

PRIMERÍSIMAS OBSERVACIONES AL ANTEPROYECTO DE LEY REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO¹

Klaus Jochen Albiez Dohrmann

Catedrático de Derecho civil

Universidad de Granada

Resumen: En el mes de julio del año pasado, el entonces Gobierno en funciones presentó el Anteproyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, en cumplimiento de la transposición –tardía– de la Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrero. En el presente estudio se hace una lectura crítica pero constructiva del Anteproyecto, especialmente de aquellas materias relacionadas con el contrato de crédito inmobiliario, en particular en lo que se refiere a la fase precontractual. El trabajo trata de demostrar que el texto legal propuesto es claramente mejorable. La mayor crítica que se le puede hacer al texto legal es que demasiadas materias se dejan para una regulación posterior mediante reglamentos. Ello tiene como consecuencia que la ley que se apruebe es solo una transcripción parcial de la Directiva. Mas una regulación reglamentaria excesiva no protege con la misma intensidad los derechos de los consumidores que si la regulación fuese mediante la ley.

Palabras clave: Anteproyecto de ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, transposición Directiva 2014/17/UE, crédito inmobiliario, consumidores.

Title: First observations to Draft Law regulating credit agreements on real estate market

Abstract: Last July the Government (then in charge) adopted the Draft Law regulating credits agreements on real estate market, in compliance with the late transposition of Directive 2014/17/EU, 4th of February. This paper analyses critically but also constructively the aforementioned Draft Law, especially on the issues related to real estate credit agreement and its pre-contractual phase. It also tries to demonstrate that the proposed legal text is clearly improvable. The main criticism that can be made is that too many matters have been left for later development throughout Government regulations. This means that the law to be adopted would be only a partial transposition of the Directive. What is more, excessive rules

¹ El trabajo ha sido elaborado en el marco del Proyecto de Investigación I+D DER2013-48813-C2-1-P, "Estudio transversal de los préstamos hipotecarios", del que soy el investigador principal.

throughout Government regulations do not protect consumers' rights with the same intensity as when they are protected throughout legal rules.

Keywords: Draft Law regulating credit agreements on real estate market, Transposition of Directive 2014/17/EU, real estate credit agreements, consumers.

PRIMERÍSIMAS OBSERVACIONES:

1. Cuando una buena parte de españoles estaba ya pensando en las vacaciones veraniegas de agosto, algún despistado, como yo, se encontró el pasado 26 de julio con la publicación del Anteproyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. A los pocos días es noticia en los medios de comunicación, haciéndonos pensar que el Gobierno en funciones se preocupa por los ciudadanos. En aquellas fechas lo que nos interesaba era consumir, firmando incluso algún crédito al consumo, y los menos, durmiendo una siesta en la hamaca para pasar las horas de calor, quizá pensaban en suscribir un crédito para financiar la adquisición de su primera vivienda (la habitual, donde uno reside) o de una segunda vivienda (la de ocio). Pero nada más lejos de la realidad, porque de repente, justo en aquellas fechas de calor asfixiante, al Gobierno en funciones le había entrado prisa para cumplir con la UE. Entre tantos últimos incumplimientos de España, hay uno que es menor: la no transposición de la Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrero, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial². La fecha límite para la transposición de la Directiva era el 21 de marzo de 2016, habiendo entrado en vigor la Directiva el 20 de marzo 2014. El Gobierno tuvo, por tanto, tiempo suficiente para transponer la Directiva, más cuando el Anteproyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (en adelante, AP), no va mucho más allá de la Directiva³. Habrá que esperar, según el AP, seis meses hasta que entre en vigor la ley que se apruebe. Además, la futura ley necesitará en muchas materias de un desarrollo reglamentario, lo que atrasará aún más la completa transposición de la Directiva. Afortunadamente, durante este período, que puede ser largo, hay un conjunto de normas, como la Orden EHA/2899/2011, de 28 de

² Entre los estudios sobre la Directiva, vean, entre otros, la obra colectiva dirigida por S. DIAZ ALABART, *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE)*, Ed. Reus, 2015; en particular, en la misma obra, DÍAZ ALABART. S/ ÁLVAREZ MORENO, M^a T, "La Directiva 2014/17, de 4 de noviembre de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, pp. 13 y ss. Veán también MUÑOZ ESPADA, E., *El deterioro del mercado hipotecario y la necesidad de su reconstrucción. Aportaciones desde el Derecho Europeo*, Ed. Aranzadi, 2016; Díez GARCÍA, H., "La Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrero, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial", *Ejecución civil: especial referencia a la ejecución hipotecaria*, Servicio de Formación Continua de la Escuela Judicial, 2016; GARCÍA PABLOS, J.F., "La nueva directiva sobre hipotecas", *Aranzadi digital*, 13.2.2015; RONCERO SÁNCHEZ, A., "La Directiva comunitaria sobre contratación de créditos hipotecarios. Protección del (futuro) prestatario y desatención (actual) deudor hipotecario", *Hacia un nuevo modelo de mercado hipotecario*, coord. Alcalá Díaz, M^a A., 2014, pp. 41 y ss.; TAPIA HERMIDA, A.J., "La armonización comunitaria de los contratos de crédito celebrados con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial: la Directiva 2014/17/UE", *RDBB*, núm. 136, 2014, pp. 338 y ss.

³ Un estudio extenso sobre el AP ha sido elaborado por ADICAE, con fecha de 3 de agosto de 2016, firmado por Francisco Sanz, responsable del Departamento de Estudios de esta Asociación de Consumidores.

octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que solventan con cierta garantía la protección de los consumidores en el mercado del crédito inmobiliario.

2. El entonces Gobierno en funciones, más concretamente los técnicos del Ministerio de Economía y Competitividad, no se había estrujado excesivamente la cabeza para dar contenido al AP⁴. Entre los diversos modelos por los que han adoptado los Estados miembros de la UE para la transposición de la Directiva⁵, el Gobierno en funciones había elegido el más sencillo, a saber, la transposición mediante una ley especial. El AP es sólo una transposición parcial de la Directiva; además, algunas materias importantes serán desarrolladas por normas administrativas a instancia del Ministerio de Economía y Competitividad y por disposiciones del Banco de España. El desarrollo posterior de la ley causará, seguramente, un exceso de normas de segundo grado que no siempre ayudará a los operadores del mercado del crédito inmobiliario a conocer el verdadero alcance de la regulación normativa. Si bien hay materias que son propicias para un desarrollo reglamentario (como, p. e., la educación financiera o las normas de conducta), hay muchas otras cuyo contenido principal debería ser objeto de regulación en la ley en lugar de un desarrollo reglamentario. La tan criticada regulación excesiva, y a veces caótica, del crédito bancario⁶, puede persistir en el sector del crédito inmobiliario si sigue adelante el AP.
3. El título del AP no nos debe llevar a la creencia de que regula el contrato del crédito inmobiliario. Me parece acertado el título, pero debería contener una referencia expresa a los consumidores para delimitar otros créditos inmobiliarios que no son objeto de regulación en el AP, a no ser que se extienda a cualquier prestatario-persona física.
4. Tampoco la Directiva se ocupa propiamente de los contratos de crédito celebrados con los consumidores para la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial. La filosofía de la Directiva es bien otra. Establece reglas de comportamiento dirigidas a las entidades financieras, a los intermediarios del crédito inmobiliario y a los consumidores. Las reglas que establece la Directiva pretenden asegurar la mayor transparencia posible en este sector bancario. El régimen legal del contrato de crédito o préstamo inmobiliario, por el contrario, depende de cada ordenamiento nacional, pero hay materias, especialmente aquellas que se ocupan

⁴ Hay razones, como señala el Informe de ADICAE, para ir más allá de la mera transposición de la Directiva para abordar todas las cuestiones necesarias para mejorar los derechos de los consumidores en este ámbito (*op. cit.*, pp. 5 y 8). Yo mismo he propuesto que una de las opciones sería una ley que regulase en su totalidad el contrato de crédito inmobiliario en "Opciones legales la transposición pendiente de la Directiva 2014/17/UE y cuestiones concretas de los contratos de crédito para la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial", RDP, núm. 3, 2016, p. 15. O al menos una ley que recogiera y unificara en un mismo texto los elementos esenciales del contrato de crédito inmobiliario /p. 10; también es reclamado por ADICAE, p. 9).

⁵ Pueden consultar mi trabajo "Opciones legales...", *op. cit.*, pp. 3 y ss. Veán también CASADO NAVARRO, A., "La normativa española sobre transparencia de préstamos hipotecarios ante la Directiva 2014/17/UE, reguladora de los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial celebrados con consumidores", La Ley, nº 8636, 2015, Ref. D-403, pp. 1 y ss.

⁶ Criticada por ADICAE en el Informe, *op. cit.*, pp. 6-7.

de la fase precontractual, en los que sí incide de un modo especial la Directiva. La transposición de estas materias no se hace, sin embargo, en el AP, sino que se deja para un desarrollo posterior. Afecta a materias tan importantes como la información básica que debe figurar en la publicidad, la información general y personalizada al consumidor, el cálculo del TAE, la evaluación de la solvencia económica del prestatario... Al menos debería figurar el contenido básico de cada una de estas materias. Sólo así se asegura que el comportamiento de los operadores en el mercado del crédito inmobiliario cumpla las exigencias que establezcan las normas, no debiendo quedar su incumplimiento sólo sujeto a sanciones administrativas. Podría haberse seguido el esquema de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo (en adelante, LCC -hay muchos puntos en común del crédito inmobiliario con el crédito del consumo-). Empero, se regulan en el AP materias como el reembolso anticipado, el régimen jurídico de los intermediarios inmobiliarios y la actividad de asesoramiento en préstamos inmobiliarios. La regulación que se articula en el AP está bastante descompensada porque demasiadas materias vitales para la transparencia de los contratos de crédito inmobiliario deberán ser desarrolladas por el Ministerio de Economía y Competitividad y el Banco de España. Sería deseable que varias de las materias que figuran en el art. 5 AP tuvieran un desarrollo en la misma ley porque sólo así se podrá cumplir eficazmente con la transparencia que exige la Directiva.

5. La misma primera impresión que se tenía de la Directiva se puede tener del AP. Atendiendo a los mandatos que figuran en los considerandos de la Directiva, la normativa comunitaria parece que está dirigida a los consumidores, pero, en realidad, está pensada para una regulación del mercado bancario en un ámbito tan sensible como es la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial mediante instrumentos financieros. La Directiva no sólo protege a los consumidores sino también a las entidades financieras (prestamistas e intermediarios). Muchas de sus normas están más bien pensadas en mejorar la imagen de los bancos y de las identidades financieras, y sobre todo para asegurar una mayor garantía y responsabilidad financiera mediante específicos sistemas de supervisión en la concesión de créditos hipotecarios o de créditos con garantías similares para la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial, exigiendo a los operadores financieros y a otros operadores jurídicos y económicos una conducta y una responsabilidad acorde con los tiempos actuales⁷. Con el AP y su posterior desarrollo reglamentario se pretende, igualmente, ordenar el crédito y la contratación bancaria en el sector de los créditos inmobiliarios con consumidores. Pero es un texto que se queda bastante corto, no contiene grandes aspiraciones y pocas novedades⁸.
6. Aun siendo un texto normativo que tiene por uno de sus destinatarios al consumidor, sorprende que en él aparezca apenas la palabra consumidor, quizá

⁷Sobre ello he meditado ampliamente en "Reflexiones sobre el préstamo hipotecario responsable", *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, vol. I, Ed. Aranzadi Thomson Reuters, 2014, pp. 169 y ss.

⁸ Dice MUÑIZ ESPADA que la transposición de la Directiva -con la que es crítica- es una buena oportunidad para una revisión de nuestra normativa hipotecaria, sobre todo también para una simplificación legislativa y una ordenación más coherente, bajo un análisis y nuevas propuestas (*op. cit.*, p. 16). El AP que da lejos de estas aspiraciones que apunta esta experta en Derecho hipotecario nacional y europeo.

porque se considera que es innecesario al ser objeto del préstamo la vivienda. La Directiva se refiere, con carácter general, al inmueble de uso residencial, mientras que la OM EHA/2899/2011 alude, sin más, a la vivienda. Quien adquiere una vivienda es siempre considerado consumidor –a no ser que lo haga con fines exclusivamente lucrativos–, que coincide con el concepto de consumidor y usuario del art. 3 TRLGDCU. El AP, como la Directiva, se refiere sólo a la persona física, aunque el prestatario para la adquisición de una vivienda podría ser una persona jurídica (p. e., una orden religiosa que necesita un inmueble como residencia para sus miembros). Un paso más allá podría consistir en extender la normativa a los empresarios emprendedores (previsto expresamente en el § 513 BGB) y quizá, incluso, a los pequeños y medianos empresarios⁹. La ausencia de una definición del consumidor en el AP se debe suplir con la que da la Directiva 2008/48/CE, a la que remite el art. 4.2) de la Directiva 2014/17/UE. Según el art. 3, letra a, de la primera Directiva, es consumidor toda “persona física que, en las operaciones reguladas por la presente Directiva, actúa con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional”.

Cabe señalar, no obstante, que el apartado dos del art. 2 AP puede causar cierta confusión cuando dice que “a los efectos de esta ley, se entenderá por prestatario a toda persona física que sea deudor de préstamos o créditos que estén garantizados mediante hipoteca sobre vivienda o cuya finalidad sea la adquisición de bienes inmuebles”. No creo que sea voluntad de los redactores que la normativa pretenda abarcar también los préstamos hipotecarios para la financiación de la adquisición de un local de negocio suscrito por un empresario-persona física¹⁰. Si, no obstante, es ésta la voluntad de los redactores, se debería precisar con claridad este ámbito subjetivo más amplio del AP. En caso de ser así, el prestatario que es empresario individual estaría sometido al mismo estatuto jurídico que el consumidor cuando se trata de un préstamo hipotecario. Por las mismas razones, ante la falta de una definición del consumidor en el AP, al referirse al prestatario como persona física, comprendería igualmente la concesión de préstamos o créditos cuya finalidad sea la adquisición o conservación de terrenos o edificios construidos o por construir con fines empresariales. Se podría llegar a la interpretación de que incluso la adquisición mediante préstamo –hipotecario o no– de una vivienda con fines exclusivamente profesionales estaría sujeta a la futura ley.

Aun cuando la Directiva regula parcialmente el crédito inmobiliario, deja totalmente al margen el derecho básico que tiene todo ciudadano a una vivienda digna. También los textos nacionales de transposición de la Directiva no se ocupan para nada de este derecho, ni lo tienen en consideración. Es uno de los grandes déficits de la Directiva. Pero ni siquiera los Derechos nacionales han tenido en consideración que el prestatario que hipoteca su vivienda está hipotecando un bien

⁹ MUÑIZ ESPADA incluso considera que debería proteger a todo contratante débil, o podría pensar en otra noción como la <<consumidor vulnerable>> (*op cit.*, p. 53). Personalmente pienso que son propuestas excesivamente vagas, siendo mejor el concepto de consumidor que propone la Directiva.

¹⁰ Interpretación a la que llega, sin embargo, ÁLVAREZ OLALLA, P., “Algunos aspectos del anteproyecto de Ley XX/2016, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. Ámbito de aplicación y normas de transparencia”, Aranzadi-Instituciones, BIB 2016/8045, p. 2.

que es fundamental para su subsistencia (las leyes sociales que se han dictado en España no resuelven algo tan fundamental cual es el mantenimiento del uso de la vivienda, que es algo primordial para cualquier ciudadano, rico o pobre)¹¹.

En el AP se ha colado una disposición que tiene por destinatario a prestatarios que no son consumidores, concretamente en el art. 10.3, referido a los préstamos inmobiliarios en moneda extranjera, que permite que se pacte un sistema de limitación del riesgo de tipo de cambio distinto al previsto para los consumidores. Es una disposición innecesaria en una ley destinada a los prestatarios que son consumidores.

Otros destinatarios del AP son los prestamistas inmobiliarios, que deben estar registrados y que son objeto de supervisión por el Banco de España o la autoridad competente de cada Comunidad Autónoma, según los arts. 32 y 33 AP, y los intermediarios de crédito inmobiliario y sus representantes, cuyo régimen jurídico es objeto de una regulación amplia en los arts. 14 a 31 AP. Uno de los problemas que no se resuelve es la aplicación del AP cuando el crédito inmobiliario se ofrezca por personas (físicas o jurídicas) que no cumplan con los requisitos formales o por prestamistas que aparentan cumplir con los requisitos formales, pero que, en realidad, son prestamistas particulares¹².

7. Siendo una normativa dirigida a proteger a los consumidores, al menos en las relaciones entre los operadores de los instrumentos financieros y los consumidores las normas que las regulan tienen claramente un carácter imperativo. Los operadores de los instrumentos financieros han de respetar las normas que son imperativas¹³. Al mismo tiempo, los consumidores no pueden renunciar a sus derechos porque son irrenunciables. En el mismo art. 3 AP se formulan estos dos mandatos, es decir, que las normas en las relaciones con los consumidores son imperativas y que éstos no pueden renunciar a sus derechos. En realidad, el art. 3 AP no es más que la traslación al texto del art. 10 TRLGDCU. Se podría haber tomado como ejemplo el art. 5 LCC, que es mucho más claro y está mejor redactado.
8. El AP se refiere sin más a la <<vivienda>> sin precisar si ha de ser residencial o habitual en los arts. 2.1 a), 2.2. y 2.4 e). Si realmente es esta la voluntad del Gobierno, el AP sigue los consejos del considerando núm. 13 de la Directiva que permite a los Estados miembros extender la protección a otros inmuebles que no sean estrictamente residenciales. Para el AP cualquier vivienda financiada por un prestamista según el art. 32 estará sujeta a la normativa de transparencia prevista. No vendría mal una norma que definiera en términos generales lo que es la vivienda. La consideración de consumidor en el contrato de crédito inmobiliario

¹¹ Estoy de acuerdo con MUÑIZ ESPADA que el sistema no será suficiente hasta que no se aborde igualmente una adecuada política para la vivienda; la garantía hipotecaria sólo es un pilar más (*op. cit.*, p. 35).

¹² Destacado por ADICAE en su Informe, *op. cit.*, p. 15.

¹³ Precisa ADICAE que el art. 3 debería referirse a todos los proveedores de crédito o préstamos hipotecarios, y en particular a las entidades de crédito, *op. cit.*, p. 17. También se precisa que la norma sería de aplicación a supuestos de modificación y novación del contrato inmobiliario.

tiene especial relevancia cuando la vivienda no es residencial o no es de ocio o segunda residencia. En el marco actual, la Ley 2/2009 no distingue entre los bienes inmuebles que se adquieren mediante préstamos hipotecarios (*cf.* art. 1), siendo suficiente tener la condición de consumidor para que se cumplan las normas de transparencia e información en la concesión del crédito hipotecario. La OM EHA/2899/2011 alude sin más especificación, como el AP, a la vivienda como objeto del préstamo hipotecario^{14 15}.

9. Con el AP desaparece el art. 32 OM EHA/2899/2011 que sujeta la concesión de la hipoteca inversa a ciertos requisitos de transparencia, que son los mismos que para la vivienda hipotecada, a saber, entrega de una oferta vinculante, servicio de un asesoramiento independiente, fichas de información precontractual y personalizada, elaboración de una guía de acceso a la hipoteca inversa. El AP sigue, pues, a la Directiva que excluye en el artículo 3.2, letra a), las pensiones vitalicias (hipotecas vitalicias, hipotecas inversas). La principal razón es que el legislador comunitario considera que el riesgo financiero es menor en estos productos financieros. Según el nº 16, "se trata de contratos de crédito con características específicas que rebasan el ámbito de la presente Directiva". Pero tampoco estaría de más mantener en el AP, con las concreciones debidas, este producto financiero.

En todo lo demás, con algunos matices en la ordenación de los supuestos y el vocabulario del art. 2, el AP es bastante fiel a la Directiva en cuanto al ámbito objetivo (créditos inmobiliarios que se incluyen y que quedan fuera). Cabe señalar, no obstante, que el apartado 1, letra a) del art. 2 precisa, como el art. 1 de la Ley 2/2009, que la futura ley abarca "la concesión de préstamos o créditos con garantía hipotecaria sobre una vivienda bajo la forma de pago aplazado, apertura de crédito o cualquier otro medio equivalente de financiación"¹⁶.

El Gobierno en funciones no hizo uso de del art. 3.3 de la Directiva, el cual permite a los Estados miembros excluir de la normativa nacional determinados supuestos e instrumentos financieros. Es difícil conocer las razones de la omisión total del art. 3.3 de la Directiva en el AP. La especificidad de los supuestos e instrumentos financieros como posible razón para excluir su regulación en el AP seguramente no ha sido tomada en consideración por sus redactores. En principio, supone una

¹⁴ DÍEZ GARCÍA entiende que la Directiva comprende también cualquier crédito hipotecario destinado a usos distintos de los inmobiliarios, p. e., la hipoteca de máximo que puede permitir la financiación de otros créditos (*op. cit.*, p. 25).

¹⁵ Una cuestión de interés es el cambio de destino de la vivienda hipotecada (p. e., para ser un despacho profesional). Pueden consultar mi comentario "La cláusula de autorización por el Banco del destino profesional de la vivienda residual o habitual hipotecada (a propósito de la STS 23 diciembre 2015), Rev. LEX MERCATORIA, 2016, nº 1, pp. 35 y ss.

¹⁶ A juicio de ÁLVAREZ OLALLA, una interpretación literal nos llevaría al absurdo de considerar que cualquier persona que sea prestatario de un crédito –concertado con cualquier prestamista– si celebra un contrato –del tipo que sea, p. e., catering, suministro o alquiler– con un prestamista profesional que se dedique a realizar las actividades que se indican en las letras a) b) y c) del precepto, ese contrato está sometido a la futura ley, lo cual es un sinsentido (*op. cit.*), p. 3. Sinceramente no llega a entender cómo se puede llegar a esta interpretación que hace la autora.

ventaja para el prestatario al ser de aplicación la futura ley también a los supuestos e instrumentos financieros a los que alude el art. 3.3 de la Directiva.

- 10.** Uno de los temas centrales del AP, en confluencia con la Directiva, es la transparencia en la contratación de créditos inmobiliarios con consumidores. El Capítulo II regula las normas de transparencia, siendo el art. 5 el que se refiere a la transparencia en la comercialización de préstamos inmobiliarios, aunque sería preferible hablar de la transparencia en la contratación porque de ello se trata, a saber, que el prestatario esté perfectamente informado antes de suscribir un préstamo. Parece acertado que las disposiciones generales estén encabezadas por unos principios denominados de <<actuación>> en la concesión de préstamos inmobiliarios exigiendo a los operadores económicos activos honestidad, imparcialidad, transparencia y profesionalidad, respetando los derechos de los prestatarios en la elaboración de los productos crediticios, en la contratación, en la intermediación, en el asesoramiento y también durante la ejecución del contrato. Pero tan o más importante es la buena fe y la objetividad como principios que, sin embargo, no figuran en esta disposición general¹⁷. Más que principios de actuación, son principios generales de la contratación que deben presidir antes, durante y después la contratación de créditos préstamos inmobiliarios (si bien, como nos enseña la OM EHA/2899/2011, no son principios exclusivos de la contratación con consumidores). Aun siendo una regulación sectorial, impulsada por el Derecho comunitario, se deben tener en cuenta siempre los derechos básicos de los consumidores en este sector (*cf.* art. 59.2 TRLGDCU).
- 11.** En lugar de regular en la misma futura ley las normas de transparencia, el AP deja, conforme con el art. 5, en manos del Ministerio de Economía y Competitividad la regulación de materias tan relevantes, como la información precontractual, la información en la publicidad, la información de las condiciones básicas de comercialización o contratación, la capacidad solvencia económica, la obtención y documentación apropiada de datos relevantes del solicitante... (el AP no sigue un orden lógico ni sistemático como sería deseable¹⁸)¹⁹. El artículo 5

¹⁷ La ley andaluza 3/2016, de 9 de junio, para la protección de los derechos de las personas consumidoras y usuarias en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios sobre la vivienda, menciona en el art. 5. 1 la buena fe y la objetividad como criterios de actuación de los prestamistas y los servicios de intermediación. Más básica es la formulación en el Código de consumo de Cataluña al establecer en el art. 262-1.1 que "los prestamistas y los intermediarios de crédito deben actuar honestamente, profesionalmente y en el mejor interés de las personas consumidoras cuando les conceden créditos o préstamos hipotecarios o cuando les prestan servicios de intermediación o asesoramiento y, si procede, servicios accesorios". La Ley madrileña 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 (que está recurrida ante el TC), no contiene una norma general sobre los criterios o principios de actuación que se deben seguir en este sector de la contratación.

¹⁸ Por ADICAE se critica el carácter heterogéneo de las normas agrupadas en el Capítulo II del AP (*op. cit.*, p. 18). Se denuncia también por esta Asociación la falta de un organismo específico de control y de supervisión para el cumplimiento de las normas de transparencia (p. 19). Es una función que corresponde al Banco de España y a las autoridades competentes según cada norma autonómica.

¹⁹ También para ÁLVAREZ OLALLA es el aspecto más criticable del AP. Critica igualmente la forma asistemática de esta parte del AP, *op. cit.*, p. 5. Cita, además, el Informe del Consejo de Estado "sobre la inserción del derecho europeo en el ordenamiento español", de 14 de febrero de 2008, a favor de una

es una copia casi literal del aún vigente art. 5 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades créditos. Esta Ley ha sido desarrollada posteriormente por el RD 84/2015, de 13 de febrero, que, sin embargo, no desarrolla el art. 5 de la Ley 10/2014. En estos momentos rige aún la OM EHA/2899/2011 que regula muchos de los temas de los que se ocupa necesariamente el AP. Me parece un craso error que el AP haga suya, casi literalmente, una norma de una Ley en lugar de transponer la Directiva. El art. 5 AP establece, como la Ley 10/2014, una larga lista de materias que deberá ser desarrollada posteriormente a nivel administrativo. El considerando núm. 15 de la Directiva comienza diciendo que el objetivo de la misma "consiste en garantizar que todos los consumidores que concluyan los contratos de crédito para bienes inmuebles disfruten de un elevado grado de protección". Esta protección se puede lograr, como señala el art. 1 de la Directiva, mediante normas sustantivas, reglamentarias, administrativas y norma prudenciales (*cf.* art. 1). Corresponde a cada Estado miembro determinar qué materias deben ser objeto de regulación mediante cada una de estas normas. Los redactores del AP se han decidido por desarrollar muchas de las materias de la fase precontractual mediante normas administrativas, algunas de ellas que, sin embargo, deberían, en mi opinión, regularse en la misma Ley. Entre las materias que deberían ser objeto de una regulación sustantiva deberían estar todos los aspectos relacionados con la información precontractual²⁰. Esta opción cabe colegir del considerando de la Directiva. La Directiva dice expresamente que esos <<otros aspectos>> deben transponerse por medio del Derecho civil –quien dice Derecho civil, dice Derecho de los consumidores- y del Derecho penal, es decir, mediante normas sustantivas. Normas de esta naturaleza constituyen una mayor garantía para lograr la transparencia que normas administrativas o prudenciales.

El Gobierno en funciones, sin embargo, ha preferido en el AP seguir la senda de antaño que regula la transparencia principalmente mediante normas de rango reglamentario (como, p. e., la regulada en la OM EHA/2899/2011). El incumplimiento de las normas que dicte en su día el Ministerio de Economía y Competitividad no puede quedarse sólo en sanciones administrativas (previstas en el AP), sino que la sanción debe ser también civil y, en su caso, penal, pero para ello es necesario que las normas sean sustantivas. De lo contrario, el carácter irrenunciable de la ley y de sus normas de desarrollo quedará claramente debilitado.

- 12.** El Gobierno debería tomar nota de la LCC –el crédito al consumo es un producto bancario paralelo al crédito inmobiliario con consumidores si bien mucho menos complejo-, la cual regula las principales materias de transparencia en la misma Ley. Así se ha hecho también en las leyes extranjeras que hasta ahora han transpuesto la Directiva (es el caso de las transposiciones en Alemania y Austria), sin perjuicio de que ciertos aspectos puedan ser objeto de un desarrollo

transposición de las directivas mediante ley para una mayor transparencia. Estoy de acuerdo con la autora en lo sustancial de que siendo una Directiva que regula aspectos de relaciones contractuales, que, además, afectan a instituciones reales, como la hipoteca (vid. *mi* trabajo "Opciones legales...", *op. cit.*), una gran parte de la Directiva se debería transponer mediante ley (p. 6). En lugar de ello, dice la autora, hubiera sido preferible una transposición por transcripción (p. 6).

²⁰ Es el mismo criterio que defiende ADICAE, *op. cit.*, pp. 28 y ss.

reglamentario posterior (criterio también elegido en algunas leyes de transposición de Estados miembros de la UE, como, p. e., en Italia).

- 13.** La información básica que debe figurar en la publicidad según el art. 11 de la Directiva, que viene detallada en el precepto, debería ser incorporada en la misma ley en lugar de un desarrollo reglamentario (art. 5.1 letra c AP), como se hizo en el art. 9 LCC. La información básica en la publicidad incide de modo directo en la formación de la voluntad del prestatario. Por ello, la publicidad puede ser parte del contrato mediante una interpretación integradora. Ya lo dice el art. 61 TRLGDCU. Lo razonable, además lo requiere la buena técnica normativa, es que esta materia se regule en la futura ley de los contratos de crédito inmobiliario. Una posición contraria, como la defendida, supondría que el consumidor de un crédito al consumo estaría más protegido que el consumidor de un crédito inmobiliario (como sucede en la actualidad atendiendo a lo dispuesto en el art. 5 de la OM EHA/2899/2011), siendo de aplicación directa el art. 11 TRLGDCU, que es una norma general –insuficiente en cualquier caso-. Finalmente, el incumplimiento de las normas reglamentarias no tendría, en principio, una sanción civil, a no ser que se invoque el art. 6.3 CC o el orden público económico con apoyo en el art. 1255 CC según una jurisprudencia menor. Si se considera, no obstante, que ciertos aspectos deben ser objeto de un desarrollo reglamentario, se puede prever en la ley los requisitos básicos que debe contener la publicidad.
- 14.** Las mismas consideraciones se deben formular respecto a la información general que deben dar los prestamistas. El art. 13 de la Directiva dice expresamente que la información general deberá especificar como mínimo... El mandato dirigido a los Estados miembros debería plasmarse en la ley y no en un reglamento. El AP no menciona como tal la información general que deben facilitar los prestamistas. La información general no se debe confundir con la información precontractual, cuyo desarrollo reglamentario viene previsto en el art. 5.1, letra a. Habrá que deducir del art. 5.1, letra b, que la transparencia de las condiciones básicas de comercialización o contratación de préstamos es la información básica a la que se refiere el art. 13 de la Directiva. Es tan genérica la disposición que no dice nada (en la actualidad, rige el art. 6 de la OM EHA/2899/2011).
- 15.** Me parece igualmente grave que la regulación de los requisitos de información precontractual se quiera desarrollar en normas de rango reglamentario cuando son requisitos que predeterminan parte del contenido futuro del préstamo inmobiliario con consumidores. El artículo 14 de la Directiva identifica la información precontractual con la información personalizada mediante la cual se da a conocer al prestatario los elementos principales y accesorios del préstamo inmobiliario. Para que el prestatario pueda formar su voluntad es importante que conozca antes de firmar el contrato el contenido del contrato. Con la Directiva se quiere asegurar la mayor transparencia posible por parte del prestamista en beneficio del prestatario, debiendo contener la información personalizada aquellos aspectos del contrato que son importantes. El documento que garantiza esta información es la Ficha Europea de Información (FEIN), cuyo contenido viene predeterminado según el Anexo II de la Directiva, el cual no puede ser alterado por los Estados miembros, siendo una de las pocas normas de contenido máximo (*cf.* art. 2.2). Sólo por esta razón debería figurar en la ley. Salvo en el

art. 10. 7 (préstamos inmobiliarios en moneda extranjera) del AP, no aparece mencionada la FEIN, dejando su regulación en manos del Ministerio de Economía y Competitividad. Siendo el Anexo II de la Directiva una norma de contenido máximo, la FEIN debería figurar en la ley, no en una orden ministerial. Hasta que se apruebe la ley y, en su caso, la orden ministerial, rigen los arts. 21 y 22 de la OM EHA/2899/2011 que prevén las fichas precontractual y personalizada con sus respectivos Anexos (existen también fichas para la hipoteca inversa), si bien siempre conforme con la Directiva.

- 16.** El AP contiene un mandato importante para los prestatarios: Las obligaciones de información que establece esta ley no supondrán coste adicional alguno para los mismos. La gratuidad de la información debe regir también para la información que se exija mediante las normas de desarrollo de la ley.
- 17.** En el art. 5 AP no aparece mencionada expresamente la oferta vinculante a la que alude, por el contrario, el 14.3 de la Directiva. Para el supuesto de que el consumidor solicite una oferta vinculante, el art. 14.3 establece un mandato que debería figurar expresamente en el AP. Según la Directiva, la oferta vinculante que solicite el consumidor debe ser facilitada en soporte de papel o cualquier otro soporte duradero y vaya acompañada de una FEIN cuando: a) el consumidor no haya recibido anteriormente una FEIN, o b) las características de la oferta difieran de la información indicada en la FEIN, facilitada previamente. Esta norma no ha sido transpuesta al AP ni tampoco se deja para un desarrollo reglamentario posterior. El Ministerio de Economía y Competitividad podría haber tomado como modelo la regulación de la oferta vinculante de la OM EHA/2899/2011 (vid. art. 23; en el apartado quinto establece un plazo legal de vigencia de la oferta vinculante que no puede ser inferior a 14 días naturales desde su fecha de entrega; esta fecha mínima es superior a la de la Directiva que en el art. 14.6 determina como plazo mínimo 7 días para las ofertas en general, sin precisar si son días naturales o si son días hábiles).
- 18.** Como el AP no contiene una mención expresa de la oferta vinculante tampoco contempla el derecho de reflexión antes de la celebración del contrato de préstamo inmobiliario, al que se refiere, empero, el art. 14.6-3 de la Directiva. Es una opción que tienen los Estados miembros de regular, pero por la que, al parecer, el Gobierno no opta. En principio, fijándose un plazo para el mantenimiento de la oferta, ello implica tácitamente un período de reflexión a favor del prestatario.
- 19.** El derecho de reflexión no es incompatible con el desistimiento *sensu stricto* en un plazo breve (que no debe confundirse con el derecho de reembolso anticipado, llamado, a veces de forma impropia, desistimiento). Aunque la Directiva parece dar la opción a los Estados miembros de regular el derecho de reflexión o el derecho de desistimiento según el art. 14.6-2²¹, cabe entender que no son derechos incompatibles. El derecho de desistimiento puede ser tan importante para el prestatario como el derecho de reflexión.

²¹ A juicio de MUÑIZ ESPADA, el desistimiento, atendiendo a sus consecuencias, no encaja bien en una figura como el crédito hipotecario, *op. cit.*, p. 83.

- 20.** Algunas normas de transparencia son tan genéricas que deberían ser completadas mediante otras normas. Así, p. e., el art. 5 AP dispone en el apartado 1, letra d), que "las especialidades de la contratación de préstamos de forma electrónica o por otras vías de comunicación a distancia y la información que, al objeto de lo previsto en este artículo, debe figurar en las páginas electrónicas de los prestamistas". ¿Cuáles son estas especialidades? Es una norma tan genérica que sólo adquirirá sentido si es objeto de un desarrollo más específico.
- 21.** El AP contiene otras normas que son de interés en materia de transparencia. El extenso art. 5.1, letra a) termina con un mandato dirigido al Ministerio de Economía y Competitividad, el cual podrá fijar las cláusulas que los contratos de préstamo habrán de tratar o prever de forma expresa. ¿A qué cláusulas se refiere el AP? Del mentado precepto, leyéndolo en su conjunto, las cláusulas pueden referirse a los derechos y obligaciones de las partes, a los riesgos derivados del préstamo para el prestatario, a las demás circunstancias necesarias para garantizar la transparencia de las condiciones más relevantes de los préstamos y permitir al prestatario evaluar si estos se ajustan a sus necesidades y a su situación financiera. No está claro si las cláusulas que se redacten serán simples recomendaciones o si tendrán carácter vinculante o con efectos meramente administrativos, o si se van a elaborar modelos administrativos de préstamos inmobiliarios con consumidores²².
- 22.** Otro mandato que puede desarrollar el Ministerio de Economía y Competitividad, es la adecuada e independiente valoración de las garantías inmobiliarias que aseguren los préstamos de forma que se contemplen mecanismos que eviten las influencias indebidas de la propia entidad o de sus filiales en la valoración (art. 5.1, letra f, AP). Parece que el AP se refiere a la tasación del bien inmueble (*cf.* la OM ECO/805, 2003, de 27 de marzo, sobre normas de valoración de bienes inmuebles y determinados derechos para ciertas entidades financieras).
- 23.** La única verdadera norma de transparencia, además de la proclama general contenida en el art. 4 AP, es el art. 5 AP, pero sólo en parte. Los demás preceptos que comprenden el grandilocuente título del capítulo II «Normas de transparencia» cumplen funciones muy diversas como indican los títulos de las secciones segunda (normas de conducta) y tercera (forma, ejecución y resolución) del citado capítulo. Pero ni siquiera estas dos secciones responden realmente a lo que anuncian. Ello se debe a una estructura un tanto defectuosa. Se podría haber seguido, en su lugar, un orden más o menos parecido a los establecidos en la LCC o en la OM EHA/2899/2011.

²² La Ley andaluza 3/2016 prevé un modelo llamado «de contrato de préstamo hipotecario de confianza» cuyo uso será voluntario para las partes, que será elaborado en el plazo de tres meses, desde la entrada en vigor de la misma, con la intervención de diversas instituciones (DA 1ª). No entro en la posible inconstitucionalidad de este precepto. Si se entiende que lo que permite la DA 1ª es un modelo administrativo, quizá es conforme con la Constitución, pero se debería esperar al modelo que elabore el Ministerio de Economía y Competitividad, sobre todo por razones de unidad del mercado hipotecario. Además, la CE permite a las Comunidades Autónomas, según se deriva del art. 148. 1. 11ª, sólo desarrollar y ejecutar la legislación estatal en esta materia.

24. En la fase previa de la concertación de un préstamo inmobiliario es de capital relevancia la evaluación económica del prestatario. Una adecuada correlación entre la cantidad que se presta y la capacidad económica del prestatario para asegurar la devolución del capital y los intereses es fundamental en este sector del sistema financiero²³. El extenso art. 18 de la Directiva, aunque lleno de generalidades, ha quedado reducido a dos frases breves en la letra e) e i) del ap. 1 del art. 5 AP: El Ministerio de Economía y Competitividad podrá dictar disposiciones relativas a “la adecuada atención a los ingresos de los clientes en relación con los compromisos que adquieran al recibir un préstamo” y “las condiciones y efectos de la evaluación de la solvencia”. En definitiva, la regulación legal de la solvencia económica del prestatario se reduce a rango reglamentario cuando sería deseable un marco básico en la ley en beneficio de ambas partes del contrato. La obligación de evaluar la solvencia económica es una obligación contractual y no meramente administrativa (al igual en la LCC, art. 14). Afecta de lleno al orden público económico que limita la libertad contractual²⁴. Incluso se deberían fijar las consecuencias civiles en caso de incumplimiento imputable a la entidad financiera (no debería quedar reducido el incumplimiento a sanciones administrativas)²⁵. El AP no asume el art. 20.3 de la Directiva según el cual “los Estados miembros pueden permitir la rescisión del contrato de crédito por el prestamista cuando se demuestre que el consumidor ha ocultado o falsificado conscientemente la información pertinente”. Por la misma razón, se podría incorporar una norma por la que se puede resolver el contrato de crédito cuando el prestamista no actúa con la debida responsabilidad en la evaluación de la capacidad económica del prestatario.

En otro momento dije que la fijación de criterios de la solvencia económica se podría determinar en normas prudenciales para determinar los factores pertinentes para verificar las perspectivas de cumplimiento por el consumidor de sus obligaciones en virtud del contrato de crédito. Siguiendo lo dispuesto en el artículo 18.2 OH EHA/2899/2011, la materia prudencial podría referirse a los documentos que sean necesarios, así como a los procedimientos y su actualización y la información que debe ser requerida para basar la evaluación del consumidor. Podría ser también materia prudencial, atendiendo a lo establecido en el artículo 18.5, letra c), el procedimiento que ha de seguirse en caso de que se deniegue la concesión del préstamo por considerar la entidad crediticia que el consumidor no tiene la necesaria solvencia económica para hacer frente a él. También podría formar parte de la materia prudencial la reevaluación

²³ Son muy oportunas las reflexiones de DÍEZ GARCÍA sobre las expectativas razonables en un tema tan sensible como es la financiación de la adquisición de la vivienda considerando que es un derecho básico y fundamental del ciudadano (*op. cit.*, pp. 31 y ss.).

²⁴ Palabras textuales de MUÑIZ ESPADA, *op. cit.*, p. 125.

²⁵ ADICAE exige que en el AP un plus de responsabilidad de las entidades financieras en su comportamiento hacia el consumidor (*op. cit.*, p. 33), debiendo mejorarse los derechos de los consumidores ante la irresponsabilidad de una entidad financiera en esta materia, como, p. e., obtener a través de un procedimiento rápido la devolución del dinero adecuada a las circunstancias del consumidor, sin pago de intereses, quitas (*op. cit.*, pp. 36-37).

de la solvencia del consumidor según el artículo 18.6. Se podrá acordar que sea materia prudencial, por último, conforme al artículo 20.1, 3 y 4, los procedimientos que debe seguir la entidad de crédito para obtener mediante fuentes internas o externas la información necesaria para la realización de una evaluación adecuada de la solvencia del consumidor²⁶.

- 25.** El AP no contiene –incomprensiblemente- ninguna disposición específica sobre la TAE. Según el art. 4, núm. 15, de la Directiva, la TAE es “el coste total del crédito para el consumidor, expresado como porcentaje anual del importe total del crédito concedido, más los costes contemplados en el art. 17, apartado 2, si ha lugar, y que corresponde, sobre una base anual, al valor actual de todos los compromisos futuros o existentes (disposiciones de fondos, reembolsos y gastos) convenidos por el prestamista y el consumidor”. Para su cálculo sólo rige la fórmula matemática que figura en el Anexo I (art. 17.1). Una muestra más de la voluntad comunitaria de que haya uniformidad total en el cálculo de la TAE. De momento está vigente el art. 31 de la OM EHA/2899/2011, que regula la TAE. La redacción del art. 17 de la Directiva obligará al legislador español a una adaptación mínima de la misma al derecho interno, si bien debería ser mediante una norma sustantiva por ser un elemento sustancial para la contratación financiera. Igualmente deberá incorporar los apartados 5 a 8 del art. 17 de la Directiva y deberá hacer las necesarias adaptaciones en las fichas de información.
- 26.** El AP parte de la libertad contractual para pactar el interés remuneratorio del préstamo (el precio del dinero prestado), pero reconoce en el art. 5.4 a favor del Ministerio de Economía y Competitividad la facultad de publicar por sí o a través del Banco de España regularmente determinados índices o tipos de interés de referencia, que pueden ser aplicados por los prestamistas a los préstamos de interés variable. En el AP podría figurar una lista de posibles cláusulas abusivas de interés remuneratorio²⁷.

Hasta ahora, la OM EHA/2899/2011 distinguía entre los tipos de interés variable (art. 26) y los tipos de interés oficial, que son los de referencia (art. 27). Con la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, se deroga el artículo 27 de la OM, y, en su lugar, se establecen en la DA 15ª tres tipos de interés de referencia: a) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para la adquisición de vivienda libre –por tanto, no oficial-, concedidos por los bancos. b) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las cajas de ahorro. c) Tipo activo de referencia de las cajas de ahorro. Para determinados supuestos también se alude al tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años. Es práctica común en el sector de la banca que

²⁶ “Una invitación a los Estados miembros de la UE: Normas prudenciales a favor del consumidor en los préstamos hipotecarios para la adquisición de bienes inmuebles (a propósito de la Directiva 2014/17/UE, de 4 de noviembre de 2014)”, *Revista de Derecho civil*, vol. 2, nº 2 (2015), p. 18.

²⁷ Ya lo defendí en otro trabajo anterior, “Opciones legales...”, *op. cit.*, pp. 45 y ss. Para evitar la <<abusividad>> de las cláusulas, ADICAE propone un clausulado tipo básico (*op. cit.*, p. 29), que también defiende. Un modelo de contrato, como propone la Ley andaluza 3/2016, deberá contener las cláusulas más generales conformes con el principio general de buena fe.

el precio del dinero de los contratos de financiación se determine conforme con el tipo de interés oficial que mensualmente fija el BE o el BCE, por lo que el artículo 26 de la OM apenas se aplica, el cual establece determinados requisitos para la fijación del tipo de interés variable.

- 27.** El AP no regula, como tampoco la Directiva, el contrato de crédito inmobiliario con consumidores. El centro de la regulación legal del contrato, como ya ha quedado constatado, es la fase precontractual para una mayor transparencia en la contratación. Sólo aspectos concretos afectan de lleno al contenido del contrato. De ellos se ocupa el AP en determinadas normas, algunas de las cuales estarán sujetas a un desarrollo reglamentario posterior.
- 28.** Una de las normas novedosas del AP que afecta directamente al contenido del contrato del préstamo inmobiliario es el art. 11.1 que regula los límites de la modificación del interés remuneratorio. Es una verdadera norma de protección de los prestatarios. Está pensada tanto para el interés fijo como para el interés variable. A diferencia de la Directiva y de las normas bancarias actualmente vigentes, que se centran en la transparencia del tipo de interés que se aplican a los préstamos inmobiliarios, el AP fija, además, dos límites importantes: a) El tipo de interés del préstamo no podrá ser modificado en perjuicio del prestatario durante la vigencia del contrato, salvo acuerdo mutuo de las partes formalizado por escrito. Y b), de existir acuerdo, la variación del coste del crédito se deberá ajustar, al alza o a la baja, a la de un índice de referencia objetivo, sin perjuicio de lo establecido en el art. 85.3-2 TRLGDCU.

La nota más característica de la limitación que establece el art. 11.1 es que si no hay acuerdo entre la entidad prestamista y el prestatario no puede modificarse unilateralmente el interés, aunque en el contrato figure un índice legal de referencia (en una cláusula independiente). Este acuerdo debe haberse negociado expresamente entre las partes, aunque el contrato de préstamo inmobiliario sea de adhesión (siempre lo es). En todo caso, corresponderá a la entidad prestamista acreditar que el acuerdo ha sido negociado. El Gobierno quizá debería subrayar en el art. 11.1 que el acuerdo mutuo ha de ser un acuerdo negociado. Para que el acuerdo de modificación del interés surta efectos, la cláusula de variación del coste del crédito deberá contener un índice de referencia objetivo. Con palabras distintas la norma dice lo mismo que el art. 85.3-2 TRLGDCU al que remite. La relevancia del art. 11.1 reside en que una cláusula de modificación del interés no puede ser impuesta por el prestamista aun cumpliendo los requisitos que establece el art. 85.2-2 TRLGDCU, sino que la modificación requiere previamente un acuerdo negociado entre las partes. En la praxis, sin embargo, se impondrá la imposición del régimen de cambio del tipo de interés, que estará, en su caso, sujeto al control de «abusividad».²⁸

El art. 11.2 inserta otros dos requisitos al ya establecido en el art. 24 de la Directiva. A) Para que el prestamista pueda invocar el acuerdo de modificación del interés variable el índice o tipo de referencia debe ser claro, accesible,

²⁸ ADICAE advierte de las prácticas abusivas y cláusulas abusivas en relación con la cláusula de interés variable, exigiendo, además, que se establezcan límites y criterios para impedir de forma indiscriminada una subida de tipos o coste en un proceso negociador de novación (*op. cit.* pp. 68-69).

objetivo y verificable por las partes en el contrato de préstamo y por las autoridades competentes. B) El índice o tipo de referencia deberá calcularse a coste de mercado y no ser susceptible de influencia por el propio prestamista, o en virtud de acuerdos con otros prestamistas o prácticas conscientemente paralelas, y los datos que sirvan de base al índice o tipo sean agregados de acuerdo con un procedimiento matemático. Son requisitos que pretenden asegurar la mayor transparencia formal y material posible de las cláusulas que se refieren al tipo de interés en el crédito inmobiliario. Aun así, la protección que se dispensa al consumidor es menor que la que le se da en la LCC (vid. art. 22).

Según el art. 11.3, por una orden del Ministerio de Economía y Competitividad se determinarán los tipos de interés oficiales que puedan ser aplicados por los prestamistas, su forma de cálculo y los requisitos de publicidad. El reglamento que se dicte deberá ser tenido en cuenta por el prestamista.

En respuesta al art. 24 de la Directiva, el AP añade, finalmente, que los proveedores de índices para el cálculo de los tipos y los prestamistas deben conservar registros históricos de dichos índices.

29. A diferencia de la Directiva, que no contiene ninguna norma sobre las comisiones, el AP establece unos requisitos que benefician al consumidor. Con carácter general, pero sólo a nivel reglamentario, la OM EHA/2899/2011 establece en el art. 3 un régimen de las comisiones para los servicios que prestan las entidades financieras. En los préstamos inmobiliarios, el art. 5.2 AP dispone que sólo podrán percibirse comisiones o repercutirse gastos por servicios relacionados con los préstamos que hayan sido solicitados en firme o aceptadas expresamente por un prestatario o prestatario potencial y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos que puedan acreditarse (coincide prácticamente con el art. 3.1-2 de la mentada OM). La novedad está en que si estos requisitos no se cumplen las comisiones establecidas son nulas.

30. El AP determina en el art. 5.3. lo que en realidad es toda comisión de apertura, si bien precisa al menos que “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. En caso de préstamos denominados en divisas, la concesión de apertura incluirá cualquier comisión por cambio de moneda correspondiente al desembolso inicial del préstamo”. Por norma general, la comisión de apertura se devengará una sola vez. Se trata de una disposición novedosa, que no aparece en la OM EHA/2899/2011. Una de las consecuencias de esta disposición es que incluye en la comisión de apertura los costes de estudio para conceder un préstamo inmobiliario con consumidores, si bien el efecto práctico es, seguramente, mínimo porque los bancos incrementarán seguramente el importe de comisión de apertura.

En la práctica, la comisión es una especie de <<impuesto>> que fijan las entidades financieras, que, además, se financia incluyendo en el préstamo concedido la cantidad debida por la comisión de apertura. Lo que no dice el art. 11.3 es que la comisión de apertura debería responder a servicios efectivamente prestados o gastos habidos que puedan acreditarse. Sería, además, congruente con el art. 11.2. De este modo se evitaría que se fijara un porcentaje

determinado (p. e., un 0,5 o un 1 %) sobre la cantidad que se oferta como préstamo.

- 31.** El título de la Sección 3ª del Capítulo del AP promete mucho más de lo que realmente regula. En realidad, se ocupa de la forma del préstamo inmobiliario con consumidores (art. 12) y del derecho de reembolso anticipado (art. 13). Aunque el contrato de préstamo, civil y mercantil, se rige por la libertad de forma, al menos en la práctica los préstamos entre entidades financieras y prestatarios se hace por escrito, exigencia inevitable de los contratos de adhesión general. La novedad del AP es que dice que los contratos de préstamo regulados en esta ley se formalizarán por escrito o en formato electrónico o en otro soporte duradero. Tal como está redactada la norma, no hay una exigencia categórica de que la forma constituya un requisito esencial del préstamo inmobiliario con consumidores. Sin embargo, siendo una ley imperativa, no cabe renunciar a la forma escrita o al soporte electrónico o a otro soporte duradero.
- 32.** El art. 12.1 AP dice algo más. Resulta una obviedad que el contrato de préstamo ha de contener los elementos esenciales, pero lo que ya no es una obviedad es que se inserten los elementos accesorios que, en su caso, determine el Ministerio de Economía y Competitividad. Dejar en manos del Estado la reglamentación de parte del préstamo inmobiliario podría suponer una excesiva intervención administrativa. Sería más acertado regular en la misma ley ciertos límites, obligaciones y condiciones, sobre todo en beneficio del prestatario²⁹, que hacer depender parte del contrato de una reglamentación administrativa. No es lo mismo un contrato de préstamo parcialmente reglamentado en la ley que un contrato de préstamo regulado por normas administrativas. En definitiva, es en la ley donde debe figurar el contenido mínimo del contrato inmobiliario con la mayor extensión atendiendo a sus principales características (se podría tomar como referencia el art. 16.2 LCC).

El AP no deroga el art. 6.1 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, a pesar de las muchas críticas que ha recibido la expresión manuscrita en los préstamos hipotecarios –especialmente del sector notarial- mediante la cual el consumidor constata personalmente que conoce determinados aspectos de ciertas cláusulas financieras (la Guía de Acceso al PréstamoHipotecario, de 2013, contiene un modelo de esta manifestación de voluntad del consumidor, a la que no puede renunciar)³⁰.

²⁹ ADICAE formula las siguientes propuestas, que yo suscribo y que he defendido en trabajos anteriores: a) que se desarrollen con mayor extensión los contenidos mínimos imprescindibles; b) que se estipule una serie de cláusulas o prácticas prohibidas, y c) que se elabore un contrato tipo (se precisa por la Asociación que sea con la participación de las asociaciones de consumidores) (*op. cit.*, p. 71).

³⁰ Sobre la misma, entre otros, K. J. ALBIEZ DOHRMANN/J.A. CASTILLO PARRILLA, "Las RRDGRN de 27 de octubre y 10 de diciembre de 2015 abogan (de nuevo) por una interpretación extensiva o "pro-consumatore" en relación con la exigibilidad de la expresión manuscrita del art. 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo 2016, la Ley nº 8691, pp. 2 y ss. *Ídem*, "La cláusula de renuncia a la expresión manuscrita (a propósito de la RDGRN 12 de marzo de 2015", *Vivienda, préstamo y ejecución*, dirs. M. Espejo Ledo de Tejada/J.P. Murga Fernández, Aranzadi, 2016, pp. 235 y ss.

33. Un supuesto muy específico es el derecho de reembolso anticipado. El artículo 25 de la Directiva reconoce este derecho con independencia de su regulación por las partes y de los límites y condiciones que puedan fijar los Derechos nacionales. Al prestatario se le debe dar la posibilidad de poder devolver el dinero anticipadamente, una facultad que tiene especial importancia en contratos de financiación de larga duración pero también cuando su vigencia es corta. En nuestro ordenamiento jurídico, el derecho de reembolso está reconocido en el artículo 7-2 de la Ley 41/2007, que permite la amortización anticipada, total o parcial, aunque no se haya contemplado este derecho mediante cláusula en el contrato de préstamo hipotecario, exigiendo como requisitos que el objeto de la hipoteca sea una vivienda -sin exigir que sea residencial- y que el prestatario sea persona física -consumidor-.

Conviene tener claro que la Ley 41/2007 diferencia entre la compensación por desistimiento (art. 7) y la compensación por riesgo de tipo de interés (art. 8). Son supuestos compatibles. Si se examina la propuesta del AP, no queda claro si se refiere a uno u otro supuesto, o si admite ambos. En la redacción del art. 13 AP se han tomado elementos tanto del art. 7 como del art. 8 de la Ley 41/2007.

El AP garantiza el derecho de reembolso anticipado al consumidor en cualquier préstamo inmobiliario (primera diferencia notable con el art. 7 de la Ley 41/2007). Es, además, un derecho que tiene el prestatario durante toda la vigencia del préstamo inmobiliario: "El prestatario podrá extinguir el contrato en cualquier momento mediante el reembolso o la amortización anticipada". Nada dice el AP cómo ha de ejercitar el prestatario el derecho de reembolso ni tampoco en qué momento. Lo deja en manos de las partes mediante las cláusulas oportunas. Sólo establece un límite: el plazo de notificación previa del ejercicio del derecho de reembolso no podrá exceder un mes (lo permite el art. 25.1 de la Directiva). Es un plazo amplio, el cual podría reducirse³¹.

El régimen del derecho de reembolso debería convenirse entre partes, pero en la praxis bancaria será previamente impuesto por el prestamista, si bien este deberá respetar lo dispuesto en el art. 25.

El AP no hace uso del art. 25.1 de la Directiva que permite a los Estados diferenciar en función de la clase de tipo deudor el derecho de reembolso. Tampoco fija restricciones de las circunstancias en las que se pueda ejercer este derecho. P. e., en caso de que el reembolso anticipado se produzca dentro de un período en el cual el tipo deudor sea fijo. O el ejercicio del referido derecho esté supeditado a la existencia de un interés legítimo, especificado por el Estado miembro, por parte del consumidor, como, p. e., en caso de divorcio o desempleo del prestatario (considerando núm. 66).

En cumplimiento del art. 25.4 de la Directiva, el art. 13.2 AP exige al prestamista que facilite al prestatario sin demora la información necesaria para evaluar la opción de la amortización anticipada. La frase segunda del art. 13.2 AP es una transposición literal de la segunda frase del art. 25.4 de la Directiva: "En dicha

³¹ P. e., 15 días como propone ADICAE, *op. cit.*, p.76.

información se cuantificarán, como mínimo, las consecuencias que tiene para el consumidor la liquidación de sus obligaciones antes de la expiración del contrato de crédito, exponiendo con claridad las hipótesis que se hayan manejado. Tales hipótesis deberán ser razonables y justificables”.

Varias son las consecuencias del derecho de reembolso anticipado previstas en el AP:

1ª) Una reducción del coste total del crédito para el consumidor que comprenderá los intereses y costes correspondientes al tiempo de contrato que quede por transcurrir. Este derecho, previsto en el art. 13.3, corresponde al mandato impuesto en el art. 24.1 de la Directiva. El AP ejemplifica un supuesto de reducción del coste, concretamente el derivado de un seguro que se extinga con el préstamo, teniendo en este caso el prestatario el derecho al extorno de la parte de prima no consumida.

2ª) Una compensación o comisión por reembolso anticipado a favor del prestamista, pero sólo si figura en el contrato de préstamo inmobiliario. En caso contrario, el prestamista no puede pedir una compensación o comisión. Es una novedad respecto de la legislación anterior que facultaba a la entidad prestamista, con carácter general, la compensación o comisión por amortización anticipada (aunque en la práctica se insertaba una cláusula de compensación o comisión). El art. 13.4 AP es más estricto que la Directiva (*cfr.* art. 25.3) al hacer depender la compensación o comisión de un acuerdo: “Las partes podrán establecer contractualmente una compensación o comisión...”(art. 13.3, frase segunda). En los términos en que está redactada la frase, podría pensarse que es necesario que el acuerdo sea negociado, pero esta exigencia no está totalmente clara, por lo que la compensación o comisión podría, en este supuesto, ser fijada en una cláusula no negociada.

La compensación o comisión acordada se prevé para dos supuestos que son excluyentes entre sí como precisa el AP. Ya los contempla la Ley 41/2007, pero con la singularidad de que el art. 13.4 AP sólo admite los dos supuestos previstos a tenor de lo que dice la norma: las partes podrán establecer contractualmente una compensación o comisión para alguno de los dos supuestos: a) durante los 5 primeros años de vigencia del contrato de préstamo se podrá establecer una compensación o comisión a favor del prestamista que no podrá exceder del importe de la pérdida que pudiera sufrir el prestamista, con el límite del 0,25 por ciento del capital reembolsado anticipadamente; o b) durante los 3 primeros años la compensación acordada no podrá exceder igualmente del importe de la pérdida financiera, siendo esta vez el límite de la misma el 0,5 por ciento del capital reembolsado. La norma no prevé, sin embargo, ningún otro supuesto y parece que tampoco cabe que la compensación o comisión pueda pactarse para otro escenario (prevista en el art. 8.2 de la Ley 41/2007).

En definitiva, el AP establece cuatro límites para la compensación o comisión por reembolso anticipado: primero, sólo cabe la compensación o comisión en dos supuestos; segundo, la compensación o comisión debe ser acordada; tercero) la compensación no puede ser superior a la pérdida financiera que sufra el prestamista por el reembolso anticipado, y cuarto, según sea el período en el que

se ejerza el derecho de reembolso anticipado -durante los 3 o 5 primeros años-, el límite de la compensación o comisión no puede ser superior al 0,5 o 0,25 por ciento. Los límites que establece el AP son diferentes a los establecidos en la Ley 41/2007.

El AP no distingue el derecho de reembolso y sus consecuencias económicas -siempre acordadas- según el tipo deudor sea fijo o variable (el art. 25 de la Directiva permite establecer restricciones en el supuesto de que el tipo deudor sea fijo). Más tampoco distingue, como en la Ley 41/2007, entre cancelaciones subrogatorias y no subrogatorias, totales o parciales, en los préstamos hipotecarios. La no derogación al menos parcial de la Ley 41/2007 por el AP -no figura entre las disposiciones derogatorias- puede plantear problemas de concurrencia de normas de una y otra ley en su aplicación al distinguir aquella entre la compensación por desistimiento y la compensación por riesgo de interés.

En la compensación por riesgo de tipo de interés habrá que saber la pérdida financiera sufrida por el prestamista, que no siempre resulta fácil su cálculo, a pesar de la fórmula que ofrece el art. 13.5-1 AP: "se calculará por diferencia entre el capital pendiente en el momento del reembolso anticipado y el valor presente de mercado". El art. 13.5-2 AP da, a su vez, criterios de cálculo para determinar el valor de mercado del préstamo (es una copia literal del art. 9.2-2 de la Ley 41/2007). Se podría prever un mecanismo de control para comprobar que el coste o pérdida sufrida por el prestamista que se pretenda repercutir al consumidor resulte el que legalmente recoge la norma³².

- 34.** En una sección totalmente impropia, la de las normas de conducta, se ubica lo que el AP denomina <<Práctica de ventas vinculadas y combinadas>>. La utilización de paquetes por las entidades financieras es perfectamente válida, incluso imprescindible según la política financiera en cada momento. El legislador comunitario ha considerado necesario poner límites a ciertos paquetes financieros sobre la distinción básica entre ventas vinculadas y ventas combinadas (art. 12 de la Directiva). No se trata de garantizar ciertas conductas del personal al servicio del prestamista, sino de prohibir determinadas prácticas vinculadas que pueden resultar abusivas para el prestatario.

El AP opta, esta vez, por definir en el art. 7.1 la venta vinculada, diciendo que es "toda oferta o venta de un paquete constituido por un contrato de préstamo y otros productos o servicios diferenciados cuando el contrato de préstamo no se ofrezca al prestatario por separado" (repite literalmente el art. 4-26 de la Directiva). La no separación del producto vinculado al préstamo es una de las notas características, y que la diferencia de los productos combinados.

Más por venta combinada se entiende, según el art. 7.2, "toda oferta o venta de un paquete constituido por un contrato de préstamo o crédito y otros productos o servicios financieros diferenciados, cuando el contrato de préstamo o crédito se ofrezca también al prestatario por separado en condiciones de mercado". ¿Qué se entiende por <<en condiciones de mercado>>? El art. 4-27 de la Directiva exige que los otros productos o servicios financieros sean por separado para que

³² Propuesta que formula ADICAE, *op. cit.*, p. 76.

las ventas combinadas sean viables, "aunque no necesariamente en los mismos términos y condiciones que combinado con otros servicios auxiliares". Parece más clarificador el art. 4-27 de la Directiva que la matización *in fine* de la frase segunda del art. 7.2 del AP.

- 35.** El AP parte de la prohibición generalizada de ventas vinculadas, cumpliendo, así, con el mandato del art. 12.1 de la Directiva. Sin embargo, admite, al igual que la Directiva, que la prohibición generalizada de ventas vinculadas no puede ser absoluta, que puede haber excepciones. Pero, el AP, en lugar de enumerar diversos supuestos de ventas vinculadas admisibles, como lo hace la Directiva en el art. 12.2, lo deja en manos del Ministerio de Economía y Competitividad. Una vez más, queda la regulación relegada a un rango normativo inferior a la ley. Tampoco hay en el AP una referencia a los posibles destinatarios de las ventas vinculadas (la Directiva en el art. 12.2 incluye, además del consumidor, a un miembro de su familiar o a un pariente próximo al mismo).

El AP parte del requisito general, no por ello menos importante, cual es el beneficio del consumidor, que, además, ha de ser claro.

Las ventas vinculadas pueden ser reguladas por el Ministerio de Economía y Competitividad, pero no cualquier venta vinculada, sino sólo aquellas que sirvan de soporte operativo o de garantía a las operaciones de un crédito o préstamo. Se sobreentiende que estas ventas vinculadas tienen que beneficiar igualmente al consumidor, debiendo cumplir, además de forma clara, con el requisito de disponibilidad y precios de los productos pertinentes ofrecidos en el mercado.

- 36.** De entrada, la Directiva admite que las entidades financieras ofrezcan o vendan un contrato de crédito en un paquete junto con una cuenta de pago, una cuenta de ahorro, un producto de inversión o un producto de pensiones, por ejemplo en caso de que el capital de la cuenta se utilice para reembolsar el crédito o sea un requisito previo para agrupar recursos con objeto de obtener el crédito, o en aquellas situaciones en las que un producto de inversión o un producto de pensiones privado sirve de garantía adicional del crédito (considerando núm. 25).

Según el art. 7.1, letra a, AP, cualquiera de estos productos –y otros– se debe justificar por el banco oferente ante el Banco de España, debiendo suponer para el consumidor un claro beneficio. Corresponde, pues, al Banco de España, autorizar prácticas de ventas vinculadas, pero sólo cuando <<acarreen un claro beneficio a los prestatarios>>³³. El AP es más estricto que la Directiva al exigir expresamente que el beneficio sea claro. Esta exigencia al menos debería suponer la evitación de situaciones de abusos que pueden darse en este tipo de prácticas. El beneficio se debe entender como una ventaja, que, además, debe ser clara, es decir, manifiesta o evidente. La exigencia de que la venta vinculada sea claramente beneficiosa añade un plus que no puede ser menospreciado por el Banco de España, so pena de ser responsable de prácticas de ventas vinculadas que no cumplan con este explícito mandato. La Directiva ofrece algunos criterios que deberán ser tenidos en cuenta por el Banco de España. En

³³ Aun así no será fácil evitar el efecto <sorpesa> que supone toda oferta de un producto vinculado o combinado (ADICAE en su Informe, *op. cit.*, p. 43).

concreto, las ventas vinculadas, dice el considerando núm. 24, no pueden ir en detrimento de la movilidad y capacidad de los consumidores para elegir con conocimiento de causa, salvo si los componentes pueden compararse separadamente. Quedará, pues, al arbitrio del Banco de España de lo que se debe entender por <<claro beneficio de los consumidores>>.

Como, por norma general, las ventas vinculadas son contratos de adhesión, el Banco de España deberá ser, además, muy cuidadoso en el estudio de las cláusulas para que cumplan con los requisitos de incorporación y de contenido (formal y material) de la LCGC y del TRLGDCU.

Además de la exigencia del claro beneficio a favor de los consumidores, en la autorización de las ventas vinculadas el Banco de España debe tener en cuenta la disponibilidad y los precios de los productos pertinentes ofrecidos en el mercado, así como los costes que pueden suponer para el consumidor.

El Banco de España se convierte, así, en un verdadero controlador de estas bancarias y en un garante de los derechos de los consumidores.

El Banco de España podrá también, según el art. 7.1 letra b), "establecer mediante circulares criterios para la aplicación homogénea de las prácticas relativas a las ventas vinculadas permitidas" (serían verdaderas normas prudenciales). También las circulares deberán cumplir con el requisito de que las ventas vinculadas que se admitan sean en claro beneficio de los consumidores.

- 37.** El AP se refiere por separado al contrato de seguro pero siempre como garantía del cumplimiento de las obligaciones del contrato de crédito inmobiliario³⁴. Para evitar la imposición unilateral de un seguro por la entidad financiera que oferta un crédito inmobiliario para consumidores, esta, según el art. 7.4, "deberá aceptar pólizas, de forma no discriminatoria, de todos aquellos proveedores que ofrezcan un nivel de garantías equivalente al propuesto por aquella". La protección del consumidor no necesariamente se garantiza mediante ofertas equivalentes de otras entidades aseguradoras (un proveedor no favorito de la entidad financiera, como dice el art. 12.4 de la Directiva). El consumidor debería tener la posibilidad de elegir la póliza que le sea más beneficiosa, debiendo ser aceptada por el prestamista, aunque no es una exigencia de la Directiva ni del AP³⁵. Con esta norma se quiere evitar que el banco imponga una póliza menos ventajosa al consumidor. Si no existen pólizas equivalentes en el mercado, el requisito del claro beneficio al consumidor adquiere aún mayor relevancia. En la praxis, es muy generalizado que las entidades que ofrecen productos vinculados, combinados y seguros son del mismo grupo de la entidad prestamista.

A diferencia de las ventas vinculadas o combinadas, la regulación de los seguros, aun cuando garantizan los créditos inmobiliarios, no requiere, según el AP,

³⁴ Comprende también el seguro para garantizar el reembolso, al que se refiere expresamente la Directiva.

³⁵ Este requisito debería cumplirse cuando se trata de seguros impuestos legalmente como los seguros de daños en préstamos hipotecarios (art. 8 Ley 2/1981, de 25 de marzo, del Mercado hipotecario).

ningún desarrollo reglamentario ni circular, estando sujetos, principalmente, a la LCS y al TRLGDCU.

Ni la Directiva ni el AP resuelven el supuesto en el que el cobro del seguro sea parte de la prima única para evitar, así, que el cliente pueda cambiar el seguro a otra entidad a lo largo de la vida del préstamo. Esta práctica debe considerarse claramente abusiva como también las cláusulas de conexión que perjudiquen al consumidor, especialmente después de la Directiva³⁶.

- 38.** Por su especificidad, seremos muy breves en nuestras reflexiones en torno al art. 9 AP, cuya ubicación entre las normas de conducta no es, a mi juicio, correcta, principalmente porque la actividad de asesoramiento implica siempre una relación jurídica entre el prestamista o el intermediario y el prestatario, siendo un servicio que, a veces, se articula mediante un contrato de asesoramiento financiero (en la Propuesta de Código civil, 2016, se propone, por primera vez, una regulación del contrato de asesoramiento en general, sin perjuicio de las normas especiales reguladoras de los diferentes sectores de actividad económica o profesional)³⁷. Por las razones que se dirán a continuación, debería figurar en el AP, de forma independiente, el contrato de asesoramiento (como sucede con el contrato de intermediación).

Se debe diferenciar entre el asesoramiento propiamente y la información personalizada precontractual, que pueden solaparse. La principal prestación del asesor consiste en proporcionar una información objetiva y general sobre una materia, pero asesorar es algo más que informar. Supone todo una actividad previamente acordada y dirigida a una determinada materia.

La Directiva se refiere en general a los servicios de asesoramiento en el art. 22. El objeto del asesoramiento viene determinado por la propia Directiva en los apartados segundo y tercero del art. 22. En ningún momento se alude al asesoramiento como contrato, incluso cabe colegir de la Directiva que el asesoramiento puede consistir en una mera información personalizada precontractual. No obstante, hay que subrayar que el asesoramiento es siempre voluntario (es una prestación de servicio), mientras la información que impone la Directiva al prestamista es obligatoria (es una obligación legal). El asesoramiento es siempre una actividad individualizada atendiendo a las necesidades del prestatario (aunque también la información precontractual puede ser personalizada). El asesoramiento es, por norma general, retribuido, si bien hay quien propugna que debe ser siempre gratuito³⁸; la información a que obliga la ley y las normas que la desarrollan debe ser, por el contrario, gratuita (art. 4.2 AP).

³⁶ Puesto de manifiesto por ADICAE en su Informe, *op. cit.*, p. 49.

³⁷ ADICAE piensa que esta actividad –que no es nueva– puede crear un <<nicho de negocios>> (*op. cit.*, p. 59). Es una crítica injustificada; cuestión bien diferente es la protección que se debe dar al cliente que pide un asesoramiento sobre un crédito inmobiliario.

³⁸ ADICAE exige que sea gratuito, *op. cit.*, p. 60.

En términos casi idénticos a la Directiva, el AP define el asesoramiento en el art. 9.1, con la particularidad de que identifica el asesoramiento con toda recomendación personalizada respecto a uno o más préstamos disponibles en el mercado (la Directiva utiliza en el art. 22 también el término «recomendación»). El AP ha tomado también en consideración el art. 10-2 de la OM EHA/2899/2011, que regula básicamente el contrato de asesoramiento en los préstamos en general.

En el AP queda claro, como en el art. 10-1 de la OM EHA/2899/2011, que el asesoramiento se concibe como un contrato según la redacción del art. 9.4: “La prestación de un servicio de asesoramiento requerirá la previa determinación contractual del contenido, alcance y condiciones de éste...”. Además, diferencia el asesoramiento de la información a que ésta obligado el prestamista (art. 9.6).

Como cualquier contrato de servicios, el de asesoramiento del prestamista o del intermediario es oneroso, debiendo figurar la cuantía de la retribución, pero también puede ser expresamente gratuito (art. 9.4, letra a).

El contrato de asesoramiento estará sujeto a un formulario del Ministerio de Economía y Competitividad, que fijará los requisitos oportunos (art. 9.5). Supone una novedad que no está en la OM EHA/2899/2011.

Sorprende un tanto que el AP no haya tomado como suyo las disposiciones del art. 22 de la Directiva que se refieren directamente al contenido de las prestaciones principales del prestamista o intermediario asesor (vid. apartados dos, tres y cinco del art. 22). Seguramente se precisará el contenido de estas prestaciones en el formulario que se elabore.

En la regulación del asesoramiento se echa de menos principios tan importantes como la transparencia y el interés del consumidor, aun cuando el Ministerio de Economía y Competitividad deberá velar por su cumplimiento cuando fije los requisitos en el formulario correspondiente. En cualquier caso, al contrato de asesoramiento son de aplicación supletoria las normas del TRLGDCU.

Aun cuando el contrato de préstamo que se suscriba entre el prestamista y el prestatario es independiente del contrato de asesoramiento, puede existir una cierta conexión que, en su caso, debe ser tenida en cuenta en los conflictos que pueda suscitar el crédito inmobiliario.

- 39.** No podemos abordar aquí la extensa regulación en el AP del régimen jurídico de los intermediarios de crédito inmobiliario y de sus representantes (arts. 14 a 31). Es básicamente un régimen del estatuto jurídico de las personas físicas y jurídicas que participan como intermediarios en el mercado del crédito inmobiliario con consumidores. La mayoría de las disposiciones se ocupan de los requisitos que deben cumplir los intermediarios, de la inscripción y sus requisitos en el registro que se crea a estos efectos, de la supervisión de su actividad...

El AP regula implícitamente el contrato de intermediación del crédito inmobiliario con consumidores. En la definición del intermediario (art. 14.1) aparecen los elementos más característicos del contrato de intermediación y las prestaciones

principales que contiene. El contrato de intermediación consiste en poner en contacto, directa o indirectamente, a una persona física (el consumidor) con un prestamista y en realizar alguna de las siguientes funciones con respecto a los contratos de préstamo a los que se refiere el art. 2.1, letras a) y b). Quedan, pues, perfectamente identificados los sujetos y el objeto del contrato de intermediación. Entre las prestaciones principales del intermediario figuran: a) prestar u ofrecer a los prestatarios dichos contratos de préstamo, b) asistir a los prestatarios realizando los trámites previos u otra gestión precontractual respecto de dichos contratos de préstamos, o c) celebrar los contratos de préstamo con un prestatario en nombre del prestamista (art. 14.1).

Tanto de la descripción como de las prestaciones principales que establece el art. 14.1 cabe deducir que este contrato, como cualquier otro contrato de intermediación, es un contrato de servicios para conseguir un resultado. A cambio del servicio que presta el intermediario, en el contrato de intermediación se puede fijar una remuneración, pecuniaria o de cualquier otra forma de beneficio económico acordado (art. 14.1).

Hay otras materias que inciden de modo directo en la contratación de intermediación de créditos inmobiliarios. En cumplimiento de la Directiva, se regula el contenido básico de la información que debe dar el intermediario o su representante a todo prestatario (art. 24. 1 y 2) las relaciones entre las remuneraciones que aquél recibe del prestatario y las comisiones que reciba del prestamista o de un tercero (art. 23.3), así como inclusión o no de la remuneración (art. 23.4). También conforme con la Directiva, se exige a los intermediarios un seguro de responsabilidad civil profesional, cuyo importe mínimo y las condiciones que debe cumplir serán establecidos por el Ministerio de Economía y Competitividad.

- 40.** Un supuesto específico, previsto en el art. 23 de la Directiva, son los créditos inmobiliarios en moneda extranjera³⁹. Esta vez el AP prefiere una regulación en la misma ley, aunque la Directiva permite expresamente un desarrollo reglamentario. El AP se ha inclinado por dar al prestatario la opción, contemplada en la Directiva, de convertir el préstamo a una moneda alternativa en dos supuestos, a saber, a) la moneda en que el consumidor perciba la mayor parte de los ingresos o tenga la mayoría de los activos con los que ha de reembolsar el crédito, según lo indicado en el momento en que se realizó la evaluación de la solvencia más reciente relativa al contrato de crédito, o b) la moneda del Estado miembro en el que el consumidor fuera residente en la fecha de celebración del contrato de crédito o sea residente en la actualidad (el art. 10.2 AP coincide totalmente con el art. 23.2 de la Directiva). El momento de la opción será cuando solicite el cambio, sin perjuicio de que el ejercicio de este derecho pueda ser modulado mediante la correspondiente cláusula (art. 10.2-2 AP). El tipo de cambio será el tipo de cambio vigente, aunque, esta vez se dice expresamente en el AP, como en el art. 23.3 de la Directiva, que puede establecerse contractualmente otro criterio (art. 10.2-3), siendo el tipo de cambio al momento del cambio el publicado por el Banco Central Europeo, a no ser que se establezca

³⁹ Sería contraria a la Directiva y contraproducente para el mercado, incluso para el consumidor, la prohibición expresa de créditos inmobiliarios, como propone, sin embargo, ADICAE (*op. cit.*, p. 65).

contractualmente otra cosa (art. 10.4 AP). Esta última disposición, que no figura en la Directiva, satisface algo tan importante cual es la seguridad jurídica en este sector bancario.

Las partes pueden limitar el riesgo de tipo de cambio, debiendo ser informado el prestatario, en su caso, de los mecanismos (art. 10.5 AP). La información se convierte en obligatoria cuando el valor del importe adeudado o de las cuotas periódicas difiera en más del 20 % del importe –se podría reducir al 10% o incluso menos según se propone por algunos- para ampliar la protección al consumidor, que habría correspondido de haberse aplicado el tipo de cambio entre la moneda del contrato de préstamo y el euro vigente en la fecha de celebración del préstamo (art. 10.6 AP).

El régimen del tipo de cambio debe figurar en la FEIN y en el contrato de préstamo (art. 10.7), cumpliendo, así, con la Directiva (art. 23.6). Si los contratos de crédito no contienen disposiciones destinadas a limitar el riesgo de tipo de cambio a que está expuesto el consumidor a una fluctuación del tipo de cambio inferior al 20 %, la FEIN deberá incluir un ejemplo ilustrativo de los efectos que tendría una fluctuación del tipo de cambio del 20 % (el art. 10.7 AP es una transcripción literal del art. 23.6 de la Directiva).

- 41.** Por su especificidad y complejidad, siendo, además, extensa la biografía existente sobre la materia, no entro en la previsión normativa sobre la reclamación extrajudicial (DA 1ª AP) ni en reforma de la ejecución hipotecaria (DT 3ª AP).
- 42.** Quiero terminar estas primeras observaciones al AP con algunas cuestiones de carácter general. El control de legalidad, que todo notario debe ejercer en su actuación como funcionario público, es recordado en el art. 12.2 AP de modo general (hay un error material en la enumeración de los apartados de esta disposición), debiendo denegar la autorización del préstamo inmobiliario cuando el mismo no cumpla con lo dispuesto en esta ley y en sus normas de desarrollo (así ya aparece en el art. 30.3 de la OM EHA/2899/2011). No hace falta que lo diga una norma porque forma parte de los deberes principales del notario, que se extiende también al control de las normas administrativas, especialmente las que dicte el Ministerio de Economía y Competitividad, y de las circulares del Banco Central Europeo y del Banco España. Es un brindis al sol, como lo demuestra la praxis diaria.
- 43.** El AP contiene tres reglas de aplicación de la ley en el tiempo. Una es general y otras dos son especiales. La regla general es la no eficacia de la ley a contratos de crédito inmobiliario suscritos con anterioridad a su entrada en vigor (DT 1ª 1). La primera regla especial es la retroactividad de la ley al momento de la novación o de la subrogación en un contrato de crédito inmobiliario (DT 1ª 2). Más la otra regla especial es la retroactividad de la ley respecto de la regulación legal del derecho de reembolso (DT 1ª 1).

A excepción de estas dos reglas especiales de retroactividad, los contratos suscritos con anterioridad a la entrada en vigor de la ley se regirán por las leyes existentes en el momento de su firma, si bien las normas correspondientes

deberán ser interpretadas conforme con la Directiva 2014/17/UE. Afortunadamente hay un conjunto de normas que aseguran la transparencia en los contratos de crédito inmobiliario pero cuya interpretación se debe hacer conforme con las normas comunitarias. La no transposición de la DCCBI hasta la fecha de hoy obligará a las autoridades del Estado y de las Comunidades Autónomas así como al Banco de España a interpretar la normativa vigente en materia de créditos y préstamos para la adquisición de viviendas conforme con los mandatos comunitarios contenidos en aquélla (doctrina que se deriva de los asuntos Adeler/2006, VTB-VAB y Galatea /2009 y VG Wort, 2013). Los principales cuerpos normativos estatales que se deben interpretar conforme con la Directiva son la Ley 2/2009 y la Orden EHA/2899/2011⁴⁰.

- 44.** El AP contiene numerosas normas de delegación a favor del Ministerio de Economía y Competitividad y del Banco de España para el desarrollo de la ley. En virtud de la potestad reglamentaria y circular que tienen, cada uno deberá dictar las correspondientes normas y directrices necesarias, dirigidas a las entidades financieras y a los consumidores. La ley no deja de ser, ante todo, una regulación parcial de crédito para un sector muy concreto.

En virtud de la CE corresponde al Estado regular las bases de la ordenación del crédito y de la banca (art. 149.1.1ª CE). Consecuentemente, las Comunidades Autónomas pueden, en sus Estatutos, arrogarse la competencia de desarrollar y ejecutar la legislación estatal. La regulación de las bases de la ordenación y de la banca corresponde al legislador, al Gobierno y al Banco de España, según constante doctrina del TC (SS. 1/1982, 135/1992, 155/1992). Como en otros sectores, también en la regulación del crédito inmobiliario con consumidores cabe hacerse la pregunta en virtud de qué título o norma competencial se le atribuye al Ministerio de Economía y Competitividad y al Banco de España para regular y desarrollar determinadas materias según las delegaciones contempladas en el AP. Concretamente, el artículo 5 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de Entidades de Crédito (LOSSEC), que contiene una habilitación expresa a favor del Ministerio de Economía y Competitividad para la transposición de la Directiva 2014/17/UE. De modo, que las materias objeto de esta Directiva, pueden ser reguladas por este Ministerio.

Respondido, al menos en parte, el interrogante planteado, nos queda por saber en virtud de qué norma determinadas materias son delegadas en el Banco de España para su regulación y desarrollo. En el art. 149.1.11ª CE queda comprendido también la competencia del Banco de España para realizar actos que sirvan de base para la ordenación del crédito y de la banca. El Banco de España forma parte de la Administración del Estado (STC 135/1992), si bien con una amplia autonomía, especialmente en el ámbito de la autonomía monetaria (vid. art. 1.1 LABE). Una de sus funciones es la supervisión cuyo fin principal es la promoción del buen funcionamiento y de la estabilidad del sistema financiero (vid. art. 7.6 LABE). La delegación del AP a favor del Banco de España (*cf.* arts. 23 y 33, DA 2ª) comprende materias relacionadas con su función supervisora, sin perjuicio de la supervisión que puedan realizar las autoridades creadas a este

⁴⁰ Vean mi trabajo "Consecuencias del incumplimiento del deber de transposición de la Directiva 2014/17/UE", Revista CESCO de Derecho de consumo, nº 17/2016, pp. 166-167.

efecto por las Comunidades Autónomas (art. 7.6 LABE). Corresponde exclusivamente al Banco de España, dentro de su actividad supervisora, en virtud del AP, autorizar determinadas prácticas financieras (*cf.* art. 7.1-1, letra a). También se establece por el AP que sobre determinadas materias el Banco de España puede dictar circulares (*cf.* art. 7.1-1, letra b). Le corresponde, además, actividades de gestión (*cf.* arts. 17, 18, 22, 26, 32).

- 45.** El AP contiene una disposición adicional que toma en consideración la competencia que tienen las Comunidades Autónomas para aprobar normas sobre las mismas materias, pero, como se advierte expresamente, en ningún caso podrán establecer un nivel de protección inferior a las que apruebe el Ministerio de Economía y Competitividad (DA 5ª). Se debe tomar en consideración, por otra parte, la observación del Consejo de Estado, de 14 de febrero de 2008, que “al hilo de algunas recientes reformas estatutarias, parece clara la pretensión de reafirmar un protagonismo cada vez mayor de las Comunidades Autónomas en el escenario europeo, lo cual, en lo relativo a la fase de incorporación de las normas comunitarias, se manifiesta en dos puntos concretos: relaciones bilaterales y transposición por las Comunidades Autónomas sin necesidad de una previa norma estatal básica”.

Es necesario, pues, dar unas mínimas explicaciones para comprender el alcance de la disposición adicional. Todas las Comunidades Autónomas tienen por sus respectivos Estatutos competencia en materia de consumo y también tienen competencia, si así lo prevén sus Estatutos, para desarrollar las normas estatales para la ordenación del crédito y de la banca. Las normas autonómicas que se dicten sólo pueden establecer consecuencias puramente administrativas, sin perjuicio de sus consecuencias en el orden civil y penal que establezcan las normas estatales. Andalucía se ha adelantado a otras Comunidades Autónomas con la Ley 3/2016, de 9 de junio, para la protección de las personas consumidoras y usuarias en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios sobre la vivienda⁴¹. Justifica su regulación en los arts. 27, 58.2.4º y 75.2 del Estatuto andaluz. La Ley andaluza me parece en líneas generales técnicamente mucho más acertada que el AP, además novedosa y acorde con el Derecho actual, tanto en su terminología como en su enfoque. Otra cuestión es la constitucionalidad de algunos de sus preceptos⁴² y la eficacia real de la Ley. Más básica es la Ley madrileña 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

⁴¹ Vid. MARTÍN FABÁ, J.Mª, “¿Qué hay de nuevo en materia de protección a los consumidores en la materia de protección a los consumidores en la contratación de préstamos hipotecarios? Comentarios a la Ley andaluza 3/2016, de 9 de junio”, CESCO, fecha de publicación: 22 de julio de 2016.

⁴² Se van a iniciar negociaciones para resolver las discrepancias manifestadas en relación con los arts. 2.1, 3, 4, 5, 9, 10, 12, 13, 15 apartados 1,3,4 y 5, DA 1ª y DA 3ª según Acuerdo de la Subcomisión de Seguimiento normativo, Prevención y Solución de Controversias de la Comisión Bilateral de Cooperación de la Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Andalucía (Res. 3 de octubre 2016, BOE 17 de octubre, Secc. III, p. 73229).

crédito (que está recurrida ante el TC⁴³). Cabe objetar a los legisladores de las dos Comunidades Autónomas que se adelantaron con excesiva rapidez al legislador estatal, lo que sólo produce discordancias entre una y otra legislación, en perjuicio, además, de la seguridad jurídica. Seguramente llegaremos a tener diecisiete leyes autonómicas cuando sería preferible una buena normativa estatal en lugar de tantas leyes autonómicas, aunque no se puede negar que cada Comunidad Autónoma ejerza las competencias que les corresponda en esta materia. Aun así, en Alemania, que es un Estado Federal, el Gobierno Federal ha pedido en la Ley que transpone la Directiva 2014/17/UE que los *Länder* se abstengan de regular los créditos inmobiliarios en materias para los que son competentes, seguramente para evitar una ingente producción legislativa que no conduce a nada. La multiplicación de tantas normas desazona a cualquiera, y, en particular, a los consumidores.

Algunas Comunidades Autónomas regulan directamente las relaciones jurídicas entre empresarios y consumidores, sin que se tenga muy claro si tienen competencia para ello, habida cuenta de que el Derecho civil autonómico (cfr. art. 149.1-8ª CE) no se identifica con el Derecho autonómico de consumo, y el Derecho mercantil es de competencia exclusiva del Estado (cfr. art. 149.1-6ª CE). ¿En qué se basan las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio para regular no obstante las relaciones contractuales y no contractuales de consumo? Un paradigma es el Código de Consumo de Cataluña que <<compite>> con el TRLGDCU. En el Preámbulo de la Ley 202/2010, de 22 de julio, se cita el art. 123 del Estatuto de Cataluña, el cual concede a Cataluña la competencia exclusiva en materia de consumo. Pero la Constitución no contiene ninguna norma que permita que una Comunidad Autónoma pueda atribuirse exclusivamente las materias de consumo.

La competencia del desarrollo del Derecho de consumo puede venir también directamente de la obligación que tienen las Comunidades Autónomas para transponer las directivas siempre que la materia comunitaria sea también competencia autonómica. Cataluña, una vez más, se ha adelantado al Estado aprobando mediante la Ley 20/2014, de 29 de diciembre, para la mejora de protección de las personas consumidoras en materia de créditos y préstamos hipotecarios, vulnerabilidad económica y relaciones de consumo (vid. arts. 261-1 y ss.). En el Preámbulo se justifica, en parte, la aprobación de la Ley 20/2014, siguiendo orientaciones marcadas por varios proyectos comunitarios sobre la materia que regula, como, por ejemplo, la Directiva 2014/17/UE. La principal justificación de esta Ley reside, según la misma, en los arts. 123, 120.2 y 126.3 del Estatuto de Cataluña.⁴⁴

⁴³ En virtud del Auto 124/2013 del TC, de 21 de mayo 2013, se acordó mantener la suspensión de los arts. 2, 3, 4, 5, 7, 8 y 9 de la Ley. Vid. L. GARCIA MONTORO, "Nueva batalla entre Estado y Comunidades Autónomas: La posible inconstitucional de la Ley madrileña de transparencia en la contratación hipotecaria", CESCO, Noticias de Consumo, 2013.

⁴⁴ Vid. NASARRE AZNAR, S./SIMÓN MORENO, H., "Un paso más en la protección de los deudores hipotecarios de vivienda: La Directiva 2014/17/UE y la Reforma del Código de Consumo de Cataluña por Ley 20/2014", RDBB, nº 139, 2015, pp. 11 y ss.; una lectura desde el punto de vista notarial ofrece ESQUIROL JIMÉNEZ, V., "La nueva regulación de los créditos y préstamos hipotecarios en el Código de consumo de Cataluña", RJC, 2015, pp. 743 y ss.

Por último, señalar que la DA 5ª dispone que las normas autonómicas no deben ofrecer una protección del consumidor inferior a las normas que apruebe el Ministerio de Economía y Competitividad. Pero las normas autonómicas tampoco pueden contener normas que protejan en grado menor al consumidor que la futura ley de crédito inmobiliario.⁴⁵

Aunque el AP no reserva para el Estado la elaboración de los modelos normalizados para la información sobre el crédito inmobiliario, sí dispone que los modelos aprobados por el Ministerio de Economía y Competitividad no pueden ser modificados por las Comunidades Autónomas. Es una disposición acertada en aras, como justifica la DA 5ª, de la adecuada transparencia y homogeneidad de la información suministrada a los prestatarios de los servicios o productos bancarios.

46. Concluyo estas primerísimas observaciones con algunas reflexiones finales. Nos encontramos con un texto normativo que está pensado más en clave bancaria, siguiendo la costumbre de dejar muchos aspectos de la regulación de la contratación del crédito inmobiliario en manos de las autoridades económicas, principalmente el Ministerio de Economía y Competitividad y el Banco de España⁴⁶. Convendría recodar lo que ya algún tiempo dijo el Consejo de Estado en el Informe de 14 de febrero de 2008, sobre la conveniencia de transponer las directivas mediante leyes y reglamentos: "La distribución de materias entre norma legal y norma reglamentaria... ha de decidirse teniendo presente el juego del principio de reserva de ley y el deferimiento al reglamento de los contenidos de menos estabilidad o relevancia. Salvados los principios, el equilibrio ha de

⁴⁵ El examen de las dos leyes autonómicas demuestra que en ciertos aspectos son más protectoras que la Directiva, pero también contienen normas que no cumplen con la Directiva.

Sólo algún ejemplo. La Ley andaluza dispone en el art. 15.1 que "las personas consumidoras y usuarias tienen derecho a examinar y disponer de una copia del proyecto de escritura pública en el despacho de la notaría elegida por estas, conforme a lo dispuesto en la normativa estatal de aplicación, al menos durante los tres días hábiles anteriores a su formalización. A estos efectos, las empresas prestamistas y los servicios de intermediación les comunicarán la puesta a disposición de dicho documento". Los consumidores no sólo tienen derecho a examinar sino también a tener en sus manos el proyecto de escritura pública del contrato de préstamo, pero esta exigencia legal debería regir para cualquier contrato de crédito inmobiliario, sea o no en documento público. Muy avanzado es también el art. 15.1-1: "En el contrato deberán reflejarse de manera destacada las cláusulas sobre la amortización, los intereses, los intereses de demora, las condiciones de subrogación, las cláusulas suelo e instrumentos de cobertura riesgo de interés". Así como el art. 15.5-2: "El contrato hipotecario habrá de ser elaborado con la colaboración de todas y cada una de las partes implicadas en el mismo: notarios, registradores, asesorías o entidades financieras".

El Código de Consumo en Cataluña extiende, como la Ley andaluza, el régimen del crédito hipotecario a otros sujetos. Dispone el art. 261-2-2 que "los preceptos del presente título relativos a las personas consumidoras en contratos de crédito o préstamo hipotecario se aplican también a los avalistas de la operación de crédito o préstamo y, si procede, a los propietarios hipotecantes". Sin embargo, el régimen previsto para el crédito inmobiliario no incluye los préstamos simples ni los préstamos con otras garantías. Ello supone un claro incumplimiento de la Directiva.

⁴⁶ Es necesaria una simplificación normativa, p. e., en todo lo relacionado con la información (así también MUÑIZ ESPADA, *op. cit.*, p. 95).

procurarse caso por caso, sin olvidar que una directiva no puede entenderse cabalmente incorporada al ordenamiento interno sino cuando se han adoptado todas las normas y todas las medidas necesarias para su aplicación práctica (ya sean leyes y normas reglamentarias, ya sean normas estatales y normas autonómicas). De ahí la conveniencia apuntada de elaborar -en el plazo que se fije al respecto (en el caso francés, comprende los tres meses posteriores a la publicación de la directiva en el DOUE)- un programa de transposición en el que se concreten los órganos competentes (sobre la base de que en la fase ascendente ya se han asignado las responsabilidades de negociación y transposición a uno o varios Ministerios), las reformas normativas precisas y el calendario para su instrumentación, lo que obligaría así a iniciar los trabajos de modo inmediato tras la publicación de la disposición comunitaria". Este modo de proceder, por desgracia, desconoce España.

El AP es un texto nada ambicioso, que asume normas ya vigentes, algunas de ellas inspiradas por las propuestas comunitarias que ya existían en esta materia, pero la Directiva es lo suficientemente abierta para haber ido más lejos como se desprende de muchos de sus considerandos. Da la impresión de que los redactores no tenían otra voluntad que cumplir básicamente con la transposición de la Directiva pero sin una propuesta clara de cómo se debe articular la regulación del crédito inmobiliario en los tiempos actuales. Al texto le falta espíritu, su contenido es un tanto vacío, no dice casi nada; es, en definitiva, una transcripción mala de la Directiva⁴⁷ (no se puede decir eso, al menos no del todo, de la Ley catalana 20/2014 y de la Ley andaluza 3/2016)⁴⁸. Técnicamente es, además, bastante deficiente, sobre todo en cuanto a la ordenación de las materias que regula. Le falta una estructura más clara y ordenada (la LCC y la Ley andaluza 3/2016 constituyen un ejemplo de buena estructura en la ordenación de las materias). El lenguaje que se emplea en el texto del AP es un tanto obsoleto (mucho más acorde con los tiempos actuales es el lenguaje que se utiliza en la Ley andaluza 3/2016). El texto contiene algunas deficiencias importantes que deberían ser subsanadas en su tramitación si existe la voluntad política de seguir adelante con el AP. El Gobierno debería revisar particularmente aquellas materias que deberían estar en la ley y no en un reglamento. Finalmente, el legislador debe estar atento a la correcta transposición de la Directiva para evitar un eventual incumplimiento de la ley que se apruebe y futuras cuestiones prejudiciales ante el TJUE, y evitar también perjuicios a los ciudadanos. Ahora que se ha formado el nuevo Gobierno, aunque su estabilidad no está asegurada, esperemos que la transposición de la Directiva tenga lugar en un plazo no excesivamente largo. Recordemos que, según el informe del Consejo de Estado, de 14 de febrero de 2008, "el Gobierno tiene funciones capitales en la fase de incorporación al ordenamiento interno de las normas comunitarias, pues sobre él recae la mayor parte de dicha tarea, ya sea de modo indirecto, a través de los anteproyectos de ley presentados a las Cortes Generales, ya sea de modo directo, a través del ejercicio de la potestad reglamentaria o, cuando así se le autorice por las Cortes Generales, de la correspondiente delegación legislativa". Sorprende que por estas fechas no se haya presentado aún al Consejo de Estado el AP, que es, además, preceptivo. Se está perdiendo un tiempo importante

⁴⁷ El AP no le merece tampoco a ÁLVAREZ OLALLA un juicio favorable, *op. cit.*, p. 8.

⁴⁸ Para ÁLVAREZ OLALLA, al margen de cuestiones competenciales, un juicio más favorable en cuanto a la transposición de la Directiva que el AP, *op. cit.*, p. 8.

en perjuicio de los consumidores y tampoco beneficia para nada al mercado bancario. Mientras, el Gobierno pone parches a situaciones realmente desastrosas para la economía y pocos satisfactorios para los consumidores, como es el recién aprobado Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo.

La ciudad de la Alhambra, a 25 de enero de 2017