

LAS NUEVAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN LA CONTRATACIÓN DE CRÉDITOS HIPOTECARIOS EN LA LEY 1/2013¹

LA EXPRESIÓN MANUSCRITA

M^a del Mar Gómez Lozano
PCD Derecho Mercantil
Universidad de Almería

A. La expresión manuscrita

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

1. *En la contratación de préstamos hipotecarios a los que se refiere el apartado siguiente se exigirá que la escritura pública incluya, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita, en los términos que determine el Banco de España, por la que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato.*
2. *Los contratos que requerirán la citada expresión manuscrita serán aquellos que se suscriban con un prestatario, persona física, en los que la hipoteca recaiga sobre una vivienda o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir, en los que concurra alguna de las siguientes circunstancias:*
 - a) *que se estipulen limitaciones a la variabilidad del tipo de interés, del tipo de las cláusulas suelo y techo, en los cuales el límite de variabilidad a la baja sea inferior al límite de variabilidad al alza;*
 - b) *que lleven asociada la contratación de un instrumento de cobertura del riesgo de tipo de interés, o bien;*
 - c) *que se concedan en una o varias divisas.*

Durante la tramitación parlamentaria, esta disposición fue objeto de enmiendas. Así, a través de la enmienda núm. 121 del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado Convergència i Unió (GPCIU), se solicitaba la **supresión del artículo 6**, hecho que se justificaba del siguiente modo: “*Sobre esta redacción podría plantearse su mejora técnica mediante su incorporación a las enmiendas que a continuación se proponen, que implican un fortalecimiento del control preventivo a cargo del notario, relativo al cumplimiento por las entidades financieras de los deberes derivados de las normas de*

¹ Este texto es un extracto de la ponencia “La protección del consumidor en la comercialización de préstamos hipotecarios” impartida en las Jornadas sobre “*La protección del deudor hipotecario. Examen de la Ley de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social*”, celebradas en Almería durante los días 23 y 24 de mayo de 2013. El texto completo de la ponencia puede consultarse en la obra “*La protección del deudor hipotecario. Aproximación a la Ley de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social*” (dir. por A. NÚÑEZ IGLESIAS y coord. por J.A. ESCARTÍN IPIÉNS y M^a.A. MARTOS CALABRÚS), ed. Comares, Granada, 2013, págs. 179-192.

transparencia y protección de la clientela de servicios financieros. Esta mejora técnica implicaría la falta de necesidad de la firma manuscrita del cliente, al sustituirla por un deber notarial de contraste del clausulado de la operación con el contenido del documento contractual, tipos de interés, Tasa Anual Equivalente, etc. Previsto en la Orden EHA/2899/2011, de 28 de Octubre del Ministerio de Economía y Hacienda (B.O.E. 29 de octubre) de transparencia y protección al cliente de servicios financieros, y con mayor detalle en la Circular del Banco de España 5/2012, por lo que se podría en vez de incorporar la previsión existente en la enmienda 166 del Partido Popular, incorporar en su sustitución lo que se expone en el epígrafe dos de esta Nota”.

En las enmiendas núm. 112 y 113 del mismo Grupo Parlamentario se introducen esas medidas. Así, en la enmienda 112 se solicita la adición de una Disposición final (nueva), por la que se introduce un nuevo apartado 4º al artículo 48 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito, a fin de procurar la protección preventiva de los legítimos intereses de la clientela, activa y pasiva, de las entidades de crédito. Esta Enmienda se justificaba del siguiente modo: “*La mejor protección de los intereses de los consumidores exige reconocer al notario facultades que le permitan desarrollar el control preventivo de conformidad con la ley de las cláusulas de los contratos de préstamo y financiación. A este fin se le impone al notario con claridad el deber de controlar que tales contratos, con carácter previo a su elevación a escritura pública, cumplen con las exigencias de contenido que imponen las normas de transparencia y protección de la clientela de servicios financieros, de conformidad con la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre. Cuando el notario advierta que se contraviene esta regulación, deberá negarse a autorizar el documento público, reacción que permite una muy eficaz tutela preventiva del consumidor. No obstante, la decisión del notario de no autorizar deberá ser motivada y las partes podrán interponer frente a ella recurso de alzada ante la Dirección General del Notariado*”.

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

Tras la exposición del trámite parlamentario de esta disposición, procede analizar cuál es el significado y verdadero alcance de la norma definitivamente aprobada. Así, en primer lugar, es necesario delimitar a qué contratos se aplica la norma, desde diferentes ópticas, tanto subjetiva como objetiva. En relación con el aspecto subjetivo, la norma se aplica a los contratos que se suscriban con un prestatario persona física (es decir, quedan excluidas las personas jurídicas, aunque éstas pudieran tener la condición de consumidoras, según la normativa general)². Y en lo que se refiere al ámbito objetivo, la norma se aplica a dos grupos de contratos: 1º) aquellos contratos en los que la hipoteca recaiga sobre una vivienda o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir y 2º) a aquellos contratos en los que concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) que se estipulen limitaciones a la variabilidad del tipo de interés, del tipo de las cláusulas suelo y techo, en los cuales el límite de variabilidad a la baja sea inferior al límite de variabilidad al alza; b) que lleven asociada la contratación de un instrumento de cobertura del riesgo de tipo de interés, o bien; c) que se concedan en una o varias divisas. Cabría plantear si el listado de circunstancias debería ser objeto de ampliación al objeto de conseguir una más eficaz protección del consumidor. La respuesta en este marco podría quedar circunscrita al hecho de que los tribunales comiencen o no a estimar la nulidad de los contratos por la existencia de alguna de estas cláusulas al ser consideradas abusivas o por falta de información al consumidor³.

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

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

A continuación transcribimos el texto determinado al respecto por el Banco de España conforme al mandato dictado por el precepto citado:

² Cabe recordar que el artículo 3 de la LGDCU ofrece como concepto general de consumidor y de usuario el siguiente: “*A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional*”.

³ Tener en cuenta que en estos presupuestos objetivos aparecen precisamente las cláusulas que han sido objeto de polémica: las “cláusulas suelo-techo” (ver STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013) y las denominadas “hipoteca multidivisa”.

Soy conocedor de que mi préstamo hipotecario:

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

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

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

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

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

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

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

Esta firma manuscrita servirá, según la disposición, para que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato. Pero esta información sobre los riesgos no es nueva tampoco, puesto que la referencia a los mismos se encuentra ya de forma detallada en el *Modelo de Ficha de Información Personalizada* (FIPER) que figura en el Anexo II de la Orden 2899/2011⁴. Cabe destacar, aunque no aparece en el contenido de la “expresión manuscrita”, que entre los riesgos y advertencias de la FIPER figura la referencia al “riesgo de insolvencia” al indicarse que “*sus ingresos pueden variar. Asegúrese de que si sus ingresos disminuyen aún seguirá pudiendo hacer frente a sus cuotas de reembolso [periodicidad]*”.

Procede añadir que, con posterioridad a la publicación de la Ley 1/2013 pero antes de la publicación del contenido de la expresión manuscrita, la exigencia de la misma ha sido incorporada a otros instrumentos financieros⁵, respecto a los cuales ha quedado demostrada también, entre otras circunstancias, la falta de una información detallada y completa al consumidor sobre el producto contratado.

⁴ El modelo español coincide en lo sustancial con el *Modelo de Ficha Europea de Información Normalizada* (FEIN) que figura como Anexo en la Propuesta de Directiva de 2011. En la Propuesta de Directiva de 2011, se incluye también la referencia a la “Información básica que deberá figurar en la publicidad”. Según el artículo 8, letra i), en ella habrá que incluir “*una advertencia, cuando proceda, sobre el riesgo de perder el bien inmueble residencial en caso de incumplimiento de los compromisos derivados del contrato de crédito, cuando el crédito esté garantizado por una hipoteca o por otra garantía comparable sobre bienes inmuebles de uso residencial comúnmente utilizada en un Estado miembro sobre bienes inmuebles de uso residencial, o por un derecho relativo a un bien inmueble de uso residencial*”.

⁵ Ver la Circular 3/2013, de 12 de junio, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre el desarrollo de determinadas obligaciones de información a los clientes a los que se les prestan servicios de inversión, en relación con la evaluación de la conveniencia e idoneidad de los instrumentos financieros (publicada en el BOE núm. 146, de 19 de junio de 2013).

B. La Guía de acceso al préstamo hipotecario

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

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

La justificación de su elaboración puede encontrarse en la Exposición de Motivos de la propia Orden 2899/2011, en la que se calificaba esta guía como una herramienta específica (guía informativa) adaptada a este producto que se va a difundir para profundizar en la “*necesaria educación financiera de los clientes*”⁶.

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

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

⁶ A este respecto, se puede reflexionar sobre diversas cuestiones, como la relativa a desde cuando resulta necesaria esta educación financiera, en el sentido de no esperar a un endeudamiento del nivel cuantitativo que es habitual en el ámbito hipotecario para adquirirla. Debe recordarse que el consumidor puede llegar a padecer una situación de sobreendeudamiento con la simple firma de créditos al consumo (que no exigen garantía hipotecaria), entre los que cabe destacar los que tienen por objeto la financiación de la enseñanza universitaria, ámbito en el que ya empiezan a surgir importantes situaciones de impago que pueden lastrar el futuro financiero de estos consumidores. Sobre la interesante perspectiva educativa, ver PEÑAS MOYANO, B., “*¿Llegará la educación financiera a las clases de colegios e institutos?*” (Blog jurídico *Lex Nova*, viernes 5 de julio de 2013). Y en relación con la consecuente información sobre la conducta financiera, ver CUENA CASAS, M., “*¿Qué le parecería que todos los bancos pudieran conocer su currículum financiero?*” (Blog jurídico *¿Hay derecho?*, 5 de septiembre de 2013).

de impago del préstamo y cuáles son los sistemas extrajudiciales de disolución de discrepancias entre las entidades y sus clientes.