cláusula es suficientemente “clara y comprensible” y cuándo el futuro deudor ha tenido “oportunidad real de conocer de manera completa” la cláusula, para dar por cumplido el requisito. Dicho de otra forma: cuánta información hay que dar al consumidor y cómo y cuándo hay que darla.

Es una cuestión de límites, pero, si el límite no está claro, se puede llegar a un control del contenido, lo que desnaturalizaría el control de transparencia y podría tener una consecuencia no permitida, según ha reconocido la propia jurisprudencia española, según la cual rige en Derecho español la misma prohibición de control de contenido del objeto principal del contrato (rectius: de las cláusulas que lo regulan) del art. 4.2 de la Directiva europea sobre

cláusulas abusivas en la contratación con consumidores (Directiva 93/13/CEE).

Respecto de la primera cuestión, la Directiva de 1993 y la normativa general española de la ley de CGC y la LGDCU dan un criterio general que no es difícil de aplicar en los casos particulares. Se trata de la pre-redacción unilateral por el prestamista.

La segunda cuestión no resulta ya tan fácil de delimitar.

¿Qué es, en un préstamo hipotecario, el objeto principal del contrato?

En principio, la entrega del capital (que no plantea duda y, además, ya queda cumplida al inicio de la relación contractual) y la retribución al prestamista. Sin embargo, no es fácil precisar todo lo que configura esta retribución.

La sentencia del TJUE de 26.02.2015 resolvió que sólo hay que incluir “aquellas cláusulas del contrato que regulan las prestaciones esenciales de este contrato y, como tales, lo caracterizan”. Y rechazó que pudieran entenderse objeto principal del contrato el “coste total del crédito para el consumidor” que define el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE.

En concreto, diríamos que forman parte del objeto principal las cláusulas siguientes:

La que precisa el capital y su momento de entrega, pues desde la entrega empieza la obligación de pago del interés.

La que precisa la duración del préstamo.

La relativa a la forma de amortización, porque de ésta depende la manera en que se calculan los intereses.

La cláusula que fija el tipo de interés remuneratorio.

La cláusula que define si el interés es fijo o variable.

La que define cómo se calcula el interés variable, hasta llegar a su total concreción, tanto al principio como en toda la duración del contrato.

La relativa a reducciones del interés si el deudor contrata determinados productos del Banco o por medio del Banco.

Alguna duda puede plantear la comisión de apertura, pues es una cantidad que puede cumplir finalidades diversas (estudio de solvencia, estudio de documentos, preparación de documentos, etc.). Nuestra postura es que sí forma parte del objeto principal del contrato, pues una de las funciones que cumple (y esto basta) es retribuir al prestamista.

La cláusula relativa a los gastos de formalización del préstamo no debe entenderse incluida en el objeto principal del contrato. De todas formas, tras la ley 5/2019 no se plantea el problema respecto de los gastos de formalización del préstamo, pues el art. 14 de la ley establece reglas imperativas. Tampoco la cláusula sobre gastos generados por productos vinculados (p.ej., seguros) ni, menos aún, combinados.

Si hay fiador o garante no deudor, cabe control de transparencia relativo a lo que sea objeto principal del respectivo contrato.

La tercera cuestión que se planteaba se refiere al cuánto, cómo y cuándo de la información que debe darse al consumidor.

Desde el punto de vista de la redacción, una cláusula no es transparente si no se destaca suficientemente, de modo que resalte sobre el resto del clausulado, para atraer la atención del consumidor, de modo que éste se aperciba de ella fácilmente (“de un golpe de vista” dice la STS 24.01.2018). Tampoco es transparente si se presenta como algo marginal en el contexto del contrato.

Pero eso no basta.

De entrada, el Banco tiene que haber entregado los documentos previstos en las normas, con la antelación que, en su caso, se haya fijado.

De la jurisprudencia del TS puede concluirse que tampoco basta eso.

No basta la entrega de documentos, aunque contengan explicaciones detalladas. Tampoco basta que se entreguen con una antelación razonable, aunque se cumpla el plazo que fije la norma reguladora. Pues una cosa es que el futuro deudor tenga en su poder esos documentos, y otra que los lea y comprenda sus consecuencias prácticas.

Tampoco basta que el deudor declare por escrito (y firme) que el Banco le ha entregado los documentos previstos y se los ha explicado. Ni aunque lo escribiera de su puño y letra. Menos aún si sólo pone la firma en un documento pre-redactado por el Banco.

Porque nada de eso significa que los haya comprendido adecuadamente, o sea, que haya comprendido el alcance económico de la cláusula que afecta al objeto principal del contrato.

No obstante, el TS no ha llegado a exigir que se acredite que el deudor comprendió los efectos de la cláusula, porque eso pertenece a la esfera interna del deudor.

La STS de 23 de marzo de 2018 señaló, en relación a la cláusula suelo, que basta acreditar que “la información contenida en la cláusula le había sido comunicada y explicada a la prestataria con un mínimo tiempo de antelación al otorgamiento de la escritura para que hubiera podido optar por esa concreta financiación con conocimiento del efecto que sobre el precio del préstamo podía operar la limitación del interés variable por debajo”. (*el subrayado es nuestro*)

La STS de 9 de mayo de 2013 señaló que la falta de transparencia podía resultar de alguno de los siguientes hechos: faltar información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato, no haber simulaciones de escenarios diversos del tipo de interés, faltar información previa y clara sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad, caso de existir, o advertencia de que a ese concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.

O sea, que la transparencia se entiende cumplida si se acredita que el Banco dio las explicaciones adecuadas de la cláusula, siempre que se incluyan ejemplos de su aplicación práctica. Las explicaciones tienen que referirse a la existencia de la cláusula, su contenido, y el efecto económico que esta cláusula pueda tener sobre el coste del crédito durante toda la vigencia del contrato.

La carga de probar que se dio la información al futuro deudor incumbe al prestamista.

Esto puede no resultar nada fácil.

Una prueba puede ser un cruce de preguntas y respuestas por e-mail o mensajes escritos desde/a dispositivos móviles.

O que el deudor escriba de su puño de letra cómo entiende la cláusula. Esto es algo que nunca se hace.

Si sólo se dieron al deudor explicaciones verbales en la oficina, no será posible su prueba si el deudor impugna.

Una reflexión final

La ley 5/2019 refuerza el control de transparencia, pero, si se han de seguirse las tesis jurisprudenciales expuestas, dudamos que lo consiga. Quizá por ello, los redactores de la ley incluyeron una serie de normas imperativas sobre las cuestiones que habían planteado litigiosidad: cláusula suelo, interés de demora, vencimiento anticipado y gastos de formalización. Pero el estudio de esta cuestión ya no es nuestro objeto en este comentario.

NOTAS DE BIBLIOGRAFÍA

(1) Cabanas Trejo, Ricardo, “Aspectos contractuales y procesales de la nueva ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario”, Aferre editor SL, 2019, pág. 243.

(2) Marín López, Manuel Jesús, “Comentario a la Ley de Contratos de Crédito inmobiliario”, dir. Angel Carrasco Perera, Thomson Reuters Aranzadi y Centro de Estudios de Consumo, 2019, pág. 225.

(3) Cabanas Trejo, Ricardo, op. cit, pág. 262.

(4) Zunzunegui Pastor, Fernando, en “Comentarios a la ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario”, coord. José María López Jiménez, Bosch-Wolters Kluwer, 2019, pág. 234.

(5) Marín López, Manuel Jesús, op. cit., pág. 238.

(6) Marín López, Manuel Jesús, op. cit., pág. 242.

(7) Citada por Marín López, op. cit, pág. 249.

(8) Zunzunegui Pastor, Fernando, op. cit., pág. 248 y ss.

(9) Marín López, Manuel Jesús, op. cit., págs. 252-254.

(10) Zunzunegui Pastor, que cita a Alvarez Olalla y Cuenca Casas, op. cit., pág. 246.

(11) Zunzunegui Pastor, Fernando, op. cit., pág. 250.

(12) Marín López, Manuel Jesús, op. cit., pág. 236.

(13) Marín López, Manuel Jesús, op. cit., pág. 256.

(14) Marín López, Manuel Jesús, op. cit., pág. 242.

(15) Agüero Ortiz, Alicia, en “Comentario a la Ley de Contratos de Crédito inmobiliario”, dir. Angel Carrasco Perera, Thomson Reuters Aranzadi y Centro de Estudios de Consumo, 2019, pág. 451.

(16) Agüero Ortiz, Alicia, op. cit., pág. 454.