

La directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial

Esther Arroyo Amayuelas

Titular de la Cátedra Jean Monnet de Derecho privado europeo
Miembro del Instituto Transjus
Facultad de Derecho. Universidad de Barcelona

*Abstract**

La Directiva 2014/17 regula los contratos de créditos sobre bienes inmuebles con consumidores. Parte de la regulación tiene que ver con la conducta y la supervisión de los prestamistas y otra parte son normas específicas de protección al consumidor, en materia de transparencia en la publicidad y en la información precontractual, advertencias, consejos, y análisis de la solvencia; y aun otras se refieren a la educación financiera. La norma no convulsionará el sistema: servirá para consolidar lo que hasta la fecha ya eran prácticas habituales y quizás propiciará la armonización de normas prudenciales del sistema bancario y financiero en Europa. En particular, permitirá a las autoridades bancarias europeas controlar qué nuevas medidas se están adoptando con el fin de evitar que los deudores queden privados de sus viviendas.

Directive 2014/17 regulates consumer credit agreements relating to the immovable property. Part of the rules have to do with supervision of lenders and other specific rules deal with consumer protection in topics, such as transparency in advertising and pre-contractual information disclosure, warnings, advice, and consumer's creditworthiness assessment. The Directive will not provoke a revolution, but will consolidate usual practices and, perhaps, will promote the harmonization of banking prudential norms in Europe. In particular, the Directive will enable European banking authorities to monitor the measures that are being taken in order to prevent debtors from being evicted of their homes.

Title: Directive 2014/17/EU on credit agreements for consumers relating to residential immovable property

Palabras clave: crédito inmobiliario, hipoteca, solvencia, bienes inmuebles de uso residencial, publicidad, oferta, FEIN, TAE, reembolso anticipado, crédito al consumo, crédito responsable, educación financiera, prácticas comerciales vinculadas, prácticas comerciales combinadas.

Keywords: credit on immovable property, mortgage, residential immovable property, creditworthiness, marketing, ESIS, APRC, early repayment, consumer credit, responsible lending, financial education, tying and bundling practices.

* Trabajo realizado en el seno de los proyectos MINECO DER 2014-54267 y 2014 SGR 22.

Sumario

1. Introducción.
2. ¿Por qué esta directiva?
 - 2.1. La libre prestación de servicios hipotecarios
 - 2.2. La protección del consumidor en legislación no vinculante.
 - 2.3. Una Directiva de protección de los consumidores para un mercado eficiente con el trasfondo de la crisis financiera.
3. Dos Directivas para el crédito al consumo.
4. Análisis jurídico de la Directiva 2014/17.
 - 4.1. Crédito inmobiliario vs. Crédito hipotecario.
 - 4.2. ¿Qué tipo de inmuebles? El uso residencial.
 - 4.3. Una larga lista de exclusiones y de *opt-out*.
 - 4.4. La noción de crédito responsable.
 - 4.4.1. Transparencia en la publicidad y en la información.
 - 4.4.2. Oferta vinculante / Derecho a desistir.
 - 4.4.3. Normas de conducta del prestamista.
 - 4.4.4. El incumplimiento: ejecución del inmueble y morosidad.
5. La transposición de la Directiva: del anteproyecto de julio de 2016 al anteproyecto de marzo de 2017.
 - 5.1. Transparencia.
 - 5.2. Asesoramiento.
 - 5.3. Ventas vinculadas y combinadas.
 - 5.4. Préstamos en moneda extranjera.
 - 5.5. Variaciones del tipo de interés.
 - 5.6. Forma y contenido del contrato.
 - 5.7. Reembolso anticipado.
6. Reflexiones finales.
7. Jurisprudencia.
8. Bibliografía.

1. Introducción.

En febrero de 2014 se promulgó la Directiva 2014/17/UE, que proporciona el marco normativo para los créditos inmobiliarios¹, que la Directiva 2008/48/UE, de 23 de abril, sobre crédito al consumo, había expulsado de su ámbito de aplicación.² La crisis inmobiliaria y financiera empezó a sacudir los mercados en el año 2007³, cuando aún faltaba mucho tiempo para aprobación de la primera de las normas citadas y, por consiguiente, el clima económico general condicionó su contenido. Sin embargo, muchas de sus previsiones, tendentes a remediar asimetrías informativas y conflictos de intereses, a regular la supervisión de los intermediarios de crédito y las entidades no crediticias, y a dulcificar los efectos del incumplimiento, en particular en el contexto de las ejecuciones hipotecarias, ya habían sido adoptadas *avant la lettre* en muchos Estados Miembros. Ese dato, junto con otro, como es la no aplicación de la norma a contratos que aún estén vigentes (arts. 43) y, en particular, el carácter no retroactivo de las disposiciones sobre préstamos en moneda extranjera (art. 23.5), permite adelantar un juicio poco favorable sobre su eficacia para solucionar los problemas que hoy todavía subsisten.⁴ Hay que lamentar también ciertas lagunas y es de temer que lo que son meras recomendaciones no basten para que el legislador nacional adopte medidas nuevas y más contundentes. Aun así, quizás haya que reconocer a la norma la virtud de establecer como obligatorias ciertas prácticas que, en algunos países, hasta ahora solo constaban en códigos de conducta o que el juez solo podía imponer a partir de las normas generales contenidas en el CC o las normas de consumo; o, en fin, la de imponer guías que permitan a las autoridades bancarias europeas monitorizar el comportamiento de los operadores jurídicos.⁵

¹ DOUE L 60, de 28.2.2014.

² DOUE L 133, de 22.5.2008.

³Sobre el rol del crédito y la vivienda en Europa y las causas del sobreendeudamiento, DOMURATH (2015, pp. 155 ss.) Para los datos en España, AKIN - GARCÍA MONTALVO - GARCÍA VILLAR - PEYDRÓ - RAYA (2014, pp. 223-243). Destacan el impacto de la concesión irresponsable de crédito y la falta de control adecuado, NASARRE AZNAR (2014 pp. 2665-2737), ZUNZUNEGUI (2013, pp. 35-75), SIMÓN MORENO - ANDERSON (2017, pp. 8 ss). En general, las memorias anuales del servicio de reclamaciones del Banco de España dan cuenta de cuáles han sido las malas prácticas bancarias más frecuentes (www.bde.es). Así mismo, *vid.* los Informe anuales del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales, por lo menos las de los años 2010-2012, que también se refieren a las quejas de los ciudadanos frente a la actuación de los notarios (<https://www.defensordelpueblo.es/informes/>).

⁴Parece que en aras de la seguridad jurídica (y el beneficio de los prestamistas), las normas de transposición nacionales no deberían tener carácter retroactivo. A propósito de los préstamos en moneda extranjera, el art. 23.5 de la Directiva 2014/17 lo recalca expresamente y el European Central Bank (= ECB) lo recuerda en distintas ocasiones. Así, a propósito de la reestructuración de préstamos en moneda extranjera en Polonia (ECB 29.07.2016, *on specific rules for restructuring loans indexed or denominated in foreign currency*, CON/2016/39, p. 4). *Vid.* además, ECB 24.3.2017 *on foreign exchange-linked loans* (CON/2017/9). Con todo, a la hora de pronunciarse sobre otros extremos, no es tan contundente. *Vid.*, a propósito de la legislación en Rumania, ECB 18.12.2015, *on discharge of mortgage-backed debts through transfer of title over immovable property* (CON/2015/56), p. 3. Información disponible en: <https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/opinions/html/index.en.html> (fecha de la última consulta: 23.4.2017).

⁵Son algunas de las conclusiones a las que se llegó en el Workshop sobre la Directiva 2014/17 que tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la U. Barcelona los pasados 20 y 21.10.2016, cuyas ponencias están

Las páginas que siguen tratan de explicar la génesis y el contenido de la directiva y ponen el acento en las normas adoptadas para proteger al consumidor en la fase precontractual. Al final, se verá cómo se proyecta la transposición de la norma en España, sin perjuicio de otras referencias puntuales previas en los lugares oportunos. Existen ya dos leyes de transposición autonómicas –ambas incompletas, únicamente contemplan el crédito o préstamo hipotecario⁶- pero, por razones de espacio, la atención se centrará en el anteproyecto estatal dado a conocer en julio de 2016, de transposición parcial, contenidos modestos, y técnicamente deficiente⁷, y en el más reciente dado a conocer en el mes de marzo de 2017, que introduce algunos cambios en el primero.⁸

2. ¿Por qué esta directiva?

La norma centra el foco en la protección del consumidor y la estabilidad financiera. Por el contrario, cuando hace más de 30 años, las instituciones europeas se plantearon por primera vez regular el mercado del crédito hipotecario, la prioridad era hacer realidad la libre circulación de capitales para reactivar una economía estancada.⁹

2.1. La libre prestación de servicios hipotecarios

Siguiendo la estela de la primera Directiva del Consejo, de 12 de diciembre de 1977, sobre acceso y ejercicio de la actividad bancaria¹⁰, el Consejo propuso por primera vez en el año

disponibles en la página web de la cátedra Jean Monnet de Derecho Privado europeo: http://www.ub.edu/jeanmonnet_dretprivateuropeu/es/publicaciones_es.html (fecha de la última consulta: 23.4.2017).

⁶ En Cataluña, la L. 20/2014, de 29 de noviembre, de modificación de la L. 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña, para la mejora de la protección de las personas consumidoras en materia de créditos y préstamos hipotecarios, vulnerabilidad económica y relaciones de consumo (DOGC n. 6780, 31.12.2014; BOE n. 18, 21.01.2015). Algunos precepto de esta norma han sido impugnados ante el Tribunal Constitucional y, aunque se ha levantado la suspensión de la aplicación de la mayoría de preceptos, se mantiene, en lo que aquí interesa, respecto del art. 20.4 (art. 263-2.4 CConsum), que se refiere al análisis de la solvencia y la prohibición de otorgar crédito si esta es negativa. En Andalucía, *vid.* L. 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 (BOJA n. 114, de 16.06.2016; BOE n.157, 30.06.2016). Para un análisis de la ley catalana, NASARRE AZNAR – SIMÓN MORENO (2015, pp. 11-55); ESQUIROL JIMÉNEZ (2015, pp. 743-762).

⁷Para una primera aproximación, *vid.* ALBIEZ DOHRMANN (2016b) ÁLVAREZ OLALLA (2016); SANZ (2016).

⁸ Para un resumen de sus contenidos, *vid.* LYCZKOWSKA (2017). Agradezco al Prof. Dr. Fernando GÓMEZ POMAR que me haya facilitado una copia del anteproyecto, cuando todavía no se ha hecho público.

⁹ Sobre las acciones que precedieron a la Propuesta de Directiva de 2011, *vid.* LAUROBA (2012, esp. pp. 117-124). Además, SCHÄFER (2014, pp. 207-212); JOSIPOVIĆ (2013-2014, pp. 224-233). Para la cronología entre dos de las fechas más significativas en el proceso de tramitación (2001-2007), *vid.* Commission Staff Working Document Accompanying the White Paper on the Integration of EU Mortgage Credit Markets. Impact Assessment. Annex 2: Process (Brussels, 18.12.2007) (SEC (2007)1683 Annex II).

¹⁰*Vid.* First Council Directive 77/780/EEC of 12 December 1977, on the coordination of the laws, regulations and administrative provisions relating to the taking up and pursuit of the business of credit institution (DOCE L 322, 17.12.1977) (texto no disponible *on line* en castellano).

1985 elaborar una directiva sobre la libre prestación de servicios en el ámbito del crédito hipotecario. Se trataba de incentivar la competencia y optimizar las condiciones del crédito, a base de permitir que las instituciones de crédito pudieran otorgar créditos asegurados con hipoteca sobre inmuebles situados en otros Estados miembros, así como refinanciarse y operar en esos otros Estados miembros según las normas del país de origen.¹¹ El Consejo Económico y Social Europeo (= CESE) aplaudía la iniciativa¹² porque permitir una ampliación de las posibilidades de financiación podía beneficiar a más del 50% de la población de los países de la Comunidad que todavía no habían accedido a una casa en propiedad, lo cual se percibía como algo perjudicial, no solo desde el punto de vista patrimonial sino, sobre todo, desde el punto de vista de la inserción y la estabilidad social. A su vez, se trataba de facilitar las condiciones de acceso al crédito a las personas que se dedicaban a la construcción, la cual había sido fuente de enormes beneficios para la industria y los servicios y había procurado la creación de innumerables puestos de trabajo, pero que, en aquel momento, parecía estar en crisis.¹³ Se hubieran conseguido, así, nuevos ingresos fiscales. Se trataba, en fin, de liberalizar el mercado de los servicios financieros a base de facilitar la libre circulación de los productos y una mínima coordinación de la regulación y, por eso, el Libro Blanco sobre la consecución del mercado interior había incluido la citada Propuesta entre sus objetivos.¹⁴ Sin embargo, el CESE también advertía de algunas dificultades técnicas para la implantación de la medida, planteaba nuevos interrogantes, sugería ampliar la regulación a cualquier otra garantía sobre inmuebles y a todos los créditos garantizados, aunque no tuvieran por objeto la construcción o la adquisición de la vivienda, y proponía que estos últimos cayeran dentro del ámbito de aplicación de la directiva, aunque no estuvieran garantizados con hipoteca u otra garantía real inmobiliaria. El CESE introducía la necesidad de adoptar medidas de protección al consumidor, sobre todo en cuanto a la necesaria información de los nuevos productos que debían comercializarse.

Los retoques introducidos con posterioridad en la Propuesta solo se harían eco de una pequeña parte de esos comentarios y no, precisamente, en lo relativo a la protección del

¹¹Proposal for a Council Directive on the freedom of establishment and the free supply of services in the field of mortgage credit (Brussels, 7.02.1985) (COM (84) 730 final) (DOCE C 42, de 14.2.1985) (texto no disponible *on line* en castellano). *Vid.* especialmente arts. 3-5.

¹²Opinion of the Economic and Social Committee on the proposal for a Council Directive on the freedom of establishment and the free supply of services in the field of mortgage credit, § 2 (DOCE C 344, de 21.12.1985) (texto no disponible *on line* en castellano).

¹³Opinion of the Economic and Social Committee on the present situation in the Community's construction sector and the most appropriate measures by which the EEC can promote growth and employment in this sector, *vid.* especialmente § 2.2.6, donde se sugiere la necesidad de "progressively implement freedom of movement in the area of housing loans. In this connection, the Commission is called upon, through the coordination of national legislation, to give priority to tackling freedom of establishment and freedom to provide services for financial institutions so that particularly successful schemes for the financing of Building can operate throughout the Community (DOCE C 230, de 10.09.1981) (texto no disponible *on line* en castellano).

¹⁴Completing the internal market (White Paper from the Commission to the European Council Milan, 28-29.03.1985) (Brussels, 14.06.1985) (COM(85) 310 final), §§ 101-107.

consumidor.¹⁵ La Propuesta fue aprobada, con enmiendas, por el Parlamento Europeo (=PE)¹⁶, pero fue retirada unos años después, seguramente por la imposibilidad de conseguir el voto favorable del Consejo.¹⁷ Con ocasión de la revisión de la Directiva 87/102/CEE, de crédito al consumo, se volvió a plantear la ampliación del ámbito de aplicación de esa Directiva a los préstamos para obras de construcción que no estuvieran garantizados con una hipoteca, así como, de nuevo, la conveniencia de una Directiva en materia de hipotecas.¹⁸ Según el Informe de la Comisión, España se mostraba de acuerdo con una intervención legislativa europea en materia de crédito hipotecario, pero hubo reticencias por parte de otros países y sectores y no menores fueron las relativas a la protección de los consumidores cuyos préstamos sirvieran para sufragar obras de construcción de la vivienda, porque algunos lo consideraban una inversión y no un préstamo para el consumo.¹⁹ El PE no favorecía ni una cosa ni la otra.²⁰

2.2. La protección del consumidor en legislación no vinculante.

Tras esos y otros intentos²¹, pronto se vio que la vía legislativa no tenía visos de prosperar. Por eso, la Comisión adoptó una nueva estrategia, la del *soft law*, y, en el año 2001,

¹⁵Propuesta modificada de Directiva del Consejo sobre la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios en el ámbito del crédito hipotecario (COM (87) 255 final) (DOCE C 161, de 19.06.1987).

¹⁶ DOCE C 73, de 23.03.1987.

¹⁷ DOCE C 344, de 22.12.1995.

¹⁸Informe sobre la aplicación de la Directiva 87/102 relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo (COM (95) 117 final de 11.05.95). Se sigue aquí el Informe resumido de reacciones y comentarios, Bruselas, 24.09.1997 (COM (97) 465 final), pp. 9-10. *Vid.* también Díez GARCÍA (2014, pp. 156-157).

¹⁹ Informe sobre la aplicación de la Directiva 87/102, *op. cit.*, pp. 9-10.

²⁰Resolución A4-0010/97 (Comisión de Asuntos Jurídicos y de Derechos de los Ciudadanos; Ponente: Ernesto Caccavale), de 15.01.1997 (DO C 115, de 14.4.1997), § 5: “[S]e pronuncia [...] con vistas a evitar inconvenientes para el consumidor, contra la propuesta de la Comisión de ampliar el ámbito de aplicación de la Directiva relativa al crédito al consumo a los créditos sin garantía hipotecaria para obras de renovación y modernización, dado que (contrariamente a lo que sucede con los créditos al consumo), éstos no se podrían ofrecer al interés, más favorable, que rige para los créditos hipotecarios, o se cargarían al consumidor costes adicionales para la concesión y registro de hipotecas garantizadas por bienes inmuebles”; § 17: “[N]o estima oportuna la adopción de una normativa comunitaria de armonización del crédito hipotecario, ya que el crédito hipotecario está indisolublemente unido a los mecanismos nacionales de garantía y utilización muy distintos entre sí. Una regulación del crédito hipotecario a escala europea exigiría armonizar al mismo tiempo las normas de garantía y utilización vigentes en los Estados miembros y, por consiguiente, la armonización a escala europea del Derecho civil”. Por el contrario, la Comisión de Medio Ambiente, Salud Pública y Protección del Consumidor (Ponente: Annemarie Kuhn) había acogido la propuesta con satisfacción (§ 7): “[...] debido a la difícil situación en que se encuentra el mercado de viviendas de alquiler muchos consumidores desean financiar la adquisición de viviendas. Las crecientes dificultades de pago en este sector hacen pensar en la oportunidad de reforzar la protección jurídica de los consumidores”.

²¹Según explica la Asociación Hipotecaria Española: “Entre 1984 y 1997, la Comisión abordó tres proyectos para la armonización del mercado hipotecario en Europa: proyecto de directiva de armonización del mercado hipotecario; informe Vorms para la armonización de la TAE en materia de crédito hipotecario; informe de Empírica sobre las posibilidades de armonizar el crédito hipotecario”. *Vid.*

recomendó un código de conducta voluntario sobre información precontractual, aplicable a los llamados “créditos vivienda” (aquellos que servían para la adquisición o transformación de un inmueble asegurado con hipoteca o garantía equivalente) que convidaba a los prestamistas a entregar a los consumidores sendas hojas de información formalizada, una general, sobre las condiciones del crédito, y otra personalizada, sobre el producto que mejor se adecuaba a las necesidades del prestatario, lo cual aseguraba la transparencia y facilitaba la comparación.²² Era una medida de protección a los consumidores, que se adoptaba con la vista puesta en el beneficio que les reportaría una actividad crediticia transfronteriza que se auguraba cada vez mayor. No dio los frutos esperados porque, o bien algunos países no lo adoptaron en absoluto (entre ellos, España²³), o bien los que lo adoptaron no lo cumplían, o solo de forma incompleta o incorrecta²⁴, lo cual en absoluto favorecía la pretendida transparencia.

2.3. Una Directiva de protección de los consumidores para un mercado eficiente con el trasfondo de la crisis financiera.

El Libro verde de la Comisión, que perseguía hacer del mercado del crédito uno eficiente y competitivo (con reducción de costes, una mayor disponibilidad de productos y la ampliación del número de prestatarios), consideró entonces la posibilidad de hacer vinculante aquél código, a la par que sugería medidas que podrían mejorarlo.²⁵ Además, proponía introducir el derecho al reembolso anticipado, la determinación del método y los

<<http://www.ahe.es/bocms/images/bfilecontent/2006/05/05/149.pdf?version=2>> (fecha de la última consulta: 23.04.2017).

²²*Vid.* Acuerdo europeo relativo a un código de conducta voluntario sobre información precontractual para créditos vivienda, disponible en: http://ec.europa.eu/internal_market/finservices-retail/docs/home-loans/agreement_es.pdf (fecha de la última consulta: 23.04.2017); Recomendación de la Comisión de 1.03.2001, relativa a la información precontractual que debe suministrarse a los consumidores por los prestamistas de créditos vivienda (DO L 69, 10.03.2001).

²³Según denunciaba la Asociación de Consumidores ADICAE, el Derecho español (la Orden de 5.05.1994) proporcionaba mayor protección. *Vid.* Foro Permanente de Legislación Europea. Dictámenes y Propuestas: El crédito hipotecario, disponible en <<http://asp.adicae.net/proyectos/internacionales/dossierlegislacion/dossierpdf/D%20Dictámenes%203.pdf>> (fecha de la última consulta: 23.04.2017). Ese riesgo era conocido, pero a pesar de ello, la Asociación Hipotecaria Española (www.ahe.es) recomendaba su utilización para acabar con los obstáculos que, para la creación del mercado único hipotecario, venían representados por la pretensión de los gobiernos de protegerse de la penetración extranjera, a base de querer mantener sus peculiaridades en materia de transparencia y defensa del consumidor; la entidad recordaba que la Comisión admitía que en los Estados miembros la información precontractual impuesta a las entidades fuera más completa que la exigida por el Código de Conducta, pero añadía la cautela de que en tal caso debían asegurarse de que tal información venía determinada por el interés general y que era conforme a la legislación comunitaria (*vid.* <<http://www.ahe.es/bocms/images/bfilecontent/2006/05/05/149.pdf?version=2>> (fecha de la última consulta: 23.04.2017).

²⁴*Vid.* el Final Report del Institute for financial services to the Commission of the European Communities, Health and Consumer Protection Directorate-General, “Monitoring the uptake and the effectiveness of the Voluntary Code of Conduct on Pre-contractual Information for Home Loans” (Hamburg, 17.06.2003), pp. 6-8, disponible en: <http://ec.europa.eu/comm/internal_market/finservices-retail/docs/home-loans/home-loans-final-report_en.pdf> (fecha de la última consulta: 23.04.2017).

²⁵Libro Verde: El crédito hipotecario en la UE (Bruselas, 19.07.2005) (COM (2005) 327 final).

criterios de cálculo de la tasa anual equivalente (= TAE), la introducción de normas sobre la usura y su incidencia sobre determinados productos de *equity release* (de movilización de capital, como las hipotecas inversas) y sugería la adopción de criterios sobre la solvencia del consumidor, la tasación de los inmuebles o las modalidades de ejecución de la garantía; e, incluso, sobre imposiciones fiscales. La protección de los consumidores era una finalidad, pero, a la vista del impacto que habrían tenido sobre el Libro verde algunos informes económicos que ilustraban en cifras las potenciales ventajas económicas de la integración²⁶, la prioridad continuaba siendo la necesidad de integrar el mercado para dar entrada a productos hipotecarios nuevos en otros países (préstamos hipotecarios al consumo o productos auxiliares, como seguros) y para dar servicio a los consumidores expulsados del mercado crediticio hipotecario nacional, lo cual implicaba dar entrada a las hipotecas *subprime*.²⁷ Además, el Libro verde sugería la posibilidad de crear una eurohipoteca.²⁸

Poco tiempo después, el Libro Blanco de la Política de los Servicios financieros 2005-2010²⁹ anunciaba la inminente publicación de otro Libro Blanco en 2006 para dar a conocer las iniciativas necesarias desde un punto de vista económico tendentes a integrar ese mercado. Hecho público, finalmente, en el año 2007, el Libro Blanco sobre la integración de los mercados de crédito hipotecario en la Unión Europea³⁰ ya no hacía mención a la eurohipoteca, pero insistía en que debía facilitarse la oferta y la financiación transfronteriza de créditos hipotecarios, aumentar la gama de productos, incrementar la protección del consumidor y favorecer la movilidad del cliente. Para ello perseveraba en algunas de las actuaciones anunciadas en el Libro verde y, en especial, consideraba esencial abordar la información precontractual, el tipo de interés anual efectivo, la concesión responsable de préstamo, y la amortización anticipada. Esta vez, la Comisión admitía que el potencial de la integración tenía límites (la lengua, la distancia, las preferencias del consumidor, las estrategias comerciales del prestamista)³¹ y, además, ya habían empezado a notarse los

²⁶ Informe de la London Economics (2005), "The Costs and Benefits of Integration of EU Mortgage Markets, disponible en <http://ec.europa.eu/finance/finservices-retail/docs/home-loans/2005-report-integration-mortgage-markets_en.pdf> (fecha de la última consulta, 23.04.2017); Mercer Oliver Wyman y la Federación Hipotecaria europea, "Study on the Financial Integration of European Mortgage Markets", disponible en: <<https://www.nykredit.com/investorcom/ressourcer/dokumenter/pdf/Wymanreport.pdf>> (fecha de la última consulta, 23.04.2017).

²⁷ Libro Verde, *op. cit.*, Introducción, pp. 3-4, p. 6. Medida que también apoyaba el PE en la Resolución P6_TA (2006) 0487 sobre el crédito hipotecario en la Unión europea, § 2 (DO C 314 E de 21.12.2006).

²⁸ Sustancialmente de acuerdo con el planteamiento de la Comisión (quizás más escéptico ante la eurohipoteca), *vid.* el informe del Banco Central Europeo (= BCE), de 1.12.2005, disponible en <<https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/eumortgagecreditconsultationen.pdf?125c048b05e9ac9363976c68469470e6>> (fecha de la última consulta: 23.04.2017). Igualmente proclive, pero con ciertas reservas y no precisamente en torno a la eurohipoteca, *vid.* el Dictamen del CESE (DO C 65, 17.03.2006).

²⁹ Bruselas, 1.12.2005 (COM (2005) 629 final), p. 13.

³⁰ Bruselas, 18.12.2007 (COM (2007) 807 final).

³¹ Libro Blanco, *op. cit.*, p. 3.

efectos de la crisis³², de manera que, junto con la protección del consumidor, también se aludía a la necesidad de estabilizar el sistema financiero, por ejemplo, a base de limitar el uso de ciertas técnicas de financiación (la titulización)³³ y, por encima de todo, mediante la potenciación de la actividad crediticia responsable en interés de consumidores, prestamistas, inversores y accionistas. *Grosso modo*, el concepto de crédito responsable pivotaba en torno a la lealtad y la transparencia e incluía tres ejes: el asesoramiento, la evaluación de la solvencia, y la educación financiera³⁴. El programa de crédito responsable se veía como parte de la solución al problema acuciante del sobreendeudamiento.³⁵ Otras medidas, igualmente importantes, se quedaban en meras recomendaciones (tasación fiable, transparencia de los registros de la propiedad y consulta *on line*, coste y duración razonable de los procedimientos de ejecución) y aun otras requerían nuevos estudios (prácticas comerciales desleales, *equity releases schemes*, rol de las entidades no bancarias). Tampoco quedaba clara la necesidad de legislar o dejar actuar al mercado o utilizar métodos de *soft law* (autoregulación, guías, marcadores que reflejaran la duración y el coste de los procedimientos de venta, etc.), puesto que, en aras de la eficiencia y atendiendo a los costes de implementación de las distintas medidas, cada una de las cuestiones implicadas podía requerir una política jurídica distinta.³⁶ En general, el PE daba apoyo a las iniciativas de la Comisión, proponía algunas medidas concretas, e insistía en la necesidad de una integración “bien configurada”.³⁷

Tras el pertinente estudio de impacto, la Comisión decidió abandonar la vía de la autorregulación o las recomendaciones (poco eficaces en los ámbitos que se proponía regular) y, en lugar de un reglamento (que no ofrecía la flexibilización adecuada en cuanto al nivel de armonización), finalmente optó por una directiva, que tenía la ventaja de poder

³² Aludida varias veces en el Libro Blanco, *op. cit.*, pp. 2, 4, 5, 9, 11.

³³ Libro Blanco, *op. cit.*, p. 4, p. 11.

³⁴ Libro Blanco, *op. cit.*, p. 9. El tema sería luego objeto de una consulta pública, en la que el concepto de crédito responsable se ampliaba a la publicidad y la información precontractual y se incluía la intermediación crediticia. *Vid.* Public Consultation on Responsible Lending and Borrowing in the EU (Brussels, 15.06.2009), disponible en: http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2009/responsible_lending/consultation_en.pdf (fecha de la última consulta: 23.04.2017). Además, *vid.* Summary of Responses to the Public Consultation on Responsible Lending and Borrowing in the EU (Brussels, 30.11.2009), disponible en: http://ec.europa.eu/internal_market/finservicesretail/docs/credit/resp_lending/feedback_summary_en.pdf (fecha de la última consulta: 23.04.2017). Sobre la educación financiera se insistiría luego, *vid.* el Dictamen del CESE (DO C 318, 29.10.2011).

³⁵ Public Consultation on Responsible Lending, *op. cit.*, p. 4.

³⁶ *Vid.* la cautela en torno a este punto en el Libro Blanco, *op. cit.*, p. 6. Sobre el particular, con carácter general, *vid.* Commission Staff Working Document Accompanying document to the White Paper on the Integration of EU Mortgage Credit Markets. Summary of the Impact Assessment (Brussels, 18.12.2007) (SEC (2007) 1684), pp. 6-7. Más específicamente, Commission Staff Working Document Accompanying document to the White Paper on the Integration of EU Mortgage Credit Markets. Annex 3: Impact assessment on specific issues (SEC (2007) 1683. ANNEX III) (Brussels, 18.12.2007).

³⁷ Resolución P6_TA(2006)0487, sobre el crédito hipotecario en la Unión europea (DO C 314 E de 21.12.2006).

combinar la armonización máxima con la mínima y, además, permitía conjuntar, por un lado, normas con exigencias concretas y, por el otro, medidas basadas en principios.³⁸ La Propuesta de Directiva se presentó en el año 2011³⁹, con la finalidad -ya conocida- de procurar un mercado único eficiente y competitivo que permitiera implantar en el futuro mercados responsables y fiables y, de este modo, restablecer la confianza del consumidor y, a la vez, favorecer la estabilidad financiera.⁴⁰ La norma se ocupaba, fundamentalmente, de las condiciones aplicables a los prestamistas y a los intermediarios de crédito, a la información básica de la publicidad y la previa a la conclusión del contrato, al cálculo de la TAE, la evaluación de la solvencia, el acceso a bases de datos, el asesoramiento y el reembolso anticipado, y, además, establecía otras normas de supervisión. El CESE lamentaba que no se hubiera considerado oportuno el recurso a un instrumento opcional y, además, reclamó algunos ajustes importantes como, por ejemplo, la regulación de la usura o la incorporación de un *loan to value* adecuado.⁴¹ El BCE no sugería grandes cambios⁴², a diferencia del PE, que continuaba insistiendo en la necesidad de procurar un mercado interior del crédito hipotecario en beneficio del consumidor y la estabilidad financiera, pero asumía que esta última debía conseguirse, adicionalmente, con nuevas iniciativas tendentes a atajar malas prácticas bancarias y en el marco de la legislación sobre el mercado de capital (supervisión, titulización, requisitos de capital).⁴³ La mayor parte de sus enmiendas, que fueron muchas, se orientaban a reforzar la protección del consumidor y suyas son también las normas sobre mercados flexibles y fiables, sobre demoras y ejecución hipotecaria y sobre requisitos generales prudenciales y de supervisión.⁴⁴ Sorprendentemente, el PE amplió los créditos que quedaban excluidos de la aplicación de la Directiva⁴⁵ y tampoco

³⁸Commission Staff Working Paper. Impact Assessment accompanying document to the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on credit agreements relating to residential property, vol I (Brussels, 31.03.2011) (SEC (2011 356), pp. 57-60.

³⁹ COM (2011) 142 final (Bruselas, 31.03.2011).

⁴⁰ Propuesta Directiva 2011, EM, p. 2, p. 5 y Cdo 3.

⁴¹ DO C 318, de 29.10.2011.

⁴²DO C 240, de 18.8.2011. Suyas son, por ejemplo, las sugerencias de incorporar un derecho de desistimiento en la directiva y de incluir una advertencia sobre los riesgos potenciales de la contratación de préstamos en moneda extranjera que, finalmente, no fue adoptada, contrariamente a lo que sucedió con la primera medida (art. 14.6 Directiva 2014/17). Efectivamente, el art. 9.1 letra *f* de la Propuesta, igual que el art. 13.1 letra *f* de la Directiva finalmente aprobada, solo exigen explicar las implicaciones que para el consumidor tiene la denominación de un crédito en moneda extranjera.

⁴³*Vid.* EM del Informe de la Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios (Ponente: Antolín Sánchez Presedo), p. 136 y EM de la Opinión de la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor (Ponente Kurt Lechner-Alexandra Thein), pp. 139-14 (ambos en el Documento PE469,842v04-00, de 11.10.2012, disponible en <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2012-0202+0+DOC+XML+V0//ESA>> (fecha de la última consulta: 23.04.2017). La Comisión presentó una Propuesta de Reglamento sobre titulización ya en el año 2015. Existe también una Propuesta de Reglamento por la que se modifica el Reglamento 575/2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión. Sobre lo primero, un *survol*, en GARCÍA-OCHOA MAYOR – EGUÍA (2016).

⁴⁴ En particular, *vid.* enmiendas 88-89 de la Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios a nuevos arts. 18 *bis* y 18 *ter*, respectivamente y enmienda 91 a nuevos arts. 19 *bis* y *ter*.

consideró oportuna una armonización máxima para la mayoría de las cuestiones reguladas.⁴⁶ Al final, acabaría aprobando la Directiva en primera lectura (10.9.2013)⁴⁷ y muy poco tiempo después seguiría el refrendo del Consejo (28.1.2014). La adhesión al texto fue rápida gracias al carácter de mínimos de la mayor parte de los preceptos (quedaría a salvo lo dispuesto en el art. 2), la naturaleza programática de algunas normas (vgr. educación financiera, demoras y ejecuciones) o su deliberada inconcreción (vgr. análisis de la solvencia) y, cómo no, gracias a las numerosas exclusiones y posibilidades de *opt-out*, total o parcial, que se ha dado a los Estados miembros.⁴⁸

3. Dos Directivas para el crédito al consumo.

La Directiva 2008/48 se promulgó en un momento en que la crisis inmobiliaria y financiera ya había estallado, pero la norma se había gestado antes y su finalidad todavía era hacer posible la libre prestación de servicios. Descartó expresamente regular los créditos inmobiliarios (art. 2.2 letras *a* y *b*), que son los que ahora se incluyen en la Directiva 2014/17 (art. 3.1 letras *a* y *b*). Claramente, esta última norma ya tiene la estabilidad financiera entre uno de sus fines y por eso no es casualidad que incorpore disposiciones más estrictas sobre crédito responsable –en buena parte abandonado, en la anterior Directiva, a la concreción de los derechos nacionales⁴⁹- y que permita a los Estados Miembros ampliar las advertencias de riesgo en la información precontractual.⁵⁰ Cabe augurar que la Directiva 2014/17, de la que se ha dicho que es más protectora para el prestatario⁵¹, acabará guiando la interpretación de la Directiva 2008/48.⁵² Y aunque podría

⁴⁵Enmienda 47 de la Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios, *op. cit.*, al art. 2.

⁴⁶*Vid.* EM del Informe de la Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios, *op. cit.*, pp. 135-136.

⁴⁷*Vid.* P7_TA(2013)0341. Amendments adopted by the European Parliament on 10 September 2013 on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on credit agreements relating to residential property (COM (2011)0142 – C7-0085/2011 – 2011/0062(COD)). Ordinary legislative procedure: first reading.

⁴⁸Para el detalle, SCHÄFER (2014, p. 213); DÍAZ ALABART – ÁLVAREZ MORENO (2015, p. 32); ANDERSON (2016, pp. 53-55).

⁴⁹Sobre la noción de crédito responsable en la Directiva 2008/48, entre muchos, ATAMER (2011, esp. pp. 191 ss). Para el estado de la cuestión en España, DE LA PEÑA – LÓPEZ-FRÍAS (2013, pp. 47-78). A propósito de la Directiva 2014/17, poniendo el acento en la indefinición del concepto y el amplio margen que se deja a los Estados miembros para la transposición, MAK (2015)..

⁵⁰ Cfr. EM, pp. 4-5 y Cdo 14 de la Propuesta de Directiva 2011 y Cdo 22 Directiva 2014/17. *Vid.* SCHÄFER (2014, p. 213).

⁵¹De esta opinión, SCHÄFER (2014, pp. 213-214), que alude a las nuevas normas que amplían la información precontractual y a las que introducen el régimen jurídico de la comercialización de los préstamos en moneda extranjera o prohíben las ventas vinculadas. Sin embargo, es discutible el alcance de esa protección, tal y como se tendrá ocasión de explicar más adelante.

⁵² Por ejemplo, en materia de evaluación de la solvencia, o en cuanto a la información que debe suministrarse antes de contratar. *Vid.* KALAMEES-LILLEHOLT-SEIN (2014, p. 31). La Directiva 2014/17 también debería servir de inspiración a la hora de interpretar las normas nacionales de transposición de la Directiva 2008/48 a propósito de la prohibición de otorgar crédito si la solvencia del cliente es negativa. *Vid.* ahora § 505a 1, II BGB: "D]er Darlehensgeber darf den Verbraucherdarlehensvertrag nur abschließen,

alabarse la complementariedad de ambas normas, en realidad lo difícil es no lamentar la duplicidad, más si se tiene en cuenta que la Directiva 2014/17 no regula exclusivamente el crédito garantizado con hipoteca, ni tampoco prevé cuáles sean los efectos de la garantía en caso de incumplimiento. Alguna enmienda de la Comisión de Mercado Interior del PE trataba de limitar la aplicación de la Directiva 2014/17 a los préstamos para vivienda garantizados con hipoteca y permitía que los otros créditos inmobiliarios se pudieran regular de acuerdo con esta Directiva o la Directiva 2008/48, a elección de los Estados miembros⁵³, seguramente para no desatender la situación de algunos derechos nacionales que extendían las disposiciones de esta última a los créditos excluidos en el art. 2.2 letras *a* y *b*.⁵⁴

En favor de la distinción se afirma que una regulación uniforme no es aconsejable por ser el contrato de crédito al consumo un contrato de masas con productos tipificados y el crédito inmobiliario un contrato de inversión con una mayor diversidad de productos.⁵⁵ Es una afirmación discutible si, al final, resulta que las técnicas de comercialización son las mismas –a ello no es ajeno el hecho de que la hipoteca asegure cada vez con mayor asiduidad la adquisición de bienes de consumo (vgr. hipoteca *revolving*)- y, por consiguiente, las medidas preventivas y de protección adoptadas no son muy distintas. Por otra parte, la Directiva 2008/48 ya comprendía los créditos no garantizados cuya finalidad fuera la renovación de un bien inmueble y la Directiva 2014/17 no hace sino confirmar y ampliar esa disposición.⁵⁶ Ambas normas pueden, pues, tener por objeto el crédito inmobiliario, con el agravante de que, en ocasiones, no será fácil establecer la diferencia, desde un punto de vista estrictamente material, entre lo que deba considerarse renovación y lo que sea conservación. Al crédito para la rehabilitación de un edificio ¿qué norma se le aplica?⁵⁷ Una muestra más de hasta qué punto pueden ser fungibles ambas Directivas es

wenn aus der Kreditwürdigkeitsprüfung hervorgeht, dass bei einem Allgemein-Verbraucherdarlehensvertrag keine erheblichen Zweifel daran bestehen und dass es bei einem Immobilien-Verbraucherdarlehensvertrag wahrscheinlich ist, dass der Darlehensnehmer seinen Verpflichtungen, die im Zusammenhang mit dem Darlehensvertrag stehen, vertragsgemäß nachkommen“.

⁵³Enmiendas 27-29 al art. 2.1 letras *a*, *b* y *c* de la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor.

⁵⁴Algo perfectamente posible, porque ampliar el ámbito de aplicación de la norma a aspectos no regulados por ella no equivale a ampliar el nivel de protección de los consumidores en los otros que sí que regula, que es algo que solo estaría permitido en las directivas de mínimos. *Vid.* STJUE C-602/10, de 12.07.2012, *Volksbank România* (§§ 37-44), cuya cita recuerda ahora DíEZ GARCÍA (2016, p. 288, nota 16). A propósito de las opciones del legislador, *vid.* HEIDERHOFF (2016, pp. 48-49); PERNER (2012, pp. 17 ss.).

⁵⁵EM de la Opinión de la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor, *op. cit.* p. 140.

⁵⁶Cdo 14 Directiva 2008/48: “[...] no podrán excluirse del ámbito de aplicación de la presente Directiva los contratos relativos a la concesión de un crédito únicamente porque el objetivo sea la renovación o el aumento de valor de un inmueble ya existente”. *Vid.* ahora art. 2 *bis* Directiva 2008/48, introducido por el art. 46 Directiva 2014/17, que extiende la aplicación de la norma a esos créditos aunque superen los 75.000 euros.

⁵⁷Da por hecho que rehabilitar es conservar y por eso aplicaría la Directiva 2014/17, SERRANO DE NICOLÁS (2014, p. 95). El art. 2 letra *d* L. 18/2007, del 28 de diciembre, *del dret a l'habitatge*, permitiría pensar que existen diferencias, al establecer que es finalidad de la ley: “[I]mpulsar la conservació, la rehabilitació, la reforma i la renovació del parc d'habitatges”, pero luego, el art. 3 letra *g*, solo define la rehabilitación: “El

que el art. 3.3 letra *a* permite que a determinados créditos inmobiliarios no se les apliquen los arts. 11 y 14 y el Anexo II de la Directiva 2014/17, a condición de que se les apliquen los arts. 4 y 5 y los Anexos II y III de la Directiva 2008/48.

La Directiva 2014/17 no aborda cuestiones polémicas no reguladas previamente en la Directiva 2008/48, como los tipos máximos de interés y la usura.⁵⁸ Tampoco regula los límites del *loan to value/loan to income*, seguramente por la dificultad de llevarlo a cabo cuando hay tal diversidad de productos y aun otros nuevos pueden existir en el futuro, pero, sobre todo, porque eso impondría barreras en el mercado y crearía obstáculos a la libre circulación de capitales en la UE, lo cual, a la postre, tendría efectos negativos sobre el volumen de préstamos.⁵⁹ La norma tampoco regula la cesión a fondos acreedores de los créditos incumplidos, con el fin de saber qué protección merece el prestatario consumidor en tales casos.⁶⁰ En un plano más general, es de lamentar que no determine qué cláusulas debieran considerarse abusivas en la concesión de préstamos hipotecarios. Sin duda, muchas de esas cláusulas acabarán desapareciendo, a la vista de los límites que impone la norma en materia de información sobre gastos y comisiones, venta de productos vinculados, penalización por reembolso anticipado, o concesión de préstamos en moneda extranjera. Pero otras cláusulas típicas aun subsistirán, como las que permiten exigir sobregarantías, esto es, además de la hipoteca, una fianza personal y/o un seguro de cobertura del riesgo de impago (art. 88.1 TR-LGDCU), porque la Directiva no las prohíbe. Es más, el art. 12.2 letra *b* legitima la práctica comercial que consiste en vender junto al crédito productos que ofrezcan una seguridad adicional al prestamista en caso de impago; y el art. 12.4 se refiere expresamente a un seguro pertinente en relación con el contrato de crédito. Otra laguna importante (en cualquier caso, habitual en casi todas las directivas) es la falta de regulación de las consecuencias en caso de infracción de las normas de transposición en los derechos nacionales. Sobre algunas de esas cuestiones se tendrá ocasión de volver más adelante.

conjunt d'obres de caràcter general que, sense modificar la configuració arquitectònica global d'un edifici d'habitatges o un habitatge, en milloren la qualitat pel que fa a les condicions de seguretat, funcionalitat, accessibilitat i eficiència energètica”.

⁵⁸ Lo había recomendado el Libro Verde en 2006 y lo sugería el CESE en 2011. La cuestión ya se había discutido mucho antes, a propósito de la reforma de la Directiva 87/102 (Informe resumido..., *op. cit.*, p. 17), pero el PE entendía que el medio más eficaz para luchar contra la misma era el pleno funcionamiento del mercado, una mayor información, formación y protección del consumidor, así como un control más estricto de las entidades y organismos de crédito por parte de las autoridades nacionales (Resolución sobre el informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 87/102 (COM (95) 00117-C4-0185/95) - A4-0010/97, § 18, adjuntado en el citado Informe). Así, la Propuesta de Directiva sobre crédito al consumo de 2002 (COM (2002) 443 final), a propósito de las explicaciones sobre el art. 30, decía expresamente: “[P]ueden mantenerse las disposiciones nacionales relativas a las tasas anuales equivalentes máximas o usureras, o a todo tipo de determinación o evaluación de los tipos máximos o usureros: la presente Directiva no regula este aspecto”. Pros y contras, RAMSAY (2010), pp. 397-400.

⁵⁹ *Vid.* Commission Staff Working Paper. Impact Assessment, vol. I, *op. cit.*, p. 40.

⁶⁰ Lo lamenta especialmente, comentando la situación en Grecia, MORAITIS (2017).

4. Análisis jurídico de la Directiva 2014/17.

La Directiva 2017/14 se aplica a los créditos inmobiliarios con consumidores, como si el carácter imperativo de sus normas fuera un obstáculo a su extensión a los empresarios y, en particular, a las empresas familiares o microempresas. Eso solo se admite cuando los contratos tienen doble finalidad y siempre que la empresarial sea apenas relevante.⁶¹ Eso es, claramente, un error, siquiera a la vista de los innumerables empresarios que han garantizado sus deudas profesionales con la vivienda habitual.⁶² La norma pone el acento en la fase precontractual (publicidad, información, explicaciones adecuadas, asesoramiento, evaluación de la solvencia), aunque también incide en la ejecución del contrato cuando regula el derecho del consumidor al reembolso anticipado (art. 25) y prevé normas sobre la información de los cambios del tipo deudor (art. 27). Contempla igualmente los efectos “propietarios” o “reales” cuando alude a la tasación (arts. 18.3, 19) y a la ejecución de la garantía en caso de incumplimiento (art. 28), si bien solo para efectuar recomendaciones a los Estados miembros.

4.1. Crédito inmobiliario vs. Crédito hipotecario.

Frecuentemente se utiliza la expresión “crédito inmobiliario” para destacar cuál es el objeto de regulación de la Directiva 2014/17.⁶³ Puesto que el prestatario es siempre un consumidor, se trataría de un supuesto especial de crédito “al consumo”, que tanto puede incluir créditos como préstamos y que pueden estar o no garantizados con hipoteca u otra garantía o derecho real sobre inmuebles, pero hecha excepción de la hipoteca que sirve de instrumento para el ahorro o la financiación (art. 3.2 letras *a* y *b*). Lo que caracteriza a estos contratos es su denominación por referencia a un inmueble: tanto en lo que se refiere a la garantía (art. 3.1 letra *a*) como a la finalidad de la conservación/adquisición (art. 3.1 letra *b*). Dicho de otro modo, mientras el crédito esté garantizado sobre un inmueble de uso residencial, no importa su finalidad (letra *a*); por el contrario, la finalidad es relevante cuando tal garantía no existe (letra *b*). Eso significa que el ámbito de aplicación de la norma incluye el crédito garantizado al consumo (*vgr.* para financiar las vacaciones, comprar una lavadora, o pagar la factura del médico); o el que sirve para refaccionar el inmueble, si está igualmente garantizado sobre un inmueble de uso residencial; así como el crédito que tiene la finalidad de invertir en la conservación o adquisición de inmuebles (fincas o edificios

⁶¹Cdo 12 Directiva 2014/17. Por ejemplo, un préstamo garantizado sobre la vivienda donde ocasionalmente también se ejerce la profesión. Así, ALBIEZ DOHRMANN (2016a, p. 17).

⁶²Naturalmente, los Estados miembros pueden ir más allá (Cdo 14 Directiva 2017/14). El anteproyecto de ley español, de julio de 2016, de transposición de la Directiva, se refería a los “prestarios” (*vgr.* art. 2.2, 3), más o menos igual que el nuevo anteproyecto de marzo de 2017 (*vgr.* art. 1, “deudores”; art. 2.1 y 2.2, “prestario”) aunque, en ambos casos, solo se contemplan las personas físicas (a los trabajadores autónomos se refiere expresamente la EM I, 2 del anteproyecto de marzo 2017). El § 513 BGB también protege a los empresarios emprendedores.

⁶³Esa es también la denominación utilizada por el legislador español (*vid.* la rúbrica de los dos anteproyectos de ley de transposición de la directiva, de julio de 2016 y marzo de 2017) o alemán (“Immobilien-Verbraucherdarlehen” o “Immobilien-Verbraucherdarlehensverträgen”, §§ 492a, 503, 505b BGB).

construidos o por construir), esté garantizado o no. Desde un punto de vista jurídico y no material, el crédito destinado a la conservación es el que trata de prevenir la pérdida del inmueble y, fundamentalmente, eso se refiere a la refinanciación (Cdo 15).⁶⁴

Es incorrecto denominar a esta norma “Directiva sobre crédito hipotecario”, por varias razones. De entrada, ya se ha dicho que, además de la hipoteca, se admite que el crédito esté garantizado con cualquier otro derecho o garantía comparable sobre inmuebles de uso residencial. Con efectos similares a la hipoteca, podría citarse la *Grundpfandrecht*, en Alemania; o, entre nosotros, la anticresis. Al margen de los derechos reales de garantía, también deberían tener cabida otros pactos con efectos reales, como la condición resolutoria y el pacto de reserva de dominio. Estos acostumbran a ir vinculados a situaciones de pago fraccionado o aplazado que implican concesión de crédito y, *de facto*, funcionan como una garantía del pago de ese precio.

Por otro lado, la referida denominación tampoco es correcta porque, como ya se ha dicho, puede ser que la garantía ni siquiera exista. Y, aunque sí que exista, la Directiva tampoco se ocupa de las especificidades y efectos de la misma, porque solo trata del otorgamiento de crédito.⁶⁵ Ese sería un argumento para defender que sus normas no son aplicables al tercero hipotecante no deudor, que no contrata el crédito (definido en el art. 4.3) y solo garantiza el contraído por el consumidor.⁶⁶ Sin embargo, nada impide que los Estados miembros amplíen el ámbito de aplicación de la Directiva, siquiera selectivamente, a ese hipotecante no deudor, siempre que el prestatario actúe en su condición de consumidor; por supuesto, puede ser ampliado también a los fiadores.⁶⁷ Se diría que el fiador no está incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva, porque el contrato de fianza no es un contrato de crédito.⁶⁸ Sin embargo, el fiador es un deudor (subsidiario) y, desde ese punto de vista, no debería haber problema en considerarle también a él consumidor cuando avale en esa condición.⁶⁹ A diferencia del anteproyecto de julio de 2016, el nuevo de marzo de 2017 entiende que la ley debe aplicarse a “personas físicas que sean deudores, fiadores o garantes” (art. 1); “garante o titular de la garantía” (art. 2.1); “persona física que sea fiadora o garante de préstamo” (art. 2.2).

⁶⁴Vid. BÜLOW (2015, p. 1310); ALBIEZ (2016a, p. 25).

⁶⁵ALBIEZ (2016a, p. 7).

⁶⁶Cfr. DÍEZ GARCÍA (2016, p. 250 y p. 301, nota 92). Por el contrario, MUÑIZ ESPADA (2016, p. 49).

⁶⁷Así, en Cataluña, arts. 123-10.2, 261-2 CConsumo; art. 2.2 L.3/2016 (Andalucía).

⁶⁸En el contexto del crédito al consumo, STJUE C-208/98, de 23.03.2000, *Berliner Brauerei*.

⁶⁹ STJUE C-45/96, de 17.03.1998, *Edgar Dietzinger*. Con un razonamiento distinto, que prescinde de la accesoriidad, y solo al efecto de aplicar la Directiva 93/13, el ATJUE C- 74/15, de 19.11.2015, *Tarcău*, abre la puerta a que el fiador no profesional esté tan protegido como lo está el consumidor. En esa línea, ALBIEZ (2016a, p. 52). También avalaría hacer extensiva al fiador la evaluación de la solvencia, DÍEZ ALABART (2015, pp. 233-234); además, ESQUIROL (2015, p. 183).

4.2. ¿Qué tipo de inmuebles? El uso residencial.

La rúbrica de la Directiva da a entender que esta se ocupa de los créditos para la adquisición de inmuebles de uso residencial. Además, el prestatario es siempre un consumidor y, por consiguiente, lo más probable es que el inmueble cuya adquisición se financia sea típicamente la vivienda habitual.⁷⁰ Aun así, atendiendo al contenido de la norma, la rúbrica de la Directiva no es exacta. No lo es, en primer lugar, porque la finalidad del crédito garantizado puede ser más amplia. De ahí que el art. 3.3 letra *a* permita a los Estados miembros que excluyan la aplicación de la Directiva a los préstamos con hipoteca sobre bienes inmuebles de uso residencial que no tengan por objeto adquirir o conservar un bien inmueble de uso residencial. Es más, podría suceder que el crédito garantizado con hipoteca sobre el mismo ni siquiera sirviera para adquirir un inmueble. En segundo lugar, es dudoso que la protección solo deba proporcionarse cuando, sin mediar garantía, la adquisición o conservación de derechos deba tener por objeto exclusivamente un inmueble de uso residencial, como en seguida se verá. Lo único que parece seguro es que siempre es necesario que la hipoteca (o garantía o derecho equivalente) recaiga sobre un bien inmueble que sí tenga ese uso residencial (art. 3.1 letra *a*), que es algo que, si bien se mira, tampoco tiene mucho sentido.⁷¹

Ciertamente, no existe una definición de “uso residencial”⁷², pero parece claro que no es el que se podría aplicar a un trastero o garaje, sino el que debe predicarse de la vivienda (Cdo 17; art 3.3 letra *b*) y, si es así, entonces no puede limitarse a la vivienda “habitual” o “permanente”.⁷³ El sinsentido es que mientras que el crédito para adquirir/conservar fincas o edificios no vendría condicionado por el uso que se diera al inmueble, siempre que el prestatario lo adquiriera en su condición de consumidor (*vgr.* porque desea realizar una inversión de capital sobre una nave industrial)⁷⁴, cuando se debe constituir una garantía sobre el inmueble (sea cual sea la finalidad del crédito) se exige que este inmueble sea residencial. La Propuesta de 2011 no incurría en esa contradicción, pero allí era criticable

⁷⁰Podría ser así incluso si fuera una persona jurídica no empresaria quien contratara el crédito, supuesto que el derecho nacional la incluyera en la definición de consumidor (*vgr.* art. 1.1 L. 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* (BOE n. 79, 1.04.2009); art. 111-2 letra *a* CConsum) y siempre que tal persona jurídica pretendiera adquirir viviendas para sus asociados o socios cooperativistas. En parecidos términos, ALBIEZ (2016a, p. 18). De otro parecer, DÍAZ ALABART-ÁLVAREZ MORENO (2015, p. 19). Ya se ha dicho que los dos anteproyectos de ley españoles de transposición de la directiva, aunque no protegen exclusivamente a los consumidores, en cambio solo contempla a las personas físicas.

⁷¹ANDERSON (2016, p. 52).

⁷²La Comisión de Asuntos jurídicos del PE había propuesto la inclusión de esa definición. *Vid.* enmienda 14 al art. 3 letra *r bis* (nueva) de la Propuesta de la Comisión de 2011, por lo demás poco aclaratoria (como mínimo en la versión española).

⁷³ Así, DÍAZ ALABART-ÁLVAREZ MORENO, (2015, p. 20); DÍEZ GARCÍA (2016, p. 247); ANDERSON (2016, p. 52, nota 14); MUÑIZ ESPADA (2016, p. 39). Contra, aunque con dudas, ALBIEZ (2016a, pp. 21-22). El art. 3 letra *a* L. 18/2007, define lo que debe entenderse por vivienda (“satisfacer necesidades ordinarias de habitación”) y la letra *c* no excluye que eso pueda hacerse de manera intermitente o en estancias temporales.

⁷⁴ En la línea, DÍEZ GARCÍA (2016, p. 249).

que en la letra *b* del art. 2, solo contarán para el legislador europeo los créditos para la adquisición de inmuebles “para vivir”.⁷⁵ Es posible que esta última sea también la finalidad de la Directiva (*vgl.* Cdos 3, 4)⁷⁶, pero esto no se deduce directamente ni de la letra *a* ni tampoco de la letra *b* del art. 3. El art. 1, que tiene carácter programático, quizás ayuda a aclarar las cosas –menos si se sigue la versión española– porque si es correcto entender que el precepto proclama que la Directiva se ocupa de “créditos al consumo garantizados con hipoteca o de cualquier otro modo referidos a la propiedad inmobiliaria residencial”, entonces lo que está diciendo es que la norma solo tiene en cuenta la residencia: unas veces, porque es objeto de hipoteca; otras, porque la finalidad del crédito es adquirirla o conservarla. ¿Es el art. 1 un anticipo de lo que luego debería leerse en el art. 3 y, de acuerdo con su literalidad, debería reinterpretarse el art. 3.1 letra *b*? Si así fuera, un contrato de crédito para adquirir un trastero, nave, garaje, o solar, no estaría cubierto ni por la Directiva 2008/48 (art. 2.2 letras *a* y *b*), ni por la Directiva 2014/17.⁷⁷ Es una exclusión indeseable que, además, no se correspondería con el Cdo 13, donde se afirma que la Directiva regula los contratos de crédito relacionados de manera exclusiva o *predominante* con bienes inmuebles de uso residencial, lo cual significa que otros bienes inmuebles también pueden entrar dentro del ámbito de aplicación de la norma. Por otra parte, el art. 3.3 letra *a* confirmaría que la hipoteca sobre un bien de uso residencial no tiene porqué asegurar necesariamente la adquisición o conservación de un bien inmueble destinado a tal uso, sin perjuicio de la libertad que se deja a los Estados miembros para excluir la aplicación de la norma en estos casos. El anteproyecto de ley español de transposición de la directiva de marzo de 2017 es confuso porque mientras que en el art. 1 exige que la hipoteca recaiga sobre la vivienda y que también la adquisición lo sea de bienes inmuebles de uso residencial⁷⁸, luego ni el art. 2.1 ni el art. 2.2 reiteran esta última exigencia (en esto coinciden con el anteproyecto de julio de 2016, que no contenía una norma como el art. 1 del anteproyecto de 2017).

4.3. Una larga lista de exclusiones y de *opt-out*.

La Propuesta de Directiva del año 2011 solo contenía dos exclusiones. No debía aplicarse a los contratos de crédito que fueran a ser reembolsados en el futuro con el producto de la venta de un bien inmueble (productos de pensión hipotecaria); ni a los concedidos por un empresario a sus empleados a título accesorio y sin intereses, o con una TAE inferior a la del mercado, y que no se ofrecieran al público en general. Ambas exclusiones se mantienen en la norma finalmente aprobada, que además amplía el catálogo. La primera se justifica

⁷⁵ Cfr. art. 2.1 letras *a* y *b* Propuesta de 2011 y art. 3 *a* y *b* Directiva 2014/17.

⁷⁶ Así, JOSIPOVIĆ (2013-2014, p. 238); MUÑIZ ESPADA (2016, p. 40).

⁷⁷ Quizás con la salvedad de que la adquisición del solar tuviera por finalidad construir una vivienda de uso residencial, de acuerdo con la interpretación restrictiva que realiza ALBIEZ (2016a, p. 25). A propósito de lo que se dice en el texto, *vid.* BÜLLOW (2015, pp. 1310-1311).

⁷⁸ *Vid.* también EM II, 2 del anteproyecto de transposición de la Directiva, de marzo de 2017. Además, art. 693.2 LEC, tal y como resulta modificado por la DF 4ª del mismo anteproyecto.

por las características específicas del producto (la información precontractual debería ser distinta; el análisis de solvencia no es necesario).⁷⁹ La segunda parece que solo persigue armonizar la regulación con la Directiva 2008/48. Ahora bien, el trabajador no pierde su condición de consumidor por el hecho de obtener un crédito en mejores condiciones. El riesgo de pérdida del inmueble existe igualmente, aunque las cuantías a devolver sean menores.⁸⁰ No se ve en qué cambiaría esa situación entender que el crédito es parte del salario.⁸¹

El PE añadió nuevas exclusiones y opciones para los Estados miembros: algunas no fueron aceptadas y, en general, se prescindió de la necesidad de que la exclusión de que en cada caso se tratara dependiera de que el consumidor aceptara quedar exento de la Directiva. Al final, no entran dentro del ámbito de aplicación de la norma los créditos libres de intereses y sin gastos (salvo los costes de la garantía); los créditos concedidos en forma de facilidad de descubierto y reembolsables en un mes⁸²; los créditos que son el resultado de un acuerdo alcanzado en los tribunales o ante cualquier otra autoridad pública. La exclusión de los contratos de crédito relativos al pago aplazado, sin gastos, de una deuda existente, no incluidos en el art. 3.1 letra *a*, el PE la hacía depender de la voluntad de los Estados miembros y, además, ese era uno de esos supuestos que condicionaba a que el consumidor aceptara quedar exento de las disposiciones de la Directiva. Otras opciones, como la relativa al *buy to let* (crédito para adquirir un bien que no iba a ser ocupado como vivienda por el prestatario o un familiar) se sustentaban en argumentos poco convincentes, como que en ese tipo de préstamos la devolución no dependía de la solvencia del consumidor, sino de la renta obtenida en concepto de alquiler, o que se trataba de un préstamo comercial para una inversión.⁸³ Quizás podría justificarse no proteger a quien adquiere la vivienda para destinarla a alquiler cuando este que alquila se gana la vida profesionalmente con esa actividad comercial (y aun eso sería discutible); pero no deja de ser consumidor quien no se dedica a ello habitualmente o cuando esa actividad es apenas relevante en el contexto de la finalidad para la cual se solicita el préstamo (art. 4.1 letra *a* y Cdo 12 Directiva 2017/14; art. 3.1 letra *a* Directiva 2008/48)⁸⁴ y, por eso, no se acaba de entender por qué un Estado miembro debería poder excluir la aplicación de la Directiva a ese tipo de contratos. Con todo, esa exclusión exige que exista previamente un marco de

⁷⁹ Cdo 16. Para la crítica, ANDERSON (2016, p. 53).

⁸⁰ ANDERSON (2016, p. 53).

⁸¹ Cfr. Díez GARCÍA (2016, p. 251 y pp. 302-303, nota 98).

⁸² Eran tres meses y solo se debían pagar unos gastos mínimos, según la enmienda 47 de la Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios del PE, a un nuevo art. 2.2 letra *b quater* de la Propuesta de Directiva de 2011.

⁸³ Enmienda 33 de la Comisión de Mercado Interior y Protección del consumidor al art. 2.2 letra *b quater* (nueva) de la Propuesta de Directiva de 2011.

⁸⁴ A propósito del consumidor que adquiere para revender o alquilar, *vid.* SAP Pontevedra (Sección 1ª), de 14.10.2014 (JUR 2015\8061), traída a colación por la SAP Pontevedra (Sección 1ª) de 6.04.2016 [AAP PO 1/2016- ECLI: ES:APPO:2016:1A]. Se pronuncia por primera vez sobre el ánimo de lucro que puede concurrir en quien es consumidor, la STS 16.01.2017 (STS 17/2017-ECLI: ES:TS:2017:17).

protección adecuado. En fin, puesto que parece que se trata de hacer realidad, a la vez, tanto la sostenibilidad en la concesión de préstamos como la inclusión financiera (Cdo 6, 17), a instancias del PE la Directiva también permite a los Estados miembros no aplicar la norma a créditos otorgados a un público determinado, en condiciones especiales, por bancos sociales, cooperativas o autoridades locales (art. 3.3 letra c). Eso implica poder prescindir del análisis de la solvencia individual de determinados prestatarios (pero no de proporcionarles una adecuada información y publicidad, art. 3.5) lo cual puede ser valorado como un riesgo porque no permite protegerles frente al sobreendeudamiento. Si, por el contrario, la norma se aplica a estas personas –en particular, el análisis del mérito crediticio- el coste en términos de exclusión social es importante, porque podría impedir a algunas de ellas el acceso al crédito. Esto último era dado por bueno en el Informe de Impacto que acompañaba a la Propuesta de 2011, porque no solo protegía a la sociedad en su conjunto de los efectos perversos de la concesión irresponsable de crédito, sino también porque la medida podía incentivar la demanda de formas alternativas de acceso a la vivienda. En todo caso, se admitía que el alcance de la norma dependía enteramente de cómo los acreedores decidieran evaluar la solvencia.⁸⁵ La exclusión de los créditos puente se basaba en la necesidad de no contemplar la financiación hipotecaria a corto plazo que servía para “puentear” una serie de transacciones inmobiliarias. Se entendía que puesto que el préstamo-puente se devolvía con el producto de la venta de la propiedad actual, a este tipo de hipoteca no convenían las normas de la Directiva.⁸⁶ La posibilidad de exclusión de aquellos créditos cuyos prestamistas reúnen determinadas condiciones solo tenía por finalidad adaptar la norma a las disposiciones de la Directiva 2008/48.⁸⁷

4.4. La noción de crédito responsable.

La noción de crédito responsable es un *mixtum* de normas de derecho público y privado que tratan de garantizar que se ofrezcan a los consumidores préstamos asequibles.⁸⁸ El programa comprende normas que disciplinan la conducta de los prestamistas, a base de exigirles un nivel adecuado de conocimientos y de competencia, imponer transparencia en la remuneración y regular los requisitos para la actuación y el establecimiento de los intermediarios de crédito; además, trata de incrementar la protección del consumidor con la imposición de nuevas advertencias en la publicidad, información más completa y explicaciones adecuadas que le permitan elegir con mejor conocimiento de causa. También incluye el análisis de la solvencia y el deber de mejorar la educación financiera de los

⁸⁵ Vid. Commission Staff Working Paper. Impact Assessment, vol I, *op. cit.*, pp. 54-55.

⁸⁶ Vid. enmienda 35 de la Comisión de Mercado Interior y Protección del consumidor al art. 2.2 letra *b sexies* (nueva) de la Propuesta de Directiva de 2011.

⁸⁷ Vid. enmienda 38 de la Comisión de Mercado Interior y Protección del consumidor al art. 2.2 letra *b nonies* (nueva) de la Propuesta de Directiva de 2011; enmienda 12 de la Comisión de Asuntos jurídicos al art. 2.2 letra *b bis* (nueva) de la Propuesta de Directiva de 2011.

⁸⁸ Vid. The World Bank (Washington DC), *Responsible Lending. Overview of Regulatory Tools*, October 2013. (<http://documentos.bancomundial.org/curated/es/596151468336064796/Responsible-lending-overview-of-regulatory-tools>)

consumidores, que es una medida no legal que pretende mejorar su aptitud para la gestión de sus finanzas, pero que, desde luego, no puede asegurar que aquellos dejen de mentir sobre su situación financiera con tal de obtener crédito.⁸⁹ De ahí que la Directiva también se preocupe del endeudamiento responsable y, en particular, que obligue al prestatario a proporcionar al prestamista información fiable sobre su situación financiera (arts. 18.4, 20.3 y 4). El crédito responsable es una noción elástica que también permitiría entender incluidas algunas prácticas (*vgr.* permitir un reembolso anticipado sin penalización; establecer un periodo de reflexión tras la recepción de la oferta contractual) y excluir otras (*vgr.* ventas vinculadas). En particular, la experiencia española aconsejó que fueran introducidas en el Parlamento algunas recomendaciones sobre la razonable tolerancia que debía mostrar el acreedor para reducir el número de desahucios⁹⁰, aunque eso no evitaría más tarde una llamada de atención por parte del PE sobre las escandalosas consecuencias del sobreendeudamiento en España.⁹¹

Las ideas motrices en la Directiva son dos. La primera es que es preciso crear un mercado uniforme del crédito hipotecario y para ello se debe controlar la conducta de los prestamistas y regular y supervisar a los intermediarios y las entidades no crediticias. La segunda es que los consumidores deben gozar de un alto nivel de protección. Las medidas previstas en la Directiva, a las que se acaba de aludir, deben completarse con otras normas a nivel nacional y, en particular, en el ámbito del Derecho privado.⁹² Aquí se aludirá a las consecuencias que en el ámbito civil puede tener la infracción de advertir de los riesgos o no evaluar correctamente la solvencia, que es tarea que la Directiva relega a los Estados miembros.

4.4.1. Transparencia en la publicidad y en la información.

Uno de los instrumentos de protección al consumidor es la información. Al prestamista se le exige que esta tenga un contenido preciso cuando dé a conocer sus productos en la publicidad (art. 11), cuando ofrezca información precontractual general sobre los mismos (art. 13) y también cuando esa información se personalice de acuerdo con las necesidades, situación financiera y preferencias manifestadas por el consumidor (art. 14). La publicidad debe contener datos básicos porque es frecuente que el consumidor decida contratar a partir del impacto que recibe de los anuncios. Es básico saber, por ejemplo, la duración del crédito, el número de plazos y el precio (como mínimo, la TAE). Por el contrario, puede discutirse si lo es el anuncio de la garantía. El PE quería obviar la necesidad de incluir en la publicidad que el producto estaba garantizado con una hipoteca, con el argumento de que

⁸⁹ *Vid.* Public Consultation on Responsible Lending..., p. 10.

⁹⁰ *Vid.* RAMSAY (2015, pp. 217, 221-222). Para esas y otras reformas (atribuidas al Ponente Antolín Sánchez Presedo), *vid.* EM del Informe de la Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios, p. 136.

⁹¹ *Vid.* "Mortgage legislation and risky financial instruments in the EU: the case of Spain". Resolución del PE de 8.10. 2015 (P8_TA-PROV(2015)0347).

⁹² MAK (2015, p. 413).

las hipotecas no suelen venderse sobre la base de la publicidad.⁹³ Con todo, la finalidad de esa mención es evitar dar a entender que la garantía no es necesaria y, por el contrario, luego acabar imponiéndola. Es algo que no permite el art. 10, que prohíbe la publicidad engañosa y, en especial, sobre la disponibilidad y el coste del crédito (*vgr.* “compre hoy y pague mañana”; “crédito libre de intereses”).⁹⁴ Aun así, lo cierto es que luego la información precontractual también obliga a incluir ese extremo (art. 13.1 letra c). Hubiera sido deseable mantener la advertencia sobre el riesgo de perder el inmueble, pero esta vez el PE sí que consiguió eliminarla, con el argumento de que era demasiada información para una simple publicidad⁹⁵ y que tampoco se correspondía con la imagen de un consumidor responsable, como si se quisiera dar a entender que la culpa de perder el inmueble es de quien incumple y no de quien no advierte del riesgo.⁹⁶ De nuevo, de ello se vuelve a informar en un estadio ulterior (art. 13.1 letra n)

La ficha de información normalizada (FEIN) y la que establece el cálculo de la TAE son objeto de armonización máxima (art. 2.1 y 2).⁹⁷ Se trata de asegurar que el consumidor puede tomar una decisión con pleno conocimiento de causa y comparar ofertas, pero, en general, el problema es que un consumidor medio no siempre entenderá determinadas informaciones que, debido a la propia naturaleza del producto, tienen carácter muy técnico. Para mostrar el problema, bastaría referirse a la TAE y su cálculo, que en ocasiones incluye una TAE real y otra ilustrativa (art. 17), además de comportar el riesgo de que el consumidor la confunda con el tipo de interés aplicable al contrato.⁹⁸ La propia información sobre préstamos en moneda extranjera (art. 4.28) –definitivamente considerados como tales y no como instrumentos financieros de inversión⁹⁹– exige tener conocimientos técnicos precisos para entender las fórmulas utilizadas para calcular los tipos de cambio. Además, de nuevo puede resultar engañosa la información basada en la hipótesis de que la moneda nacional pierda un 20% de su valor en relación con la moneda del préstamo porque esa es, simplemente, una suposición, ya que la Directiva no obliga a establecer un importe máximo. Tampoco ningún precepto se refiere a la necesaria

⁹³ Enmienda 55 al art. 8.2, letra b. De acuerdo, ZAPF (2016, p. 666).

⁹⁴ *Vid.* las prácticas referidas en el Summary of Responses to the Public Consultation on Responsible Lending and Borrowing in the EU (Brussels, 30.11.2009). Disponible en: http://ec.europa.eu/internal_market/finservices-retail/docs/credit/resp_lending/feedback_summary_en.pdf (fecha de la última consulta: 23.4.2017).

⁹⁵ De acuerdo, ZAPF (2016, pp. 666-667).

⁹⁶ *Vid.* enmienda 60 de la Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios al art. 8.2, letra i. *Idem*, enmienda 67 de la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor. Por el contrario, *vid.* art. 262-3.2 letra e CCConsum; art. 7.2 letra g L 3/2016 (Andalucía).

⁹⁷ Sin embargo, es posible que los Estados mantengan disposiciones más rigurosas para cumplimentar la FEIN (Cdo 7 Directiva 2014/17; *vid.* Parte B, Anexo II). Y, además, no toda la información debe contenerse necesariamente en la FEIN (art. 14.8).

⁹⁸ Sobre el particular, RIEFA (2014, pp. 47-48); PERTÍÑEZ VILCHEZ (2015, p. 5).

⁹⁹ Frente a la decisión contenida en la STS 30.06.2015 (RJ 2015), *vid.* STJUE C-312/14, de 3.12.2015, *Lantos* (§§ 55-57, 80). Favorable, CAZORLA GONZÁLEZ SERRANO (2015). Para otra opinión, desde la abogacía, secundada por parte de la jurisprudencia menor, *vid.* BORRALLO FERNÁNDEZ (2016).

información por las comisiones que el prestamista va a percibir si el consumidor decide convertir el préstamo a una moneda alternativa (*cf.* Cdo 4, 30, art. 13.1 letra *f*, art. 23.1.6). Es posible que esas deficiencias se vean compensadas, por lo menos en parte, con el deber de proporcionar explicaciones adecuadas (art. 16), pero hubiera sido preferible una mayor concreción en la ley.

4.4.2. Oferta vinculante / Derecho a desistir.

Cuando el prestamista realice una oferta, esta debe ir acompañada de la FEIN (art. 14.3 y 4). Los Estados miembros pueden establecer un periodo de reflexión que no puede ser inferior a 7 días ni exceder de 10 días, o, alternativamente, deben permitir al consumidor desvincularse mediante el ejercicio de un derecho de desistimiento una vez concluido el contrato. O, si lo prefieren, una combinación de ambas cosas (art. 14.6). Se trata de evitar sucumbir a la tentación de un negocio que comporta riesgos y que puede poner al consumidor en dificultades.¹⁰⁰

Puesto que el plazo de reflexión es obligatorio para el prestamista, pero, en cambio, el consumidor puede renunciar al mismo (salvo que lo prohíban los derechos nacionales), en realidad no existe tal plazo de reflexión sino un plazo de vigencia de la oferta (art. 14.6). Es interesante que, en el equilibrio de intereses entre el prestamista y el consumidor, el legislador tome partido por este último al admitir expresamente que pueda existir desistimiento incluso cuando el precio del crédito fluctúe en el mercado (art. 14.6 final), excepcionando de este modo lo dispuesto en el art. 6.2 Directiva 2002/65, que trata de evitar comportamientos oportunistas y especulativos. Aun así, el beneficio es más aparente que real, porque nadie ejercerá el desistimiento si el préstamo se ha invertido ya en la adquisición del inmueble y/o ya se ha inscrito la hipoteca, cuya cancelación comportaría nuevos gastos al consumidor. Corresponde además a los Estados miembros declarar si el derecho se ha extinguido en tales hipótesis (Cdo 23).¹⁰¹ Lo lógico sería condicionar suspensivamente tanto el negocio de venta como la inscripción de la hipoteca al no ejercicio del desistimiento en el plazo legal. Con todo, la experiencia parece demostrar que el consumidor solo se acuerda de su derecho a desistir cuando empieza a tener algún problema con la devolución de las cuotas, esto es, mucho tiempo después de que el derecho ya haya caducado.¹⁰² De hecho, tampoco parece que el *cooling-off period* haya dado mejores resultados a la hora de prevenir el sobreendeudamiento.¹⁰³

¹⁰⁰En relación con el derecho a desistir, HEIDERHOFF (2016, p. 113).

¹⁰¹Pros y contras de la medida, PARRA LUCÁN (2015, p. 213).

¹⁰²Relata la experiencia en Alemania, ROTT (2013, p. 66) y allí las reflexiones que preceden en el texto.

¹⁰³En relación con la experiencia francesa, RAMSAY (2005, p. 55).

4.4.3. Normas de conducta del prestamista.

Para que el consumidor pueda tomar una decisión adecuada es preciso que se le oriente y se le ayude a entender la información que se le proporciona y, en su caso, que resulte asesorado sobre el producto que más le conviene. Ello exige una conducta leal y honrada del prestamista (art. 7) y una formación adecuada (art. 9), lo cual es especialmente importante si se tiene en cuenta que, además, aquél debe evaluar la solvencia del consumidor antes de decidir si concede o no el crédito solicitado.

a) Explicaciones adecuadas y servicio de asesoramiento.

El deber de aclaración y asistencia (art. 16) que consiste en proporcionar explicaciones adecuadas sobre el producto, los servicios asociados, y los riesgos en caso de impago (*vgr.* cláusulas de vencimiento anticipado, intereses moratorios, privación de la vivienda, aumento de tipos de interés, nacionales y, en su caso, extranjeros, devaluación de la moneda) también forma parte del deber de información precontractual.¹⁰⁴ Con esa previsión, se reconoce implícitamente que la información estándar puede ser insuficiente para tomar una decisión¹⁰⁵, pero nada asegura tampoco que tales explicaciones permitan realmente al consumidor comprender todos los extremos (riesgos, costes, obligaciones), ni que la falta de entendimiento frene su decisión de contratar el préstamo sobre el que ya ha obtenido información personalizada, no solo por la tendencia casi natural a ignorar lo que es complejo, sino también como consecuencia de un exagerado optimismo sobre los ingresos futuros y el desprecio a eventuales contratiempos que puedan surgir a lo largo de la larga vida del préstamo (*vgr.* divorcio, enfermedad, pérdida del puesto de trabajo).¹⁰⁶ Sin embargo, se diría que estas últimas advertencias no forman parte del deber de proporcionar explicaciones adecuadas y que esa labor sería reconducible al “asesoramiento”.¹⁰⁷ Un asesoramiento que, por cierto, no está expresamente encomendado a terceros independientes, como podrían ser las asociaciones de consumidores u otros servicios técnicos, ni es tampoco obligatorio, y que, si se contrata, lo normal es que sea un servicio remunerado (art. 22).

Parece, pues, que si el consumidor es solvente, él es el último responsable de su decisión aunque tenga problemas de autocontrol o, en palabras de la doctrina, sufra de una cierta

¹⁰⁴El anteproyecto de ley español de transposición de la Directiva, de marzo de 2017, establece nuevas disposiciones sobre las cláusulas de vencimiento hipotecado e intereses moratorios aplicables a determinados préstamos sobre vivienda o hipotecarios (arts. 15-16). Esa es una novedad respecto del anteproyecto de julio de 2016.

¹⁰⁵ Algo generalmente destacado en la doctrina. Así, ROTT (2013, p. 65), KALAMEES-LILLEHOLT-SEIN (2014, p. 33); ATAMER (2011, pp. 188-189); JOSIPOVIĆ (2013-2014, p. 243).

¹⁰⁶ATAMER (2011, pp. 184-185); DOMURATH (2015, p. 160). Con detalle, RAMSAY (2005, pp. 52 ss). Sobre la racionalidad imperfecta de los prestatarios, en el contexto de las hipotecas *subprime*, BAR-GILL (2009, esp. 1119 ss.).

¹⁰⁷Ex art. 22.3 letra a Directiva 2014/17: “[...] tendrá en cuenta hipótesis razonables sobre los riesgos existentes para la situación del consumidor a lo largo de la vigencia del contrato de crédito propuesto”.

“miopía financiera”.¹⁰⁸ Son los Estados miembros los que establecen el modo de proporcionar esa asistencia (art. 16.2). Lo ideal sería que se adaptara específicamente para cada consumidor en concreto, que se proporcionara oralmente y se confirmara luego por escrito y, sobre todo, que no se fiara a la existencia de una página web con respuestas a las preguntas más frecuentes, ni se ofreciera en los días inmediatamente anteriores a la conclusión del contrato. Tampoco hay que confundir el asesoramiento a que se refiere la Directiva con lecciones sobre cómo utilizar las finanzas domésticas, que es algo a lo que la Directiva no alude¹⁰⁹ y en lo que las asociaciones de consumidores tienen un gran papel. Eso, más bien, formaría parte de la educación financiera (art. 6 Directiva 2014/17).

b) Análisis de la solvencia.

En la época previa a la crisis era habitual la falta de rigor en el análisis de la capacidad de devolución del préstamo por parte del deudor, porque sus gastos se calculaban muy por debajo de lo necesario o porque se confiaba en exceso en que el inmueble que lo garantizaba se revalorizaría. La Directiva 2014/17 trata de impedir que tales situaciones se repitan y para ello obliga al prestamista a analizar la solvencia del consumidor, o, mejor dicho, el mérito crediticio, esto es, las perspectivas de cumplimiento de la deuda que se deriva del contrato de crédito (art. 4.17).

Ello requiere la colaboración del consumidor, que deberá aportar los datos que la entidad le solicite. Ahora bien, salvo referirse expresamente al valor de tasación del inmueble (con el fin de no tenerlo en cuenta con carácter principal, salvo excepciones), el art. 18 apenas precisa cuáles son estos datos. Naturalmente, tendrán que ir referidos a los ingresos y gastos previsibles -lo cual arrojará un resultado fiable solo si el consumidor muestra que en el pasado ha mantenido una situación regular o estable- pero otros factores financieros o económicos, como podría ser la jubilación, podrán ser tenidos en cuenta (art. 20, Cdos 55-58). El acreedor podrá contrastar los datos que le aporte el consumidor y obtener información adicional de la consulta de los ficheros de solvencia patrimonial (algunos informan de la morosidad; otros, del nivel de endeudamiento), pero eso no es obligatorio y, además, puede costarle dinero.¹¹⁰

La Directiva exhorta a los Estados miembros a que estos velen porque el prestamista solo otorgue crédito si el resultado de la evaluación indica que la devolución es probable (art. 18.5), de donde cabe deducir una prohibición de contratar si resulta que, efectivamente, el

¹⁰⁸Esa es claramente la conclusión en la mucho más liberal Directiva 2008/48, sobre crédito al consumo. Así, a propósito de la Propuesta modificada de 2005: “[...] the consumer is always responsible for his final decision to conclude a credit agreement. Therefore, the reference to advice is specified as a duty to put the consumer in a position to assess the advantages and drawbacks of the loan” (Bruselas, 7.10.2005) (COM (2005) 483 final), p. 6.

¹⁰⁹ Crítica, DOMURATH (2015, p. 168).

¹¹⁰Sobre el particular, *vid.* RONA-TAS (2015); PRATS ALBENTOSA – CUENA CASAS (2014). En el contexto de la Directiva 2008/48, STJUE C- 449/13, de 18.12.2014, *Consumer Finance*, §§ 37-39.

consumidor no es solvente.¹¹¹ Eso no lo decía antes la Directiva 2008/48 (no, por lo menos, en el articulado) y de ahí que el PE tuviera que recomendar que no se diera crédito en tal situación¹¹², frente a lo que pudiera haberse previsto o interpretado en algunas legislaciones nacionales, más proclives a la libertad contractual, como sin duda era (y es todavía) la española¹¹³ -no, sin embargo, la catalana¹¹⁴- y pudiera haberlo sido también la alemana, por lo menos según alguna interpretación doctrinal.¹¹⁵ Si en ese concreto ámbito ese principio sigue vigente, la transposición de la Directiva obligará a interpretarlo en otro sentido: aunque la evaluación de la solvencia arroje un resultado positivo, eso no deberá comportar para el prestamista la obligación de conceder un crédito (Cdo 57). Recientemente, el § 505a.1,II BGB solo permite otorgar crédito si “la devolución es probable” (crédito inmobiliario) o si “no existen dudas sustanciales” (crédito al consumo).¹¹⁶

Llama la atención que la Directiva solo prevea los recursos a disposición del prestamista cuando el consumidor le engaña sobre su solvencia con el fin de obtener crédito, o dicho de otro modo, cuando quien no es prudente y no cumple con sus obligaciones

¹¹¹Así, ZUNZUNEGUI (2014, p. 146); Díez ALABART (2015, pp. 255-257); COMPARATO (2015, p. 19); KALAMEES-LILLEHOLT-SEIN (2014, p. 35); DOMURATH (2015, p. 168); ANDERSON (2016, p. 56); ROTT (2014, p. 236). Contra, SCHÄFER (2014, p. 210); CUENA CASAS (2014, p. 77). Con vacilaciones, NASARRE-SIMÓN (2015, pp. 13, 16, 19). Desde luego, el redactado del art. 14.1 letra *a* de la Propuesta de Directiva de 2011 era más contundente y dejaba menos margen a posibles dudas.

¹¹²Opinión de la Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios (Ponente: Theodor Dumitru Stolojan) para la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor (Ponente: Birgit Collin-Langen), en el Informe del PE sobre la aplicación de la Directiva 2008/48 (2012/2037(INI) (Bruselas, 19.10.2012), p. 11: “Pide a las entidades financieras que no concedan créditos al consumo garantizados con la vivienda del consumidor cuando el sueldo o salario del mismo no sea suficiente, y que solamente concedan créditos al consumo cuando se haya demostrado la solvencia del consumidor y, si procede, se haya obtenido una garantía adecuada, con el fin de asegurar un nivel de riesgo apropiado tanto para el consumidor como para el proveedor”. Luego, de forma parecida a lo establecido en el Cdo 26, la STJUE C-449/13, de 18.12.2014, *Consumer Finance*, § 35 añadiría que: “[...] esa obligación (*analizar la solvencia*) pretende responsabilizar a los prestamistas y evitar la concesión de préstamos a consumidores insolventes” (cursiva mía). *Vid.* también § 43.

¹¹³Art. 18.6 Orden EHA 2899/2011 de 28 de octubre, *de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios* (BOE n. 261, 29.10.2011), a la que remite la Norma Duodécima, 3 final, de la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, *sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos* (BOE n. 161, 6.07.2012). Con todo, el principio ya no tiene soporte legal porque el art. 29.2 final L. 2/2011, de 4 de marzo, de *Economía Sostenible* (BOE n. 55, 5.03.2011), en que se sustentaba, fue derogado por la DD letra *f* de la L. 10/2014, de 26 de junio *de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito* (BOE n. 156, 27.06.2014). *Vid.* ZUNZUNEGUI (2014, p. 147). De acuerdo con ese planteamiento y crítica con la Directiva, MUÑIZ ESPADA (2016, p. 125). En otro contexto distinto, referido a los tipos de interés que pueden ser aplicados, el principio de libertad contractual viene hoy afirmado en el art. 5.4 del anteproyecto de ley español de transposición de la Directiva de marzo de 2017 y en el art. 5.2 final L. 10/2014, que pasará a ser el art. 5.3, si se aprueba la modificación prevista por ese mismo anteproyecto (*vid.* DF 9^a). En el anteproyecto de ley español de julio de 2016, art. 5.4.

¹¹⁴ Pero el art. 263-2.4 CConsum tiene la aplicación suspendida por la Provisión del Tribunal Constitucional de 6.10.2015 (recurso de inconstitucionalidad 5459-2015). En Andalucía, el art.13.3 L. 3/2016, solo impide al prestamista otorgar crédito cuando el solicitante del mismo o el fiador se nieguen a facilitar la información necesaria.

¹¹⁵HOFMANN (2010, pp. 1785-1786).

¹¹⁶ *Vid.* la reproducción del precepto, *supra* nota 52.

precontractuales es el consumidor (arts. 18.4, 20.3, III y 4). La norma nada dice sobre qué ocurre si el prestamista da crédito sin evaluar previamente la solvencia, o lo da cuando la solvencia es negativa, o cuando es positiva, pero porque no la ha valorado adecuadamente y no por culpa del consumidor (las tres hipótesis estarían incluidas en el art. 18.4). Lo único que prevé la norma es que entonces el prestamista no debe poder modificar o anular (rescindir, según el Cdo 58) el contrato. Es decir que, a pesar del error, dolo o negligencia del prestamista, el consumidor no se ve impedido de continuar gozando del capital. Pero ¿y si ya no tiene capacidad de devolución? Es evidente que esa actuación inadecuada debería tener consecuencias de Derecho privado, aunque la Directiva más bien sugiere que eso solo suceda cuando quien no actúe de forma responsable sea el prestatario (Cdo 83) y conjura así el riesgo de que la norma no se entienda transpuesta correctamente si solo se incorpora la prohibición en normas prudenciales.

Con todo, sería deseable que el legislador no se conformara con prever sanciones administrativas al prestamista¹¹⁷ y que además especificara qué remedio civil en concreto es idóneo.¹¹⁸ Entender aplicables las normas generales del Derecho civil o del Derecho de consumo no proporciona indicaciones concluyentes a los operadores jurídicos y, además, esa técnica hace pechar al consumidor con el riesgo de no escoger correctamente el remedio más adecuado (no lo sería, por ejemplo, la nulidad, ni la anulabilidad, ni la resolución, porque a la ventaja de poder reclamar lo ya pagado se uniría la desventaja de tener que devolver el capital pendiente de reembolso).¹¹⁹ La propuesta de Directiva sobre crédito al consumo del año 2002 (art. 31.2) permitía imponer al prestamista la pérdida de los intereses remuneratorios y, para otro tipo de infracciones relacionadas con el contenido del contrato de crédito al consumo (*vgr.* que no conste en el mismo el importe, el número o la periodicidad de los pagos) el Derecho español ya conoce esa sanción (art. 21.3 LCCC) e igualmente admite la modificación judicial (o arbitral) del contenido contractual si algunos de esos contenidos son inexactos (art. 21.4 LCCC).¹²⁰ La primera solución, que tiene un marcado carácter sancionador, podía correr el riesgo de ser considerada desproporcionada si pudiera entenderse que, para proteger al consumidor, no es preciso desatender en todo

¹¹⁷ En el Derecho español, no evaluar o no adecuadamente la solvencia del consumidor, por parte de una entidad de crédito, podría llegar a considerarse una infracción grave o muy grave, aunque no, desde luego, si fuera un acto aislado (art. 92 letra *x* y art. 93 letra *f* en relación con el art. 5 L. 10/2014, de 26 de junio, *de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito*) (BOE n. 156, 27.06.2014). Las sanciones están previstas en los art. 96 y ss. En Cataluña la concesión de crédito cuando el resultado del análisis de la solvencia es negativo da lugar a una infracción grave (arts. 331-4 letra *s* y art. 332-3 letra *c*). Otro tema, en el que aquí no se puede entrar, sería la discriminación entre prestamistas a la hora de entender aplicables unas u otras sanciones administrativas. Así, el art. 34 L. 16/2011 distingue entre infracciones en materia de consumo (aplicables a entidades no crediticias) e infracciones de las normas de ordenación y supervisión bancaria (aplicables a las entidades de crédito). Por su parte, el art. 39.4 del anteproyecto de ley español de transposición de la Directiva, de marzo de 2017, rebaja considerablemente las sanciones cuando el infractor es un prestamista inmobiliario distinto a una entidad de crédito (antes, art. 36.4 anteproyecto de julio de 2016).

¹¹⁸ Distintas posibilidades, ANDERSON (2016, pp. 57-58).

¹¹⁹ A propósito de la nulidad, ANDERSON (2016, p. 57).

¹²⁰ Para el comentario de la norma, ARROYO AMAYUELAS (2014).

caso el interés del prestamista a la remuneración.¹²¹ A decir verdad, el TJUE más bien ha entendido que esa sanción era poco disuasoria si además no iba acompañada de la pérdida de los intereses por demora (y procesales).¹²² La segunda solución apuntada implica dar al juez la posibilidad de modular el contenido contractual en función del perjuicio experimentado por el consumidor y, seguramente, sus efectos equivaldrían a imponer responsabilidad civil al prestamista por la infracción de deberes de conducta en la fase previa a la conclusión del contrato. La exigencia de responsabilidad civil a quien deja dinero sin cumplir con las previsiones del crédito responsable está generalmente admitida por los tribunales, aunque no siempre cuenta con el beneplácito de la doctrina.¹²³ Es defendible entender que el daño sería el contrato mismo, de manera que el juez debería tener en cuenta la diferencia que idealmente podría existir entre el efectivamente concluido y el que realmente el consumidor podía haberse permitido (*vgr.* le concede un crédito de 150.000 € a pagar en 15 años con unos intereses del 4%, cuando en realidad el consumidor sólo podía permitirse un crédito de 500.000 € en estas mismas condiciones). Y si ni siquiera esto fuera posible (supuesto que el consumidor realmente no tuviera ninguna capacidad de devolución), probablemente habría que pensar en la posibilidad de que quedara liberado de la deuda, de manera que se le tendría que devolver lo ya pagado y el resto del préstamo sería inexigible.¹²⁴ Exigir responsabilidad civil no es imponer sanción (punitiva) alguna, sino hacer efectivo un remedio al alcance del contratante perjudicado. Por tanto, no puede considerarse una solución desproporcionada y, por el contrario, sí disuade suficientemente al prestamista, porque le hace cargar con las consecuencias de haber dado crédito cuando no debía o no con según qué condiciones. Nótese bien que se trata de evitar el crédito predatorio y no de favorecer una litigación estratégica y oportunista del deudor. El prestamista no tiene una obligación de resultado, de manera que su responsabilidad solo se mide en función de la diligencia con la que evalúa el mérito crediticio del consumidor. Eso es algo que corresponderá analizar a los tribunales y, naturalmente, antes es primordial determinar legalmente cómo se debe llevar a cabo ese deber. De momento, los distintos anteproyectos de ley de transposición de la Directiva han ido eludiendo ulterior concreción.¹²⁵

¹²¹ Así lo entendía BRENNER (2000, p. 180). Por el contrario, poniendo el acento en la efectividad, *vid.* DÍEZ ALABART (2015, p. 237).

¹²² STJUE C-565/12, de 27.03.2014, *Crédit Lyonnais* (§ 55). Para un juicio favorable, *vid.* GARCÍA RUBIO (2014).

¹²³ A propósito del crédito al consumo, *vid.* para Alemania y Austria, entre otros, ATAMER (2011, pp. 196-197); ZÖCHLING-JUD (2010, Rn. 45-46, pp. 193-194). Favorable, en Estonia, KALAMEES-LILLEHOLT-SEIN (2014, p. 32, pp. 36-37). La admite igualmente para Italia, SIRENA (2016, p. 8). Partidaria, en España, ÁLVAREZ LATA (2014, p. 615).

¹²⁴ Sobre el particular, en relación con el crédito al consumo en el Derecho austriaco, ZÖCHLING-JUD (2010, Rn. 45-46, pp. 193-194). En Alemania, para el caso de que el prestamista infrinja el deber de transparencia, HOFMANN (2010, p. 1786).

¹²⁵ *Vid.* la DF 9ª del anteproyecto de ley español de transposición de la Directiva, de marzo de 2017, a propósito de la modificación del art. 5 L. 10/2014 (art. 5.2) y DF 14ª 1 letras *e g, h*. Antes, art. 5.1 letras *e, g, h, i* del anteproyecto de julio de 2016. De momento, rigen los criterios establecidos en el art. 18 de la Orden EHA 2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios y, más vagamente, en el art. 12 de la Circular 5/2012, de 27 de julio, del Banco de España. Sobre el particular, MAYORGA TOLEDANO (2016, pp. 353-369).

c) Prácticas comerciales.

Al margen de la declaración genérica contenida en el art. 10, sobre publicidad y comercialización de productos financieros, la Directiva establece una norma precisa sobre dos prácticas comerciales habituales en el sector bancario como son las ventas combinadas (cuando los servicios pueden adquirirse separadamente, aunque a un coste mayor del crédito, art. 4.27) y las ventas vinculadas (cuando no se puede acceder al crédito si no es adquiriendo el servicio accesorio que se ofrece, art. 4.26). Las primeras las permite abiertamente y las segundas, en cambio, las prohíbe (art. 12.1).¹²⁶ Sin embargo, esa prohibición queda enormemente debilitada a la vista del gran margen de maniobra que se deja a los Estados miembros para admitir estas últimas en los casos y condiciones especificadas por la norma, que cubren una gran variedad de supuestos e incluso se refieren a la posibilidad de vender a familiares o parientes.¹²⁷ En general, parece que para evitar ser considerada práctica desleal, bastaría con informar al consumidor sobre si el servicio o producto puede o no adquirirse separadamente (art. 11.4, 13.1 letra *m*), dejarle libertad para optar por cualquier otro proveedor, y que se trate de productos relacionados con el contrato de crédito (art. 12.2 y 4). No lo sería, por ejemplo, una tarjeta de crédito. Sin embargo, nada se dice sobre la transparencia de precios; ese dato puede omitirse en la publicidad y también en la información precontractual (art. 11.4, 13.1 letra *m*). La repercusión que pueda tener sobre el préstamo la desvinculación del consumidor en un momento posterior, de ese servicio accesorio, forma parte de las explicaciones adecuadas debidas al consumidor (art. 16.1 letra *d*).

4.4.4. El incumplimiento: ejecución del inmueble y morosidad.

Con notables excepciones, el endeudamiento ha sido un fenómeno generalizado en toda Europa, aunque no en todos los lugares se han dejado sentir los mismos efectos y el de pérdida de la vivienda solo ha dominado el panorama en algunos países.¹²⁸ Particularmente ese ha sido el caso en España, donde las reformas legislativas han ido demasiadas veces al dictado de la jurisprudencia del TJUE y, en cualquier caso, no han beneficiado a un número significativo de personas.¹²⁹ Las normas sobre ejecución

¹²⁶Vid. el estudio Tying and other potentially unfair commercial practices in the retail financial service sector (http://ec.europa.eu/finance/consultations/2010/tying/index_en.htm) y la reacción de la BEUC (<http://www.beuc.eu/publications/2010-00300-01-e.pdf>) (fecha de la última consulta: 23.4.2017)

¹²⁷ Igualmente tolerante, pero algo más restrictivo que la Directiva, *vid.* el art. 262-9 CConsum (el precepto ha visto levantada la suspensión de su aplicación por el Auto del Tribunal Constitucional de 12 de abril de 2016. Recurso de inconstitucionalidad núm. 5459-2015). Con una redacción que remite a los términos de la Directiva, *vid.* art. 12 L. 3/2016 (Andalucía).

¹²⁸Vid. los distintos EU Private Law Jean Monnet Chair Working Papers elaborados con ocasión del Workshop aludido con anterioridad en nota 5. Además, MICKLITZ-DOMURATH (2015).

¹²⁹ Para el detalle de las reformas, SIMÓN MORENO-ANDERSON (2017, Part III). Además, *vid.* DÍAZ FRAILE (2016, esp. pp. 512 ss). Destacaba la insuficiencia de las adoptadas hasta 2013, el International Monetary Fund en el Informe sobre España de agosto de 2013 (IMF 13/245, p. 27) <<https://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2013/cr13245.pdf>> (fecha de la última consulta: 23.4.2017).

hipotecaria varían sustancialmente en los distintos países de la Unión europea y, seguramente por eso, el art. 28 de la Directiva, que viene precedido por un informe sobre las medidas nacionales adoptadas para evitar la expulsión de la vivienda¹³⁰, recomienda que esa sea una solución *in extremis*.¹³¹

Entre nosotros, se ha sugerido que la efectividad de la razonable tolerancia que deben mostrar los acreedores antes de iniciar un proceso de ejecución debe traducirse en la necesidad de incentivar la refinanciación –ampliación de plazo y capital- sin pérdida del rango hipotecario y que tampoco sería pertinente continuar manteniendo el impago de solo tres mensualidades antes de poder declarar vencido el préstamo.¹³² Ahora, el art. 15 del anteproyecto de ley español de transposición de la Directiva, de marzo de 2017, dicta nuevas reglas sobre vencimiento anticipado y obliga al prestamista a ofrecer una renegociación antes de reclamar el reembolso total. Aun debería plantearse si es preciso actualizar el valor de tasación del inmueble aunque, en el fondo, lo razonable sería preguntarse por la utilidad del sistema de subastas, que más bien malbarata los bienes del deudor.¹³³ Por otro lado, el art. 28.3 brinda la oportunidad de fijar legalmente el límite del interés moratorio más allá de lo establecido para algunos créditos con garantía hipotecaria sobre la vivienda (art. 114.3 LH). El art. 16 del anteproyecto de ley de transposición de la Directiva, de marzo de 2017 (que es igual a la propuesta de reforma del art. 114.3 LH, *vid.* DF 1ª del mismo anteproyecto), impone un interés moratorio en los préstamos contraídos por personas físicas garantizados con inmuebles de uso residencial (no se requiere ya que la hipoteca recaiga sobre la vivienda habitual, ni que la finalidad sea adquirir esa misma vivienda habitual) que equivale al triple del interés legal del dinero vigente a lo largo del periodo en que el préstamo resulte exigible, esto es, el interés que esté vigente en cada momento a partir de que el préstamo se declare vencido. Es de lamentar que no se trate de un límite máximo y que no se admita el pacto en contrario (¿ni siquiera en beneficio del prestatario cuando este sea un consumidor?). Parece que se trata de impedir la existencia de cláusulas abusivas y garantizar el necesario equilibrio económico y financiero entre las

A propósito de la interacción entre los jueces y el legislador, GÓMEZ- LYCZKOWSKA (2016). *Vid.* las nuevas medidas anti desahucio adoptadas en el Real Decreto-Ley 5/2017, de 17.3.2017 (BOE n. 66, 18.3.2017).

¹³⁰Commission Staff Working Paper. National measures and practices to avoid foreclosure procedures for residential mortgage loans. Accompanying document to the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on credit agreements relating to residential property (Brussels, 31.03.2011) (SEC (2011) 357 final). *Vid.* <http://ec.europa.eu/internal_market/finservicesretail/docs/credit/mortgage/sec_2011_357_en.pdf> (fecha de la última consulta: 23.4.2017).

¹³¹De acuerdo con el art. 39 Directiva 2014/17, los sucesivos anteproyectos de ley españoles de transposición de la Directiva sugieren la adopción de medidas alternativas a la resolución judicial de los conflictos, como la mediación o el arbitraje. *Vid.* DA 1ª anteproyecto de ley de julio de 2016 y de marzo de 2017, respectivamente; también, arts. 132-4, 133-1.2, 133-4.5 CConsum; art. 17.1-3 y DA Primera L. 3/2016 (Andalucía).

¹³²SERRANO DE NICOLÁS (2014, p. 94, p. 98); ANDERSON (2016, p. 63) y allí Resoluciones de la DGRN que han optado por mantener el rango hipotecario en caso de refinanciación).

¹³³ Partidarios de un sistema que permita a la entidad liquidar el crédito por su propia cuenta, ANDERSON (2016, p. 61); DÍAZ FRAILE (2016, p. 509).

partes (EM II, 10), pero no parece que se pueda prescindir del juicio de abusividad en el caso concreto¹³⁴ y, de momento, el TS declara abusivos los intereses que superen en dos puntos a los remuneratorios en préstamos hipotecarios con consumidores.¹³⁵

5. La transposición de la Directiva: del anteproyecto de julio de 2016 al anteproyecto de marzo de 2017.

La protección del adquirente de crédito está regulada en normas de distinto rango y naturaleza, que se aplican o no según distintos parámetros, por ejemplo, según que el prestatario sea o no consumidor, que el prestamista sea o no entidad de crédito, que el crédito esté o no garantizado, que esa garantía sea una hipoteca que recaiga o no sobre la vivienda habitual, o que el crédito sirva para adquirirla, o, en fin, que el contrato se realice de forma presencial o a distancia. Las órdenes y circulares bancarias tendentes a regular cuestiones como la publicidad, la información precontractual, la forma y las formalidades del contrato, coexisten con leyes que regulan el crédito al consumo, la hipoteca y su ejecución, y otras que controlan la actividad de los intermediarios y las entidades crediticias. Resulta por ello difícil, por lo menos en un primer intento, saber en qué medida es necesaria la transposición de la Directiva en el Derecho interno o qué normas deberían o podrían resultar modificadas. La DA 20ª L. 10/2014 anunciaba que, en el plazo de un año, a partir de la fecha de entrada en vigor de la ley, el Gobierno debía remitir a las Cortes un proyecto de ley para la incorporación de la Directiva 2014/17 y debía evaluar si en ese proyecto se podían incluir las posibilidades de mejora del sistema institucional de protección al cliente, así como las alternativas para potenciar la eficacia de los actuales servicios de reclamaciones, defensores del cliente, y servicios de atención del cliente. De momento, lo único que se ha aprobado, con retraso¹³⁶, han sido dos anteproyectos de ley reguladores de los contratos inmobiliarios: uno en julio de 2016 y, otro, en marzo de 2017. De acuerdo con este último texto, que modifica no pocas normas -aunque no todos los cambios vengán impuestos por la necesidad de transponer la directiva- la transposición de la directiva es parcial y numerosas cuestiones se abandonan a un ulterior desarrollo reglamentario (DF 13ª y DF 4ª). Parece que con ello se quiere garantizar el cumplimiento del deber de transposición (EM, III 10), pero lo cierto es que ese deber ya hace días que se ha incumplido.

Ambos anteproyectos se declaran compatibles con la L. 2/2009, de 31 de marzo, en la que introducen algunas modificaciones.¹³⁷ Así, aquella norma no se aplicará a las hipótesis

¹³⁴ ATJUE C- 602/13, de 11.06.2015, *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*

¹³⁵ STS (Pleno) 3.06.2016 (JUR 2300). A propósito de esa doctrina y las consecuencias de la nulidad de la cláusula, *vid.* ARROYO AMAYUELAS (2016, pp. 89 ss.) y allí bibliografía.

¹³⁶ *Vid.* las interpelaciones de los grupos parlamentarios en el *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* no. 29, 14 Febrero 2017, pp. 57-65. También, *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie D* no. 108, 22 Febrero 2017, pp. 15-22.

¹³⁷ DF 3ª del anteproyecto de ley español de transposición de la Directiva, de julio 2016; DF 8ª del anteproyecto de ley de marzo de 2017.

previstas en el art. 2.1 de cualquiera de los dos anteproyectos, que es el precepto que define el ámbito de aplicación de la ley siguiendo -más o menos- lo dispuesto en el art. 3.1 letras *a* y *b* de la Directiva 2014/17 (aunque el art. 2.1 letra *a* olvida mencionar “otro tipo de garantía distinta de la hipoteca”). Eso significa que sí el anteproyecto se convierte en ley, la L. 2/2009 se aplicará a los créditos hipotecarios con consumidores otorgados por entidades no crediticias siempre que la hipoteca no recaiga sobre un inmueble de uso residencial (concepto que el anteproyecto tampoco define); a los créditos otorgados por esas mismas entidades que estén garantizados con cualquier otro derecho sobre un inmueble y a los que no persigan la adquisición o construcción de terrenos o edificios construidos o por construir, pero teniendo en cuenta que la L. 16/2011, sobre crédito al consumo, que también se aplica a los prestamistas que sean entidades de crédito, se debería aplicar a los créditos para la renovación. A la intermediación también se le aplica la L. 2/2009, siempre que se trate de celebrar cualquier otra modalidad de contrato distinto de los expresamente previstos por la Directiva. La complicación es evidente y salta a la vista que lo lógico y deseable hubiera sido proceder a una refundición de normas. De acuerdo con ambos anteproyectos, no se incluyen en el ámbito de aplicación de la ley española las hipótesis previstas en el art. 3.2 de la Directiva (art. 2.4); el legislador español tampoco hace uso de la facultad de excluir del ámbito de aplicación los créditos definidos en el art. 3.3 de la Directiva.

En el primer anteproyecto de julio de 2016, las cuestiones que más directamente podían afectar a la relación jurídica entre prestamista y prestatario apenas merecían atención. La mayoría de preceptos remitía a ulteriores desarrollos normativos por parte del Banco de España y el Ministerio de Economía y Competitividad y ni siquiera se regulaban los aspectos que en la Directiva son de máxima armonización (el FEIN y la TAE). Sin variar esencialmente ese panorama, sin embargo el anteproyecto de marzo de 2017 introduce algunos cambios.

5.1. Transparencia.

Bajo la rúbrica “normas de transparencia en la comercialización de préstamos inmobiliarios”, el art. 5 del anteproyecto de julio de 2016 contenía un *totum revolutum* de previsiones de distinta naturaleza que, en parte, resultaban ser una vulgar copia de lo dispuesto en el art. 5 L. 10/2014. En lo que ahora interesa, las letras *a* a *d* efectuaban una remisión a ulteriores disposiciones a adoptar por el Ministerio de Economía y Competitividad en materia de información, asistencia y publicidad. Algo que la Directiva no exige, pero que el anteproyecto sí que incorporaba era la posibilidad de fijar las cláusulas que los contratos de préstamo habrían de tratar o prever de forma expresa y sus condiciones básicas, de obligado cumplimiento para los prestamistas (letras *a* y *b*).¹³⁸ En ese mismo artículo, las letras *e*, *f*, *h*, *l* volvían a remitir a las disposiciones que debía dictar el Ministerio de Economía, relativamente a la adecuada atención a los ingresos de los clientes, la valoración independiente de las garantías, la obtención de documentación relevante

¹³⁸ Para la crítica a la Directiva en torno a este punto, ANDERSON (2016, p. 50). *Vid.* ahora también, DA Primera L. 3/2016 (Andalucía).

sobre los datos del solicitante de crédito, así como las condiciones y efectos de la evaluación de la solvencia. *Mutatis mutandi*, las mismas previsiones contiene ahora la DF 14ª del anteproyecto de marzo de 2017, que también habilita al Gobierno para desarrollar otras cuestiones, como un modelo de contrato de préstamo inmobiliario que las entidades y los consumidores podrán utilizar de forma voluntaria (*vid.* también art. 13.1), y el contenido específico de publicidad y la FEIN (Ficha Europea de Información Normalizada) y la FiAE (Ficha de Advertencias Estandarizadas). En este anteproyecto, el nuevo art. 5 impone al prestamista el deber de entregar al prestatario una FEIN, que tiene el carácter de oferta vinculante durante el plazo de 7 días. Además, aunque tampoco lo exige la Directiva, se obliga a entregar con esa misma antelación una ficha en la que se informe al prestatario de los riesgos que llevan aparejadas algunas cláusulas relevantes del contrato (*vgr.* cláusulas suelo, vencimiento anticipado, distribución de gastos, préstamo en moneda extranjera) y, si se trata de un préstamo a interés variable, se entrega también un documento separado con las cuotas periódicas a satisfacer en diferentes escenarios de evolución de los tipos de interés. Habrá que proporcionar igualmente una copia del proyecto de contrato, con el desglose de los gastos asociados a su conclusión (así, aranceles, impuestos, gastos de gestoría). La otra documentación que hay que suministrar se refiere a la advertencia al prestatario de la posibilidad de recibir asesoramiento personalizado y gratuito del notario que se haya designado para elevar a público el contrato, durante el mencionado plazo de 7 días. El art. 6 establece requisitos para la comprobación de que todos aquellos se han cumplido, tras lo cual el notario deberá levantar acta (y, también, si el prestatario no ha comparecido).

Otras normas del art. 5 se refieren, por un lado, a las comisiones que se pueden cobrar y, en particular, en concepto de comisión de apertura y, por el otro, a la publicación regular y oficial de índices para los tipos de interés.

5.2. Asesoramiento.

Se regulaba en el art. 9 del anteproyecto de ley de transposición de la Directiva de julio de 2016, que ahora pasa a ser el art. 10 del anteproyecto de marzo de 2017. En las dos ocasiones se ha transpuesto incorrectamente el art. 22 Directiva 2014/17, entre otras razones, porque el precepto no contempla la posibilidad de que el prestador del servicio informe al consumidor sobre el conjunto de productos que va a tomar en consideración. En todo caso, la regulación de este servicio queda, en su mayor parte, relegada al cumplimiento de unos requisitos que deberá establecer el Ministerio de Economía (art. 10.5). Aunque el anteproyecto de ley deja el asesoramiento en manos de los prestamistas e intermediarios de crédito o sus representantes u otras personas autorizadas y debidamente supervisadas, también impone al notario ese deber (gratuito) de asesoramiento personalizado (art. 5.1 letra e, 6.2 letra c), dentro del plazo de siete días antes de elevar a público el contrato, y siempre que el prestatario lo requiera. En realidad, parece que el notario solo debe proporcionar explicaciones adecuadas sobre los efectos de las cláusulas contenidas en el contrato y proveer ejemplos que ilustren su aplicación práctica en distintos

escenarios y, en especial, en lo relativo a tipos de interés (art. 6.2). Eso no es asesorar o no, por lo menos, en el sentido que prevé la directiva.

5.3. Ventas vinculadas y combinadas.

El art. 7 del anteproyecto de julio de 2016 pasa a ser el art. 8 del anteproyecto de marzo de 2017 y es trasunto del art. 12 de la Directiva. El precepto remite a una futura disposición del Banco de España para la aplicación homogénea de las prácticas de ventas vinculadas excepcionalmente permitidas por él mismo (las del art. 12.3 Directiva, de difícil valoración) y a una futura Orden del Ministerio de Economía para saber qué productos financieros podrán ser exigidos por el prestamista como si fueran parte del crédito, sin que exista referencia alguna al art. 12.2 Directiva. Además, el art. 8.4 incorpora y desarrolla la previsión del art. 12.4 Directiva, así como las explicaciones a que se refiere el art. 16 de la Directiva (en relación con el art. 13.1 letra *m*).

5.4. Préstamos en moneda extranjera.

El prestatario que haya contratado un préstamo inmobiliario en moneda extranjera tiene derecho a convertir el préstamo en una moneda alternativa, conforme a cualquiera de las previsiones de la directiva previstas en las letras *a* y *b* del art. 23. El art. 11.3 del anteproyecto de marzo de 2017 no permite al prestamista que no tenga la condición de consumidor, como tampoco antes el art. 10.3 del de julio de 2016, contratar otro sistema de limitación del riesgo de tipo de cambio (un seguro). Es una pena que la mínima protección que otorga al consumidor la Directiva, que obliga al prestamista a advertir de variaciones en más del 20%, no haya sido elevada por el legislador español, a base de prever ese aviso cuando el incremento de la cuota lo sea en un porcentaje menor. El anteproyecto tampoco dice nada sobre la información que debería proporcionarse a propósito de las comisiones que podrá cobrar el prestamista.

5.5. Variaciones del tipo de interés.

El art. 24 Directiva 2014/17 solo regula los créditos de tipo variable, para indicar que todo tipo debe ser claro, accesible, objetivo y verificable, y que los proveedores de los mismos, o bien los prestamistas, deben conservar registros históricos de dichos índices. El art. 12 del anteproyecto de marzo de 2017 (antes, art. 11 del anteproyecto de julio de 2016) desarrolla esa previsión (art. 12.2), que debe complementarse con el art. 5.3 L 10/2014, según la reforma prevista por la DF 9ª del mismo anteproyecto. Aquel precepto incorpora las condiciones en que puede variarse el tipo de interés del préstamo durante la vigencia del contrato (art. 12.1), pero no se hace eco de lo dispuesto el art. 27 de la Directiva. Si el interés pactado es variable, los índices para calcularlo necesariamente deben ser objetivos, pero el anteproyecto no obliga a los prestamistas a aplicar los tipos de interés oficiales, porque el art. 5.4 deja a salvo “la libertad contractual”. En todo caso, deben cumplir igualmente los condicionamientos establecidos en el art. 12.2. En particular, las letras *b* (calcularse a coste de mercado y no ser susceptible de influencia por el prestamista) y *c* (que los datos que

sirvan de base al índice sean agregados de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo) no figuran en la Directiva, pero pueden considerarse un desarrollo de lo establecido en la letra *a*, que impone los requisitos de claridad, accesibilidad, objetividad y verificabilidad (exigidos en el art. 24.1 letra *a* de la Directiva).

Parece que el art. 12.1 contempla el supuesto en que los contratantes pactan la posibilidad de realizar un cambio de interés fijo a variable, o a la inversa; o a otro fijo o variable con índices de referencia distintos. Es posible pactar expresamente (“mediante acuerdo mutuo”, art. 12.1) esa modificación del tipo de interés, durante la vigencia del contrato, al alza o a la baja, pero, se añade, “sin perjuicio del art. 85.3 TR-LGDCU”. La referencia a ese precepto, que se sitúa en el contexto de las condiciones generales o cláusulas no negociadas, ya indica que no ha existido acuerdo y, por consiguiente, la cláusula debería ser nula. Sin embargo, se admite que la cláusula no negociada no sea nula por ello, ni tampoco susceptible de ser declarada abusiva, si los tipos de interés están adaptados a un índice legal y se describe el modo de variación del tipo, o en otros casos de razón válida, a condición de que el empresario esté obligado a informar de ello en el más breve plazo al consumidor y este pueda resolver inmediatamente el contrato sin penalización alguna. La referencia al “índice legal” no contradice la posibilidad de que otros índices distintos a los oficiales sean aplicables (ex art. 5.4).

5.6. Forma y contenido del contrato.

La norma sobre forma y contenido del contrato no responde a la transposición de ningún artículo de la Directiva. El actual art. 13 del anteproyecto de marzo de 2017 modifica lo dispuesto en el anterior art. 12 del anteproyecto de julio de 2016. La forma del préstamo hipotecario será la escritura pública y parte de su contenido podrá venir determinado por el Gobierno mediante Real Decreto. El precepto recuerda que los notarios y registradores deben velar por el cumplimiento de los requisitos de los arts. 5.1 y 6. Se aprovecha para reformar el art. 84 TR-LGDCU y se incluye la prohibición de autorizar o inscribir contratos o negocios jurídicos con cláusulas contrarias a normas imperativas o prohibitivas o que hubieran sido declaradas nulas por abusivas en sentencia del Tribunal Supremo con valor de jurisprudencia; y se mantiene la prohibición cuando la sentencia firme hubiera sido inscrita en el Registro de Condiciones generales de la contratación. También se insiste en el deber del juez de solicitar de oficio la inscripción.¹³⁹

5.7. Reembolso anticipado.

Según la Asociación Hipotecaria Española, en la actualidad el préstamo hipotecario se concede en España por término medio con una duración aproximada de 20 o 25 años y se

¹³⁹ Vid. también las DF 2ª y DF 4ª del anteproyecto de ley de transposición de la Directiva de marzo de 2017, que modifican el art.11.4 L. 7/1998, de 13 de abril y el art. 212.4 L. 1/2000, de enjuiciamiento civil, respectivamente.

amortiza en plazos no superiores a los 10 o 15 años.¹⁴⁰ El art. 7 L. 41/2007 admite que esa amortización anticipada es un derecho del prestatario cuando este es persona física y la hipoteca recae sobre la vivienda y cuando aquél es cierto tipo de persona jurídica. La cuestión del reembolso anticipado viene regulada ahora en el art. 25 Directiva 2014/17, que también lo configura como un derecho *ex lege* del consumidor.¹⁴¹ En consecuencia, el otorgamiento de ese derecho no puede depender de que el mismo sea reconocido contractualmente, como parece dar a entender el Cdo 66¹⁴², o, en otra variante, de que el acreedor lo consienta. Ni siquiera sería posible excluirlo contractualmente. Aun así, la Directiva prevé que, cuando el reembolso se produzca en un periodo en que el tipo deudor sea fijo (art. 25.5), el reembolso anticipado solo sea posible si existe un interés legítimo del consumidor. Ni el anteproyecto español de julio de 2016, ni el de marzo de 2017 transponen esa exigencia. El art. 25.2 Directiva 2014/17 permite a los Estados miembros establecer restricciones y, entre ellas, las circunstancias en que pueda ejercerse dicho derecho, que es algo que el art. 14.1 del anteproyecto de marzo de 2017 (antes, art. 13.1 anteproyecto de julio 2016) interpreta en el sentido de que no es posible el reembolso si no existe una notificación previa con una antelación mínima de un mes. La Directiva también permite imponer límites temporales al ejercicio del derecho, lo cual probablemente se refiere a la imposibilidad de amortizar anticipadamente antes o después del transcurso de un determinado plazo de duración del crédito -disposición que no resulta incorporada en ninguno de los dos anteproyectos. Si se ejerce el derecho, el consumidor tiene derecho a la devolución de la prima del seguro no consumida (art. 14.3). El prestamista no puede exigir una indemnización por reembolso anticipado total o parcial si no consta en el contrato (art. 14.4). De acuerdo con la Directiva -que no impone dicha indemnización, pero la admite - esta debe ser justa y objetiva, no debe exceder de los costes del reembolso anticipado y no puede suponer una penalización (art. 25.3). Por consiguiente, no debe ir más allá de la pérdida financiera sufrida por el prestamista y no se pueden imponer comisiones. Si el interés es variable, el límite de esa pérdida la fija el art. 14.4 del anteproyecto de marzo de 2017 en un 0,5% del capital reembolsado anticipadamente, si se amortiza durante los primeros 3 años; y en un 0,25% durante los 5 primeros años (*cfr.* con el art. 8 L. 41/2007).¹⁴³ Parece que no es posible establecer indemnización si se amortiza una vez transcurridos esos plazos. A diferencia del anteproyecto de ley de transposición de la Directiva, de julio de 2016, el de marzo de 2017 regula por primera vez la indemnización cuando el interés es fijo: el límite es el 3% durante los 10 primeros años o a contar desde el día que resulta aplicable el tipo fijo; o el 2%, si es con posterioridad.

6. Reflexiones finales.

¹⁴⁰ MULLOR-LANGARICA (2016, p. 92).

¹⁴¹ ALBIEZ (2016a, p. 35). Lo ponen en duda, NASARRE AZNAR - SIMÓN MORENO (2015, p. 20).

¹⁴² De acuerdo con el art. 18 del Proyecto de Directiva de 2011. Pero *vid.* REPRESA POLO (2015, p. 279).

¹⁴³ L. 41/2007, de 7 de diciembre, *por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria* (BOE n. 294, 8.12.2007).

La crisis inmobiliaria y financiera estalló en el año 2007 en los Estados Unidos y se empezó a notar al año siguiente en España. Sin embargo, aun habría que esperar 7 años más para la aprobación de una norma que, aunque cambió su orientación de política legislativa para dejar de considerar prioritaria la integración del mercado del crédito hipotecario y dar prioridad al principio del crédito responsable, al final no puede ejercer influencia alguna en la solución de los problemas de numerosos consumidores atrapados en la crisis, porque la norma no tiene carácter retroactivo (art. 23.5, 43). Por otra parte, no tiene demasiado sentido que coexistan dos directivas sobre el crédito al consumo en Europa y, en todo caso, es una lástima que, a la vez que se dotaba de un nuevo régimen jurídico al crédito inmobiliario (concepto que debiera haberse definido con mayor precisión), no se haya aprovechado para adaptar la directiva de crédito al consumo a las nuevas demandas de préstamos por SMS, sobre todo cuando estos son inferiores a los 200 euros.

Sin duda son muchos los obstáculos para armonizar el sistema de publicidad registral y los procedimientos de ejecución, y muchas también las dificultades para cohonestar la seguridad de los acreedores con la protección de los deudores y los terceros. Por eso, la Directiva se queda en otro plano, que es el de la transparencia en la concesión de préstamos, con el fin de combatir el sobreendeudamiento. Sin embargo, la armonización legislativa es mínima (en la mayoría de hipótesis) y con ello no solo se quiere decir que los Estados pueden incrementar el nivel de protección del consumidor o establecer requisitos más exigentes para los concedentes de crédito, sino, sobre todo, se quiere decir que la Directiva deja de regular muchas cuestiones (LTV, LTI, usura, cesión de créditos) y algunas de las que aborda es en forma de meras recomendaciones (ejecuciones, demoras). No quedan cubiertos tampoco todos los créditos inmobiliarios otorgados a consumidores (no, por lo menos, cuando lo que se hipoteca no es la vivienda y, con dudas, cuando tampoco el crédito sirva para adquirirla).

La Directiva 2014/17 apenas se ocupa de los efectos “propietarios” o “reales” de la garantía en caso de incumplimiento, que es donde más se dejaría sentir el impacto social de la norma. En general, este será insignificante allí donde la noción de crédito responsable ya hubiere sido adoptada, bien preventivamente, bien a resultas de la crisis. Como demuestra la vaguedad los términos con que muchas veces se expresa la Directiva, la noción exige concreción nacional. Fundamentalmente, la eficacia del mandato debe verse completada con la oportuna disposición sobre las sanciones de que es susceptible una eventual conducta irresponsable del prestamista y, como es habitual, la Directiva solo contiene una vaga advertencia a la necesidad de que sean efectivas, proporcionadas y disuasorias (art. 38). Es preciso concretar los remedios de derecho privado de que dispone el prestamista y, en particular, la responsabilidad civil por culpa.

A pesar de que el alcance de la Directiva es modesto, sin duda servirá para proporcionar a los jueces un anclaje más seguro en sus decisiones; para imponer con carácter obligatorio soluciones que hasta ahora simplemente venían contempladas en códigos de conducta; y para armonizar normas prudenciales del sistema bancario y financiero, aunque, desgraciadamente, esto último no parece ser una prioridad en España.

7. Jurisprudencia.

Sentencias y autos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea / Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

Fecha	Asunto	Partes
ATJUE 11.06.2015	C-602/13	<i>Banco Bilbao Vizcaya Argentaria</i>
ATJUE 19.11.2015	C-74/15	<i>Tarcău</i>
STJCE 17.03.1998	C-45/96	<i>Edgar Dietzinger</i>
STJUE 23.03.2000	C-208/98	<i>Berliner Brauerei</i>
STJUE 12.07.2012	C-602/10	<i>Volksbank România</i>
STJUE 27.03.2014	C-565/12	<i>Crédit Lyonnais</i>
STJUE 18.12.2014	C-449/13	<i>Consumer Finance</i>
STJUE 03.12.2015	C-312/14	<i>Lantos</i>

Sentencias del Tribunal Supremo y de la AP de Pontevedra

Sala y Fecha	Ref.	Magistrado Ponente
STS, 1ª (pleno) 03.06.2016	RJ 2016\2300	<i>Ignacio Sancho Gargallo</i>
STS, 1ª, 16.01.2017	ECLI: ES:TS:2017:17	<i>Pedro José Vela Torres</i>
SAP, 1ª, 14.10.2014	JUR 2015\8061	<i>Jacinto José Pérez Benítez</i>
SAP, 1ª, 06.04.2016	ECLI: ES:APPO:201 6:1A	<i>Francisco Javier Menéndez Estébanez</i>

8. Bibliografía.

AAVV (2017), "EU Private Law Jean Monnet Chair Working Papers", en http://www.ub.edu/jeanmonnet_dretprivateuropeu/es/publicaciones_es.html).

Klaus Jochen ALBIEZ DOHRMANN (2016), "Opciones legales para la transposición pendiente de la Directiva 2014/17/UE", *Revista de Derecho Privado*, 2016, 3, págs. 3-72 (cit. 2016a).

Klaus Jochen ALBIEZ DOHRMANN (2016), "Primerísimas Observaciones al Anteproyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2016, 200, págs. 42-73 (cit. 2016b).

Natalia ÁLVAREZ LATA (2014), "comentario al art. 14 LCCC", en Manuel Jesús MARÍN LÓPEZ (dir.), *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo*, Aranzadi-Thomson Cizur Menor, págs. 578-615.

Pilar ÁLVAREZ OLALLA (2016), "Algunos aspectos del anteproyecto de ley XX/2016, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. Ámbito de aplicación y normas de transparencia", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2016, 10, págs. 1-7.

Miriam ANDERSON (2016), "La Directiva 2014/17, sobre créditos hipotecarios, y su previsible impacto en el Derecho español", en Esther ARROYO AMAYUELAS - Ángel SERRANO DE NICOLÁS (dirs.), *La europeización del Derecho privado*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona [i.a], págs. 45-64.

Esther ARROYO AMAYUELAS (2014), "Comentario al art. 21 LCCC", en Manuel Jesús MARÍN LÓPEZ (dir.), *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo*, Aranzadi-Thomson, Cizur Menor, págs. 807-829.

Esther ARROYO AMAYUELAS (2016), "No vinculan al consumidor las cláusulas abusivas: del Derecho civil al procesal, entre la prevención y el castigo", en Esther ARROYO AMAYUELAS - Ángel SERRANO DE NICOLÁS (dirs.), *La europeización del Derecho privado*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona [i.a], págs 65-96.

Yeşim M. ATAMER (2011), "Duty of Responsible Lending: Should the European Union Take Action", en Stefan GRUNDMANN - Yeşim M. ATAMER (dirs.), *Financial Services, Financial Crisis and General European Contract Law*, Kluwer, The Netherlands, 2011, págs. 179-202.

Oren BAR-GILL (2009), "The Law, Economics and Psychology of Subprime Mortgage Contracts", *Cornell Law Review*, 2009, 94, págs. 1073-1151.

Cristina BORRALLO FERNÁNDEZ (2016), "La problemática de las hipotecas multidivisas: novedades jurisprudenciales", *Actualidad Civil* 2016, 10, págs. 1-10.

Christoph BRENNER (2000), *Die Verbraucherschützenden EG-Richtlinien im Bereich des Schuldrechts und Ihre Umsetzung in Deutschland und Frankreich. Auf dem Weg zu einem europäischen Privatrecht?*, Akademischer Verlag, München.

Peter BÜLLOW (2015), "Rechtsfragen des Immobilien-Verbraucher-Kreditvertrags im neuen Recht", *Wertpapier-Mitteilungen*, 2015, 28, págs. 1309-1312.

Luis CAZORLA GONZÁLEZ SERRANO (2015), "Una aproximación a la naturaleza jurídica de la conocida como «hipoteca multidivisa»", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 2015, 140, págs. 269-289.

Guido COMPARATO (2015), "The Design of Consumer and Mortgage Credit Law in the European System", en Hans W. MICKLITZ - Irina DOMURATH (eds.), *Consumer Debt and Social Exclusion in Europe*, Ashgate, Farham, págs. 9-26.

Matilde CUENA CASAS (2014), "El sobreendeudamiento privado como causa de la crisis financiera y su necesario enfoque multidisciplinar", en Lorenzo PRATS ALBENTOSA - Matilde CUENA CASAS (coords.), *Préstamo responsable y ficheros de solvencia*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, pp. 27-89.

Luis DE LA PEÑA - Juan LÓPEZ-FRÍAS (2013), "Crédito responsable: Un nuevo concepto en nuestro ordenamiento", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 2013, 130, págs. 47-78.

Helena DÍEZ GARCÍA (2014), "Comentario al art. 3 LCCCC", en Manuel Jesús MARÍN LÓPEZ (dir.), *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo*, Aranzadi-Thomson Cizur Menor, págs. 136-205.

Helena DÍEZ GARCÍA (2016), "La Directiva 2014/17, de 4 de febrero, sobre contratos de crédito celebrados con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y su transposición en nuestro derecho interno", Consejo General del Poder Judicial (ed.), *Ejecución civil: especial referencia a la ejecución hipotecaria*, Cuadernos Digitales de Formación, Madrid, 2016, 33, págs. 232-328.

Juan María DÍAZ FRAILE (2016), "Presente y futuro de la hipoteca como instrumento de fomento del crédito en el contexto del Derecho Comunitario (Un proceso de reformas inacabado)", *Anuario de Derecho Civil*, 2016, 2, págs. 501-523.

Irina DOMURATH (2015), "A Map of Responsible Lending and Responsible Borrowing in the EU and Suggestions for a Stronger Legal Framework to Prevent Over-Indebtedness of European Consumers", en Hans W. MICKLITZ - Irina DOMURATH (eds.), *Consumer Debt and Social Exclusion in Europe*, Ashgate, Farham, págs. 155-175.

M^a Paz GARCÍA RUBIO (2014), "La obligación a cargo del profesional de evaluar la solvencia del consumidor prestatario", *La Ley. Unión Europea*, 2014, 16, págs. 1-10.

David GARCÍA-OCHOA MAYOR - José María EGUÍA (2016), "Una aproximación al futuro régimen de las titulizaciones en la Unión Europea: análisis de la opinión del BCE", *Diario La Ley*, n. 8849, 24 de octubre de 2016.

Silvia DÍAZ ALABART – M^a. Teresa, ÁLVAREZ MORENO (2015), “La Directiva 2014/17, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial”, en Silvia DÍAZ ALABART – Patricia REPRESA POLO (eds.), *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17)*, Reus, Madrid, págs 13-52.

Silvia DÍAZ ALABART (2015), “Evaluación de la solvencia del consumidor, tasación de inmuebles y consultas en ficheros de solvencia”, en Silvia DÍAZ ALABART – Patricia REPRESA POLO (eds.), *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17)*, Reus, Madrid, págs . 223-276.

Víctor ESQUIROL JIMÉNEZ (2015), “La nueva regulación de los créditos y préstamos hipotecarios en el Código de Consumo de Cataluña”, *Revista Jurídica de Catalunya*, 2015, 3, págs. 743-762.

Fernando GÓMEZ - Karolina LYCZKOWSKA (2016), “Preliminary References on Consumer Law from Spanish Courts: A Law and Economics Perspective”, en Bettina HEIDERHOFF – Reiner SCHULZE (Hrsg.), *Verbraucherrecht und Verbraucherverhalten*, Nomos, Baden-Baden, págs. 151-185.

Bettina HEIDERHOFF (2016), *Europäisches Privatrecht*, 4^a ed., Müller, Heidelberg.

Christian HOFMANN (2010), “Die Pflicht zur Bewertung der Kreditwürdigkeit”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2010, 25, págs. 1782-1786.

Tatjana JOSIPOVIĆ (2013-2014), “Consumer Protection in EU Residential Mortgage Markets: Common EU Rules on Mortgage Credit in the Mortgage Credit Directive”, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 16, págs. 223-253.

Piia KALAMEES – Kåre LILLEHOLT – Karin SEIN (2014), “Responsible Lending in Estonian and Norwegian Law”, *Journal of European Consumer and Market Law*, 1, 2014, págs. 29-38.

Elena LAUROBA (2012), “La Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los contratos de crédito relativos a los bienes inmuebles de uso residencial”, en Elena LAUROBA LACASA (dir.) – Jaume TARABAL BOSCH, J. (coord.) *Garantías reales en escenarios de crisis: presente y prospectiva*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona [i.a.], págs. 117-132.

Karolina LYCZKOWSKA (2017), “El Anteproyecto de la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario”, Novedades CESCO, en: <http://centrodeestudiosdeconsumo.com/>

Vanessa MAK (2015), “What is Responsible Lending? The EU Consumer Mortgage Credit Directive in the UK and the Netherlands”, *Journal of Consumer Policy*, 2015, 38, págs. 411-430.

María Cruz MAYORGA TOLEDANO (2016), "Obligaciones de la entidad de crédito en la concesión de crédito adecuado a la solvencia y capacidad de endeudamiento del cliente", en M^a de la Sierra FLORES DOÑA - José Tomás RAGA GIL (dirs.), *El préstamo hipotecario y el mercado del crédito en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 353-377.

Hans W. MICKLITZ - Irina DOMURATH (eds.) (2015), *Consumer Debt and Social Exclusion in Europe*, Ashgate, Farham.

Anastasios MORAITIS (2017), "The transposition of Directive 2014/17 in Greece", EU Private Law Jean Monnet Chair Working Paper 2017/2.

Lorena MULLOR - Amilcar LANGARICA (Asociación Hipotecaria Española) (2016), "Spain", en European Mortgage Federation (ed.), *Hypostat. A Review of Europe's Mortgage And Housing Markets*, págs. 90-92.

Esther MUÑIZ ESPADA (2016), *El deterioro del mercado hipotecario y la necesidad de su reconstrucción. Aportaciones desde el Derecho europeo*, Thomson Reuters, Cizur Menor.

Sergio NASARRE AZNAR - Héctor SIMÓN MORENO (2015), "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", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 2015, 139, págs. 11-55.

Sergio NASARRE AZNAR (2014), "Malas prácticas bancarias en la actividad hipotecaria", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2014, 727, págs. 2665-2737.

Akin OZLEM - José GARCÍA MONTALVO - Jaume GARCÍA VILLAR - José-Luis PEYDRÓ - Josep Maria RAYA (2014), "The real estate and credit bubble: evidence from Spain", *SERIEs Journal of the Spanish Economic Association*, 2014, 5, págs. 223-243.

M^a Ángeles PARRA LUCÁN (2015), "Contratación y vivienda en la crisis económica", en M^a Ángeles PARRA LUCÁN (dir.), *Acceso a la vivienda y contratación*, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 183-217.

Stefan PERNER (2012), *EU-Richtlinien und Privatrecht*, Manz, Wien.

Francisco PERTÍÑEZ VILCHEZ (2015), "La información precontractual en la Directiva 17/2014 sobre los contratos de créditos celebrados por consumidores para bienes inmuebles de uso residencial", *Aranzadi Civil-Mercantil*, 2015, 2, págs. 1-9 (BIB 2015/1216).

Lorenzo PRATS ALBENTOSA - Matilde CUENA CASAS (coords.) (2014), *Préstamo responsable y ficheros de solvencia*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor.

Iain RAMSAY (2005), "From Truth in Lending to Responsible Lending", en Geraint HOWELLS - André JANSSEN - Reiner SCHULZE (eds.), *Information Rights and Obligations*, Ashgate, Aldershot, págs. 47-65.

Iain RAMSAY (2010), "Regulation of consumer credit", en Geraint HOWELLS *et al.* (eds.), *Handbook of Research on International Consumer Law*, Elgar, Cheltenham, págs. 366-408.

Iain RAMSAY (2015), "Two Cheers for Europe: Austerity, Mortgage Foreclosures and Personal Insolvency", en Hans W. MICKLITZ - Irina DOMURATH (eds.), *Consumer Debt and Social Exclusion in Europe*, Ashgate, Farham, págs. 189-227.

Patricia REPRESA POLO (2015), "El reembolso anticipado del crédito en la Directiva sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial", en Silvia DÍAZ ALABART - Patricia REPRESA POLO (eds.), *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17)*, Reus, Madrid, págs. 277-298.

Christine RIEFA (2014), "Responsible Lending on the Horizon? - The New Directive on Credit Agreements Relating to Residential Property", *Journal of European Consumer and Market Law*, 2014, 1, págs. 47-48.

Akos RONA-TAS (2015), "The Role of Credit Bureaus in Globalised Economies: Why They Matter Less Than We Think and How They Can Matter More", en Hans W. MICKLITZ - Irina DOMURATH (eds.), *Consumer Debt and Social Exclusion in Europe*, Ashgate, Farham, págs. 177-187

Peter ROTT (2013), "A plea for special treatment of financial services in unfair commercial practices law", *Journal of European Consumer and Market Law*, 2013, 2, págs. 61-68.

Peter ROTT (2014), "Consumer Credit", in Hans W. MICKLITZ - Norbert REICH - Peter ROTT - Klaus TONNER, *European Consumer Law*, 2ª ed., Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, págs. 197-238.

Paco SANZ (2016), "Informe sobre el anteproyecto de ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario", en http://publicaciones.adicae.net/publicaciones/pdf/Informe_Anteproyecto_Ley_Cr%C3%A9ditos_Hipotecarios_2016.pdf

Pietro SIRENA (2016), "Introduzione. Autonomia privata e vigilanza bancaria nel diritto europeo dei contratti di finanziamento", en Pietro SIRENA (cur.), *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, Gruppo24ore, Milano, págs.3-8.

Frank L. SCHÄFER (2014), "Wohnimmobilienkreditrichtlinie. Geschichte und Umsetzung im Verbraucherdarlehensrecht", *Verbraucher und Recht*, 2014, 6, págs. 207-216.

Ángel SERRANO DE NICOLÁS (2014), “La Directiva europea sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial”, *LaNotaria*, 2014, 1, págs. 93-98.

Héctor SIMÓN MORENO - Miriam ANDERSON (2017), “The Impact of The Mortgage Credit Directive in Spain”, EU Private Law Jean Monnet Working Paper 2017/8.

Christiane WENDEHORST - Brigitta ZÖCHLING-JUD (2010), *Verbraucher kreditrecht*, Manz, Wien.

The WORLD BANK (Washington DC), *Responsible Lending. Overview of Regulatory Tools*, October 2013
(<http://documentos.bancomundial.org/curated/es/596151468336064796/Responsible-lending-overview-of-regulatory-tools>).

Benjamin ZAPF (2016), “Die Wohnimmobilienkreditrichtlinie 2014/17/EU- Am Ziel einer lange Reise?”, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 2016, 3, págs. 656-686.

Fernando ZUNZUNEGUI (2013), “Sobreendeudamiento y prácticas hipotecarias de las entidades bancarias”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 2013, 129, págs. 35-75.

Fernando ZUNZUNEGUI (2014), “La evaluación de la solvencia en los créditos hipotecarios”, *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, 2014, 16, págs. 141-160.