

INTRODUCCIÓN A LA “NUEVA LEY HIPOTECARIA”

*Angel Carrasco Perera**
Catedrático de Derecho Civil
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 15 de marzo de 2019

No sabemos todavía cuando tiene previsto la presidencia de este Gobierno en funciones mandar al BOE la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario aprobada finalmente por el Congreso el 21 de febrero de 2019.

Esta heteróclita ley, de larguísima tramitación parlamentaria por causa de tormentas políticas conocidas, que ha acabado pasando por las manos gubernamentales de la derecha y de la izquierda, y que al final parece ser obra de todos y de nadie, es la que nos compete comentar en esta obra. ¡Qué de cosas han entrado y salido de su texto a lo largo de estos años de peregrinaje! De suerte que se podría decir que finalmente devino una especie de ley de todas las cosas y de ninguna en particular. Su proceso atormentado de gestación, ayudado por una general confusión de ideas sobre lo que procede o conviene hacer, puede ilustrarse con el siguiente caso.

Como es sabido, *todo empezó por la cláusula suelo*, cuya sombra ha ido haciéndose progresivamente más alargada. De la cláusula suelo el legislador, jaleado por una turbamulta de *supporters*, pasó al culto de la transparencia. La *transparencia* ha sido el discurso y el fetiche universal de cuantas voces han encontrado eco en el texto de esta norma. Pero al final, parece, no nos creemos muy bien lo de la transparencia (yo, de hecho, nunca lo he creído), porque, después de elaborar un prolijo y ridículo andamiaje para entronizar la transparencia, al final quedamos en *prohibir sin más* la cláusula suelo (art. 21.3 LCCI), como si no estuviéramos muy seguros que con el aparataje legal pudiéramos de hecho conseguir *validez de la cláusula por medio de la transparencia*. Y así pasa con otras cláusulas muy importantes del crédito hipotecario, que se regulan imperativamente sin más fuera del contexto de la transparencia. No sé qué otras cláusulas quedan a las que se pueda aplicar la novísima metodología de la transparencia. Esta es

* <https://orcid.org/0000-0003-3622-2791>



una pretendida ley de transparencias, pero al final ha acabado siendo en su sustancia una ley de imperatividad de preceptos normativos materiales.

Es seguro que quienes han pilotado finalmente la nave de la LCCI hasta el BOE desconocen menudencias y razones del texto legal que estaban presentes desde el comienzo y que sólo tienen una explicación en el fondo de nuestra realidad jurisprudencial previa a la ley y que sólo pueden tomarse de la memoria del legislador histórico. Pongo a prueba. ¿Quién sabe en el último Gobierno cuál es la explicación del extraño precepto contenido finalmente en el art. 24.2 y que ha pasado sin alteración por todas las fases del proceso? ¿Qué sentido tiene la ociosa (aparentemente) redundancia del art. 25.2, según la cual “las reglas relativas al interés de demora contenidas en este artículo no admitirán pacto en contrario”?

Esta ley *batiburrillo* no es ni acierta a ser siquiera una ley de consumidores que adquieren vivienda con hipoteca, y se multiplican escenarios asombrosos, como el de personas físicas prestatarias no consumidores, deudores que son sociedades comerciales cuando el préstamo está garantizado a título personal, lo que arrastra a una diabólica determinación del campo de aplicación de las más importantes normas de esta ley (cláusulas suelo, préstamos vinculados, vencimiento anticipado, etc). De hecho, incluso, las modificaciones operadas en la Ley Hipotecaria no tienen ninguna restricción consumerista de su supuesto de hecho, con resultados sorprendentes (como por ejemplo la regla de la tasación de la finca en la hipoteca de ejecución extrajudicial que no es hipoteca de vivienda). Como esta ley no es tampoco en sentido estricto una ley de hipotecas sobre vivienda habitual, se plantean enojosos problemas de aplicación de la misma cuando un préstamo no hipotecario es objeto de una novación objetiva o cuando se pretende aplicar la batería normativa de la transparencia en supuestos distintos de los préstamos hipotecarios al consumo, que es matar moscas a cañonazos.

Oficialmente, la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario pretende ser y se presenta como la transposición española de la Directiva 2014/17. Más aún, según escribe un economista experto, su objetivo es “devolver a los contratos hipotecarios en España la seguridad jurídica que estos han perdido durante los últimos años”¹. Y ciertamente no hay en aquella ninguna prescripción que claramente contradiga el articulado de la norma europea, al menos sensiblemente, con más razón cuando la Directiva no es una norma de máximos. Pero la Ley no es en rigor una transposición ni de las “preocupaciones” de la Directiva ni de sus instituciones. Es una Ley hecha para la praxis española y determinada por los *demonios* históricos del pasado hipotecario español, que toma la Directiva como mera ocasión para producir la enésima reforma del sistema de crédito inmobiliario. De

¹ GARCÍA MONTALVO, *Algunas consideraciones sobre la nueva ley hipotecaria*, Instituto de Estudios Económicos, 2017, pág. 11.



hecho, las “preocupaciones” de la Directiva no son las preocupaciones españolas. Aquí tiene poca importancia el listado de requisitos de información de la Directiva, porque *nuestro* problema era y es el de la transparencia material y el de ciertas cláusulas abusivas, que en la Directiva a veces ni se citan, y el de la integración de las cláusulas hipotecarias abusivas. Aquí no importan ni el derecho de desistimiento de los contratos, ni la preocupación europea por la “tolerancia ejecutiva”, ni el estatuto de los asesores dependientes o independientes, ni el larguísimo régimen normativo de los “intermediarios” entre bancos y clientes, ni las normas de conducta postcontractual, ni la hipoteca multidivisa a que se refiere la Directiva; ni de hecho tampoco la evaluación de la solvencia, que ya está introducida en España para el crédito hipotecario en 2011 y ha pasado hasta ahora sin pena ni gloria, y probablemente sin efectividad real. Aquí importan los Notarios, la transparencia material, las “explicaciones” dadas al consumidor, la abusividad de ciertas cláusulas, la potestad sancionadora, la integración de lo nulo. El “invento” de la FEIN ya estaba anticipado en nuestra FIPER de 2011, sin que ello haya servido para detener el desbarajuste jurisprudencial sobre nulidades y abusividades. La verdad es que nuestra Ley se parece muy poco en lo sustancial a otras normas nacionales de transposición, más fieles a la guía de la Directiva sólo porque parece que estas jurisdicciones no tenían problemas “reales” e idiosincráticos con las hipotecas al consumo. Incluso la determinación del ámbito de aplicación de nuestra norma es más atormentado y complejo que el de la Directiva. Nosotros hubiéramos querido hacer una ley que asegurara frente a los jueces españoles la satisfacción del requisito de transparencia y no abusividad de ciertas cláusulas o figuras hipotecarias, y atormentadamente lo hemos intentado aquí y allá, sin reparar que este cometido era de imposible cobertura por la Directiva 2014/17 y que tampoco lo hace posible la Directiva 1993/13, porque el concepto de transparencia material y el de abusividad son categorías autónomas del Derecho de la Unión que los legisladores nacionales no pueden fijar en normas incontrastables “al abrigo de los jueces” (españoles). Desde luego, no hemos pretendido favorecer algo así como el mercado interior de los préstamos inmobiliarios al consumo, sino encarar nuestros problemas históricos en una forma que ha hecho nuestra regulación inexportable y las legislaciones hipotecarias europeas incapaces de pasar el filtro de reconocimiento por nuestra *lex rei sitae*. La Directiva ni pretendió ni excluye la eclosión de una especie de eurohipoteca, pero ciertamente la ley española elimina toda perspectiva armonizadora.

Más allá de las consideraciones anteriores, es incluso evidente que la Directiva ya nació “corta” para las necesidades o para las urgencias españolas. Con la excepción, acaso, de la regulación de los contratos vinculados, todo el aporte de la Directiva queda atrás o más allá del círculo de nuestras preocupaciones; y la norma de contratos vinculados (abstrusa e hipócrita) no es precisamente de las que se han hecho para defender al consumidor. En realidad, la Directiva es un producto jurídico sin valor para España, toda vez que el grueso



de su artillería normativa estaba adelantada por la Orden EHA 2899/2011, que en algunos aspectos es más perfecta y protectora que la propia Directiva, y que no ha servido para controlar la litigiosidad y el ruido. Y tristemente nos daremos cuenta de la insustancialidad de la Directiva en el futuro inmediato, porque, hasta ahora, tanto políticos como difusores mediáticos han estado jugando con la falacia o con el error de que nuestros problemas se acabarán cuando definitivamente “cumplamos” la Directiva. Predicciones de necios.

Nuestra Ley participa de otros defectos que esta vez son comunes – siquiera agravados en nuestro caso- con la Directiva. Me refiero a la obsesión con conseguir una imposible protección por medio del incremento continuo de información a proveer por la contraparte. El incrementalismo informativo es una tentación irresistible del legislador y obedece a una lógica de apariencia de protección conseguida a coste casi cero, por lo que nadie está interesado en representarse cuán cercano es siempre el umbral a partir del cual la información precontractual empieza a tener una rentabilidad marginal decreciente². Es ya un vicio del Derecho de consumo comunitario, que tuvo su momento más encumbrado en la Directiva 2011/86 y que se repite en ésta. No se considera que existe un límite a la capacidad natural del cliente para asimilar la información que se le da y que esta limitación es racional, a juzgar por los elevadísimos costes que supondría para el cliente deglutir esta información que, por demás, no le reporta una ventaja correspondiente a su coste. La propia FEIN, como lo era la FIPER, es ya un volumen de información excesivo, ante la que el cliente reaccionará, como es lógico, no leyéndola, o solicitando un resumen de la FEIN y luego un resumen del resumen. Porque si el contrato de hipoteca requiere una FEIN que lo resuma, la FEIN requiere con seguridad una especie de “resumen del folleto”, que seguramente requerirá otra reducción hasta que lleguemos – como en el sector financiero- a un escueto “documento de datos fundamentales”. En nuestro caso este vicio es más dañino. Porque el legislador no parece dar importancia a que el consumidor no “compra hipotecas”, sino casas que están gravadas con una hipoteca. No sólo la hipoteca es para el consumidor un instrumento de un objetivo más primario, sino que en la ilusión que seguramente le produce la adquisición de su primera o de una nueva casa no hay espacio para una cura de racionalidad provocada por un examen de riesgos de la hipoteca. El natural optimismo del que se muda de casa es siempre más fuerte que la consideración racional que descuenta debidamente los futuros. Es absurdo que el legislador obligue a incluir escenarios de riesgos futuros en los que el cliente puede verse expuesto a no poder pagar la vivienda, porque ya como comprador sin crédito tiene riesgos aún más pavorosos – la posibilidad de un 50% de divorcio que afecta a todos los matrimonios españoles- que el comprador nunca descuenta porque en su natural

² Es ya inabarcable literatura académica (jurídica, económica, psicológica) que pregona el fracaso de la información precontractual imperativa. Por todos, cfr. BEN-SAHAR /SCHNEIDER, *The Failure of Mandated Disclosure*, University of Pennsylvania Law Review 159, 2011, pags 647-749.



optimismo irracional piensa que esas cosas les pasan a otros. Si no determina su consentimiento en modo alguno por la consideración de este riesgo, menos lo hará en consideración otros riesgos que pertenecen a la parte fea (hipoteca) de la transacción.

Es probable que también por otra razón la ley llegue tarde. Nos acercamos a una nueva burbuja inmobiliaria. La antigua fue ofuscada en España por el falso mito de la transparencia y se llegó a pensar que más transparencia contractual era la medicina. Pero como lo inauténtico no sobrevive mucho, la nueva realidad (lo “real”) de las hipotecas, que se impone, es la del problema de crisis habitacional que se produce por las ejecuciones por impago. Una profusa legislación autonómica – progresivamente declarada nula por el Tribunal Constitucional- está acreditando que este es el problema de las hipotecas al consumo en España. En otras palabras, que es una errónea perspectiva problematizar el Derecho de las hipotecas en España como una incumbencia que sea propia del *Derecho de contratos*, o que la perfección del sistema de contratación pueda paliar una masiva morosidad.