

VINCULACIÓN PROHIBIDA CON EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO: CINCO SUPUESTOS DUDOSOS*

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

Fecha de publicación: 17 de junio de 2019

El art. 17 de la Ley 5/2019 es una de las normas más difíciles de la nueva ley. Porque utiliza términos técnicos contractuales complejos que el legislador no sabe manejar y porque finalmente no se adivina cuál es la regla y cuál la excepción.

El misterio de la prohibición de vinculación contractual

Esta semana pasada ha entrado en vigor la Ley 5/2019, y más que nunca se justifica que sigamos hablando de ella. Yo quiero dedicar estas líneas al régimen de los contratos vinculados del art. 17. No voy a explicar en detalle la regulación, que ya se ha hecho por otros, ni representar los problemas interpretativos de toda clase que la norma suscita. Voy a deliberar sobre un extremo hasta ahora no cuestionado por los comentaristas y que tendría que ver con una cuestión, que bien considerada, sería previa a cualquier otra digresión.

Cinco supuestos prácticos

La duda me viene por haberme representado cinco supuestos prácticos ordinarios en los préstamos hipotecarios que, sorprendentemente, no tienen respuesta lógica en esta norma. (1) ¿Puede vincularse al préstamo un contrato de apertura de crédito *revolving* en tarjeta de crédito expedida en favor del prestatario? (2) ¿Puede el banco exigir como condición que el prestatario domicilie en el banco sus recibos? (3) ¿Puede el banco subordinar la

* Trabajo realizado en el marco del del Proyecto de Investigación PGC2018-098683-B-I00, del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (MCIU) y la Agencia Estatal de Investigación (AEI) cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) titulado “Protección de consumidores y riesgo de exclusión social” que dirijo con la profesora Encarna Cordero.

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



firma de la hipoteca a que ciertos familiares del prestatario afiancen solidariamente el crédito? (4) ¿Puede el banco ofrecer una hipoteca inversa de la que forma parte imprescindible un seguro vitalicio de rentas (prescindimos ahora de que la hipoteca inversa no esté sometida a la Ley 5/2019)? (5) ¿Puede el banco exigir la contratación de un seguro multirriesgo hogar que, además de los riesgos de daño en la vivienda, cubran también la eventual responsabilidad civil del propietario frente al terceros, cuya actualización mermaría recursos para el pago del préstamo? Son cinco cuestiones de libro, que, a juzgar superficialmente, están respondidas *negativamente* de modo *implícito* por la norma, porque no han sido exceptuadas de la prohibición universal del art. 17.1. ¿Pero puede tener esto algún sentido? ¿Tiene sentido que la ley permita al banco vincular al préstamo un seguro de amortización de crédito y que no permita esto otro? Como algo no funciona en la primera interpretación que todos habíamos realizado (superficialmente) del precepto, creo preciso volver al inicio de toda reflexión sobre el art. 17 de la Ley y empezar por preguntar: *¿pero de qué va esta norma?*

La descripción legal del tipo de vinculación prohibida

El apartado 25 del art. 4 de la Ley define el supuesto de hecho del art. 17 de la siguiente manera: «*Prácticas de venta vinculada*»: *toda oferta o venta de un paquete constituido por un contrato de préstamo y otros productos o servicios financieros diferenciados, cuando el contrato de préstamo no se ofrezca al prestatario por separado.*

Las dos normas hablan indistinta y atécnicamente de “prácticas de venta” (vinculadas), de “paquetes”, de “productos”, de “contrato vinculado”, de “productos o servicios”. El componente técnico jurídico que define el supuesto es, con todo, que “no se ofrezcan al prestatario por separado”. Es decir, que la contratación del préstamo requiera del prestatario que al mismo tiempo “compre” otro producto o servicio, en otras palabras, que exista una cláusula (en algún sitio, puede ser en un tercer contrato) o una “práctica puramente fáctica” (“lo tomas o lo dejas”) de *vinculación*. Pero es torpe referirse a la vinculación, como que los productos “no se presentan por separado”. Porque los productos vinculados siempre se presentan por separado. Más aún, sin ninguna dificultad es posible para el cliente adquirir el producto o servicio accesorio sin necesidad de concertar un contrato de crédito hipotecario. Notable consecuencia, que ya damos por adelantada. *Si existiera un “paquete cerrado” (“esto va siempre con esto otro”) o un pack de unidades mínimas (los yogures sólo se venden en paquetes de cuatro, al menos) no existiría práctica de venta vinculada.* No ya porque ni siquiera habría un *contrato* vinculado a otro principal, sino porque ni siquiera se podría comprar el producto accesorio separado del “principal”.

Antes de seguir, vamos a ilustrar sumariamente la estructura del art. 17 de la Ley, que después complementaremos con un breve contraste con la Directiva 2014/17.

El art. 17 de la Ley tiene una estructura atormentada, consecuencia necesaria de tratarse de un precepto de estrategia hipócrita. El objetivo primero de esta norma es satisfacer al lobby de banca seguros para que puedan venderse con las hipotecas seguros de amortización. Lo demás es residual. De ahí la estructura atormentada del precepto. Porque la norma quiere presentarse en sociedad más bien como una prohibición que como una concesión.

La norma se construye sobre cuatro niveles lógicos. Primero, como regla, quedan prohibidas las prácticas de venta vinculada. Segunda, como excepción a la regla, la autoridad competente podrá autorizar prácticas vinculadas que “acarreen un claro beneficio para el prestatario”. Tercera, como excepción a la excepción: sin necesidad de probarse que exista un claro beneficio para el prestatario, la autoridad financiera puede aprobar una serie o lista de “productos” financieros que sirvan de soporte operativo o garantía a las operaciones del préstamo; estos “productos” han sido determinados por la Orden 482/2019, y me refiero luego a ellos. Cuarta, como nueva excepción a la regla, y a su vez independiente de la excepción primera y de la excepción a la excepción primera, son válidos los contratos vinculados que consistan en seguros de amortización del préstamo y en seguros de daños del inmueble. Por tanto, son incuestionablemente válidos los contratos vinculados de seguro de amortización y de seguro de daños. Lo otro ya se verá. Después de la Orden del 2019, son también incuestionablemente válidas las modalidades de “garantía” a las que luego me refiero.

La Directiva

Consideremos ahora si la Directiva 2014/17 nos puede ofrecer claves interpretativas adicionales. Es de importancia una excepción a la prohibición, que se contiene en la frase inicial del Considerando 25, y que no ha sido recogida en la norma española: no debe permitirse la práctica de venta vinculada “a no ser que el servicio o producto financiero ofrecido junto con el contrato de crédito no pueda ofrecerse por separado *al constituir una parte del crédito integrada en el mismo*, como por ejemplo en los casos de descubiertos garantizados”. El supuesto exento no ha pasado, sin embargo, al art. 12 de la Directiva. Pero sí se contiene una excepción a la prohibición adicional a la expuesta en el apartado 4 de la norma española, y conforme a ella los Estados miembros podrán autorizar al prestamista para exigir al consumidor o un miembro de su familia “abrir o mantener un producto de inversión o un producto de pensión privada”, que ofrezcan al

inversor “unos ingresos tras su jubilación (que) sirvan también para ofrecer una seguridad adicional al prestamista”.

“Productos”

Si eliminamos la locución callejera de “prácticas de ventas vinculadas”, que contiene sólo una descripción social, nos quedan “productos” y “contratos”. “Productos” son, parece, *activos patrimoniales* que advienen accesoriamente al patrimonio del prestatario por medio de un contrato vinculado. Los “seguros” del apartado 3 son activos, aunque en el primer caso el asegurado sea el banco, destinatario de la indemnización; en este caso se trata de un activo patrimonial del tomador que, a pesar de ello, no comporta incremento de su patrimonio actual ni futuro. Se podría decir incluso que el seguro de amortización del que el prestatario es tomador no asegurado es puro pasivo. Pero sigue respondiendo al predicado de “producto”. Los “ciertos productos financieros” del apartado 4 son ciertamente productos, porque son activos en el patrimonio del prestatario, aunque el activo sea un contrato (una permuta financiera de tipos: ¡no admitida expresamente en la Orden 482/2019, pero sí en el art. 17.5 b) de la Ley!) lo bastante aleatorio como para devenir puro pasivo. Desde luego, una tarjeta de crédito – no mencionada en el art. 17- es un “producto”.

A la lista de “productos” habilitada por el apartado 4, la Orden 432/2019 ha *añadido* “la apertura o el mantenimiento de una cuenta de pago o de ahorro, por parte del prestatario, su cónyuge, pareja de hecho, o un pariente por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado de parentesco, siempre que dicha cuenta tenga como única finalidad acumular capital para efectuar reembolsos del préstamo, pagar intereses del mismo o agrupar recursos para obtener el préstamo u ofrecer una seguridad adicional para el prestamista en caso de impago”. Digo *añadido* porque estas cuentas no son “productos financieros”, pero dejemos esta cuestión. Una cuenta de pago o de ahorro es un activo para el prestatario, porque comporta un crédito contra el depositario. Claro que la cuenta puede estar pignorada al banco, como da a entender la norma (“ofrecer seguridad adicional”), lo que sin embargo no deja de hacer de la cuenta un producto, aunque el verdadero “producto” es la prenda que adquiere el banco. En fin, de una manera u otra son “activos” del patrimonio del prestatario, pero que pueden no tener ningún valor patrimonial para él (seguro de amortización), que pueden convertirse enteramente en un pasivo (permuta de tipos de interés) o que de hecho el prestatario sólo titula como gravamen (cuenta pignorada).

¿Es un “producto” la fianza personal; lo es la “obligación de domiciliar recibos”? Algo nos dice que no. Pero entonces queda considerar ulteriormente si la norma del art. 17



prohíbe en general la vinculación *obligacional* de aquello que no es ni tan siquiera producto, o si, por el contrario, el art. 17 parte de un supuesto de hecho implícitamente delimitado a “productos”, dejando otro tipo de “vinculación” fuera del ámbito de aplicación de la regla. Parece que la tarjeta de crédito y el seguro de rentas vitalicias son “productos”. ¿Pero entonces por qué no se pueden vincular? Se responderá: porque no están afectos a servir de garantía suplementaria del préstamo, y el art. 17 sólo contempla de una forma u otra sólo productos que sirven de cobertura adicional del crédito hipotecario. Pero un seguro de rentas vitalicias, como reconoce la Directiva, está al servicio indirecto del aseguramiento del préstamo. Y una tarjeta de crédito no es de suyo un puro pasivo, sino un medio de crédito que el prestatario puede utilizar simplemente como medio de pago, si no quiere endeudarse haciendo uso del aplazamiento de las amortizaciones. Todavía más, podría imaginarse un escenario de hipoteca al consumo gestionada *on line* en la que los pagos de los plazos de amortización e intereses sólo se pudieran hacer por medio de una tarjeta de crédito, no necesariamente emitida por la entidad acreedora (como las “pólizas alternativas” del apartado 3).

“Contratos”

Las digresiones anteriores no nos permiten alcanzar luz definitiva sobre el alcance material de la regla prohibitiva del art. 17.1 de la ley. Vamos a intentar explorar la posibilidad que nos ofrece el segundo elemento del supuesto de hecho: “contrato (vinculado)”.

La reacción normativa a la vinculación prohibida es la nulidad de “todo contrato vinculado al préstamo” (art. 17.2). En consecuencia, la vinculación es cosa de “contratos”, o, al menos, lo es en tanto se trate de una vinculación afectada por el régimen prohibitorio del art. 17. Cualquier otra “vinculación” sería *praeter legem*, lícita, en principio. No es de esencia de toda vinculación jurídica que se refiera a contratos como su supuesto, como puede comprobarse por la prohibición del art. 89.5º LGDCU (“Los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación”) o del art. 89.4º LGDCU (“La imposición al consumidor y usuario de bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados”). Pero el caso del art. 17 parece limitado a supuestos en que se vinculan contratos.

Esta primera impresión puede cuestionarse a tenor del segundo inciso del art. 17.2. Se manifiesta ahora el precepto sobre “la nulidad de las cláusulas del contrato de préstamo que afecten a productos vinculados”. Es decir, cabría que el producto vinculado entrase



en la relación obligatoria por medio de una “cláusula” del propio contrato de préstamo, y no por un contrato separado, y procedería entonces la nulidad de la cláusula afectada. Imaginemos, empero, que esta última interpretación es correcta y que el concepto de “producto” se califica en términos laxos. Ilustremos la cosa. El contrato de préstamo hipotecario contiene una obligación “accesoria” de domiciliar recibos en el banco, de realizar los pagos por medio de una tarjeta de crédito expedida por el banco o por otra entidad “alternativa” (recuérdese, “póliza alternativa”), de asegurar la responsabilidad civil extracontractual del prestatario, de asegurar su vida en un contrato en favor de sus descendientes (no se trata de un seguro de amortización), de no alquilar la vivienda, de presentar cada tres meses una fe de vida, de no dedicar la vivienda a actividades profesionales, etc. En un cierto sentido, toda obligación que se incluye en el contrato y que no es contenido natural de ese contrato (es decir, que no existiría en defecto de pacto) es un “producto” o “servicio” que se *vincula* a la prestación principal, que es la devolver el préstamo.

En mi opinión, este desmesurado alcance de la prohibición no puede estar cubierto por el art. 17 de la ley. No se trataría entonces de una prohibición de vinculación, sino de contenidos contractuales prohibidos. Y con esto concluimos este punto sosteniendo que *la nulidad del art. 17.2 no puede predicarse del contenido obligatorio pactado del contrato principal, siempre (al menos) que este contenido no requiera de un contrato vinculado para hacerse eficaz.*

Pero en el muestrario anterior hay dos casos que sí se refieren a un “servicio” o “producto” accesorio que tiene que venir arrastrado por medio de un nuevo contrato: el seguro de responsabilidad civil, el seguro de vida en favor de descendientes; cualquier otro seguro. Observemos que no es necesariamente el caso de la obligación de pago por tarjeta de crédito.

Creemos que el art. 17.2, segundo inciso, se refiere a estos casos, en los que el contrato principal contiene una cláusula obligatoria (“deberá concertar un seguro de responsabilidad civil”) que, al arrastrar necesariamente la celebración de un nuevo contrato, es, además de una obligación contractual del prestatario, también una cláusula de vinculación. Esta cláusula es la que devendría nula, sin arrastrar la nulidad del préstamo en su conjunto.

CONCLUSIÓN: SOBRE LOS CINCO SUPUESTOS PROBLEMÁTICOS

Mucho más se podía escribir sobre la cuestión que nos ocupa. Pero en este trabajo sólo he pretendido dar respuesta al cuestionamiento que cinco supuestos de la vida ordinaria me producen sobre el alcance de la prohibición del art. 17 de la Ley 5/2019.

1. *No está prohibida ninguna “vinculación” que se articule por medio de una cláusula obligacional del contrato principal y que no requiera de la intermediación de un contrato accesorio.*
2. *Lo anterior tiene que ver con la cláusula de domiciliación de recibos o de pago por medio de tarjeta.*
3. *Pero también con una fianza personal de familiares pactada en el mismo contrato de crédito, porque la cláusula de fianza no requiere un contrato vinculado de fianza.*
4. *No está prohibida ninguna vinculación que comprenda un pasivo puro con carácter accesorio, venga o no arrastrado por un contrato independiente. Los pasivos puros no son productos. Una vez más la fianza.*
5. *No están prohibidas las garantías reales mobiliarias suplementarias de ningún tipo, una vez que la Orden 482/2019 ha admitido la vinculación de pignoraciones de cuentas y depósitos bancarios, propios y de familiares.*
6. *Si están admitidas vinculaciones de garantías reales prestadas por terceros, por razón mayor tiene que admitirse la fianza de terceros.*
7. *El art. 17.1 no contiene una regla prohibitiva. Se trata de una norma simplemente estratégica, porque el contenido de la prohibición sería marginal, si se compara con el contenido expresamente convalidado. Al no responder la prohibición a una ratio legis, tampoco puede servir como regla residual.*
8. *Lo prueba el apartado 5 b) del art. 17 (“productos de inversión”), que propiamente se refiere a un supuesto que no está cubierto expresamente por ninguna de las reglas permisivas, pero que se supone válido.*
9. *No puede estar prohibido un seguro multirriesgo en el que, además del aseguramiento del daño, se asegure la responsabilidad civil extracontractual del prestatario.*



10. *No tiene sentido prohibir -y por eso no está prohibido- ningún seguro que refuerce la capacidad del pago del deudor hipotecario, aunque no se trate de seguros de amortización cuyo beneficiario sea el acreedor hipotecario. Más aún, si existiese una ratio para la prohibición, sería mayor en el segundo caso que en el primero.*
11. *Estaría afectada por la prohibición legal la práctica o conducta que impone al prestatario el deber de contratar un contrato de crédito en tarjeta de crédito. La razón es ésta: porque esta exigencia sólo tendría sentido comercial si la entidad impone la exclusividad de su tarjeta, sin permitir productos “alternativos”, ya que de esta otra forma la entidad no gana nada. Pero por eso mismo el contrato vinculado está prohibido.*
12. *Pero no es una vinculación prohibida la cláusula contractual que obliga a pagar por medio de tarjeta de crédito.*
13. *Un producto es vinculado aunque el “contract maker” afirme y pruebe que la prestación accesoria es esencial para la concepción del producto financiero en cuanto tal, siempre que, por otro lado, este productor de diseños contractuales siga ofreciendo por separado la prestación accesoria: la vinculación de un crédito en hipoteca inversa con un seguro de rentas vitalicias es una vinculación prohibida. Hay que dejar que sea el prestatario el que se decida por el nivel de cobertura de su riesgo futuro. El “diseño de producto” no afecta a la prohibición de vinculación.*