



www.uclm.es/cesco

Las cláusulas abusivas en la contratación de préstamos hipotecarios y en la intermediación financiera conforme a la Ley 2/2009*

**Encarna Cordero
Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Castilla-La Mancha
CESCO**

Pocos sectores del Derecho de contratos han sido tan renovados en los últimos tiempos como el que afecta a los contratos financieros. La última Ley con que el Legislador nos ha obsequiado en este ámbito ha sido la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de préstamos o crédito.

En este trabajo se analizan:

- En primer lugar vamos a tratar sobre el régimen de cláusulas abusivas en la contratación de préstamos hipotecarios sujetos a la Ley 2/2009.
- Finalmente, por primera vez hay que referirse de modo específico a las cláusulas abusivas en la prestación de servicios de intermediación financiera, materia que también ha sido expresamente regulada por la Ley 2/2009.

1. LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS DE LA CONTRATACIÓN DE CRÉDITOS HIPOTECARIOS CONFORME A LA LEY 2/2009

1.1. Ámbito de operaciones incluidas

1.1.1. Acreedores hipotecarios afectados por la Ley 2/2009

El Legislador ha optado por diversificar los regímenes aplicables a los créditos hipotecarios concertados con las entidades de crédito enumeradas en la Ley 2/1981, del mercado hipotecario (en adelante, entidades de clase A) y con los

* Realizado en el marco del proyecto de investigación concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación titulado "Hipoteca, prenda de créditos, garantías financieras y Derecho foral sobre garantías mobiliarias: una reflexión sobre los pilares de las garantías reales y las incertidumbres de las últimas reformas legislativas (DER 2008-01746/JUR)", cuyo investigador principal es Ángel Carrasco Perera.

demás oferentes de financiación hipotecaria (en adelante, entidades de clase B)¹, diversidad que resulta del hecho de que la Ley 2/2009 no se aplique a las entidades de clase A (del mercado hipotecario), sujetas a la OM de 5 mayo 1994 y al resto de disposiciones sobre transparencia bancaria (por ejemplo, la OM 12 diciembre 1989, la Circular del Banco de España 8/1990), y de que, por otra parte, el régimen de la subrogación y modificación de préstamos hipotecarios establecido en la Ley 2/1994 tampoco sea de aplicación a las entidades de clase B, que, como ya hemos visto, también son discriminadas en el nuevo artículo 12 LH en el régimen relativo a la inscripción de cláusulas financieras de créditos hipotecarios.

Como opción legislativa, no hubiera bastado una simple extensión del ámbito de aplicación de la OM de 1994, pues, como acabamos de indicar, las entidades del mercado hipotecario están sujetas también a otras normas sobre transparencia bancaria que complementan las disposiciones contenidas en la OM de 1994.

1.1.2. Créditos concedidos a consumidores

Los requisitos impuestos en la Ley 2/2009 para contratar créditos hipotecarios sólo se aplican cuando el deudor es un consumidor, en el sentido indicado en el artículo 1.1 b) al final de la Ley, que reproduce lo dispuesto en el artículo 3 LCU: "personas físicas o jurídicas que, en los contratos a que se refiera esta Ley, actúan en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional". Puesto que las previsiones de la Ley han de comenzar a aplicarse en un momento previo a la perfección del contrato y, por tanto, antes de que sea posible conocer cuál será el destino efectivo de la financiación, habrá que presumir la condición de consumidor del deudor que no se dedique al ejercicio de una profesión liberal y que no sea titular de ningún establecimiento comercial; además, en el caso de consumidores que sean personas jurídicas, deberá presumirse el destino no empresarial o profesional cuando la entidad carezca de ánimo de lucro².

Obsérvese, por otra parte, que la Ley 2/2009 sólo exige que el deudor tenga la condición de consumidor, en el sentido expuesto, pero no que, además, sea el propietario del inmueble hipotecado, de modo que no dejará de estar sujeto a la Ley 2/2009 el crédito hipotecario por el hecho de que la hipoteca haya sido prestada por un tercero que, eventualmente, no tenga la condición de consumidor.

1.1.3. Créditos hipotecarios vs. préstamos hipotecarios

Un acierto de la Ley 2/2009 ha sido el de incluir en su ámbito de aplicación no sólo los préstamos sino también los créditos hipotecarios bajo la forma de precio aplazado, apertura de crédito o cualquier otro medio equivalente de financiación [art. 1.1. a)]. A diferencia de la norma paralela que regula la contratación de ciertos créditos hipotecarios con entidades financieras (la OM de 5 mayo 1994, cfr. su art. 1.1.1^o), una norma que aspira a cubrir "todas las necesidades de protección de los consumidores y usuarios en un sector tan dinámico como el financiero" (exposición de motivos de la Ley 2/2009) no puede limitarse a regular las operaciones financieras típicas asociadas a la adquisición de un inmueble. El resultado de esta discordante regulación entre la Ley 2/2009 y la OM de 5 mayo 1994 es claramente insatisfactorio para la protección de los consumidores, pues sólo las entidades de clase B (que no son del mercado hipotecario) habrán de

¹ Sobre el ámbito de entidades afectadas por la nueva regulación, v. ORDÁS ALONSO, M.: "La contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios en la Ley 2/2009, de 31 de marzo", *Aranzadi Civil* 9/2009, epígrafe II, apartados 2 y 4.

² ORDÁS ALONSO, M.: "La contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios en la Ley 2/2009...", cit., epígrafe II, apartado 3.

sujetar toda su actividad de concesión de crédito hipotecario a las específicas reglas sustantivas y formales de protección de los consumidores en el ámbito de los créditos hipotecarios, mientras que las entidades del mercado hipotecario sólo habrán de hacerlo cuando se trate de préstamos hipotecarios. De este modo, por ejemplo, si la operación de financiación para la adquisición de un inmueble se instrumenta –como es muy habitual– a través de una apertura de crédito, entonces la entidad del mercado hipotecario no tendrá que observar los requisitos sustantivos y formales establecidos en la OM de 5 mayo 1994 y podrá limitarse a observar los requisitos generales de transparencia y protección de los consumidores establecidos en la LCU y en la OM 12 diciembre 1989.

Por otro lado, obsérvese también que esta concepción tan estrecha de la financiación hipotecaria es la que subyace en el debate sobre si la falta de claridad de la Ley 2/1994 al definir un ámbito de aplicación ha de restringir su aplicación a los préstamos hipotecarios o si, por el contrario, han de entenderse comprendidos en su ámbito los contratos de apertura de crédito con garantía hipotecaria, contienda ésta en la que la Dirección General de Tributos y la DGRN mantienen criterios contrapuestos³.

1.1.4.. Hipotecas sobre cualesquiera fincas

La aplicación de la OM 5 mayo 1994 requiere que la hipoteca recaiga sobre una vivienda (art. 1.1.1º). Ningún requisito similar se contiene con carácter general en la Ley 2/2009 –como tampoco lo hizo la Ley 2/1994–, que únicamente exige que el deudor –ni siquiera el hipotecante– sea un consumidor (no así la Ley 2/1994, que no se halla condicionada por el carácter profesional del deudor). Ello sin perjuicio de que determinadas normas sólo se apliquen a los créditos hipotecarios que tengan por objeto viviendas, por ejemplo, la limitación a la comisión de apertura [art. 5.2 b)].

1.1.5. Créditos de cualquier importe

Nuevamente la Ley 2/2009 mejora sus precedentes, pues, como ya se hiciera en la Ley 2/1994, su aplicación procede con independencia de cuál sea el importe del crédito asegurado con la hipoteca. No fue ésta la regulación que se ha venido aplicando desde 1994, pues la OM de 5 mayo 1994 sólo se aplica cuando el importe del préstamo solicitado sea igual o inferior a 25 millones las antiguas pesetas o su equivalente en divisas (art. 1.1.3º), lo que suponía que, más allá de las normas generales (incluida la OM 12 diciembre 1989), un importante número de créditos hipotecarios de consumo concedidos por las entidades de clase A no estaban sujetos ni a esta OM ni a ninguna otra norma especial. Por fortuna la Ley 41/2007 ha remediado esta situación, pues, de acuerdo con la reforma introducida en el artículo 48.2 a) de la Ley 26/1988, la información relativa a la transparencia de los créditos o préstamos hipotecarios, siempre que la hipoteca recaiga sobre una vivienda, ha de suministrarse con independencia de la cuantía de los créditos. Conforme a esta nueva regulación, ha de estimarse derogada la limitación cuantitativa establecida en el artículo 1.1.3º de la OM de 5 mayo 1994⁴.

³ Cfr. la interpretación flexible que la DGRN ha hecho de la Ley 2/1994, tras la reforma de 2007 (RDGRN 29 febrero 2008 [RJ 2008,8269]), en la que se corrige el criterio sostenido con anterioridad.

⁴ Cfr. ARANGUREN URRIZA, F.J.: “Habilitación legal para la reforma de la normativa sobre transparencia...”, cit., p. 104. También LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M.: “Nuevo marco jurídico para la protección de los consumidores en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios, y en la intermediación de préstamos y créditos”, *Diario La Ley*, nº 7204, de 25 junio 2009.

1.1.6. *La lex rei sitae*

Las operaciones de préstamo realizadas por entidades de crédito (de clase A) están sujetas a la OM 5 mayo 1994 en cuanto que tales actividades “se realicen en España, cualquiera que sea el lugar del domicilio de las entidades a las que se refiere el artículo 1.1 que pretenda actuar como prestamista o el lugar de formalización del préstamo”. Además, la norma establece que “se presumirán sujetos a esta Orden los préstamos con garantía hipotecaria sobre viviendas situadas en territorio español, otorgados a personas residentes en España” (art. 1.1.2 de la OM).

Por su parte, la Ley 2/2009 se limita a determinar qué clase de operaciones crediticias están sujetas a sus mandatos, pero no exige que las mismas se realicen en España ni, por tanto, esta Ley dispone cuándo ello sucede o ha de presumirse que sucede. Naturalmente, todo ello ha de entenderse si perjuicio de la aplicación, cuando proceda, de la Ley 22/2007, de comercialización a distancia de servicios financieros, cuyo régimen de transparencia e información al consumidor difiere del establecido en la Ley 2/2009, si bien no se aplica a los créditos hipotecarios el derecho de desistimiento regulado en aquella Ley [art. 10.2 d) de la Ley 22/2007].

Lo correcto es entender que, de acuerdo con el art. 10.5 II CC, la operación de crédito hipotecario se rige por la *lex rei sitae*: de este modo, la legislación que comentamos se aplicará a los créditos hipotecarios constituidos sobre fincas situadas en España con independencia de cuál sea el domicilio del consumidor. Es también la norma que rige los derechos constituidos al amparo de la Ley 42/1998 (aprovechamiento por turno) sobre inmuebles situados en España. El pacto de sometimiento expreso al que alude el art. 10.5 II CC no permitirá excluir la normativa imperativa que estamos considerando (la Ley 2/2009, la OM 5 mayo 1994 y, en su ámbito, la Ley 2/1994), salvo que el derecho aplicable al que se hayan sometido las partes sea más protector del consumidor que la normativa española (cfr. art. 2 Ley 2/2009, art. 1.1 de la OM 5 mayo 1994, art. 86.7 LCU).

Con respecto a las operaciones de crédito hipotecario que tengan por objeto bienes situados fuera de España, la cuestión es más compleja. La Ley 2/2009 (y también la OM 5 mayo 1994) carece de previsiones al respecto, a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, con la Ley 42/1998, donde, por disposición expresa, algunas de sus previsiones se aplican a los contratos celebrados en España relativos a inmuebles situados fuera de España (disp. adic. 2ª de la Ley 42/1998, tras la reforma de 1990). Nada se ha previsto al respecto en la Ley 2/2009, sin que, a estos efectos sea útil distinguir entre contratos que se refieran a inmuebles situados en otros países del EEE o a Estados que no sean miembros. Si bien es cierto que la LCU determina una aplicación “extraterritorial” de algunas de sus previsiones –y, en particular, del art. 90.3, al que luego nos referimos– aunque el contrato se refiera a inmuebles situados en el territorio de un Estado miembro (art. 67.1 LCU), esta previsión es consecuente con la “homogeneidad” que, debido a su imperatividad, es predicable del régimen comunitario sobre cláusulas abusivas. No sucede lo mismo con las previsiones específicamente previstas para los créditos hipotecarios, donde más allá del régimen comunitario sobre cláusulas abusivas no existe un mínimo imperativo a nivel comunitario, sin perjuicio de las previsiones contenidas en la regulación de los servicios financieros prestados a distancia (Directiva 2002/65/CE, traspuesta a nuestro Derecho interno por la Ley 22/2007), razones todas ellas que desaconsejan una aplicación analógica de la regla contenida en el art. 67 LCU al supuesto que ahora contemplamos.

Pues bien, a falta de una disposición expresa al respecto en la Ley 2/2009 (ni en la OM 5 mayo 1994), ha de ser de aplicación la *lex rei sitae* del art. 10.5 II CC,

conforme a la cual el cumplimiento de la Ley 2/2009 no sería exigible a las operaciones de crédito cuando la hipoteca se constituya sobre bienes situados en el extranjero, por mucho que el consumidor tuviera su domicilio en España. La misma regla resulta de lo previsto en el art. 2.4 de la Ley 22/2007, pues si bien en principio esta Ley se aplica a las obligaciones nacidas de contratos de servicios financieros prestados a distancia cuando el consumidor destinatario de los servicios radique en España [art. 2.4 I c) de la Ley 22/2007, proveedores que quedan sometidos a las normas del ordenamiento jurídico español que regulen dichas materias, art. 2.4 II de la Ley 22/2007], sin embargo, estas reglas no se aplican cuando el régimen al que estén sujetas las obligaciones derivadas del contrato de financiación no sea el del lugar del destinatario del servicio (art. 2.4 al final de la Ley 22/2007), que es, precisamente, lo que sucede con los contratos relativos a inmuebles sujetos a la *lex rei sitae* del art. 10.5 II CC (cfr. también el art. 3 al final de la Ley 22/2007). Estimamos que, en condiciones generales de la contratación, la *lex rei sitae* del art. 10.5 II no es incompatible con lo previsto en el art. 90.3 LCU. Conforme a esta disposición, la sumisión a un Derecho distinto del del lugar donde el consumidor emita su declaración negocial o donde el empresario desarrolle la actividad dirigida a la captación de clientela constituye una cláusula abusiva en condiciones generales de la contratación (art. 90.3 LCU). A pesar de que la norma no establezca ninguna excepción relativa a los contratos inmobiliarios, la interpretación correcta del art. 90.3 LCU es que la sumisión a un derecho extranjero sólo es ineficaz cuando se pretende evitar la aplicación de una norma imperativa protectora de los consumidores, lo que no es el caso de las disposiciones españolas que rigen las obligaciones derivadas de los contratos de crédito hipotecario que tienen por objeto inmuebles situados en el extranjero, ya que, conforme a la *lex rei sitae* del art. 10.5 II CC, tales obligaciones están sujetas al Derecho del lugar donde se halle el inmueble (aunque en otro ámbito, cfr. también la excepción a la libertad de pacto contenida en el art. 3 del Convenio de Roma de 1980, sobre compraventa internacional de mercaderías).

En conclusión, las normas establecidas en la Ley 2/2009 (así como las contenidas en la OM 5 mayo 1994) han de regir los procesos de contratación y los contratos de crédito hipotecario que tengan por objeto bienes situados en España, cualquiera que sea el domicilio del consumidor, el lugar de celebración del contrato o el de promoción empresarial de tales operaciones. Por el contrario, las operaciones de crédito hipotecario que se refieran a inmuebles situados fuera de España no se sujetan a la Ley 2/2009 (ni a la OM de 5 mayo 1994), sino a la ley del lugar donde esté ubicado el inmueble. Todo ello sin perjuicio de la aplicación del régimen de cláusulas abusivas a los contratos que se refieran a inmuebles situados en el territorio de Estados miembros del EEE (art. 67 LCU).

1.2. Dualidad de regímenes de protección formal del consumidor en la Ley 2/2009

Al igual que hicieran las normas sobre transparencia en la contratación con entidades del mercado hipotecario, en la Ley 2/2009 la protección del consumidor se realiza mediante una doble vía: por un lado, se establecen disposiciones que instauran procedimientos de contratación dirigidos a proteger a los consumidores, algunos de ellos con carácter preventivo y, junto a ellos, se disponen normas sustantivas de protección de los consumidores. El objeto de este apartado es exponer las reglas de protección formal del consumidor contenidas en la Ley 2/2009 y su contraste con las correlativas normas aplicables a los contratos celebrados con entidades del mercado hipotecario, así como determinar las consecuencias jurídico-privadas que acaso tenga la contravención de esta normativa.

1.2.1. Registro vs. autorización previa

La Ley 2/2009 ha diseñado un sistema de control de las operaciones de crédito hipotecario concertadas por entidades de clase B paralelo al que existe en relación con las entidades del mercado hipotecario, aunque existen algunas diferencias:

- Las entidades del mercado hipotecario están obligadas a recabar autorización previa del Banco de España para efectuar –directamente o a través de terceros- publicidad de operaciones, servicios o productos financieros en los que se haga referencia a su coste o rendimiento [arts. 10, 11 y 13 al final de la OM 12 diciembre 1989, dictados en desarrollo de la facultad concedida en el art. 48.2 d) de la Ley 26/1988, de disciplina e intervención de las entidades de crédito]. Por el contrario, en el ámbito de la Ley 2/2009 no es precisa autorización para efectuar publicidad de servicios financieros, aunque sí para cumplir las obligaciones previas de información contractual, entre las que se halla la información sobre los datos de Registro de la entidad [art. 14.1 a) 4º de la Ley 2/2009].
- Las entidades de clase A tienen que registrar previamente las comisiones y gastos que pretendan cobrar (comparar con art. 5º, párr. II, de la OM 12 diciembre 1989). Lo mismo sucede con las operaciones de crédito hipotecario sujetas a la Ley 2/2009, conforme a la cual deberán notificarse al Registro, antes de su aplicación, los precios de los servicios, las tarifas de las comisiones o compensaciones y los gastos repercutibles que aplicarán, como máximo a las operaciones y servicios que prestan, y los tipos de interés máximos de los productos que comercializan, incluidos, en su caso, los tipos de interés de demora (art. 5.4 de la Ley 2/2009). También ha de ser remitido al Registro el folleto de tarifas al que se refiere el artículo 5 de la Ley.
- Por el contrario, la Ley 2/2009 no exige que las entidades (de clase B) deban registrar en ningún sitio las reglas de valoración de cargos y abonos que utilicen (a diferencia de lo que sucede con las entidades del mercado hipotecario, arts. 4 y 5 de la OM 12 diciembre 1989).

Por otra parte, no pensamos que estas disposiciones sobre registro y autorización previa sean incompatibles con la Directiva de servicios (Directiva 2006/123/CE, de 12 diciembre 2006), pues estimamos que concurren los requisitos impuestos en el artículo 9.1 de la Directiva, y que el régimen de autorización está justificado en una razón imperiosa de interés general admitida en la Directiva, como es la protección de los consumidores [cfr. su art. 4 8)]⁵.

1.2.2. En general, sobre las obligaciones de información precontractual

En el procedimiento de formación del contrato diseñado por la Ley 2/2009, a imagen y semejanza de lo previsto en la OM de 5 mayo 1994, se han dispuesto múltiples y estandarizadas obligaciones de información a cargo del empresario. Se trata de uno de los pilares esenciales en los que se apoya la protección del consumidor en este ámbito, en relación con el que se ha anunciado la posibilidad de una futura regulación comunitaria uniforme⁶

⁵ En contra, MARTÍNEZ ESPÍN, "Contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito", en <http://www.uclm.es/cesco>, epígrafe 2.2

⁶ Cfr. el Libro Blanco sobre la integración de los mercados de crédito de la UE, de 18 diciembre 2007, COM(2007) 807 al final. V. también la Recomendación de la Comisión de 1 de marzo de 2001, relativa a la información precontractual que debe suministrarse a los consumidores por los

Ahora bien, pese a haberse adoptado el modelo diseñado en la OM de 1994, el hecho de que las operaciones de crédito hipotecario sujetas a la Ley 2/2009 no estén sujetas a la OM de 12 diciembre 1989 determina algunas discrepancias entre el régimen de información previa exigible a las entidades del mercado hipotecario y las exigidas a las entidades de clase B, que exponemos seguidamente.

Por lo demás, al igual que sucede en el ámbito de las operaciones incluidas en la OM 1994, la estandarización de la información, particularmente de la información financiera, es una regla que favorece la competencia, pues permite que el consumidor pueda comparar las condiciones financieras de las distintas empresas aunque desconozca cuál es y cómo se aplica la correspondiente fórmula matemática que ha permitido llegar a la cifra final de que se trate.

1.2.3. Información sobre condiciones generales de la contratación

Como desarrollo de las reglas que en la legislación general de protección de los consumidores exigen que la información precontractual sea disponible para el consumidor (art. 60.1 LCU), así como las obligaciones específicas relativas a las condiciones generales de la contratación (que sean accesibles y legibles, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido [art. 80.1 b) LCU, arts. 5 y 7 Ley 7/1998]), el artículo 4.1 de la Ley 2/2009 exige que las empresas tengan a disposición de los consumidores las condiciones generales de la contratación que utilicen, sin que los consumidores deban afrontar ningún gasto ni asumir compromiso alguno por su recepción. Se dispone también que esta información deberá estar disponible en la página web de las empresas, si éstas disponen de ella, y en los establecimientos abiertos al público u oficinas donde presenten sus servicios.

1.2.4. Información precontractual sobre tipos de interés, comisiones y gastos

Las entidades del mercado hipotecario tienen que anunciar los tipos de interés de las operaciones crediticias que ofertan, indicación que también ha de constar en la publicidad si se hace referencia implícita o explícita al coste para el cliente (art. 3 de la OM de 12 diciembre 1989). Asimismo, las comisiones y gastos han de estar anunciados, no pudiendo cargar tipos o cantidades superiores a los contenidos en las mismas o conceptos no mencionados en ellas, salvo que las tarifas excluyan las comisiones derivadas de servicios financieros de carácter excepcional o singular (cfr. art. 5 II de la OM de 12 diciembre 1989). Por último, también han de hacerse públicas las reglas de valoración de los cargos y abonos que utilice la entidad (arts. 4 y 5 de la OM 12 diciembre 1989).

Las obligaciones de información son algo diferentes en relación con las operaciones de crédito hipotecario sujetas a la Ley 2/2009:

- En primer lugar, conforme a lo establecido en el artículo 5.5 de esta Ley, los precios, tarifas y gastos repercutibles a los que se refiere el artículo 5.4 se recogerán en un folleto (folleto de tarifas) que se redactará de forma clara, concreta y fácilmente comprensible para los consumidores, evitando la inclusión de conceptos innecesarios o irrelevantes, y que estará a disposición de los consumidores.

- Además, junto a otra información, el folleto de tarifas ha de estar expuesto en el tablón de anuncios con que obligatoriamente han de contar las empresas en cada establecimiento que, en su caso, tengan abierto al público (art. 6.1 de la Ley 2/2009).
- Asimismo, el folleto de tarifas y la restante información que deba hacerse pública en el tablón de anuncios se incluirá en la página web de las empresas que ofrezcan la posibilidad de realizar sus actividades a través de Internet, información que no podrá estar restringida a los clientes de la empresa (art. 6.2 de la Ley 2/2009).

1.2.5. El folleto informativo

Copiando el modelo regulado en los artículos 3 y 4.3 de la OM de 5 mayo 1994, la Ley 2/2009 exige en su artículo 13 la entrega gratuita de un folleto informativo al consumidor que solicite préstamos o créditos hipotecarios. Este folleto deberá tener el contenido mínimo exigido en la OM 1994. En ambas disposiciones se exige también que se indiquen con claridad los gastos preparatorios de la operación que puedan ser a cargo del consumidor aunque el crédito no llegue a concederse, así como el carácter vinculante de esta información sobre gastos (arts. 4.3 OM 1994 y 13.2 al final de la Ley 2/2009).

La regla sobre la vinculación de la empresa es muy deficiente, al igual que sucede en la OM 1994. En el artículo 3 de la OM 1994 se indica que la información contenida en el folleto informativo tiene "carácter orientativo", salvo lo establecido sobre comisiones y gastos y servicios accesorios cuando los preste la propia entidad o la relación de profesionales indicados por la entidad sea igual o inferior a tres (art. 4.1 OM 1994). Por el contrario, en el artículo 13.3 de la Ley 2/2009 se dispone que en el folleto habrá de indicarse expresamente el carácter orientativo de los gastos, tipos de interés, tarifas o comisiones –que habrán de coincidir con los notificados al Registro- que estén sujetos al resultado de la negociación y a las condiciones concretas de la operación que se contrate. Se añade que ello se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en materia de publicidad y prácticas desleales. De este carácter orientativo sólo se salvan los gastos preparatorios de la operación cuando los servicios correspondientes (asesoramiento, tasación, comprobación de la situación registral del inmueble) sean realizados directamente por la empresa o hayan sido concertados por ella (artículo 13.2 al final, cfr. también art. 15.1, ambos de la Ley 2/2009).

En un epígrafe posterior, al final de este apartado, exponemos cuál ha de ser la real trascendencia civil del incumplimiento de éstas y otras obligaciones de información impuestas en la Ley 2/2009.

1.2.6. Más información previa al contrato

Sin precedentes en la regulación sobre entidades del mercado hipotecario, la Ley 2/2009 exige que, además del folleto informativo y, en su caso, de la oferta vinculante, y con una antelación mínima de cinco días naturales a la celebración del contrato y, en cualquier caso, antes de que asuma cualquier obligación derivada de la oferta o del contrato de crédito hipotecario, se ofrezca de forma gratuita al consumidor información sobre los contenidos especificados en el artículo 14, información que habrá de prestarse por escrito o en cualquier soporte de naturaleza duradera que permita la constancia de la fecha de su recepción por el destinatario y su conservación, reproducción y acceso a dicha información. Además de diversos datos relativos a la empresa, al Registro y al seguro de responsabilidad civil o aval, entre otras circunstancias:

- Deberá volver a informarse sobre todos los costes del crédito (comisiones, cargos y gastos, impuestos que se paguen a través de la empresa, así como la tasa anual equivalente expresada mediante un ejemplo representativo). Se exige también que se advierta que el crédito está relacionado con instrumentos u operaciones que implican riesgos especiales, tales como el incremento significativo del precio, ya deriven de sus características específicas o de las operaciones que se vayan a ejecutar o cuyo precio depende de fluctuaciones en mercados financieros ajenos al control de la empresa y cuyos resultados históricos no son indicadores de resultados futuros. Se exige que a través de tal información el consumidor pueda tener un conocimiento adecuado de los riesgos asociados a la financiación de estas operaciones, con especial referencia al riesgo de tipo de interés asumido.
- Se indicarán también si existen otros impuestos o gastos que no se paguen a través de la empresa o que no los facture ella misma, aunque deberá hacerse constar su cuantía si se trata de gastos causados por entidades o personas designadas por la empresa [art. 14.1 b) 4º de la Ley 2/2009].
- Se expresarán las modalidades de pago y de ejecución [art. 14.1 b) 5º de la Ley 2/2009].
- Los supuestos en que existe derecho a obtener una oferta vinculante, de acuerdo con el artículo 16, su duración y las condiciones y modo para ejercerlo [art. 14.1 c) 1º de la Ley 2/2009].
- Los derechos que, en su caso, existan para resolver el contrato anticipada o unilateralmente, conforme a la legislación y a lo pactado, incluidas las compensaciones que ello pueda determinar [art. 14.1 c) 2º de la Ley 2/2009].
- Los medios de reclamación y los sistemas de reclamación extrajudicial de conflictos a los que el consumidor pueda tener acceso y el modo de acceder a ellos [art. 14.1 c) 3º de la Ley 2/2009].

1.2.7. La oferta vinculante

En este punto hay coincidencia en muchos puntos entre los regímenes aplicables a los créditos hipotecarios, sean o no entidades del mercado hipotecario quienes los presten. De acuerdo con lo establecido en el artículo 16 de la Ley 2/2009 (que, con excepción de lo que indicamos al final, reproduce lo dispuesto en los artículos 5 y 7.2 de la OM 1994), si desea contratar, la empresa tendrá que hacer una oferta por escrito, con especificación, en su mismo orden de las condiciones financieras correspondientes a las cláusulas financieras del anexo II de la OM 1994. La oferta habrá de estar firmada por el representante de la entidad y, salvo que medien circunstancias extraordinarias o no imputables a la empresa, tendrá una validez no inferior a diez días hábiles desde su fecha de entrega. Habrá de hacerse constar destacadamente el derecho del consumidor, en caso de que acepte la oferta, a examinar el proyecto de documento contractual, con una antelación de tres días, en el despacho del notario autorizante. A diferencia de lo que prevé la OM 1994, la Ley 2/2009 no permite que el consumidor renuncie a este derecho de examen aunque el contrato vaya a firmarse en un lugar distinto del establecimiento de la empresa.

1.2.8. El contrato y la escritura pública

De acuerdo con lo establecido en el artículo 17.1 de la Ley 2/2009, el contrato de crédito deberá reunir las condiciones previstas en la OM de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras, reglas éstas que de todos modos están reproducidas en la propia Ley, reiteradas nuevamente en la remisión del artículo 17.5 de la Ley a

la OM 1994. Se trata, en definitiva, de que tanto el contrato como la escritura publica contendrán, debidamente separadas de las restantes, las cláusulas financieras en el orden y contenido especificado en el anexo II de la OM de 5 mayo 1994 –que concreta en este ámbito los contenidos generales de los documentos contractuales relativos a operaciones pasivas que especifica la OM 12 diciembre 1989-, cláusulas que no podrán ser desvirtuadas en perjuicio del consumidor por las restantes cláusulas contractuales.

Además, el artículo 17.4 de la Ley dispone también cuál es el régimen aplicable a la amortización anticipada, que será el establecido en el artículo 7 de la Ley 41/2007 para o en la Ley 2/1994, según proceda conforme a lo establecido en el artículo 5.2 a) de la Ley.

1.2.9. Información durante la ejecución del contrato

El artículo 17.2 de la Ley 2/2009 exige que en los contratos se incluyan los derechos que contractualmente correspondan a las partes en orden a la modificación del coste total del crédito. A pesar de la defectuosa redacción del artículo 85.3 LCU, el acreedor no puede reservarse la facultad de modificar el tipo de interés por “otros casos de razón válida” distintos a la aplicación del índice de referencia pactado, y a las reglas que rigen el redondeo del tipo (que habrá de efectuarse al extremo del intervalo pactado más próximo, sin que éste pueda sobrepasar el octavo de punto (disposición adicional 12ª de la Ley 44/2002, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero). En cualquier caso, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 17.3 de la Ley 2/2009 (que reproduce lo establecido en el art. 6.3 de la OM 1994), no será preciso notificar al consumidor las variaciones experimentadas en el tipo de interés variable cuando se haya pactado la utilización de un índice o tipo de referencia oficial de los previstos en la disposición adicional 2ª de la OM 1994 y, además, el tipo de interés aplicable al préstamo esté definido en la forma prevista en las letras a) o b) del número 1 de la cláusula 3ª bis del anexo II de la OM 1994.

Por otra parte, nada se establece sobre las obligaciones de información que la empresa deba cumplir en cada liquidación del crédito hipotecario. Sí se disponen ciertas obligaciones en el artículo 8 de la OM de 12 diciembre 1989: en cada liquidación ha de facilitarse a los clientes un documento en el que se expresen con claridad los tipos de interés y comisiones aplicados, con indicación concreta de su concepto, base y periodo de devengo, los gastos suplidos, los impuestos retenidos y, en general, cuantos antecedentes sean necesarios para que el cliente pueda comprobar la liquidación efectuada y cualquier coste o producto neto efectivo de la operación. No obstante, en operaciones que den lugar a pagos periódicos, la entrega de los documentos sucesivos de liquidación puede sustituirse por la inclusión en el contrato de una tabla de pagos o amortizaciones, con sus respectivas fechas, así como los demás datos anteriores.

1.2.10. La trascendencia jurídico-privada del incumplimiento de obligaciones de Registro y de información

Además de la eventual infracción administrativa en materia de defensa del consumidor, la falta de cumplimiento de las obligaciones que hemos calificado de protección formal de los consumidores (obligaciones de registro y de notificación al registro, así como obligaciones de información a los consumidores) tiene también consecuencias jurídico-privadas, apuntadas en el artículo 14.3 de la Ley. Al respecto cabe hacer las siguientes consideraciones:

- En algunos lugares de la Ley se establece el “carácter orientativo” de las informaciones suministradas al consumidor (en el art. 13.3, al regular el folleto informativo), incluso con un carácter más amplio que el que establece la OM 1994, donde al menos son vinculantes para la entidad las comisiones y gastos y servicios accesorios cuando los preste la propia entidad o la relación de profesionales indicados por la entidad sea igual o inferior a tres (art. 4.1 de la OM 1994). Pues bien, al respecto cabe indicar que estas informaciones que se han suministrado al consumidor en el folleto han de tener la consideración de publicidad en cuanto versen sobre extremos absolutamente controlados por la entidad, como son las comisiones y los gastos por servicios accesorios exigidos por la empresa cuando el consumidor no pueda elegir a la entidad que los prestará; no sucederá lo mismo, por ejemplo, con los gastos fiscales y arancelarios de la operación, que escapan al control de la empresa. Las informaciones sobre extremos sujetos al control de la empresa tienen la condición de publicidad a los efectos del artículo 61 (cfr., además, el art. 14 de la Ley 2/2009) y, por tanto, son exigibles por el cliente en la medida en que sean condiciones más beneficiosas.
- En segundo lugar, la contradicción entre informaciones dadas al consumidor (en el folleto, la información previa del art. 14 de la Ley, la oferta vinculante y el contenido final de la escritura) se resuelve siempre a favor del consumidor por aplicación de la regla interpretativa *contra proferentem* (arts. 1288 CC, 6 de la Ley 7/1998, 61 y 65 LCU). De hecho, cuando no se ha ofrecido correctamente la información sobre algún coste, el mismo no es exigible⁷.
- Por último, la falta de información relevante facilitará al deudor la ulterior anulación del contrato por error (cfr. art. 14.3 de la Ley 2/2009).

1.3. La protección de derecho material del deudor de crédito hipotecario derivada de la Ley 2/2009

Pero el sistema diseñado (o en buena parte copiado) de la Ley 2/2009 no reposa sólo en una protección formal-preventiva del consumidor, pues también existen en esta Ley diversas normas de protección material de los consumidores. Exponemos estas reglas a continuación. Indicamos al final las cláusulas que han de reputarse abusivas conforme a la LCU.

1.3.1. Prácticas y cláusulas abusivas en la contratación de créditos hipotecarios conforme a la Ley 2/2009

De acuerdo con lo establecido en la Ley 2/2009 son ilícitas las prácticas, cláusulas individuales y condiciones generales de la contratación –pues ninguna limitación establece la Ley 2/2009– que, directa o indirectamente, permitan que en las operaciones de crédito hipotecario sujetas a esta Ley se pretenda cualquiera de los siguientes resultados:

- El cobro de costes por la recepción de condiciones generales de la contratación, pues lo prohíbe el artículo 4.1 de la Ley 2/2009.

⁷ Cfr. la SAP Madrid 24 septiembre 2003 (AC 2003, 1475), en la que se estimó que las remisiones a tarifas o documentos en poder del banco, que el cliente no podía conocer, entrañaban una vulneración de las normas sobre transparencia bancaria y, por tanto, la nulidad de la cláusula por abusiva. Así también en la SAP Madrid 11 mayo 2004 (AC 2005, 832) se consideró abusiva la cláusula que remitía la cuantía de las comisiones y gastos repercutibles sobre el cliente a tarifas que no le fueron suministradas.

- El hecho de que la recepción de condiciones generales de la contratación determine algún compromiso o vinculación para el consumidor (cfr. art. 4.1 de la Ley 2/2009).
- El cobro de comisiones o compensaciones y gastos repercutidos que no se correspondan con servicios prestados o gastos hechos (art. 5.1 de la Ley 2/2009). Por ejemplo, no lo es la mera administración ordinaria del crédito, ni tampoco el cobro y gestión de los recibos de un crédito, que no pasa de ser un coste de administración ordinaria del mismo (cfr. art. 5.2 al final de la Ley 2/2009)⁸.
- El cobro de comisiones o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme y de forma expresa por el consumidor (art. 5.1 de la Ley 2/2009)⁹.
- La aplicación de un régimen de compensación por amortización anticipada distinto de los previstos en el artículo 5.2 a) de la Ley 2/2009, en función de la antigüedad del contrato.
- En créditos hipotecarios sobre viviendas, pactar comisiones o gastos adicionales a la comisión de apertura en los términos en que está establecida en el artículo 5.2 b) de la Ley 2/2009. Y, si se trata de créditos denominados en divisas, añadir comisiones o gastos por cambio de moneda correspondiente al desembolso inicial del crédito [cfr. también art. 5.2 b) de la Ley 2/2009].
- Pretender el cobro de otras comisiones (distintas de la de apertura) y gastos por la concesión o la administración ordinaria del crédito (art. 5.2 al final de la Ley 2/2009).
- Cobrar cantidades adicionales a las que se derivan de las tarifas que hayan sido comunicadas al Registro, aplicando condiciones más gravosas o repercutiendo gastos no previstos (art. 5.3 de la Ley 2/2009).
- La falta de constitución del seguro de responsabilidad civil o aval bancario o asegurar una cifra inferior a la exigida (art. 7 de la Ley 2/2009).
- La inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor (en contra de lo exigido en el art. 8 de la Ley 2/2009).
- Pretender el cobro de gastos por entregar el folleto informativo del artículo 13 citado.
- Efectuar o concertar la tasación de la finca y servicios accesorios sin atenerse a lo establecido en el artículo 15 en materia de información de tarifas y de entrega del servicio o de la copia correspondiente, según proceda.
- Sujetar la oferta a un plazo inferior a diez días o a condiciones resolutorias potestativas para la empresa (en contra de lo establecido en el art. 16.2 de la Ley 2/2009).
- No incluir en el contrato los derechos que correspondan a las partes en relación con la modificación del coste total del crédito (cfr. art. 17.2 de la Ley 2/2009). En concreto, habrán de reputarse nulas las cláusulas que modifiquen el coste total del préstamo o crédito en contra de lo previsto en el artículo 1256 CC
- Prever la modificación del coste total del créditos a interés variable utilizando un índice de referencia que no reúna los requisitos exigidos en el artículo 17.2 de la Ley 2/2009.

⁸ Es lo que también considera, para las entidades del mercado hipotecario, el Servicio de Reclamaciones del Banco de España.

⁹ Por ejemplo, para entidades del mercado hipotecario, el Servicio de Reclamaciones del Banco de España ha calificado de mala praxis bancaria la conducta de la entidad que pretende el cobro de comisiones por gastos de gestión para proceder a la cancelación registral de la hipoteca o los costes de investigación de la solvencia de los fiadores del deudor, en casos ambos en que el cliente no había solicitado ni aceptado la prestación de tales servicios.

- La falta de notificación individualizada de las variaciones experimentadas en el tipo de interés aplicable, salvo que la misma no sea precisa de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 17.3 de la Ley 2/2009.
- Las cláusulas de amortización anticipada que no se ajusten a lo establecido en la Ley 41/2007 o la Ley 2/1994, según proceda conforme a lo establecido en el artículo 5.2 a) de la Ley 2/2009 (cfr. art. 17.4 de la Ley).

Además, como indicamos en el epígrafe anterior, el defectuoso cumplimiento de las obligaciones de información legalmente establecidas puede determinar que una norma formal de protección se convierta en una norma de protección material en la medida en que sirva para fundar una pretensión de anulación del contrato por error, de integración del contrato o de aplicación de la condición más beneficiosa ofrecida en cualquier momento durante la formación del contrato. De esta clase son las siguientes conductas prohibidas por la Ley 2/2009:

- No poner a disposición de los consumidores el folleto de tarifas o hacerlo de forma incompleta (art. 5.5 de la Ley 2/2009).
- No cumplir las obligaciones legales de información a través del tablón de anuncios cuando ello sea exigible conforme al artículo 6.1 de la Ley 2/2009.
- La falta de mención de la TAE en la forma dispuesta en el artículo 12.1 de la Ley 2/2009 y de los demás extremos exigibles conforme al precepto.
- En caso de comunicación comercial relativa a la agrupación de créditos, no facilitar al consumidor la información en la forma establecida en el artículo 12.2 de la Ley 2/2009.
- No entregar al consumidor el folleto informativo regulado en el artículo 13 de la Ley 2/2009, o hacerlo con información insuficiente, incompleta o con la falta de claridad exigida por la norma.
- Incumplir la obligación de información previa establecida en el artículo 14 de la Ley 2/2009, o hacerlo de forma insuficiente o incompleta.
- Incumplir las obligaciones de información adicionales que establezcan las CCAA en el ejercicio de sus competencias (cfr. art. 14.4 de la Ley 2/2009).
- Incumplir la obligación de documentar la oferta de contrato o hacerlo de forma insuficiente e incompleta, por ejemplo, sin que consten las condiciones financieras cuya expresión es necesaria conforme a la OM de 1994 (cfr. art. 16 de la Ley 2/2009).
- Incumplir la obligación de documentar el contrato o hacerlo de forma insuficiente e incompleta, por ejemplo, sin que consten las condiciones financieras cuya expresión es necesaria conforme a la OM de 1994 (cfr. art. 17 de la Ley 2/2009).
- La falta de constancia en la escritura pública de las cláusulas financieras en la forma exigida por la OM de 1994 (art. 17.5 de la Ley 2/1994).

1.3.2. Las cláusulas abusivas en los créditos hipotecarios en general

Por disposición expresa de la Ley 2/2009 (v. su art. 5.1), las operaciones de crédito hipotecario reguladas esta Ley también están sujetas al régimen de cláusulas abusivas establecido en la LCU. De particular interés son aquellas cláusulas que:

- Reserven al empresario facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato más allá de las eventuales modificaciones del tipo de interés que se haya estipulado, y siempre que el mismo reúna las condiciones de objetividad legalmente exigibles [cfr. arts. 85.3 y 85.10

de la LCU; también arts. 1256. 1447 a 1449 CC, 219.3º.2ª RH, 7.2 d) OM de 12 diciembre 1989]¹⁰.

- Las cláusulas que autoricen al empresario a resolver anticipadamente el contrato si al consumidor no se le reconoce la misma facultad y, a pesar de lo previsto en el artículo 85.4 LCU, igual paridad deberá existir en las cláusulas de resolución del contrato por incumplimiento.
- Las que impongan una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor o usuario que incumpla el contrato (art. 85.6 LCU), por ejemplo, los intereses de demora muy elevados¹¹.
- Las cláusulas que supongan la supeditación a una condición cuya realización dependa únicamente de la voluntad del empresario para el cumplimiento de las prestaciones, cuando al consumidor se le haya exigido un compromiso firme (art. 85.8 LCU).
- Las cláusulas que supongan la concesión al empresario del derecho a determinar si el bien o servicio se ajusta a lo estipulado en el contrato (art. 85.11 LCU).
- La exclusión o limitación de los derechos legales del consumidor y usuario por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del empresario (art. 86.1 LCU).
- La exclusión o limitación de la responsabilidad del empresario en el cumplimiento del contrato (art. 86.2 LCU).
- La privación o restricción al consumidor de las facultades de compensación de créditos, retención o consignación (art. 86.4 LCU).
- La limitación o exclusión de la facultad del consumidor de resolver el contrato por incumplimiento del empresario (art. 86.5 LCU).
- La imposición de renunciaciones o limitaciones a los derechos del consumidor (art. 86.7 LCU): por ejemplo, a la facultad de arrendar o enajenar la finca hipotecada¹², aunque, dado que los arrendamientos anteriores pueden no estar sujetos al principio de purga de cargas, es inscribible el pacto que previene ciertas cautelas en relación con los arrendamientos, por ejemplo, la cláusula por la que el deudor se obliga a no arrendar la finca por una renta inferior a una determinada cuantía¹³. También ha de considerarse abusiva la renuncia del consumidor a instar la liberación de alguna de las fincas gravadas cuando, dividido el crédito, el acreedor está suficientemente garantizado con las restantes (cfr. art. 124 LH)¹⁴.
- La autorización al empresario para resolver el contrato discrecionalmente si al consumidor o usuario no se le reconoce la misma facultad (art. 87.3 LCU).
- Las estipulaciones que prevean el redondeo al alza y no a la baja (cfr. art. 86.5 LCU)¹⁵.

¹⁰ Es nulo el pacto de variación de intereses que depende exclusivamente del arbitrio del acreedor: RDGRN 16 febrero 1990 (RJ 1990, 730), RDGRN 17 marzo 1994 (RJ 1994, 2024).

¹¹ Cfr. SSAP Murcia 1 febrero 2007 (JUR 2007, 88457), Barcelona 30 noviembre 2006 (AC 2007, 611).

¹² Cfr. RRDGRN 27 enero 1986 (RJ 1986, 1002), de 24 abril 1992 (RJ 1992, 3347).

¹³ La DGRN ha estimado reiteradamente inscribible esta cláusula: RRDGRN 24 julio 1992 (RJ 1992, 3374), 28 y 29 enero 1998 (RJ 1998, 279 y 280), 30 enero 1998 (RJ 1998, 5220), 2 febrero 1998 (RJ 1998, 5221), 23 marzo 2001 (RJ 2002, 2188). Esta cláusula no fue considerada abusiva en la SAP Madrid 11 mayo 2004 (AC 2005, 832).

¹⁴ Cfr. RDGRN 27 enero 1986 (RJ 1986, 1002).

¹⁵ Cfr., sobre el derogado artículo 10 bis LCU/1984, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 50 de Madrid, de 11 septiembre 2001 (AC 2001, 2120), confirmada por la SAP Madrid 10 octubre 2002 (AC 2002, 1417), también Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Madrid, de 25 octubre 2002 (AC 2002, 263), SSAP Palma de Mallorca 27 noviembre 2002 (AC 2003, 361), Baleares 17 marzo 2003 (AC 2003, 1624), Barcelona 26 marzo 2003 (AC 2003, 843), Barcelona 17 octubre 2003 (AC 2003, 1625), Barcelona 19 marzo 2004 (JUR 2004, 122712), Asturias 30 diciembre 2004 (AC 2005, 157), Madrid 21 febrero 2006 (AC 2006, 833), Barcelona 23 marzo 2006 (JUR 2006, 140704).

- Las cláusulas que atribuyan al profesional la facultad de ejecutar unilateralmente las cláusulas penales que se hubieran fijado contractualmente o la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados (art. 86.6 LCU).
- Aunque no se presume en los contratos de garantía celebrados por entidades financieras que se ajusten a su normativa específica, son abusivas las cláusulas que imponen garantías desproporcionadas al riesgo asumido (art. 88.1 LCU¹⁶), no sólo, como prevén los artículos 119 y siguientes de la LH, de hipotecas solidarias, sino de cualquier solidaridad entre garantías que -como limita el art. 18 LH- pueda ser deducida de los asientos registrales¹⁷, aunque la limitación del art. 18 LH a la calificación supondrá que escaparán al control registral las hipotecas que se superponen a garantías personales.
- También son abusivas las cláusulas que invierten la carga de la prueba en perjuicio del consumidor (art. 88.2 LCU).
- Las que imponen al consumidor la carga de la prueba sobre el incumplimiento del empresario proveedor a distancia de servicios financieros de las obligaciones impuestas en la Ley 22/2007 (art. 88.3 LCU).
- La estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos de las hipotecas concertadas para financiar la construcción [art. 89.3 a) LCU]¹⁸ o su cancelación [art. 89.3 a) LCU]¹⁹.
- La cláusula que obliga al consumidor a subrogarse en la hipoteca del empresario o imponga penalizaciones en los supuestos de no subrogación [art. 89.3 b) LCU]²⁰.
- La renuncia o transacción respecto al derecho del consumidor y usuario a la elección de fedatario competente para autorizar la escritura de hipoteca (cfr. art. 89.8 LCU).
- La previsión de pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al lugar en que se encuentre el inmueble (art. 90.2 LCU).

Por el contrario, de por sí no son abusivas las cláusulas de interés variable²¹, ni la cláusula de extensión de la hipoteca a nuevas edificaciones²². Tampoco es abusiva la cláusula por la que la obligación de restitución vence anticipadamente por el impago de un solo plazo de amortización²³, ni lo es, asimismo, la cláusula por la

¹⁶ Aunque no era un caso de hipoteca, cfr. la STS 17 marzo 1998 (RJ 1998, 1351).

¹⁷ En contra, la RDGRN 17 diciembre 1993 (RJ 1993, 9870) determinó la compatibilidad de una reserva mobiliaria de dominio y una hipoteca inmobiliaria.

¹⁸ Entre las últimas, SSAP Madrid 8 mayo 2007 (JUR 2007, 210672); Madrid 11 mayo 2007 (JUR 2007, 212641), Madrid 11 mayo 2007 (JUR 2007, 247356).

¹⁹ Entre las últimas, SSAP Alicante 16 enero 2007 (AC 2007, 1140), Murcia 28 mayo 2007 (JUR 2007, 303395), Badajoz 27 junio 2006 (JUR 2006, 279628), Barcelona 20 septiembre 2004 (AC 2004, 1891).

²⁰ Sobre la legislación anterior, cfr. SSAP Navarra 27 julio 1998 (AC 1998, 1722), Oviedo 5 marzo 1999 (AC 1999, 1320), JPI núm. 72 Pamplona 30 abril 2002 (AC 2002, 702), SAP Murcia 27 julio 2004 (JUR 2004, 243435), SAP Barcelona 20 septiembre 2004 (AC 2004, 1891), SAP Alicante 18 febrero 2005 (JUR 2005, 64096), SAP Zaragoza 13 septiembre 2005 (AC 2005, 1981), SAP Madrid 5 diciembre 2005 (JUR 2006, 39591), SAP Madrid 21 marzo 2006 (JUR 2006, 151210), SAP Valencia 12 mayo 2006 (JUR 2006, 260394), SAP Badajoz 27 julio 2006 (JUR 2006, 279628), SAP Alicante 22 septiembre 2006 (JUR 2006, 16061), SAP Valencia 20 noviembre 2006 (JUR 2007, 123180), SAP Alicante 16 enero 2007 (AC 2007, 1140), SAP Madrid 11 abril 2007 (JUR 2007, 212641), SAP Madrid 8 mayo 2007 (JUR 2007, 210672) SAP Murcia 28 mayo 2007 (JUR 2007, 303395).

²¹ RRDGRN 23 octubre 1987 (RJ 1987, 7660), 17 marzo 1994 (RJ 1994, 2024).

²² STS 19 junio 2008 (RJ 2008, 3225).

²³ STS 12 diciembre 2008 (en contra se había pronunciado la SAP Madrid 24 septiembre 2003, AC 2003, 1475). Sobre la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado por impago, v. últimamente, la STS 4 junio 2008, nuevamente en contra del criterio que se sostuvo en la STS 27 marzo 1999 (RJ 1999, 2371).

que la prestación de hipoteca no limita la responsabilidad personal ilimitada del deudor exigible conforme al artículo 1911 CC²⁴.

2. LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA INTERMEDIACIÓN FINANCIERA CONFORME A LA LEY 2/2009

La Ley 2/2009 también regula la intermediación financiera, es decir, la intermediación para la celebración de un contrato de préstamo o crédito con cualquier finalidad, a un consumidor, mediante la presentación, propuesta o realización de los trabajos preparatorios para la celebración de los mencionados contratos, incluida, en su caso, la puesta a disposición de tales contratos a los consumidores para su suscripción [art. 1.1 b)]. Obviamente, la actividad de intermediación está sujeta a las prescripciones de la Ley 2/2002 sea cual sea la naturaleza (hipotecaria o no) del crédito en cuestión.

También en este ámbito de la contratación la protección del consumidor se realiza mediante reglas de protección formal y normas sustantivas que pasamos a exponer.

2.1. Las obligaciones de información en la intermediación financiera

Los intermediarios financieros deben cumplir diversas obligaciones de información en determinados momentos:

1. En la publicidad y comunicaciones comerciales, han indicarse los siguientes extremos:
 - El tipo de interés o cualesquiera cifras relacionadas con el coste del crédito o préstamo determinará la aplicación de las exigencias establecidas por la normativa que resulte de aplicación al préstamo o crédito de que se trate sobre el que se ofrece la intermediación. Se aplican, de este modo las disposiciones contenidas, significativamente, en la regulación bancaria (en particular, la OM 12 diciembre 1989 y la OM 5 mayo 1994, así como la Circular del Banco de España 8/1990), así como en la restante regulación sobre el coste del crédito cuya intermediación se ofrece (por ejemplo, la Ley 22/2007, etc.).
 - También habrán de cumplirse aquellos otros extremos que, siendo compatibles con la legislación sobre prácticas comerciales desleales con los consumidores, reglamentariamente determinen las CCAA (art. 19.1 de la Ley 2/2009).
 - Las comunicaciones comerciales habrán de indicar de forma expresa e inequívoca que la actividad que se promociona es de intermediación en la concesión de préstamos o créditos (art. 19.2 de la Ley 2/2009).
 - También habrá de indicarse en las comunicaciones comerciales y publicidad el alcance de las funciones y representación de la empresa, expresando, en particular, si trabajan en exclusiva con una entidad de crédito o empresa o están vinculadas con varias entidades de crédito u otras empresas, o con intermediarios independientes (art. 19.3 de la Ley 2/2009).
 - Si la comunicación comercial se refiere a la agrupación de distintos créditos o préstamos en uno solo, deberá facilitarse al consumidor información clara, concisa y destacada de cualquier tipo de gastos

²⁴ STS 25 septiembre 2008.

relacionados con la citada agrupación, quedando prohibido hacer referencia a la reducción de la cuota mensual a pagar si no se menciona de forma expresa el aumento del capital pendiente y el plazo de pago del nuevo préstamo o crédito (art. 19.4 de la Ley 2/2009).

2. Con carácter previo al contrato ha de suministrarse por escrito o en cualquier soporte de naturaleza duradera que permita la constancia, conservación, reproducción y acceso a la información y de la fecha de recepción de la misma por el consumidor, determinada información que tiene carácter vinculante (art. 20.2 de la Ley 2/2009) relativa a la empresa; entre ella, los datos del registro de la empresa (conforme a la Ley 2/2009) y la póliza de seguro de responsabilidad civil o aval y entidad aseguradora o de crédito con la que se haya contratado [art. 20.1 a)] y al servicio de intermediación ofrecido. En concreto, además de describir las principales características de los contratos de intermediación [artículo 20.1]:
 - Habrá de indicarse el precio total que debe pagar el consumidor a la empresa por el servicio prestado, con inclusión de todas las comisiones, cargas y gastos, así como todos los impuestos pagados a través de la empresa o, cuando no pueda indicarse un precio exacto, la base de cálculo que permita al consumidor comprobar el precio.
 - En su caso, la indicación de que pueden existir otros impuestos o gastos que no se paguen a través de la empresa o que nos los facture ella misma. No obstante, si estos gastos fueran causados por entidades o personas designadas por la empresa deberá hacerse constar cuáles son y su cuantía.
 - Las modalidades de pago y su ejecución.
 - Si se propone la agrupación de préstamos o créditos en uno solo, habrá de informarse sobre la TAE y las características esenciales del préstamo o crédito propuesto y su comparación con los préstamos o créditos que se proponen agrupar, donde habrán de tenerse en cuenta, asimismo, todos los gastos y comisiones por el servicio de intermediación y todos los gastos y comisiones del contrato de préstamo o crédito propuesto.
 - También habrá de informarse sobre la existencia del derecho de desistimiento del contrato de intermediación, su duración y las condiciones y modo de ejercerlo.
 - Igualmente habrá de informarse acerca de cualquier derecho, distinto del de desistimiento, que puedan tener las partes para resolver el contrato anticipadamente o unilateralmente con arreglo a la legislación que resulte aplicable y a las condiciones del contrato, incluidas las compensaciones que pueda contener el contrato en este caso.
 - Los sistemas de resolución extrajudicial de conflictos a los que, en su caso, pueda acceder el consumidor y el modo de hacerlo.
 - La lengua o lenguas en que podrá formalizarse el contrato.
 - La legislación y tratamiento tributario aplicable al contrato.
 - Los requisitos que en el futuro puedan exigir las CCAA en el ejercicio de sus competencias.
3. De acuerdo con lo establecido en el artículo 21, el contrato ha de formalizarse por escrito o cualquier otro soporte duradero que permita su constancia, y se formalizarán tantos ejemplares como partes intervengan, debiéndose entregar a cada una de ellas su correspondiente ejemplar firmado. El documento contractual deberá contener de forma

explícita y clara al menos el contenido relativo a la información previa al contrato especificada en el artículo 20.

Como indicamos en un epígrafe anterior en relación con las obligaciones de información establecidas en la contratación de créditos hipotecarios regulados por la Ley 2/2009, el incumplimiento de las obligaciones de información establecidas a cargo de la empresa intermediaria financiera tendrá consecuencias en cuanto a la validez del contrato, a su integración o la aplicación de la condición más beneficiosa ofrecida al consumidor durante cualquier momento de la formación del contrato (cfr. art. 20.3 de la Ley 2/2009). Una excepción es preciso hacer con respecto a la omisión o defectuosa información relativa al derecho de desistimiento, pues de acuerdo con lo establecido en el artículo 71.3 LCU, la consecuencia de ello es la ampliación del plazo que el consumidor tiene para desistir.

4.2. La protección sustantiva del usuario de servicios de intermediación financiera

De acuerdo con lo establecido en la Ley 2/2009, el consumidor de estos servicios tiene reconocidos los siguientes derechos:

- A exigir que el contrato se formalice en la misma lengua en la que se le ha ofrecido la información previa a la contratación a la que se refiere el artículo 20 de la Ley [cfr. art. 20.1 c) 4º].
- Derecho de desistimiento al menos en los catorce días naturales siguientes a la formalización del contrato de intermediación, sin alegación de causa alguna y sin penalización (art. 21.2).
- A no pagar ninguna retribución si contrata con intermediarios que trabajen en exclusiva para una o varias entidades de crédito u otras empresas (art. 22.1), en el sentido definido en el artículo 19.3.
- A pagar exclusivamente la retribución pactada mediante documento en papel u otro soporte duradero cuando el consumidor haya contratado con empresas independientes (art. 22.2), en el sentido indicado en el artículo 19.3.
- A diferencia de lo que sucede, por ejemplo, con los corredores de seguros (cfr. art. 15.2 de la Ley 9/1992), el usuario de servicios de intermediación financiera tiene derecho a no pagar al intermediario el precio o los fondos que constituyan el contrato principal objeto de intermediación (art. 22.3), ipso facto existe el riesgo de que estos bienes desaparezcan²⁵!
- A que se le ofrezcan productos ajustados a las necesidades financieras que haya manifestado al intermediario (art. 22.4)
- A recibir al menos tres ofertas vinculantes de entidades de crédito u otras empresas (art. 22.4).
- A recibir asesoramiento sobre las condiciones jurídicas y económicas de las ofertas que se le hagan (art. 22.4).
- A recibir la información que resulte exigible por la normativa específica sobre el contrato o contratos de préstamo o crédito que se le ofrezcan (art. 22.5).

La Ley no ha regulado todos los aspectos de este contrato de intermediación. En concreto, queda sin determinar un aspecto fundamental de este contrato, cual es el relativo al devengo de la retribución pactada, tan sólo exigible en el caso de los intermediarios independientes (art. 22.1 y 2). No dispone la Ley si el consumidor habrá de pagar los honorarios pactados aunque finalmente el consumidor no logre

²⁵ Cfr. SAP Madrid 4 abril 2000 (AC 2000, 1767).

celebrar el contrato principal de financiación con ninguna entidad. Se trata de determinar si el consumidor debe retribuir al intermediario la sola actividad pregestoria o si, por el contrario, como sucede en la mediación inmobiliaria, el cliente sólo ha de retribuir al intermediario si la mediación es eficaz por haberse celebrado el negocio principal o, por lo menos, haber obtenido el compromiso firme del financiador tercero de celebrar el negocio, aunque con posterioridad el mismo no llegue a celebrarse por motivos ajenos a la voluntad del mediador²⁶. Nos parece que la misma solución se impone a la luz de la descripción de las prestaciones de este contrato que se efectúa en los artículos 1.1 a) y 22.4 de la Ley, conforme al primero de los cuales el intermediario se obliga a la presentación, propuesta o realización de trabajos preparatorios para la celebración de contratos de financiación que, según concreta el artículo 22.4, consistirán en al menos tres ofertas vinculantes de entidades de crédito u otras empresas que, lógicamente, habrá de ajustarse a las necesidades que haya manifestado el consumidor (cfr. art. 22.4)²⁷.

Tampoco precisa la Ley si el consumidor podrá desistir del contrato con posterioridad al plazo de 14 días posteriores a la celebración del mismo, aunque este desistimiento dé lugar a alguna retribución a favor del intermediario. Así lo creemos, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1733 CC. De este modo, la única singularidad de la Ley 2/2009 en este punto consistiría en la que durante el plazo legal de desistimiento hay revocabilidad sin penalización. Por otra parte, como es obvio el consumidor también puede resolver el contrato por incumplimiento del intermediario²⁸.

Por lo demás, el contrato está limitado por el régimen de cláusulas abusivas establecido en la LCU, por ejemplo, son nulas las cláusulas de sumisión expresa²⁹.

²⁶ Cfr. sobre la mediación inmobiliaria, entre muchas otras, SSTS 16 abril 1952 (RJ 1952, 822), 10 octubre 2002 (RJ 2002, 9975), 10 octubre 2001 (RJ 2001, 8733), 10 octubre 2007 (RJ 2007, 7406).

²⁷ En la SAP Córdoba 25 julio 2008 (LA LEY 238763\2008), la AP estima que no hay derecho a la retribución cuando la sola intermediación no es suficiente para la celebración del contrato, que finalmente tiene lugar por la intervención de un tercero. Cfr. también la SAP Lugo 12 junio 2003 (LA LEY 104115\2003).

²⁸ Cfr. SAP Valencia 5 julio 2006 (AC 2006, 1611).

²⁹ Cfr. SAP Valencia 5 julio 2006 (AC 2006, 1611).