



*Documentos de Trabajo del Departamento de
Derecho Mercantil*

2012/58

junio 2012

**LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN EL MERCADO HIPOTECARIO: CAMBIO
DE PERSPECTIVA EN UN SISTEMA FINANCIERO EN CRISIS**

María Ángeles Alcalá Díaz

Departamento de Derecho Mercantil. Facultad de Derecho.
Universidad Complutense.
Ciudad Universitaria s/n.
28040 Madrid
00 34 -913 94 54 93
E-mail autor: angeles.alcala@uclm.es
<http://www.ucm.es/centros/webs/d321/>

*Documento depositado en el archivo institucional EPrints Complutense
<http://eprints.ucm.es/>
Copyright © 2012 por el autor*

**LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN EL MERCADO HIPOTECARIO:
CAMBIO DE PERSPECTIVA EN UN SISTEMA FINANCIERO EN CRISIS**

**MARÍA ÁNGELES ALCALÁ DÍAZ
PROFESORA TITULAR DE DERECHO MERCANTIL
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA**

Resumen: En plena expansión del mercado hipotecario, junto a la transparencia e información como sistema de protección del contratante de préstamos y créditos hipotecarios, las reformas legales se orientaron a la agilización y flexibilización de la contratación. Con la crisis del mercado hipotecario, ha cambiado la perspectiva del legislador que ha reforzado los deberes de información y transparencia, junto a la previsión de instrumentos preventivos de la ejecución hipotecaria y una protección específica del consumidor cuando ésta es inevitable. La vigencia de normas dictadas en momentos distintos del mercado hipotecario provoca descoordinación e incoherencia en su aplicación práctica.

Palabras clave: créditos hipotecarios, protección del consumidor, agilización, crisis, mercado hipotecario, información, transparencia, ejecución hipotecaria, reestructuración de la deuda, quita, dación en pago, descoordinación normativa.

Abstract: In a booming mortgage market, along with transparency and information as protection mechanisms of the contractors of loans and mortgages, legal reforms were aimed at speeding up and a more flexible hiring of the mentioned mortgages. With the mortgage crisis the perspective of the legislator has changed, in the sense of strengthening the duties of information and transparency, together with the forecast of preventive tools related to foreclosure and a specific protection of consumers when this one is unavoidable. The validity of regulations issued at different times of the mortgage market causes an uncoordinated and incoherent practical application of these norms.

Key words: mortgage credit, consumer protection, speeding up or facilitation, crisis, mortgage market, information, transparency, foreclosure, debt restructuring, removes, dation in payment, lack of coordination in regulation.

I.- PLANTEAMIENTO: CAMBIO DE PERSPECTIVA DEL LEGISLADOR COMO CONSECUENCIA DE LA EVOLUCIÓN DEL MERCADO HIPOTECARIO.....	4
II.- ANTECEDENTES ECONÓMICOS Y JURÍDICOS. LA PROTECCION DEL DEUDOR HIPOTECARIO EN UN MERCADO EN EXPANSIÓN.....	5
A) Antecedentes legislativos. Transparencia e información precontractual como instrumento de protección del mercado hipotecario y de los potenciales deudores hipotecarios.....	5
B) La Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo de Regulación del Mercado Hipotecario: entre la transparencia y la desregulación.	7
C) Normativa específica de protección de los consumidores: 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 contratos de préstamo o crédito.	12
II.- LA PROTECCIÓN DEL DEUDOR HIPOTECARIO EN UN MERCADO EN CRISIS.....	16
A) La Orden EHA/2899/2011, de 29 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios: refuerzo de la información precontractual, estandarización de la información y control notarial	16
B) La protección del deudor con dificultades para el pago de la hipoteca. La Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos.	
1. Protección del deudor en la ejecución hipotecaria.....	21
2. Mecanismos preventivos de la ejecución hipotecaria: reestructuración, quita y dación en pago.	26
III.- PROBLEMAS DE APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA NORMATIVA SOBRE PROTECCION DEL CONSUMIDOR-DEUDOR HIPOTECARIO	30
A) Marco regulatorio divergente sobre información precontractual en función de la naturaleza de la empresa concedente del crédito.....	30
B) El problema del control sobre cláusulas abusivas en contratos de préstamos y créditos hipotecarios.....	36

I.- PLANTEAMIENTO: CAMBIO DE PERSPECTIVA DEL LEGISLADOR COMO CONSECUENCIA DE LA EVOLUCIÓN DEL MERCADO HIPOTECARIO

La crisis del mercado hipotecario desencadenada en los últimos años y cuyas causas y consecuencias han sido profusamente abordadas desde distintos ámbitos, ha supuesto entre otras muchas cosas, un cambio sustancial de perspectiva de la legislación sobre créditos y préstamos hipotecarios en España, especialmente en relación con los instrumentos de protección del deudor hipotecario. Incluso respecto de la normativa dictada antes de la crisis del mercado hipotecario, se ha producido un cambio significativo de su interpretación jurisprudencial y doctrinal.

Dentro de los cambios experimentados por la legislación reguladora del Mercado Hipotecario en relación con los titulares de créditos hipotecarios destaca la sustancial modificación de los objetivos de política legislativa como se evidencia del análisis de diversas normas, entre las que destaca: la Ley 41/2007, de 7 de diciembre por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y de otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria; 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 contratos de préstamo o crédito; el Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativas; la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección de cliente de servicios bancarios y, por último, el Real Decreto Ley 6/2012 de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos.

De las normas mencionadas se evidencia un cambio de perspectiva del legislador ya que, en un primer momento dicta normas se orientaron a dinamizar y agilizar la contratación en el mercado financiero, dentro de un marco general de protección de la clientela de las entidades de crédito, con la previsión de una normativa específica de protección de quienes contratan créditos hipotecarios para la adquisición de la vivienda habitual. Posteriormente, si bien se refuerzan los mecanismos de información y transparencia, las reformas legales tienen como objetivo fundamental la flexibilización y reducción de controles. Por fin, las normas más recientes, promulgadas en plena crisis financiera y del mercado hipotecario, insisten en los instrumentos de información, pero se centran de una forma más acusada en el proceso de ejecución hipotecaria y en la protección del deudor sin recursos.

Sin embargo, la intervención legislativa con reformas parciales y la vigencia simultánea de distintas normas dictadas en marcos económicos diferenciados ha provocado una notable desconexión normativa cuya interpretación conjunta tiene como consecuencia la previsión de diferentes niveles de protección del deudor hipotecario, con base en la naturaleza de las empresas que operan en el mercado y no por la condición de consumidor del deudor. Este resultado puede apreciarse no sólo respecto a la protección derivada de las normas de transparencia e información precontractual, sino también respecto de la aplicación de la legislación general en materia de cláusulas abusivas. Este aspecto es la consecuencia de un proceso legislativo desordenado y descoordinado que ha provocado la superposición de normas legales y la desconexión de sus fines de protección.

II.- ANTECEDENTES ECONÓMICOS Y JURÍDICOS. LA PROTECCIÓN DEL DEUDOR HIPOTECARIO EN UN MERCADO EN EXPANSIÓN

- A) Antecedentes legislativos. Transparencia e información precontractual como instrumento de protección del mercado hipotecario y de los potenciales deudores hipotecarios.

Con la entrada en vigor de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario el legislador diseñó un marco regulatorio con el que respecto a la contratación de préstamos y créditos

hipotecarios a particulares, se centra en la previsión de normas de transparencia e información precontractual. Se quería dinamizar un mercado que apuntaba los primeros signos de expansión y constituía el sistema básico de financiación de la vivienda privada y uno de los elementos más importante del balance de las entidades de crédito.

Con la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las entidades de crédito, se insiste en estos fines de política legislativa y la información a la clientela de dichas entidades se consagra como una obligación de las entidades de crédito con carácter previo a la contratación de productos financieros, en general, aplicable también a los préstamos y créditos hipotecarios. Los principios consagrados en dicha Ley fueron objeto de un desarrollo posterior con la Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989 en la que de forma particular se insiste en la idea de dotar de transparencia a la contratación de productos financieros y en la necesidad de procurar una adecuada información precontractual a su clientela. Partiendo de este marco general, la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, concreta dichas obligaciones en relación con esta tipología contractual, señalando los aspectos que deben incluirse tanto en la información general al mercado como en la preparación de los contratos concretos con la clientela.

Transparencia e información precontractual se configuran en dicha Orden Ministerial como instrumentos de naturaleza y destinatarios diferentes, pero de efectos complementarios. Así, un conjunto de obligaciones que recaen sobre las entidades financieras se vinculan a la información al mercado con el objetivo de que las condiciones de los préstamos y créditos hipotecarios puedan ser conocidas y comparadas por los potenciales clientes. Por el contrario, la información precontractual no se dirige al mercado, sino al cliente concreto que en la fase de negociación con las condiciones de créditos y préstamos hipotecarios debe conocer todos los elementos relevantes del producto financiero lo que le permitirá decidir si contrata o no.

Desde mediados de los años 80, el mercado hipotecario experimenta un notable crecimiento, con un incremento considerable de la competencia entre entidades de crédito, producto de una evolución desde un mercado extraordinariamente rígido en el que se muestran pocas diferencias en los costes financieros y condiciones contractuales, a un mercado en el que las entidades ofrecen una mayor variedad en el clausulado y una reducción considerable de los tipos de interés y comisiones aplicables a estos productos financieros. A fin de que los titulares de préstamos y créditos hipotecarios, contratados en años anteriores, pudieran aprovecharse de las condiciones ventajosas que el mercado ofrecía, la Ley 2/1994 previó el abaratamiento de los costes de subrogación y novación modificativa de préstamos hipotecarios, mediante un tratamiento fiscal favorable y una exención de aranceles notariales y registrales.

- B) La Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo de Regulación del Mercado Hipotecario: entre la transparencia y la desregulación.

Desde finales de los años 90, la situación económica del país, por un lado y las nuevas condiciones del mercado hipotecario, por otro, supusieron cambios significativos que exigían una intervención legislativa. Con el fin de adaptar la normativa aplicable a estas nuevas condiciones económicas y de este sector del mercado, se promulgó la Ley 41/2007, de 7 de diciembre por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo de Regulación del Mercado Hipotecario.

En el Preámbulo de la Ley 41/2007 se alude de manera expresa a que “...se ha producido en los últimos diez años una fase de expansión del crédito hipotecario con finalidad residencial en España”. Esta situación plantea a juicio del legislador la necesidad de tomar medidas legislativas que permitan la consolidación del crecimiento del mercado y se favorezca la neutralidad normativa respecto de los distintos productos financieros ofertados en el mismo. Con este criterio se definen las líneas de la Ley, concretándolas en tres: “la eliminación de los obstáculos de nuevos productos, la modernización del régimen de protección mediante la

búsqueda de una transparencia efectiva que permita a los prestatarios tomar las decisiones en función del riesgo real de los productos y la mejora de los instrumentos de financiación”.

Aunque la norma regula otros aspectos, en lo referente a la protección de los titulares de créditos y préstamos hipotecarios destacan dos medidas: la modernización de dicho régimen de protección mediante la introducción de instrumentos de transparencia efectiva y de información precontractual, por un lado; y la flexibilización y agilización del régimen jurídico de las hipotecas, por otro. En relación con este último aspecto, se admiten expresamente figuras que no contaban con una previsión legal y se establece un régimen específico para la intervención de los operadores jurídicos, especialmente notarios y registradores de la propiedad en la intención de facilitar el acceso de esas nuevas figuras a los sistemas de publicidad y seguridad jurídica preventiva que caracterizan su intervención.

En lo referente a los instrumentos de transparencia y sobre la información precontractual no se establece un régimen específico y completo, sino una habilitación normativa al Ministerio de Economía y Hacienda para “dictar normas que aseguren que en los contratos se contienen explícitamente y con claridad los compromisos y derechos de las partes, ampliando esta habilitación para que el Ministro de Economía y Hacienda pueda regular en especial, las cuestiones referidas a la transparencia de las condiciones financieras de los créditos y préstamos hipotecarios”. (Preámbulo). Esta misma habilitación legal se establece también respecto a la información precontractual, al prever la determinación de la información mínima que las entidades de crédito deben facilitar a sus clientes con anterioridad a la firma de cualquier contrato. Se trata de que la información precontractual permita que el cliente evalúe las características esenciales del producto y la eventual adecuación a su situación financiera y sus necesidades.

La modificación del apartado 2 del artículo 48 de la Ley 6/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las entidades de crédito concreta el contenido mínimo de la regulación que podrá desarrollarse con base en

dicha habilitación legal. Los fines asociados al objetivo de dotar al mercado hipotecario de una transparencia eficaz se contienen en la modificación de la letra a) del mencionado apartado al exigir que el desarrollo normativo correspondiente exija la formalización de los contratos por escrito y que en los mismos se contengan las obligaciones y derechos de las partes y las condiciones financieras del contrato. Se podrán regular las condiciones de las operaciones financieras que necesariamente deben figurar expresamente, exigir el establecimiento de modelos contractuales e imponer en operaciones concretas controles administrativos a dichos modelos de contrato. Cuando el crédito o préstamo hipotecario recaiga sobre una vivienda, la información que se establezca como preceptiva se exigirá con independencia de la cuantía del crédito.

En relación con la información precontractual, se introduce una nueva letra h) al apartado 2 del mismo artículo 48 de la referida Ley al extender la habilitación del Ministro de Economía y Hacienda a la determinación de la información mínima que las entidades de crédito deben suministrar a sus clientes con la debida antelación a la formalización del contrato, en relación con aquellos contratos u operaciones que se determinen.

Respecto a la flexibilización y agilización como otro de los fines de la Ley 41/2007, deben destacarse dos aspectos de singular importancia: por un lado, la modificación del ámbito de la función de calificación de los registradores de la propiedad¹ y la reforma del procedimiento de ejecución

¹ Tras la modificación introducida por la Ley 41/2007 el artículo 12 de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946 establece que *“(En la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados o, el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración.*

Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por hipoteca a favor de las entidades a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981 de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario en caso de calificación registral favorable de las cláusulas de transcendencia real, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización.” La reducción de los controles de los operadores jurídicos que intervienen en los contratos de crédito o préstamos hipotecarios tras dicha modificación se aborda posteriormente, en relación con las divergencias normativas relativas al cumplimiento de los deberes de información y transparencia y respecto al control sobre cláusulas abusivas.

hipotecaria² y por otro, la regulación y con ello su admisibilidad de operaciones hipotecarias que carecían de una regulación legal, en particular las llamadas hipoteca de máximo³ y la hipoteca inversa⁴.

La normativa flexibiliza la contratación hipotecaria ampliando los supuestos con modalidades no reguladas con anterioridad, aunque con un régimen jurídico estricto a fin de procurar su delimitación legal, extendiendo a dichas figuras las obligaciones generales de transparencia e información precontractual. Por otro lado, se procura una cierta desregulación al privar a sus condiciones financieras del control registral a todas las operaciones hipotecarias toda vez que se excluyen de la calificación del registrador de la propiedad, estableciendo su mera transcripción al asiento correspondiente, según los términos de la escritura pública de formalización.

² Como se ha indicado, la Ley 41/2007 modificó la redacción del artículo 130 de la Ley Hipotecaria, estableciendo que el procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo.

³ Respecto a la admisibilidad y reconocimiento de operaciones hipotecarias más o menos novedosas la Ley amplía el concepto de la llamada hipoteca de máximo mediante la introducción de un nuevo artículo 153.bis en la Ley Hipotecaria. En dicho precepto se permite que puedan constituirse hipotecas de máximo a favor de las entidades financieras a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo de Regulación del Mercado Hipotecario como garantía de una o diversas obligaciones, de cualquier clase, presentes o futuras, sin necesidad de pacto novatorio. Esta misma posibilidad se reconoce a favor de las administraciones públicas titulares de créditos tributarios o de la Seguridad Social. En ambos casos será suficiente que se especifiquen en la escritura pública y en la inscripción, la denominación y si fuera necesario, la descripción general de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas, la cantidad máxima de que responde la finca, el plazo de duración de la hipoteca y la forma de cálculo del saldo final líquido garantizado. Se admite el pacto por la cantidad exigible en caso de ejecución será la resultante de la liquidación efectuada por la entidad acreedora, siempre que la liquidación se efectúe según los términos pactados en la escritura. En todo caso, la ejecución hipotecaria se somete a lo dispuesto en los artículos 129 y 153 de la Ley Hipotecaria y el régimen general previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

⁴ La Disposición adicional primera regula la hipoteca inversa entendiendo por tal el préstamo o crédito garantizado mediante hipoteca sobre un bien inmueble que constituya la vivienda habitual del solicitante y siempre que cumplan una serie de requisitos. En particular se exige que el solicitante y los beneficiarios que éste designe tengan una edad igual o superior a 65 años o estén afectados de dependencia severa o gran dependencia; que las disposiciones del préstamo sean periódicas o únicas; que la garantía sólo pueda ser exigible al fallecimiento del titular o del últimos de los beneficiarios y que la vivienda hipotecada haya sido tasada y asegurada contra daños según los términos y requisitos de los artículos 7 y 8 de la Ley 2/1981. Dichas hipotecas se someten a los requisitos de transparencia e información precontractual generales y se reducen los honorarios registrales y notariales.

Los mecanismos de flexibilización en la contratación se evidencia en la modificación del artículo 12 de la Ley Hipotecaria al exceptuar la aplicación del artículo 18 en virtud del cual toda cláusula que acceda al Registro de la Propiedad será objeto de calificación registral. Las razones de esta excepción a la función registral se expresa en el Preámbulo de la Ley al indicar que “(L)a sentida necesidad de avanzar y flexibilizar el régimen jurídico de las hipotecas, con requisitos y figuras que acojan las nuevas demandas, obliga también a todos los operadores que intervienen en el proceso formativo de los contratos y de las garantías reales, especialmente a los Notarios y a los Registradores de la Propiedad, de manera que como operadores jurídicos en la redacción de los documentos y en la práctica de los asientos, entiendan dirigida su labor en el sentido de orientar y facilitar el acceso al Registro de los títulos autorizados por los medios legales existentes para lograr que la propiedad y los derechos reales sobre ella impuestos queden al amparo del régimen de publicidad y seguridad jurídica preventiva y disfruten de sus beneficios, de conformidad, en todo caso, con la disposiciones legales y reglamentarios que determinan el contenido propio de la inscripción registral, los requisitos para su extensión y sus efectos”.

El impulso al mercado hipotecario se articula no sólo mediante el reconocimiento y regulación de nuevas figuras contractuales y la orientación de las funciones notariales y registrales hacia su inscripción registral, sino también mediante la supresión de la función calificadora del registrador en relación con las cláusulas de vencimiento anticipado y otras cláusulas financieras que se transcribirán en el correspondiente asiento tal y como figuran en la escritura de formalización, una vez que hubieran sido calificadas favorablemente las cláusulas de trascendencia real. Se pretende con esta medida “evitar calificaciones registrales discordantes que impidan la uniformidad en la configuración registral del derecho que impone su contratación en masa”⁵.

⁵ Los efectos de esta excepción a la función calificadora del registrador de la propiedad sobre el control de cláusulas abusivas y las descoordinación distintas normas legales con un ámbito de aplicación diferenciado son aspectos abordados con posterioridad. Sobre ello, *vid. Infra*.

En definitiva, en un marco económico de expansión del mercado hipotecario y ante la importancia de los créditos y préstamos hipotecarios en la economía privada y en sector financiero, se configura un modelo orientado al impulso de la contratación, admitiendo y regulando nuevas figuras contractuales, flexibilizando su formalización y suprimiendo controles que puedan suponer un obstáculo a la actividad de las entidades de crédito. La protección de la clientela de dichas entidades se articula, como se había formulado en normas anteriores, a través de la transparencia del mercado hipotecario y de la información precontractual. Sin embargo en este ámbito no se establece un marco regulatorio sustancialmente diferente al vigente antes de la promulgación de la Ley, sino unos criterios generales que operan como mínimos que deberán ser respetados por el Ministerio de Economía y Hacienda al que se habilita para un futuro desarrollo reglamentario.

- C) Normativa específica de protección de los consumidores: 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 contratos de préstamo o crédito.

La expansión del mercado hipotecario motivó la intervención en el mismo de empresas que contrataban con sus clientes préstamos y créditos hipotecarios sin tener la condición de entidades de crédito. A fin de proteger a los consumidores que contrataban con dichas empresas con mecanismos semejantes a los que lo hacían con entidades de crédito, se promulgó 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 contratos de préstamo o crédito. Dentro de su ámbito material de aplicación dicha Ley contiene un conjunto de normas cuya finalidad es garantizar la transparencia del mercado hipotecario, incrementar la información precontractual y proteger a los usuarios y consumidores de productos financieros.

La primera cuestión que suscita dicha Ley estriba en que, a diferencia de las normas anteriores reguladoras de los requisitos de transparencia e

información precontractual en las que se alude a los deudores hipotecarios que contrataran con entidades financieras, en la Ley 2/2009 se hace referencia a la utilización de dichos requisitos con el objeto de proteger a los consumidores con lo que se altera el ámbito subjetivo respecto de las normas anteriores. En este caso se quiere proteger al consumidor final del crédito o préstamos hipotecario, según la definición contenida en el artículo 1 de dicha Ley⁶ que considera como tales a las personas físicas y jurídicas que actúen en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional.

En relación a su ámbito subjetivo de aplicación se hace referencia a las empresas que se dedican a la concesión de préstamos y créditos hipotecarios, sin tener la condición de entidades de crédito. Este criterio se justifica en que dichas entidades de crédito cuentan con una normativa específica y están sometidas al ámbito de supervisión y ordenación del Banco de España⁷, a diferencia de las empresas que operan en este sector económico, pero no son entidades de crédito.

⁶ El artículo 1 de la Ley 2/2009 declara que a los efectos de su aplicación *(T)ienen la consideración de consumidores las personas físicas y jurídicas que, en los contratos a que se refiera esta Ley, actúan en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional.* La definición coincide con lo dispuesto en el artículo 3 del Texto refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (TRLDCU).

⁷ Las razones de estas diferencias normativas son expresadas en el preámbulo de la Ley 2/2009. Se afirma en este sentido que *“(C)uando estos créditos o préstamos hipotecarios son concedidos por las entidades de crédito, sujetas a la supervisión del Banco de España, se cuenta con una regulación específica en materia de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios y en materia de transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, contenida, respectivamente, en la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, y en la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.*

Sin embargo, dado que en el ordenamiento español esta actividad no está reservada a las entidades de crédito, cuando dicha actividad se desarrolla por otro tipo de empresas queda sometida únicamente a la legislación general de protección de los consumidores, sin otras exigencias particulares de transparencia ni un marco específico de garantías exigibles por quienes contratan préstamos o créditos hipotecarios con esas empresas.

Por otra parte, recientemente han proliferado en nuestro país actividades de intermediación de préstamos que se muestran especialmente activas en lo referente a la agrupación de deudas. Esta actividad, realizada por empresas que no entran dentro de la categoría de entidad de crédito, aunque de auge reciente en nuestro país, está muy presente en otros países, donde una parte importante de los préstamos que conceden las entidades son objeto de intermediación.

Si se considera el ámbito de aplicación de la Ley 2/2009 definido en el artículo 1 puede afirmarse que concurre un doble sistema de protección de los titulares de préstamos y créditos hipotecarios: por un lado, el general previsto en la normativa mencionada, aplicable a las actividades desarrolladas por las entidades de crédito⁸ en protección de sus clientes, con independencia de que tengan o no la condición de consumidor o usuario; y, por otro, la Ley 2/2009 para los préstamos y créditos hipotecarios formalizados por empresas que no tienen la consideración de entidades de crédito, siempre que el contratante tenga la condición de consumidor del

Ambas actividades, desarrolladas con los necesarios niveles de transparencia y profesionalidad, pueden ser útiles a los consumidores que decidan contratar estos servicios al posibilitar una búsqueda más eficiente de los créditos y préstamos disponibles en el mercado, al tiempo que estas entidades permiten que los consumidores ganen poder de negociación frente a los prestamistas, pudiendo así acceder a mejores condiciones en los préstamos que contratan. Debido a que hasta ahora estas actividades están sometidas exclusivamente a la legislación mercantil y civil y a las normas generales de protección de los consumidores y usuarios, esta Ley viene a establecer una regulación específica que, sin afectar los potenciales beneficios que puede reportar a los consumidores, establece un marco transparente en las relaciones de éstos con las empresas que les ofrecen contratos de préstamo o crédito hipotecario o de servicios de intermediación para la celebración de cualquier tipo de contrato de préstamo o crédito.

Con esta finalidad, se limita el ámbito de aplicación de la Ley a las empresas distintas a las entidades de crédito y a los supuestos de concesión de créditos o préstamos hipotecarios y de prestación de servicios de intermediación financiera, en el marco de la legislación general de protección de los consumidores, sin perjuicio de la normativa específica de determinados productos como el crédito al consumo o la venta a plazos de bienes muebles.

Se excluye a las entidades de crédito, sometidas a las normas de ordenación y disciplina de crédito y supervisadas por el Banco de España y se respeta el régimen actualmente vigente en materia de crédito al consumo, venta a plazos de bienes muebles y comercialización a distancia de servicios financieros, que se han demostrado eficaces en el cumplimiento de sus fines, y que esta Ley viene a complementar estableciendo un régimen de protección similar en su ámbito de aplicación para los consumidores y usuarios."

⁸ El artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, establece que las entidades de crédito que, a continuación, se detallan podrán otorgar préstamos y créditos y emitir los títulos que se regulan por la presente Ley, en las condiciones que reglamentariamente se determinen:

- a. los bancos y, cuando así lo permitan sus respectivos estatutos, las entidades oficiales de crédito,
- b. las cajas de ahorro y la Confederación Española de Cajas de Ahorros,
- c. las cooperativas de crédito,
- d. los establecimientos financieros de crédito.

crédito, es decir, que no lo integre dentro de su actividad empresarial o profesional⁹.

La trascendencia de esta diferente regulación en función de los elementos subjetivos del contrato de préstamo y crédito hipotecario supone, por un lado, la previsión de un sistema paralelo de protección basado en la transparencia al mercado e información precontractual y, por otro, de un ámbito diferente de intervención de los operadores jurídicos.

El legislador a este respecto, ha puesto en el centro del sistema de protección del deudor hipotecario la información precontractual y la transparencia del mercado, pero ha regulado dos sistemas diferentes en función de la naturaleza de la empresa concedente: una legislación para cualquier deudor hipotecario cuando contrata con una entidad de crédito y otra aplicable a los contratos con consumidores de empresas que no son entidades de crédito¹⁰. Por otro lado, del doble régimen regulador se

⁹ En el artículo 1 de la Ley 2/2009 se define en el sentido indicado su ámbito de aplicación al disponer que: 1.Lo dispuesto en esta Ley será de aplicación a la contratación de los consumidores con aquellas personas físicas o jurídicas (en adelante, las empresas) que, de manera profesional, realicen cualquiera de las actividades que consistan en:

- a) La concesión de préstamos o créditos hipotecarios bajo la forma de pago aplazado, apertura de crédito o cualquier otro medio equivalente de financiación.
- b) 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 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.

A los proveedores de bienes y servicios que actúen como intermediarios para la contratación de préstamos o créditos destinados a la financiación de los productos que comercialicen, únicamente les será de aplicación lo dispuesto en el artículo 22.5.

Tienen la consideración de consumidores las personas físicas y jurídicas que, en los contratos a que se refiera esta Ley, actúan en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional.

2. Lo dispuesto en esta Ley no será de aplicación cuando las actividades previstas en el apartado anterior sean prestadas por entidades de crédito o sus agentes, ni a las actividades incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles.

¹⁰ Debe resaltarse en relación con los fines de protección y el ámbito de aplicación de la Ley 2/2009 que se incluye una regulación completa sobre información al mercado y registro de las empresas que, no teniendo la consideración de entidades de crédito, realizan actividades de concesión de préstamos y créditos hipotecarios bajo la forma de

establece un sistema divergente en cuanto al ámbito de intervención notarial y registral, en virtud de la modificación de la normativa hipotecaria cuando se trata de contratos formalizados por los deudores hipotecarios con las entidades de crédito, aplicable con independencia de la condición de consumidor del deudor y la no aplicación de dichos límites cuando se trata de un consumidor que contrata con una empresa que no es una entidad de crédito. Estas diferencias normativas puede apreciarse del diferente ámbito de aplicación de la Ley 41/2007 y la Ley 2/2009¹¹.

III.- LA PROTECCIÓN DEL DEUDOR HIPOTECARIO EN UN MERCADO EN CRISIS.

A) La Orden EHA/2899/2011, de 29 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios: refuerzo de la información precontractual, estandarización de la información y control notarial

pago aplazado, apertura de crédito o cualquier otra forma de financiación, así como aquellas que sin vinculación jurídica con entidades de créditos operen en la intermediación para la contratación de este tipo de operaciones. Sin embargo, en cuanto al contenido de las obligaciones de transparencia, información precontractual y control sobre el contenido de su clausulado, la norma se remite reiteradamente a lo dispuesto en la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, por un lado, y al Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias, por otro.

¹¹ En la Ley 2/2009 no se limitan las funciones notariales y registrales según lo previsto en el artículo 12 de la LH tras la modificación introducida por la Ley 41/2007, sino más bien al contrario. A esta idea responde el art. 18.1 de la Ley 2/2009 al reafirmar el control de legalidad de los notarios y registradores de la propiedad al señalar que *“(E)n su condición de funcionarios públicos y derivado de su deber genérico de control de legalidad de los actos y negocios que autorizan, los Notarios denegarán la autorización del préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando el mismo no cumpla la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previsto en esta Ley. Del mismo modo, los Registradores denegarán la inscripción de las escrituras públicas del préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando no cumplan la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley”*.

Frente a las normas dictadas en los años precedentes, las promulgadas a lo largo del año 2011 y 2012 se encuadran en un contexto de una crisis financiera de gran calado que afecta a todos los ámbitos del sistema económico, con una especial incidencia en la actividad bancaria respecto de la cual se muestra la necesidad de procurar una adecuada protección de los clientes de las entidades de crédito.

Con esta finalidad se ha promulgado la Orden EHA/2899/2011, de 29 de octubre sobre transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. En dicha OM se contienen una serie de normas orientadas a la procurar una información sobre las características de las productos que ofrecen, con especial incidencia en relación con las comisiones, intereses y gastos¹². Se prevén normas que regulan la información que debe proporcionarse al mercado y a los clientes potenciales¹³, así como el modo en que dicha información debe darse a conocer, a través de instrumentos

¹² A la necesaria información que deben suministrar las entidades de créditos a sus clientes o potenciales clientes relativas a las comisiones y tipos de interés se refieren los artículos 3 y 4 de dicha Orden. En relación con las comisiones por los servicios prestados por las entidades de crédito se establece la libertad de pactos entre las partes, siempre que hayan sido aceptadas por los clientes y respondan a servicios efectivamente prestados. Las entidades de crédito deberán suministrar a los clientes las comisiones que aplican a las operaciones y los gastos aplicables a los servicios. La información relativa a las comisiones deberá ser formulada en términos claros y sencillos que permitan al cliente su comprensión y la comparación con las que aplican otras entidades. Esta información deberá estar disponible en todos los establecimientos comerciales de las entidades, en la página web del Banco o en sus páginas electrónicas. Toda la información relativa a comisiones y gastos deberá ser suministrada al potencial cliente con carácter previo a la contratación, cuando haya sido solicitada por medios a distancia o mediante cajero automática, permitiendo el desistimiento del cliente de la operación solicitada.

El principio de libertad de pactos se aplicará también respecto de los tipos de interés en los servicios bancarios, siempre que se suministre dicha información a los clientes potenciales, en un formato unificado, en los términos establecidos por el Banco de España. La información deberá contener el TAE de forma clara y precisa que permita la comparación entre entidades y deberá ser accesible en los establecimientos comerciales de la entidad, así como en la página web u otras páginas electrónicas y estarán también disponibles a través de la página electrónica del Banco de España.

¹³ El artículo 2 define como ámbito de aplicación objetivo los servicios bancarios, entendiendo por tales los servicios de caja, la captación de fondos reembolsables, especialmente los depósitos, la concesión de crédito y préstamo, los servicios de pago y las demás actividades incluidas en el artículo 52 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de crédito, excepto las mencionadas en las letras h) a m). En relación con el ámbito subjetivo de aplicación el mismo precepto, en su apartado 1 lo define, por una parte, como los clientes o clientes potenciales, entendiendo por tal las personas físicas y, por otra, las entidades de crédito españolas o las sucursales de entidades de crédito extranjeros.

típicos de publicidad¹⁴, y para los supuestos en los que la contratación se realice a través de instrumentos de comunicación a distancia. Por otra parte se establece la información precontractual¹⁵ y contractual¹⁶ que debe suministrarse a los clientes a través de instrumentos y documentos estandarizados¹⁷.

La norma deroga expresamente la Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito; la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios; la Orden PRE/1019/2003, de 24 de abril, sobre transparencia

¹⁴ Toda la publicidad de las entidades de crédito referida a los servicios bancarios deberá ser clara, precisa, objetiva y no engañosa, conforme a lo previsto en la Orden EHA 1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios y en la Circular 6/2010, de 28 de septiembre, del Banco de España, a entidades de crédito y entidades de pago, sobre publicidad de los servicios y productos bancarios (art. 5)

¹⁵ En el artículo 6 se alude a la obligación de las entidades de crédito de facilitar de forma gratuita al cliente toda la información precontrol legalmente exigible. La información deberá ser clara, oportuna y suficiente, objetiva y no engañosa. Deberá entregarla con la suficiente antelación y en todo caso antes de formalizar el contrato.

¹⁶ Respecto a la información contractual que deberá figurar necesariamente en el contrato, el artículo 7 obliga a su formalización por escrito con el derecho del cliente de obtener una copia del mismo en cualquier momento. En dicho precepto se establece la información mínima que deberá figurar en los contratos de depósito, crédito y préstamo y, en general, en lo que resulte de aplicación a la generalidad de los contratos bancarios. Deberá figurar el TAE, la periodicidad del devengo de intereses, la liquidación y la fórmula o métodos para su cálculo a partir del interés nominal, así como en relación con las comisiones y gastos y costes repercutibles. El contrato incorporará la duración del depósito o el crédito, los derechos y obligaciones de las partes y las consecuencias de su incumplimiento, así como cualquier otra mención que el Banco de España pueda establecer en el futuro.

¹⁷ La norma se refiere en distintos preceptos al suministro de información por la entidad de crédito a través de formularios o documentos estandarizados. Así, por ejemplo en el artículo 3., apartado 2 y en el artículo 4, apartado 2 se establece que las comisiones y gastos repercutidos y tipos de interés, respectivamente, se incorporarán a un formato unificado que los términos que especificará el Banco de España. Igualmente en el artículo 7, relativo a la información contractual, en el último inciso de su apartado 3 establece que el Banco de España podrá establecer modelos normalizados de liquidaciones para los casos en que ésta sea necesaria en la aplicación de comisiones, intereses y gastos aplicables a sus servicios. El artículo 11 relativo a los requisitos de forma e información resaltada, establece que a fin de que los clientes puedan tener presente los elementos esenciales de la información suministrada, el Banco de España podrá exigir el empleo de un formato, tipo de letra o comunicación especialmente resaltada. Sin embargo, mientras que para la información referida se requiere la concreción de formularios o documentos unificados, para los préstamos y créditos hipotecarios dichos documentos unificados es la propia Orden la que en sus Anexos regula dichos documentos. En particular, el Anexo I regula la Ficha de Información Precontractual (FIPRE), el Anexo II, la Ficha de Información Personalizada (FIPER), el Anexo III, la Ficha de Información Precontractual (FIPRE) para hipotecas inversas, el Anexo IV, la Ficha de Información personalizada (FIPER) para hipotecas inversas y el Anexo V, el Cálculo de la tasa anual equivalente.

de los precios de los servicios prestados mediante cajeros automáticos y; la Orden de 27 de octubre de 1962 por la que se regula provisionalmente la tramitación de los expedientes y asuntos en materia de banca oficial y privada y cajas de ahorro. La derogación de ésta última Orden será al día siguiente de la publicación de la Orden 2899/2011, de 29 de octubre, mientras que el resto del articulado entrará en vigor a los seis meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

Los contratos de crédito y préstamo hipotecario se regulan en el capítulo II del Título III, mediante un conjunto de normas que tienen carácter imperativo toda vez que no cabe la no aplicación por acuerdo de las partes, incluso si el contrato se integrara en la actividad profesional y, por tanto, con independencia de que se tratara o no de un consumidor¹⁸.

En lo que se refiere a su ámbito de aplicación, la OM establece dos novedades de interés: por un lado, el destinatario de las normas de protección se define como persona física (art. 1), lo que se aparta de las normas sectoriales precedentes que lo definen en un sentido más amplio como cliente y, por tanto, con independencia de que sea persona física o jurídica; por otro, dicho ámbito de aplicación subjetiva tampoco coincide con la definición de consumidor toda vez que tanto el artículo 2 del TRLDCU, como el artículo 1 de la Ley 2/2009, incluyen en el concepto de consumidor tanto las personas físicas como las jurídicas. Además, en la Disposición final primera se establece que las referencias contenidas en cualquier normativa de transparencia de entidades de crédito, en general y, particularmente a las derogadas expresamente por la OM se entenderán efectuadas a la misma, con una mención específica a las referencias a la Orden de 5 de mayo de 1994, contenidas en la Ley 2/2009.

¹⁸ Así se establece expresamente en el apartado 4 del artículo 2 que establece que *(C)uando el cliente actúe en el ámbito de su actividad profesional o empresarial, las partes podrán acordar que no se aplique total o parcialmente lo previsto en esta orden, con la excepción de lo establecido en el capítulo II del Título III. Este capítulo se refiere específicamente a los créditos y préstamos hipotecarios, de donde se deduce su aplicación imperativa a toda modalidad de crédito y préstamo hipotecario, incluso si el contrato es formalizado por quien incorpora dicha financiación a una actividad profesional o empresarial.*

El Preámbulo de la OM EHA/2899/2011 no explica las razones del cambio de criterio para definir el ámbito subjetivo de protección jurídica y tampoco dichas razones pueden ser deducidas del conjunto de normas contenido en la misma, toda vez que aspira a regular las condiciones de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios y, sin embargo, excluye como objeto de protección a las personas jurídicas que, obviamente, son susceptibles de incluirse en la noción de cliente.

Tampoco coincide plenamente el ámbito de aplicación de la OM EHA/2899/2011 con la Orden de 5 de mayo de 1994, porque si bien ésta se refería como sujeto de protección a las personas físicas que contrataran el crédito hipotecario para la financiación de una vivienda, aquélla incluye también aquellos contratos cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir.

De todo ello se concluye que la EHA/2899/2011 presenta un ámbito de aplicación subjetivo completamente innovador toda vez que no coincide con el definido en las normas que la propia Orden deroga ni con las normas generales orientadas a la protección de la clientela, ni con las sectoriales destinadas a la protección de los consumidores. Así, por una parte restringe su ámbito de aplicación respecto de la noción de consumidor, al excluir a las personas jurídicas y, por otra, lo amplía al incluir a personas físicas que contratan créditos hipotecarios para fines distintos de la adquisición de vivienda y, por tanto, incluyendo el crédito en procesos empresariales o profesionales. .

Como se ha indicado, no resulta sencillo averiguar las razones por las que las normas de protección de la Orden Ministerial analizada, no residen en un sistema de protección habilitado sobre la noción de consumidor del crédito, con base en el marco de regulación delimitado en el artículo 51 de la Constitución, sino partiendo de criterios ajenos a tal noción. Por otro lado, el modelo difiere sustancialmente del resto de normas generales y sectoriales lo que provoca una evidente desconexión normativa, así como una incoherencia interna dentro de la regulación de la contratación bancaria y de protección de la clientela, en general y de los consumidores particularmente.

B) La protección del deudor con dificultades para el pago de la hipoteca. La Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos.

a.- Protección del deudor en la ejecución hipotecaria

Como se ha indicado, a lo largo de las dos últimas décadas, el legislador ha previsto un mecanismo preferente de protección de los titulares de créditos y préstamos hipotecarios basado esencialmente en la transparencia del mercado y la información precontractual. Dicha finalidad debía coordinarse con la necesidad de procurar la suficiente agilidad y flexibilidad en la contratación, partiendo de la extraordinaria expansión del mercado hipotecario que exigía, por un lado, la eliminación de cargas administrativas a fin de evitar que las mismas constituyeran un obstáculo a la contratación en masa y, por otro, una reducción de costes para el cliente a fin de que pudiera beneficiarse de la bajada de tipos de interés que las nuevas condiciones de competencia en el mercado y la política monetaria habían proporcionado.

Esta situación tenía su base en un sistema económico en crecimiento constante, en una reducción considerable de los tipos de interés y una disminución de requisitos de solvencia de la clientela lo que facilita el acceso al crédito y a la financiación. La crisis económica, de ámbito global, iniciada a mediados de 2008 cambia radicalmente el escenario económico. Como es conocido, la crisis afecta especialmente al sistema financiero y, dentro de éste, al mercado hipotecario. Resulta interesante resaltar en este contexto, la extraordinaria contracción del crédito, el incremento de la morosidad en este tipo de producto financiero y la elevación considerable de las ejecuciones hipotecarias.

Con la expansión de las ejecuciones hipotecarias, se plantea la necesidad de incrementar los instrumentos de protección de los titulares de préstamos y créditos hipotecarios en dicha fase, en especial cuando el bien hipotecado es una vivienda de uso familiar.

En esta línea cabe destacar el Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto

público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa. La propia denominación de la Ley da buena cuenta de la heterogeneidad de los fines pretendidos y de las medidas adoptadas, cuyo único denominador común es la crisis y los diversos aspectos, económicos, políticos y sociales en los que la misma resulta determinante.

En dos partes distintas del Preámbulo de la Ley se alude a la protección económica, social y jurídica de la familia, especialmente en relación con las que sufren la pérdida de su vivienda como consecuencia de las difíciles circunstancias impuestas por la crisis económica. En este ámbito se plantean tres medidas de distinta naturaleza, que afectan a la fase de ejecución hipotecaria: por un lado, se eleva el umbral de inembargabilidad cuando el precio obtenido por la venta de la vivienda habitual hipotecada en un procedimiento de ejecución hipotecaria sea insuficiente para cubrir el crédito garantizado; en segundo lugar se eleva el porcentaje de adjudicación del inmueble en subasta, como consecuencia de la ejecución hipotecaria y, por último, se reduce el importe del depósito obligatorio para participar en las subastas de inmuebles.

La primera de las medidas mencionadas se prevé en el artículo 1 del RDL 8/2011 en el que se establece que, en caso de que en aplicación del artículo 129 de la LH, el precio obtenido de la venta de la vivienda habitual hipotecada sea insuficiente para cubrir el crédito garantizado, en la ejecución forzosa posterior basada en la misma deuda, la cantidad inembargable establecida en el artículo 607.1 de la LEC se incrementará en un 50% y además en otro 30% del salario mínimo interprofesional por cada miembro del núcleo familiar que no disponga de ingresos propios regulares, salario o pensión superiores al salario mínimo interprofesional.

El objetivo de la medida es moderar el impacto negativo de la crisis económica sobre los ciudadanos más vulnerables y, en particular, sobre aquellos con cargas familiares. Así lo advierte el Preámbulo de la norma que parte del principio general según el cual el mínimo inembargable de cualquier deudor coincide con el salario mínimo interprofesional, lo que

plantea la excepcionalidad de la medida que se circunscribe a los deudores hipotecarios que han perdido su vivienda habitual, estableciendo un mínimo de hasta el 150% del salario mínimo interprofesional y un 30% adicional por cada familiar de su núcleo que no perciba ingresos superiores al mismo. A estos efectos, se entiende por núcleo familiar el cónyuge o pareja de hecho, los ascendientes y descendientes de primer grado que convivan con el ejecutado. En todo caso, cualquier otro ingreso percibido por encima de las cantidades o porcentajes señalados se embargará conforme a lo establecido en el art. 607.2 de la LEC.

El segundo de los objetivos de la norma, relativo a la elevación del porcentaje de adjudicación del inmueble en caso de subasta, se prevé en el artículo 2, apartado tres por el que se modifica el artículo 671 de la LEC en el que con la nueva redacción se establece que si en el acto de subasta no hubiere ningún postor, podrá el acreedor pedir la adjudicación de los bienes por cantidad igual o superior al sesenta por ciento de su valor de tasación. Cuando el acreedor, en el plazo de veinte días, no hiciere uso de esa facultad el secretario judicial procederá al alzamiento del embargo, a instancia del ejecutado¹⁹. Estos fines de protección y con el mismo porcentaje que prevé la nueva redacción del artículo 671 de la LEC son los que se contemplan en la modificación del segundo párrafo del apartado 4 del artículo 670 de la LEC según el cual si el deudor no presentara en el plazo previsto en el apartado 3 un tercero que aportara el importe del valor del bien fijado en la subasta, el ejecutante podrá pedir en el plazo de cinco días, la adjudicación del inmueble por el 70% de dicho valor o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos, siempre que esta cantidad sea superior al sesenta por ciento de su valor de tasación y a la mejor postura²⁰.

¹⁹ La reforma de dicho precepto altera dos aspectos fundamentales respecto de su redacción original: por una parte se eleva del 50 al 60% el importe de la adjudicación de los bienes al acreedor, en caso de que no hubiera concurrido ningún postor a la subasta. En segundo lugar, ese porcentaje del valor del bien que se adjudica sólo lo será respecto del valor de tasación, cuando en la redacción original junto a este criterio se incluía la posibilidad de que el porcentaje de adjudicación se aplicara sobre la cantidad debida por todos los conceptos.

²⁰ La novedad estriba en este caso en que se admite la adjudicación siempre que sea superior al sesenta por ciento del valor de tasación o a la mejor postura alcanzada en la subasta, mientras que la redacción original del precepto no establecía un porcentaje mínimo de valor, representativo del 70% de dicho valor.

Por último, la norma establece un mecanismo que pretende fomentar la participación en subastas de inmuebles, como consecuencia de ejecuciones hipotecarias, ya que en los últimos años se había generalizado la falta de postores, con la consiguiente adjudicación de los inmuebles al acreedor, es decir, al banco, generando los consiguientes costes de gestión inmobiliaria y la acumulación de inmuebles en sus activos. Con estos fines, se modifica el apartado 1 del artículo 669 de la LEC en el que se establece que para tomar parte en la subasta los postores deberán depositar previamente, el 20% del valor que se haya dado a los bienes con arreglo a lo establecido en el artículo 666 de la misma Ley.

Pocos meses después de la promulgación de la mencionada Ley, se vuelven a modificar los términos legales en lo referente a los porcentajes de valoración del bien inmueble o del importe de las deudas como criterios para la adjudicación al acreedor. Tal modificación se introduce en la Ley 37/2011, de 10 de octubre de medidas de agilización procesal que modificó dichos criterios, aunque la técnica legislativa no es, en este caso, la modificación de los artículos 670 y 671 de la LEC, sino la introducción de una nueva disposición adicional sexta.

En dicha disposición adicional sexta de la LEC se establece que (E)n el caso de las adjudicaciones solicitadas por el acreedor ejecutante en los términos previstos en la sección VI del capítulo IV del Título IV del Libro III y siempre que las subastas en las que no hubiere ningún postor se realicen sobre bienes inmuebles diferentes de la vivienda habitual del deudor, el acreedor podrá pedir la adjudicación de los bienes por cantidad igual o superior al cincuenta por ciento de su valor de tasación o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos.

Asimismo, en los términos previstos en la mencionada sección y para los citados bienes inmuebles diferentes de la vivienda habitual del deudor, cuando la mejor postura ofrecida sea inferior al 70 por ciento del valor por el que el bien hubiere salido a subasta y el ejecutado no hubiere presentado postor, podrá el acreedor pedir la adjudicación del inmueble por el 70 por ciento o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos, siempre que esta cantidad sea superior a la mejor postura.

Más allá de las dudas que suscita la técnica legislativa empleada y de la inseguridad que genera la modificación de los criterios de adjudicación de los bienes inmuebles en subastas en apenas 3 meses, la disposición adicional sexta de la LEC constituye un criterio de corrección de la nueva redacción de los artículos 670 y 671 de la LEC que, en un análisis conjunto, permite concluir la intención de establecer dos criterios distintos en función de que el inmueble subastado constituya o no la vivienda habitual del deudor. En efecto, en los casos en los que no concurra ningún postor a la subasta, el acreedor podrá adjudicarse el bien inmueble por cantidad igual o superior al 50 por ciento del valor de tasación o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos, dicho porcentaje será del 60 por ciento si se tratara de la vivienda habitual del deudor, aunque en este caso la única referencia será el valor de tasación.

Si la mejor postura ofrecida en la subasta fuera inferior al 70 por ciento del valor de salida en la subasta, el deudor podrá presentar en el plazo de diez días a un tercero que ofrezca un precio superior al 70 por ciento o que siendo inferior sea suficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante. Si en ese plazo el deudor no presentara a un postor, el ejecutante podrá pedir la adjudicación del inmueble por el 70 por ciento o por la cantidad que se le adeuda por todos los conceptos, siempre que esa cantidad sea superior a la mejor postura, salvo que se tratara de la vivienda habitual del deudor en cuyo caso la adjudicación sólo se producirá si la cantidad así fijada es superior al sesenta por ciento del valor de tasación.

La Ley 6/2012, de 6 de marzo, de medidas urgentes de protección del deudor hipotecario sin recursos sigue la línea marcada por las leyes referidas y extiende estos instrumentos de protección a las ejecuciones hipotecarias extrajudiciales. Con tales fines establece que se procederá a una única subasta en la que se adjudicará la vivienda al mejor postor si su posición supera el 70% del valor a tal efecto establecido en la escritura de hipoteca. Si la mejor postura no supera el 70%, el deudor puede presentar a un tercero a quien se le adjudicará por dicho valor o por uno inferior si es suficiente para cubrir la deuda. Si el deudor no presenta a un tercero, el acreedor podrá solicitar la adjudicación por un valor igual o superior al 60%. Si el acreedor

no hiciera uso de esa facultad, se adjudicará al mejor postor en la subasta que hubiera superado el 50% del valor de tasación o por cantidad inferior si alcanza al valor de la deuda. Si no hubiera concurrido ningún postor a la subasta, el acreedor podrá solicitar la adjudicación por un valor igual o superior al 60% del valor de tasación.

En definitiva, los efectos de las reformas introducidas respecto a la adjudicación de bienes inmuebles subastados en procesos de ejecución hipotecaria consisten en introducir un régimen especial para los bienes inmuebles que constituyan la vivienda habitual del deudor. En tales supuestos, tanto en ejecuciones judiciales como extrajudiciales la adjudicación al acreedor-ejecutante será siempre igual o superior al 60 por ciento del valor de tasación, tanto si no concurrió ningún postor a la subasta, como si, concurriendo, la mejor postura no superó el 70 por ciento del valor de salida. Si el bien inmueble no fuera la vivienda habitual, la introducción de la disposición adicional sexta a la LEC por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, no tiene más efecto que volver a la redacción original de los artículos 670 y 671 de la LEC.

b. Mecanismos preventivos de la ejecución: reestructuración, quita y dación en pago.

El notable incremento de la morosidad en el pago de las hipotecas y el crecimiento exponencial de ejecuciones hipotecarias, ha provocado en los últimos años un grave problema social, como consecuencia de la privación de su vivienda a un elevadísimo número de familias sin recursos.

Por otra parte, la contracción del mercado hipotecario y el incremento considerable de la oferta de inmuebles embargados, determina una reducción considerable de postores en las subastas lo que provoca que los bancos acumulen dichos inmuebles provocando un grave problema de gestión así como la incorporación a sus balances de activos con una progresiva reducción de su valor y un evidente problema para que sean absorbidos por el mercado.

Para paliar el problema social de las ejecuciones hipotecarias, por un lado, y disminuir la acumulación de activos inmobiliarios embargados en los

balances de las entidades de crédito por otro, se dicta el Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de los deudores hipotecarios sin recursos.

El modelo articulado por dicha norma reside en un sistema de incorporación voluntaria por las entidades de crédito, a través de la adhesión a un Código de buenas prácticas, con el que se procuran mecanismos estandarizados de negociación entre el deudor hipotecario sin recursos y las entidades de crédito, tendentes a evitar la ejecución hipotecaria.

En relación con el ámbito subjetivo de aplicación, la Ley define a las entidades de crédito que se hayan adherido al Código de buenas prácticas²¹, por un lado, y a los deudores hipotecarios sin recursos, por otro. En relación con estos últimos, se establecen los criterios por los que se entiende que el deudor hipotecario carece de recursos para hacer frente a sus obligaciones y, por tanto, podrá acogerse a los mecanismos preventivos de la ejecución hipotecaria, previstos en dicha norma. En particular se considera que carece de recursos el deudor en riesgo de exclusión social, entendiendo por tal cuando reúna los siguientes requisitos: todos los miembros de la unidad familiar deben carecer de rentas del trabajo o profesionales, debe destinarse más del 60% de las rentas de la unidad familiar al pago de la hipoteca, que la unidad familiar no tenga otros bienes para hacer frente a la deuda hipotecaria, sea la única vivienda propiedad de la unidad familiar, no cuente con otras garantías personales o reales para hacer frente a la hipoteca, salvo que los garantes personales estén también en situación de exclusión o, en caso de que un codeudor, ajeno a la unidad familiar, también se encuentre en situación de exclusión.

Respecto al ámbito objetivo de aplicación, podrán someterse a las medidas previstas en dicha norma los contratos de préstamo o crédito hipotecario para adquisición de vivienda habitual vigentes a la entrada en vigor de la Ley, cuyas cuantías se correspondan con los fijados en el artículo

²¹ La Adhesión tendrá una duración de 2 años, prorrogable por periodos idénticos. Una Comisión especial vigilará y verificará el cumplimiento del Código de buenas prácticas por las entidades adheridas. En el Boletín Oficial del Estado de 26 de abril de 2012 se publicó la relación de las entidades de crédito que se han adherido al Código de buenas prácticas.

5 tomando en consideración los criterios de población de los municipios donde se ubican²².

La Ley establece las medidas que podrán adoptarse en la negociación, tendentes a evitar la ejecución hipotecaria: reestructuración, quita y dación en pago. Estas medidas, sin embargo, no se aplicarán a elección de las partes del contrato, sino sucesivamente, es decir, en primer lugar se intentará la reestructuración, si no fuera posible, la quita y si no fuera aceptada, la dación en pago del inmueble.

Así, la primera medida que deberá implementarse será la reestructuración de la deuda hipotecaria, a petición del deudor, siempre que acredite que reúne las condiciones subjetivas previstas en la norma²³ y no se hubiera efectuado el anuncio de subasta. Una vez solicitada por el deudor, el banco propondrá la reestructuración que podrá contener alguna de las medidas previstas: carencia en la amortización de capital de cuatro años, ampliación del plazo de amortización hasta un total de 40 años a contar desde la concesión del préstamo o la reducción del tipo de interés aplicable a Euribor + 0,25 por cien durante el plazo de carencia.

Si el plan de reestructuración de la deuda acordado por las partes, según el contenido expuesto resultara inviable²⁴ a tenor de la situación patrimonial

²² El artículo 5 del Real Decreto Ley 2/2012 establece como criterio para la aplicación del Código de Buenas prácticas previsto en el Anexo I del mismo, una cuantía máxima de los contratos de crédito y préstamo hipotecario según la población de los municipios donde estos radiquen. Según este criterio:

- a) para municipios de más de 1.000.000 de habitantes: 200.000 euros;
- b) para municipios de entre 500.001 y 1.000.000 de habitantes o los integrados en áreas metropolitanas de municipios de más de 1.000.000 de habitantes: 180.000 euros;
- c) para municipios de entre 100.001 y 500.000 habitantes: 150.000 euros;
- d) para municipios de hasta 100.000 habitantes: 120.000 euros.

²³ La solicitud de reestructuración de la deuda hipotecaria deberá ir acompañada de las correspondientes certificaciones oficiales y escrituras públicas que acrediten los anteriores requisitos_ (artículo 3.2)(Libro de familia o inscripción como pareja de hecho, certificado del Registro de la propiedad, del padrón municipal, de la Oficina de Empleo, de la Agencia Tributaria, escritura pública de compraventa y de constitución de garantías reales, declaración responsable de cumplimiento de los requisitos legales).

²⁴ La norma define la inviabilidad del plan de reestructuración cuando se establezca una cuota hipotecaria mensual superior al 60 % de los ingresos que perciban conjuntamente todos los miembros de la unidad familiar.

del deudor, éste podrá solicitar las denominadas medidas complementarias, es decir, la quita del importe de la deuda hipotecaria en los términos previstos en el apartado 3 del artículo 1 del Anexo de la Ley. La quita podrá ser propuesta por el deudor aunque en el proceso de ejecución hipotecaria ya se hubiera efectuado el anuncio de subasta, así como cuando no hubiera podido optar por la dación en pago por tener la vivienda cargas inscritas en el Registro de la propiedad posteriores a la hipoteca.

La entidad financiera tendrá la facultad de aceptar o rechazar la propuesta de quita en el plazo de un mes a contar desde la acreditación de la inviabilidad del plan de reestructuración. Aunque el anexo referido declara la libertad de la entidad para aceptar o no la propuesta de quita que le hubiera sido formulada, se establecen unos criterios de determinación de la quita, cuya función a la hora de adoptar la decisión por parte de la entidad, no queda suficientemente clara, es decir, no es evidente que la decisión deba sustanciarse en dichos criterios o que la propuesta de quita pueda ser rechazada al no ajustarse a los misma²⁵.

Si finalmente la quita no fuera aceptada por el banco, el deudor podrá proponer la dación en pago de la vivienda habitual, siempre que no se hubiera efectuado el anuncio de subasta y la vivienda no estuviera gravada con cargas posteriores. La medida es considerada como sustitutiva de la ejecución hipotecaria y podrá ser propuesta por los deudores que se encuentren en la situación definida en el artículo 2 del Real Decreto-Ley 6/2012 y siempre que resulte inviable la reestructuración y el banco no hubiera aceptado la quita propuesta. En estos casos la entidad estará obligada a aceptar la entrega del bien hipotecado por parte del deudor, bien

²⁵ La norma establece expresamente que “...al objeto de determinar la quita, la entidad empleará alguno de los siguientes métodos de cálculo y notificará, en todo caso, los resultados obtenidos al deudor, con independencia de que la primera decida o no conceder dicha quita:

- i. Reducción en un 25 %.
- ii. Reducción equivalente a la diferencia entre capital amortizado y el que guarde con el total del capital prestado la misma proporción que el número de cuotas satisfechas por el deudor sobre el total de las debidas.
- iii. Reducción equivalente a la mitad de la diferencia existente entre el valor actual de la vivienda y el valor que resulte de sustraer al valor inicial de tasación dos veces la diferencia con el préstamo concedido.

para sí o a favor de un tercero que ésta designe, quedando definitivamente cancelada la deuda. La extinción de las deudas abarcará la garantizada con la hipoteca, las responsabilidades personales del deudor y las de terceros frente a la entidad por razón de aquella.

A fin de que la dación en pago no suponga la inmediata privación de la vivienda habitual del deudor, en momento de solicitar dicha medida podrá pedir también permanecer durante un plazo de dos años en la vivienda en concepto de arrendatario, satisfaciendo una renta anual del 3 % del importe total de la deuda en el momento de la dación. Durante dicho plazo el impago de la renta devengará un interés de demora del 20 %. Además, podrán pactarse la cesión de una parte de la plusvalía generada por la enajenación de la vivienda, en contraprestación por la colaboración que éste pueda prestar en dicha transmisión.

III.- PROBLEMAS DE APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA NORMATIVA SOBRE PROTECCION DEL CONSUMIDOR-DEUDOR HIPOTECARIO

- A) Marco regulatorio divergente en función de los elementos subjetivos de los préstamos y créditos hipotecarios.

Como se ha indicado, tanto en los antecedentes normativos como en la vigente Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios el mecanismo central de protección de la clientela de las entidades de crédito o en su caso, en las normas reguladoras de contratos concretos con consumidores, ha sido la transparencia del mercado y la información precontractual y contractual. A este respecto, la mencionada Orden ha unificado el sistema de protección toda vez que establece unas determinadas obligaciones de transparencia e información precontractual de carácter general, con disposiciones especiales respecto a los depósitos, créditos, préstamos y servicios de pago y créditos y préstamos hipotecarios. La pretensión de establecer los criterios generales de transparencia e información para el sector bancario y, especialmente de

protección de su clientela explica la derogación de las normas de igual rango reguladoras de estos mismos aspectos.

Así, se declaran derogadas la Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito, la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, la Orden PRE/1019/2003, de 24 de abril sobre transparencia de los precios de los servicios bancarios prestados mediante cajeros automáticos y la Orden de 27 de octubre de 1962 por la que se regula provisionalmente la tramitación de los expedientes y asuntos en materia de banca oficial y privada y cajas de ahorro. Por otro lado, la disposición adicional primera establece que todas las referencias que otras normas del ordenamiento jurídico realicen a las normas derogadas y en general a la normativa de transparencia de las entidades de crédito, se entenderán realizadas a la Orden EHA/2899/2011. En especial, se alude a que se entenderán realizadas a dicha Orden, las referencias a la Orden de 5 de mayo de 1994 contenidas en la Ley 2/2009.

En consecuencia, la Orden EHA/2899/2011 constituye la única norma reguladora de los requisitos de transparencia de las actividades de las entidades de crédito y regula la información precontractual que debe suministrarse a los clientes o potenciales clientes de dichas entidades. Dichos fines son reforzados respecto a la normativa derogada, no sólo incrementando la información que debe suministrarse al mercado financiero en general y a los clientes, en particular, sino también en relación con esta última, mediante el establecimiento de un sistema de estandarizado de información que las entidades de crédito está obligadas a suministrar. En relación con los préstamos y créditos hipotecarios, además, el régimen de protección de la clientela tiene naturaleza imperativa en la medida en que no se admite su renuncia por las partes y se establece un sistema de control del cumplimiento de sus disposiciones por parte de los operadores jurídicos que intervienen, especialmente de los notarios que autorizan las escrituras públicas de formalización de los contratos y, en menor medida, de los registradores de la propiedad.

Sin embargo, la norma presenta algunas deficiencias de técnica legislativa que conviene poner de relieve a efectos de valorar la oportunidad y eficacia de la mencionada Orden. En primer lugar, se mantiene vigente la Ley 2/2009 reguladora de los préstamos y créditos hipotecarios con consumidores concedidos por empresas que no tienen la condición de entidades de crédito, aunque con numerosas remisiones en cuanto a su contenido a lo dispuesto en la Orden EHA/2899/2011, en virtud de lo establecido en la disposición final primera de la misma.

Una de las razones que justificaron la promulgación de la Ley 2/2009 residía en la necesidad de reforzar los mecanismos de protección del consumidor en los préstamos y créditos hipotecarios cuando la empresa que los concedía no tenía la condición de entidad de crédito, sobre la base, en primer lugar, de la condición de consumidor de titular del crédito y, en segundo lugar, por el hecho de que dichas empresas no estaban sometidas a los controles y a la disciplina y supervisión propia de las entidades de crédito. En el momento de promulgarse la Ley 2/2009 la normativa sobre transparencia del mercado hipotecario se regulaba con carácter general en la LMH y en la Orden de 5 de mayo de 1994 y en ambos casos su ámbito de aplicación subjetivo se refería a las entidades de crédito. Sin embargo, desde el objeto de protección jurídica se establecía un ámbito distinto ya que en la LMH se quería proteger a los clientes en general y en la Orden de 5 de mayo de 1994 a las personas físicas adquirentes de viviendas. Esta diferencia en el ámbito de aplicación subjetivo justificaba la promulgación de una normativa específica de protección de los consumidores del crédito y préstamo hipotecario cuando contrataran con una empresa que no tuviera la condición de entidad de crédito. El contenido de la 2/2009 reforzaba los criterios y exigencias de información y la transparencia por la condición de consumidor del titular del crédito y se explicaba la referencia a estas empresas por no estar comprendidas en el ámbito de aplicación de las demás normas sectoriales y ser ajenas a los controles y supervisión propia de las entidades de crédito.

Sin embargo, la Orden EHA/2899/2011 ha alterado este marco regulatorio con resultados no del todo coherentes con los fines de la norma. Considerando el notable incremento de las obligaciones de información y

transparencia contenida en dicha norma, así como la estandarización de la información que debe suministrarse a los clientes de las entidades de crédito, se concluye que la misma dispensa una protección más amplia y rigurosa que la que prevé la Ley 2/2009.

Las diferencias en su ámbito subjetivo de aplicación, por un lado, y la distinción de los instrumentos de transparencia e información entre una y otra norma jurídica, por otro, implica diversas consecuencias jurídicas. En particular dichas diferencias tienen como resultado que cuando sea una entidad de crédito quien concede el crédito o préstamo hipotecario, está sometida a mayores exigencias de información y transparencia que si se trata de una empresa que no tiene dicha condición. Por tanto, las razones que justificaron la promulgación de la Ley 2/2009 con base en las diferencias en el estatuto jurídico de las empresas que operan en el mercado hipotecario y las entidades de crédito y la necesidad de someter a aquéllas a requisitos adicionales de información y transparencia, respecto de éstas, han dejado de tener pleno sentido.

En segundo lugar, en relación con la protección del prestatario o acreditado también se presentan divergencias entre ambas normas difíciles de justificar si se atienden a sus fines de política legislativa. La Ley 2/2009 define su ámbito de aplicación subjetiva a los consumidores y usuarios definidos en su artículo 1, apartado 1, b), in fine como las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional (coincidente con el artículo 3 del TRLDCU). Sin embargo, el artículo 19 de la Orden EHA 2899/2011 establece que las normas relativas a créditos y préstamos hipotecarios serán de aplicación a los contratos celebrados con un cliente, persona física, en los que la hipoteca recaiga sobre una vivienda o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir. Además, si se atiende al carácter no renunciabile de la normativa prevista en el capítulo II del título III, es decir, a la relativa a créditos o préstamos hipotecarios, según lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 2 de dicha Orden, con independencia de que el cliente actúe en el ámbito de su actividad profesional o empresarial, se concluye que lo dispuesto sobre esta modalidad de contratos es igual para todos los clientes de las entidades de

crédito que reúnan las características del artículo 19 y, por tanto, dicha normativa no tiene como sujeto específico de protección a los consumidores, sino a las personas físicas.

La consecuencia derivada de las diferencias en el ámbito de aplicación de la Ley 2/2009 y la Orden EHA/2899/2011 reside en que la primera protege a los consumidores, personas físicas o jurídicas que contraten préstamos o créditos hipotecarios con empresas que no son entidades de crédito, mientras que la segunda se orienta a la protección de las personas físicas, sean o no consumidores con entidades de crédito. Considerando, como se ha indicado, que la Orden EHA/2899/ 2011 establece unos requisitos de transparencia e información más exigentes que la Ley 2/2009, así como una estandarización de la información con documentos específicos que deben suministrarse a los clientes y unas obligaciones adicionales de los operadores jurídicos, puede obtenerse tres consecuencias que evidencian la falta de coherencia normativa de las disposiciones vigentes en el ámbito de la protección de los consumidores en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios.

En primer lugar, si el cliente fuera consumidor final del crédito estará mejor protegido si contrata con una entidad de crédito que si lo hace con una empresa que no tiene tal condición dado que, en el primer caso se someterá a lo previsto en la Orden EHA/2899/2011 y en el segundo a la Ley 2/2009. En segundo lugar y por los distintos ámbitos de aplicación de ambas normas, un empresario, persona física que contrata un préstamo o crédito hipotecario en el ámbito de su actividad profesional o empresarial estará mejor protegido que un consumidor final del crédito que contrata con fines personales, familiares o domésticos con una empresa que no sea entidad de crédito. Por último, una persona jurídica que tenga la condición de consumidor en la contratación de préstamos o créditos hipotecarios no cuenta con más protección que la dispensada por la Ley 2/2009 por lo que sólo dispone de un instrumento específico de protección si contrata con una empresa que no sea una entidad de crédito. En caso contrario, es decir, si contratara con una entidad de crédito, sólo dispondrá de la normativa general prevista en la LCGC y en el TRLDCU.

Estas consecuencias, derivadas de los diferentes ámbitos de aplicación de las normas reseñadas da lugar a resultados poco compatibles con el marco general de protección de los consumidores y de los fines de política legislativa expresados en relación con dicha normativa.

La aspiración de la Orden EHA 2899/2011 de contener un marco unificado de protección a través de rigurosas normas de transparencia e información ha querido alcanzarse con lo dispuesto en la disposición adicional primera, mediante la indicación de que todas las referencias a la Orden de 5 de mayo de 1994, contenidas en la Ley 2/2009, lo serán a aquélla. Aparte de lo superfluo de tal remisión normativa toda vez que ya se preveía en la disposición adicional única de la Orden de 5 de mayo de 1994, en todo caso dicha remisión suscita dudas. Por ejemplo, la referencia contenida en el artículo 13 de la Ley 2/2009 sobre el deber de entrega al cliente de un folleto con el contenido mínimo del Anexo I de la Orden de 5 de mayo de 1994 no queda claro a qué se refiere por cuanto la Orden EHA 2899/2011 no alude a ningún folleto por lo que habrá de interpretarse, previsiblemente en el sentido de que se refiere a las fichas de Información precontractual (FIPRE) y a la de información personalizada (FIPER), reguladas en los anexos I y II y a las correspondientes para hipotecas inversas, incluidas en los Anexos II y IV, respectivamente.

Por otro lado, no coinciden las obligaciones de notarios y registradores en el acto de otorgamiento de la escritura pública de formalización dado que se refieren a documentos e información diferenciados y la única remisión de la Ley 2/2009 a la Orden de 5 de mayo de 1994 lo es exclusivamente respecto a los tipos de interés. Igualmente en esta última norma no se alude a la necesidad de dar información adicional sobre instrumentos de cobertura de riesgo de tipo de interés o sobre cláusulas suelo y techo o a los índices y tipos de referencia aplicables para el cálculo del valor de mercado en la compensación por riesgo de tipo de interés, entre otras diferencias.

En definitiva, a diferencia del marco normativo general de protección de los consumidores, elemento nuclear del TRLDCU, en desarrollo del artículo 51 de la Constitución en el que se impone a los poderes públicos la

adecuada protección de los consumidores y usuarios, en el ámbito de los préstamos y créditos hipotecarios, pese a la trascendencia social y económica que el Preámbulo de la Ley 2/2009 y en la Orden EHA 2899/2011 atribuyen a esta modalidad de contratación, el legislador no propicia una protección específica en función de la condición de consumidor de prestatario o acreditado, sino en función de si es una persona física o jurídica y de la naturaleza de la empresa concedente del crédito o préstamo.

En consecuencia, la regulación de un sistema completo de defensa de los consumidores en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios que garantizara una adecuada protección hubiera aconsejado un régimen único, basado en dicha condición, es decir, en la de consumidor, sin hacer depender su protección de la naturaleza de la empresa concedente ni de si aquel es persona física o jurídica. Ello hubiera hecho necesaria la derogación de la Ley 2/2009 a fin de dotar de un único marco normativo a la protección de los consumidores de créditos y préstamos hipotecarios, partiendo de la noción de consumidor, según el mandato constitucional, sin establecer distinciones, ajenas a los fines pretendidos por las normas y con base a las implicaciones económicas y jurídicas subyacentes.

Resulta obvio, sin embargo, que ello presenta una exigencia en cuanto al rango de la normativa de regulación toda vez que la derogación o modificación de una Ley sólo puede efectuarse mediante otra Ley y en ningún caso mediante una Orden ministerial, lo que evidencia la insuficiencia en este sentido de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del crédito de servicios bancarios.

- A) El problema del control sobre cláusulas abusivas en contratos de préstamos y créditos hipotecarios.

Como se ha indicado, la normativa más reciente sobre protección de los titulares de préstamos y créditos hipotecarios se ha orientado esencialmente a través de la previsión de mecanismos de transparencia a los mercados y de información precontractual que debe suministrarse a fin de que conozcan la trascendencia patrimonial de este tipo de contratos, más

allá de las divergencias normativas y de la falta de coherencia entre los fines pretendidos y las normas legales con las que pretenden alcanzarse. No se establece, sin embargo, una normativa específica sobre cláusulas abusivas por lo que su control debe reconducirse a lo previsto sobre la materia en el TRLDCU.

Es decir, la normativa sectorial parte de la necesidad de informar adecuadamente a los mercados y a los clientes del contenido del contrato y de sus implicaciones jurídicas y económicas, por lo que dicha normativa complementa desde la perspectiva de su contenido y formalización, la normativa general prevista en relación con la contratación lo dispuesto en el Libro segundo del TRLDCU relativos a los contratos con los consumidores y usuarios. La normativa sectorial no prevé un régimen específico sobre cláusulas abusivas lo que significa, en definitiva, que la declaración de nulidad podrá efectuarse por los mismos medios y procedimientos que en cualquier otro sector económico.

No obstante, en la formalización de los contratos y préstamos hipotecarios se presentan algunas particularidades que plantean dudas sobre si en este ámbito de la contratación concurren mecanismos preventivos a la inclusión de cláusulas nulas en dichos contratos. En particular, en este sector de la contratación intervienen operadores jurídicos (notarios y registradores) a los que las normas sectoriales atribuyen competencias de control sobre el cumplimiento de las normas de transparencia e información precontractual, como disponen expresamente el apartado 3 del artículo 30 de la Orden EHA/2899/2011 al afirmar que (E)n su condición de funcionarios públicos y derivado de su deber genérico de control de legalidad de los actos y negocios que autorizan, los notarios denegarán la autorización del préstamo cuando el mismo no cumpla lo previsto en esta orden y la legalidad vigente, estableciendo unas obligaciones específicas de información al cliente sobre el contenido económico del contrato. El artículo 18.1 de la Ley 2/2009 establece con una redacción muy similar las obligaciones de notarios en la autorización de escrituras de créditos y préstamos hipotecarios y extiende dichas obligaciones a los registradores de la propiedad, en virtud de las cuales no inscribirán aquellas escrituras que sean contrarias a la legalidad vigente y, especialmente a las previsiones de dicha Ley.

Por otra parte, el apartado 4 del mismo precepto establece que (L)a decisión del funcionario por la que se deniegue la autorización del préstamo o la inscripción de alguna de sus cláusulas deberá efectuarse mediante escrito motivado, ordenado en hechos y fundamentos de derecho. Dicha decisión será recurrible ante la Dirección General de los Registros y del Notaria en los plazos y forma previstos para el recurso de alzada. Una previsión similar se contiene en el artículo 18.3 de la Ley 2/2009²⁶.

De esta última previsión parece deducirse que el registrador de la propiedad puede denegar la inscripción, pero mientras que la Ley 2/2009 se prevé la denegación por infracción o incumplimiento de las normas previstas en la misma y, en general de la legislación vigente que resulte aplicable, en la Orden EHA/2899/2011 no se contiene una mención en términos similares. La ausencia de esta mención puede interpretarse de dos formas diferentes: o bien que el control de legalidad reside exclusivamente en la intervención notarial o bien que no se establece ninguna especialidad en relación con las escrituras en las que se formalizan préstamos y créditos hipotecarios, por lo que se aplicaría la normativa general reguladora de dicha intervención. De mantenerse la primera interpretación, carecería de sentido la previsión contenida en el artículo 30.4 de la mencionada Orden, ya que en tal caso, el registrador debería limitarse a inscribir dichas escrituras públicas sin desplegar las funciones de calificación que le son propias, por lo que no podría denegar la inscripción. Por tanto, no cabe sino entender que, en coherencia con la normativa general reguladora de la función registral, el registrador deberá cumplir sus funciones en los términos previstos en su normativa reguladora.

²⁶ Entre el apartado 4 del artículo 30 de la Orden EHA/2899/2011 y el apartado 3 del artículo 18 de la Ley 2/2009, pese a las semejanzas en su finalidad y redacción puede apreciarse una diferencia que no está justificada: en el primer caso se identifica el recurso de alzada como vía contra el acuerdo de denegación frente a la Ley 2/2009 que remite el recurso será el que se regula en la normativa general que resulte de aplicación a cada uno de dichos operadores jurídicos. En ambos casos, la previsión es innecesaria toda vez que el recurso contra la denegación de la inscripción se contiene en la Ley Hipotecaria y su aplicación no requiere una previsión específica en un sector de la contratación concreto. No obstante, en relación con las diferencias entre ambas normas, la Ley 2/2009 opta por una solución más correcta al remitirse a la regulación general sobre recursos ya que, técnicamente el recurso contra la decisión de denegar la inscripción no es en sentido técnico un recurso de alzada.

Con todo, si se atiende al contenido tanto de la Ley 2/2009 como a la Orden EHA/2899/2011 puede comprobarse que en ambos casos se alude a los requisitos de transparencia y a los deberes de información precontractual, así como a la obligación de que la información suministrada conforme el contenido del contrato y el consentimiento del acreditado o prestatario, junto al modo en que ésta debe ser reflejada, mediante los documentos de estandarización regulados en la mencionada Orden. Nada se dice, sin embargo, sobre la intervención de dichos operadores jurídicos respecto del control de cláusulas abusivas en los contratos de préstamo y crédito hipotecarios.

La norma general referente a la intervención de notarios y registradores en el ámbito de la protección de los consumidores se contiene en el artículo 84 del TRLDCU al establecer que (L)os notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación. Tal y como está redactado dicho precepto, la primera cuestión suscitada reside en si para denegar la autorización o la inscripción es necesaria una sentencia judicial que así lo declare y su posterior inscripción en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación o si, por el contrario, se limita a reiterar que en tales casos debe denegarse la autorización y la inscripción, sin excluir que pueda denegarse también cuando se aprecie el carácter abusivo por el notario o el registrador, aunque no se hubiera declarado judicialmente e inscrito en dicho Registro.

La alusión al ejercicio profesional de estos operadores jurídicos, dentro de sus respectivas funciones públicas y la integración de las mismas según el modelo de seguridad jurídica preventiva y, por tanto, orientada a prevenir la formalización de negocios jurídicos contrarios a norma legal, así como de evitar procedimientos judiciales sobre los mismos, deben conducir a la segunda de las interpretaciones señaladas. El epígrafe del precepto parece insistir en esta idea al referirse a (A)utorización e inscripción de cláusulas declaradas abusivas, no a cláusulas simplemente abusivas, sino

aquellas cuya nulidad hubiera sido ya declarada en sentencia e inscrita en el RCGC lo que explica que el precepto, en referencia a las funciones de notarios y registradores de la propiedad, establezca una obligación en términos claros y precisos con la expresión “no autorizarán ni inscribirán”. Ello no permite excluir de las funciones de notarios y registrador la posibilidad de apreciar el carácter abusivo de una o varias cláusulas en los negocios respecto de los que se pretenda su autorización o inscripción, aunque no hayan sido declaradas nulas en virtud de sentencia judicial. Una interpretación en sentido distinto, supondría que en contratos cuyo contenido ha sido prerredactado por el empresario respecto de las que el notario apreciara su carácter abusivo, debería autorizar la escritura hasta que fueran declaradas nulas por sentencia e inscritas en el RCGC y, en igual sentido, debería actuar el registrador.

En el ámbito propio de los créditos y préstamos hipotecarios, la previsión de una amplia normativa sobre transparencia e información precontractual y el comportamiento activo de notarios y registradores, exigido en relación con su cumplimiento, se revela poco coherente con una adecuada protección de los consumidores y usuarios, que se excluyera toda intervención de dichos operadores jurídicos respecto del control del contenido de dichos contratos, especialmente en la apreciación del carácter abusivo de su clausulado. Estos criterios permiten concluir que la mención contenida en el artículo 84 del TRLDCU y la ausencia de una previsión específica sobre el control del contenido de los contratos de préstamo y crédito hipotecario, no supone la exclusión de la apreciación del carácter abusivo de su clausulado por parte de notarios y registradores de la propiedad, sino la remisión a lo dispuesto en la normativa general.

En consecuencia, en aplicación de lo previsto a tal efecto en el TRLDCU, los notarios podrán denegar la autorización de las cláusulas de los negocios de préstamo y crédito hipotecario cuando se incluyeran en alguno de los supuestos de cláusulas abusivas mencionados en los artículos 85 a 91 de dicho texto legal. En todo caso, deberán denegar dicha autorización si hubieran sido declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el RCGC.

En relación con la intervención de los registradores de la propiedad, ante la solicitud de inscripción de las escrituras de formalización de créditos y préstamos hipotecarios, la cuestión no puede resolverse exclusivamente, teniendo en cuenta la normativa general sobre protección de los consumidores, sino atendiendo a la normativa específica, en particular a lo dispuesto en el artículo 12 de la LH en el que se regula el modo en que deberán proceder para inscribir las escrituras públicas referentes a dichos negocios.

Dicho precepto establece que (E)n la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración.

Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por hipoteca a favor de las entidades a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, en caso de calificación registral favorable de las cláusulas de trascendencia real, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización.

Dicho precepto constituye una limitación a la función de calificación del registrador de la propiedad tal y como ésta se define, con carácter general en el artículo 18 de la LH²⁷ toda vez que el mismo somete a calificación el contenido de las escrituras cuya inscripción se pretende, lo cual se explica en el Preámbulo de la Ley 41/2007 por la que se modificó la redacción del artículo 12 de la LH con el objetivo de facilitar la inscripción de hipotecas y de evitar las calificaciones registrales divergentes.

²⁷ Dicho precepto establece que *(L)os Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro.*

Del tenor literal de la norma se desprende que dichos límites se establecen para los préstamos y créditos hipotecarios cuando se hubieran concedido por las entidades a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario. No se establece, sin embargo, ninguna especialidad en función de si el prestatario o acreditado tiene o no la condición de consumidor por lo que la nueva configuración de la función registral en esta materia se hace depender de la condición de quien concede el préstamo o crédito hipotecario²⁸. Por su parte, el artículo 18 de la Ley 2/2009 establece la obligación del registrador de velar por el cumplimiento de lo previsto en dicha Ley y en la legislación vigente, sin establecer ninguna limitación expresa a la función registral. Ello obliga a delimitar el juego de relaciones de ambos preceptos sin olvidar los fines de ambas normas: la dinamización y agilización del mercado hipotecario, evitando calificaciones divergentes en el artículo 12 de la LH y la protección del consumidor que contrata un crédito o préstamo hipotecario con una empresa que no sea una entidad de crédito. Armonizar ambos fines constituye una tarea ineludible a la hora de interpretar conjuntamente ambos preceptos.

Parece evidente que la exclusión del ámbito de aplicación del artículo 12 de los préstamos y créditos hipotecarios concedidos por empresas que no son entidades de crédito, mediante la remisión a lo dispuesto en el artículo 2 de la LOMH, supone que en tales casos, no se aplicará la limitación a la función calificadora del legislador prevista en aquel precepto. Por tanto, tratándose de un contrato entre una de estas empresas y un consumidor, se

²⁸ Aunque en el articulado de la Ley 41/2007 referido a los contratos se alude a deudor, en general y no específicamente a consumidor, lo cierto es que en la misma subyace la preocupación del legislador en la regulación de contratos hipotecarios que sirven para la financiación de la vivienda. En estos términos se expresa el Preámbulo de la Ley cuando alude a que del funcionamiento del mercado hipotecario “depende la financiación de la vivienda, que representa alrededor de dos tercios el valor de la riqueza total de los hogares españoles. En la descripción del marco económico en el que se promulga la norma se insiste igualmente en las necesidades legislativas que ha planteado el hecho de que “se ha producido en los últimos diez años una fase de expansión del crédito hipotecario con finalidad residencial en España”. Desde esta perspectiva, parece evidente que, aunque la norma no haya establecido distinciones particulares en relación con la condición de consumidor del prestatario o acreditado del crédito hipotecario, el legislador ha partido de su utilización con fines privados o domésticos (vivienda o finalidad residencial) y, en consecuencia, ajenos a actividades empresariales o profesionales. No obstante la ausencia de una previsión normativa expresa en este sentido y, por tanto, de una limitación subjetiva de su ámbito de aplicación, debe entenderse la aplicación general de la norma.

aplicará el régimen previsto en el artículo 18 de la Ley 2/2009 por lo que el registrador calificará la totalidad del clausulado, según lo dispuesto en el artículo 18 de la LH y, en consecuencia, podrá apreciar el carácter abusivo de una o varias cláusulas y denegar por esa causa la inscripción.

En consecuencia, el problema se plantea en relación con los préstamos y créditos hipotecarios concedidos por una entidad de las mencionadas en el artículo 2 de la LMH, cuando el acreditado o prestatario tenga la condición de consumidor, ante la ausencia de una mención específica en el artículo 12 de la LH. La cuestión esencial en este punto reside en decidir si el registrador de la propiedad puede o no denegar la inscripción por apreciar que una o varias cláusulas del contrato tiene carácter abusivo.

La norma, como puede apreciarse, no establece ninguna especialidad en su regulación a la circunstancia de que el acreditado o prestatario sea o no consumidor y, por tanto, tal circunstancia parece ser irrelevante a efectos del cumplimiento por el registrador de su función de calificación. La generalidad de este precepto llevó a la Dirección General de los Registros y del Notariado en diversas Resoluciones a considerar que en relación con las cláusulas de vencimiento anticipado así como otras de naturaleza financiera el registrador debía limitarse a su mera transcripción literal, cumpliendo en este caso el Registro de la propiedad la función de “publicidad-noticia”²⁹. Además de otras consideraciones, se entendió que el artículo 12 LH en su nueva redacción constituye una especialidad en el ámbito de la actuación registral y tenía como efecto la inaplicación del artículo 18 del mismo cuerpo legal. Además, los fines de política legislativas expresados en el Preámbulo de la Ley 41/2007 justificaban la limitación de la función calificadora del registrador como forma de evitar “calificaciones discordantes que impidan la

²⁹ Las calificaciones negativas de inscripción de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado en préstamos hipotecarios, pese al tenor literal del artículo 12 de la LH se mantuvieron y dieron lugar a numerosos recursos y a las consiguientes RRDGRN que declararon que el registrador no podía calificar dichas cláusulas limitándose a la transcripción en el asiento respectivo. Entre las RRDGRN dictadas tras la entrada en vigor de la Ley 41/2007 destacar las siguientes: de 21 de diciembre de 2007, 14 de enero, 1, 7, 8, 22, 28 y 29 de febrero, 1, 10, 14, 15, 19 22, 24, 25, y 27 de marzo, 5, 6, 14, 16, 19 y 20 de mayo y 24 de julio de 2008.

uniformidad en la configuración registral del derecho que impone su contratación en masa.”

Sin embargo, este criterio supondría un claro debilitamiento de la protección del consumidor de créditos hipotecarios toda vez supone la eliminación de un control previo a la inscripción registral y, por tanto, la aplicación de la presunción de legalidad y validez jurídica de las cláusulas inscritas. En este sentido, debe recordarse igualmente que, aún habiéndose suprimido la calificación registral, ello no impedirá la ejecución hipotecaria con base en el artículo 130 de la LH que establece que el procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se haya recogido en el asiento respectivo. Mientras que en la fase de ejecución hipotecaria, el artículo 130 LH supone un claro reforzamiento de los efectos de la inscripción registral, el artículo 12 estaría suprimiendo el control previo del registrador en relación con las cláusulas financieras incorporadas a la escritura pública y, posteriormente, al correspondiente asiento, cuyo incumplimiento no impediría la ejecución hipotecaria, según aquel precepto.

Por otro lado, si se pone en relación la delimitación del ámbito de aplicación del art. 12.1 de la LH en el que se excluyen de la especialidad normativa a los préstamos hipotecarios formalizados por entidades distintas a las mencionadas en el artículo 2 de la LOMH, con el ámbito de aplicación de la Ley 2/2009 que es concretado, por una parte por empresas que no son entidades de crédito y, por otra, por la condición de consumidor del acreditado, puede concluirse que éste goza del control previo del registrador de la propiedad a la hora de calificar el contrato cuando contrata con una empresa que no tiene la condición de entidad de crédito y que, sin embargo, dicha intervención se excluye cuando lo formaliza con una entidad de crédito. Sin embargo, en ambos casos, el tratamiento jurídico en el procedimiento de ejecución directa resulta idéntico con base en lo dispuesto en el artículo 130 de la LH.

Esta interpretación literal del artículo 12 de la LH supondría mantener diferencias en los mecanismos de protección de los consumidores con base

en la naturaleza de las empresas que operan en el mercado hipotecario, más allá del criterio nuclear de la normativa de protección de los consumidores basada, precisamente en el concepto de consumidor y usuario y, no en la condición del productor, suministrador o prestador del servicio.

Debe excluirse que las diferencias en el estatuto jurídico de las distintas tipologías de empresas que operan en el mercado hipotecario puedan justificar un diferente tratamiento de los mecanismos de protección del consumidor en este sector económico y, en particular, en el ámbito de calificación del registrador sobre las cláusulas financieras incorporadas a dichos contratos.

Se plantea, pues, en este contexto, la necesidad de armonizar los fines de política legislativa del artículo 12 de la LH a efectos de facilitar y flexibilizar el acceso al registro de la propiedad de los préstamos hipotecarios con el conjunto de normas dictadas en protección de los consumidores, en general y en este sector económico concreto.

A esta necesidad de armonizar los fines de protección de dichas normas respondió la Dirección General de los Registros y del Notariado al dictar la Resolución de 1 de octubre de 2010 (BOE de 8 de noviembre de 2010) modificando sustancialmente el criterio mantenido en anteriores resoluciones. En la RDGRN de 1 de octubre de 2010 se recuerda que el artículo 12 de la LH no debe interpretarse aisladamente, sino en coordinación con otros preceptos, especialmente de las normas de protección de los consumidores cuando el prestatario o acreditado tenga tal condición. En esta línea pone de manifiesto la inadecuación de delimitar de forma distinta la función de calificación del registrador en función de la empresa prestataria, proporcionando una distinta protección al consumidor dependiendo de la naturaleza de la misma. Recuerda igualmente que la exclusión de controles preventivos y la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas contractual sólo por vía judicial sería contraria a la

interpretación dada por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 4 de junio de 2009 a la Directiva 93/13³⁰.

Esta conclusión es plenamente coherente con la interpretación expuesta sobre el artículo 84 del TRLDCU, así como con instrumentos consagrados en Derecho español de seguridad jurídica preventiva, en especial el relativo a la función que la LH atribuye a los registradores. Sin embargo, este criterio no puede suponer obviar el tenor literal del artículo 12 de la LH tras la modificación introducida por la Ley 41/2007 ya que se exceptuarían de su ámbito de aplicación los contratos con consumidores cuando dicha excepción no se contiene en la norma de forma expresa. Se requiere, en consecuencia, armonizar dicha norma con los fines pretendidos por la misma y la adecuada protección del consumidor.

Como expresa la Exposición de motivos de la Ley 41/2007 los cambios en la normativa registral responden a la necesidad de flexibilizar y dinamizar el mercado hipotecario, facilitando la inscripción de los préstamos y créditos hipotecarios, evitando interpretaciones discordantes entre distintos registros de la propiedad. Según este criterio la referida RDGRN entiende que el registrador podrá denegar la inscripción de aquellas cláusulas que contravengan una norma imperativa o prohibitiva o hayan sido declaradas nulas por sentencia judicial firme. No parece que, en estos casos, puedan presentarse criterios divergentes entre los distintos registradores, dada la precisión, claridad y concreción con la que puede apreciarse el carácter abusivo de dichas cláusulas. Por el contrario, no podrá denegar la inscripción cuando aprecie el carácter abusivo con base en criterios interpretativos de índole subjetiva, por una valoración del conjunto de obligaciones y derechos que incluye el contrato o con base en cláusulas generales indeterminadas.

³⁰ La Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 4 de junio de 2009 (As. C-243/08) da respuesta a una cuestión prejudicial en la que se planteaba si podía interpretarse el artículo 6.1 de la Directiva 93/13, en el sentido de que la no vinculación del consumidor a una cláusula abusiva establecida por un profesional no operase automáticamente, sino solamente en el supuesto de que el consumidor impugnase judicialmente con éxito dicha cláusula mediante demanda interpuesta al efecto. Esta cuestión fue resuelta en el sentido de que el artículo 6.1 de la Directiva no vincula al consumidor, sin que sea necesario que previamente haya impugnado tal cláusula ante los Tribunales.

Con todo, aún con el cambio de criterio de la DGRN en esta materia, se mantienen diferencias en la función de calificación del registrador con base en los distintos ámbitos de aplicación del artículo 12 de la LH y de la Ley 2/2009, lo que supone un distinto ámbito de protección preventivo para los consumidores en los préstamos y créditos hipotecarios, según la distinta tipología de las empresas que operan en el mercado. A este respecto, una adecuada protección en coherencia con la normativa general de protección de los consumidores y usuarios aconsejaría la previsión de un tratamiento legal único.