

Malas prácticas bancarias en la actividad hipotecaria

por

PROF. DR. SERGIO NASARRE AZNAR (1)
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Rovira i Virgili

ÍNDICE

1. LA HIPOTECA Y EL MERCADO HIPOTECARIO.
2. LA VIVIENDA EN ESTE CONTEXTO.
3. MALAS PRÁCTICAS BANCARIAS EN OPERACIONES ACTIVAS:
 - 3.1. LOS INSTRUMENTOS DE COBERTURA DE TIPO DE INTERÉS:
 - 3.1.1. *Cláusulas techo y cláusulas suelo. Especial atención al rol notarial.*
 - 3.1.2. *Los swaps de tipo de interés.*
 - 3.2. LA INFORMACIÓN COMO DETERMINANTE DE LA RESPONSABILIDAD POR PÉRDIDAS POR INVERSIÓN EN PRODUCTOS BANCARIOS: INFORMACIÓN VS COMPRENSIÓN. EL ENTORNO MiFID Y EL DEBER NOTARIAL:
 - 3.2.1. *Los negocios de prestación de servicios de inversión y de asesoramiento financiero.*
 - 3.2.2. *Los productos de activo para la entidad de crédito.*
 - 3.3. EL SOBREENDEUDAMIENTO HIPOTECARIO:
 - 3.3.1. *Hipoteca inversa, tying practices y nueva hipoteca de máximo.*
 - 3.3.2. *Corresponsabilidad en el sobreendeudamiento.*
 - 3.3.3. *Ausencia de regulación específica de la responsabilidad civil de las agencias de calificación.*

(1) El presente trabajo ha sido realizado en sede del Grupo de Investigación de Acceso a la Vivienda de la Universidad Rovira i Virgili (www.urv.cat/grups_recerca/housing/Benvinguda.html) y gracias al Proyecto de Investigación «Experiencias catalanas, inglesas e irlandesas en el mejoramiento de acceso a la vivienda», concedido por Resolución de 21-12-2010 del Presidente de la Comisión Ejecutiva de Ayudas a la Investigación de la Agencia de Gestión de Ayudas Universitarias y de Investigación (AGAUR) de la Generalitat de Cataluña, en la Convocatoria de las Becas Batista y Roca de 2010, código 2010 PBR 00052.

- 3.3.4. *La regulación a destiempo de las tasadoras inmobiliarias.*
- 3.3.5. *La necesaria aclaración de la dación en pago.*
- 3.3.6. *La adjudicación a la entidad de crédito tras subasta infructuosa.*
- 3.3.7. *Mayor transparencia y generalización de la subasta.*

4. MALAS PRÁCTICAS BANCARIAS EN OPERACIONES PASIVAS:

- 4.1. CÉDULAS HIPOTECARIAS. LAS MAL LLAMADAS «CÉDULAS ESTRUCTURADAS».
- 4.2. BONOS HIPOTECARIOS.
- 4.3. LA TITULIZACIÓN: PARTICIPACIONES HIPOTECARIAS Y LOS BONOS DE TITULIZACIÓN HIPOTECARIA.

5. CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFÍA.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES JUDICIALES UTILIZADAS.

1. LA HIPOTECA Y EL MERCADO HIPOTECARIO

La hipoteca es mucho más de lo que dice que es el artículo 104 LH, que la configura como un gravamen sobre finca en garantía de una obligación.

Y no solo es más porque las diferentes modalidades de hipoteca que se han venido incorporando a la normativa han ido ampliando sus posibilidades (la última, en el art. 153 bis LH, introducida por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre) (2). Sino también porque la hipoteca, lejos de su concepción pasiva —como gravamen que provoca la salida del mercado de la finca por su pérdida automática de valor, haciendo honor a lo que etimológicamente significa («prenda muerta») su pariente en derecho angloamericano, la *mortgage*— puede ser estudiada y concebida como un activo económico (3), perteneciente en un primer momento al propietario hipotecante para luego ser «cedida en garantía» al acreedor que negociará con ella y en base a ella, dado su valor intrínseco.

Este valor proviene, en circunstancias normales, del derecho a cobrar periódicamente lo correspondiente a la amortización del préstamo que garantiza; a lo que se añade, en caso de impago del deudor, la posibilidad de ejecutar la finca y de cobrar con cierta preferencia la cantidad prestada. Son evidencias del «valor» que tienen los créditos hipotecarios, el hecho de que en 2009 representaban el

(2) BOE de 8-12-2007, núm. 294, pág. 50593. Parte de una conferencia impartida para el Consejo General del Poder Judicial en marzo de 2011, que está publicada en la intranet del CENDOJ.

(3) Como sucede con la Eurohipoteca (www.eurohypotheq.com). Puede verse el modelo, con ciertos comentarios, en MUÑIZ, NASARRE y SÁNCHEZ JORDÁN (coords.), *Un modelo para una eurohipoteca. Desde el informe Segré hasta hoy*, Madrid, 2008, Fundación Registral del Colegio de Registradores de España.

51,9 por 100 del PIB de la Unión Europea (4), o que representaban en 2006 el 60 por 100 del balance de las entidades de crédito españolas (5).

Pues bien, tomando como base esta consideración, desde 1981 [Ley 2/1981, de 25 de marzo (6), en adelante, LMH] las entidades de crédito quedaron habilitadas para refinanciar los créditos hipotecarios, accediendo directamente al mercado de valores. El legislador consideró que ello podía hacerse a través de cédulas hipotecarias (presentes en nuestro Derecho desde 1872), bonos hipotecarios y de participaciones hipotecarias, sirviendo estas últimas para la conformación de fondos (*pools*) para la emisión, sobre ellas, de los bonos de titulización hipotecaria [desde la Ley 19/1992, de 7 de julio (7)]. Esta normativa quedó «actualizada» —que no, optimizada (8)— por la Ley 41/2007, la cual no tuvo en consideración el contexto de crisis que ya había comenzado a nivel mundial hacía ya seis meses cuando se aprobó en diciembre de ese año.

A grandes rasgos puede afirmarse que España se ha dotado, básicamente, de dos instrumentos provenientes de dos tradiciones jurídicas ajenas a la nuestra, para la movilización (refinanciación de las hipotecas) y la «movilización» (la transformación de las hipotecas en bienes muebles) de los créditos hipotecarios de cierta calidad (9): las cédulas hipotecarias (de origen prusiano, en el siglo XVIII) y los bonos de titulización hipotecaria (de origen norteamericano, desde los años setenta del siglo XX). Durante el *boom inmobiliario*, España llegó a ser la segunda emisora de cédulas hipotecarias (tras las alemanas *Pfandbriefe*) y también la segunda emisora de bonos de titulización hipotecaria, conocidos en el mercado internacional con la denominación genérica de *mortgage-backed securities* (MBS). No obstante, ambos adolecen de importantes deficiencias jurídicas que ponen en riesgo nuestro mercado hipotecario. Por su parte, desde la Ley 44/2002, de 22 de noviembre (10), las entidades de crédito españolas quedaron legitimadas para

(4) EUROPEAN MORTGAGE FEDERATION, *Hypostat 2009*, noviembre de 2010, pág. 8.

(5) NASARRE AZNAR, Sergio, «Las novedades en la emisión de cédulas hipotecarias. Atención al Registro Contable Especial», en MUÑIZ, NASARRE y SÁNCHEZ JORDÁN (coords.), *La reforma del mercado hipotecario*, Madrid, 2009, Ed. Edisofer, págs. 466 y 467.

(6) BOE de 15 de abril de 1981, núm. 90, pág. 8148.

(7) BOE de 14 de julio de 1992, núm. 168, pág. 24123.

(8) Ver las conclusiones en la obra de MUÑIZ, NASARRE y SÁNCHEZ JORDÁN (coords.), *La reforma del mercado hipotecario*, Madrid, 2009, Ed. Edisofer, págs. 665 a 677.

(9) Dado que los bonos hipotecarios no existen en la práctica, ni se prevé que existan a pesar de lo que señala la Ley 41/2007, por su aún peor regulación tras dicha norma (ver la problemática de los bonos hipotecarios tras dicha norma en NASARRE AZNAR, Sergio, «Las novedades en la emisión de los bonos hipotecarios [art. 2.6 de la Ley 41/2007]», en MUÑIZ, NASARRE y SÁNCHEZ JORDÁN (coords.), *La reforma del mercado hipotecario*, Madrid, 2009, Ed. Edisofer, págs. 489 a 499]. Por su parte, las participaciones hipotecarias siempre van ligadas, a la práctica, a un proceso de titulización mediante bonos de titulización hipotecaria.

(10) BOE de 23 de noviembre de 2002, núm. 281, pág. 41273.

deshacerse (sacar de su balance) de las hipotecas *subprime* (11) —aquellas que no cumplen los requisitos del art. 5 LMH— a través de los certificados de transmisión de hipotecas.

Por lo tanto, la hipoteca del artículo 104 LH no es más que el punto de partida del denominado «mercado hipotecario», que comprende tanto las operaciones activas como las operaciones pasivas, entendidas las primeras como la concesión de préstamos hipotecarios y las segundas como la refinanciación de estos a través de la emisión de valores hipotecarios, fundamentalmente cédulas hipotecarias y bonos de titulización hipotecaria.

En el análisis de las malas prácticas bancarias de este trabajo nos adentraremos tanto en las llevadas a cabo en las operaciones activas como en las pasivas del mercado hipotecario, dado que unas no pueden entenderse sin las otras.

2. LA VIVIENDA EN ESTE CONTEXTO

La vivienda es un fenómeno muy complejo que se debate, en el contexto actual, entre su consideración como activo (art. 2 LMH), fundamento para el mercado hipotecario, y la de centro para desarrollar derechos fundamentales, como el de la libertad —art. 16 CE; STS de 27-11-2000 (12)—, el de la intimidad —art. 18 CE; sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16-11-2004 (13)— o el del libre desarrollo de la personalidad —art. 10.1 CE; STS de 7-11-1997 (14)—. Naturalmente a ello hay que añadir el derecho a una vivienda digna y adecuada del artículo 47 CE.

Podemos afirmar que, en nuestro país, nos encontramos ante el fenómeno de la *shapeless housing* o vivienda desdibujada, no solo por no haber sido capaz el legislador —a la vista de lo que viene sucediendo desde septiembre de 2007— de hallar un equilibrio entre ambas perspectivas reseñadas, sino porque ni la jurisprudencia ni la academia ayudan a ello.

Así, no se prevén soluciones eficaces ni a corto ni a medio ni a largo plazo para solventar la sorprendente paradoja, única en su gravedad en Europa (15),

(11) Por aquel entonces empezaron a concederse masivamente, dado el *boom inmobiliario* que arrancó en 1995. Su titulización ha contribuido a la generalización de la crisis entre los inversores.

(12) *RJ* 2000/9525. Esta sentencia en su FJ 4.º señala que «el domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima. Por ello —concluye—, a través de este derecho no solo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella».

(13) Demanda núm. 4143/2002.

(14) *RJ* 1997/8348.

(15) ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Informe del relator especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado*,

de que puedan existir en España cerca de 4 millones de primeras residencias vacías (el último censo, el de 2001, es decir, antes del trienio dorado de la construcción 2004-2006, reveló ya 3 millones, lo que fue corroborado por el relator de la ONU en 2008 (16), mientras que desde 2007 y hasta el tercer trimestre de 2010 se han presentado alrededor de 248.000 ejecuciones hipotecarias (17), con el riesgo de exclusión social que ello comporta (18), especialmente, con el deficiente parque de vivienda pública del que disponemos (19) y por lo reducido de nuestro mercado de vivienda de alquiler. Piénsese, también, atendiendo a los datos del CGPJ, el impacto que tiene en la necesidad de vivienda que cada año se divorcian en España —por lo tanto, sin tener en cuenta rupturas de parejas estables, ni separaciones ni nulidades de matrimonios— alrededor de 116.000 matrimonios (en concreto, 115.962 en 2009, con un previsible repunte en 2010) (20).

En cuanto a la jurisprudencia, los Tribunales tienen dicho que en nuestro sistema constitucional la vivienda no es un derecho fundamental exigible ante los tribunales, sino que es tratado como un principio programático (STS 31-1-1984) (21), es decir, como un mandato a los poderes públicos que deben llevarlo a cabo a través de las leyes que lo desarrollan (STS 19-4-2000) (22) y no es recurrible en amparo [ATC 20-7-1983 (23) y ATS 4-7-2006 (24), que le veda

Sr. Miloon Kothari. Misión a España, A/HRC/7/16/Add.2, 7-2-2008, págs. 11 y 12, que se pronuncia en los siguientes términos: «España tiene el mayor número de casas deshabitadas de la Unión Europea».

(16) ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Informe del Relator...*

(17) CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Datos sobre el efecto de la crisis en los órganos judiciales 3T 2010*, disponible en www.poderjudicial.es, bajo «Estadística»; debe destacarse también la evolución desde el estallido de la crisis, habiendo unas 26.000 ejecuciones hipotecarias en 2007 y unas 93.000 en 2009. Ver, además, para España, *El País-Economía*, 11-2-2009 con declaraciones del Presidente de la CECA, señalando que la morosidad al 2009 podría ser del 6 por 100, mientras Caixa Catalunya convierte hipotecas delicadas en alquileres.

(18) Ver, para Europa, el informe de la *European Federation of National Organisations Working with Homeless*, que ya detectó el 2005 que la exclusión social por carencia de vivienda se había extendido a nuevas clases sociales, como familias con niños, inmigrantes, gente joven, afectando especialmente a las mujeres, www.feantsa.org.

(19) Ver, en este sentido, la estadística MINISTERIO DE VIVIENDA, *Vivienda protegida*, 2001-2008, disponible en http://www.mviv.es/es/index.php?option=com_content&task=view&id=687&Itemid=430, como en 2001 (en los inicios del *boom* inmobiliario) habían para toda España 2.547.121 viviendas protegidas y en 2008, en plena crisis, 2.776.037 viviendas, es decir, un aumento en ocho años de únicamente 228.916 viviendas protegidas, que difícilmente están pudiendo hacer frente a la situación en que quedan las familias desposeídas tras las ejecuciones o, incluso, tras las cada vez más abundantes rupturas matrimoniales.

(20) CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Datos de divorcios ingresados 3T 2010*, disponible en www.poderjudicial.es, bajo «Estadística».

(21) *RJ* 1984/495.

(22) *RJ* 2000/2963.

(23) *RTC* 1983/359 AUTO.

(24) *JUR* 2006/190875.

la posibilidad de recurrir vía artículo 477.2 LEC]. Y aún va más allá. La STS 17-7-1990 (25) consideró que el concepto de «vivienda digna y adecuada» del artículo 47 CE es un concepto jurídico indeterminado.

Y, por último, en cuanto a la Universidad, a diferencia de lo que sucede en otros países, no ha conseguido vertebrar unos estudios y una línea de investigación para el análisis de la vivienda (*housing*) desde una óptica interdisciplinar y omnicomprensiva. Raramente se perciben grupos de investigación en los que intervengan juristas (iusprivatistas y de derecho público), economistas, arquitectos, sociólogos, financieros, geógrafos y todos aquellos que tengan algo que decir para una mejor comprensión y el estudio del problema.

De todo ello se resiente el acceso a la vivienda, que se ha visto enormemente dificultado en los últimos tiempos. Así, el acceso a la vivienda en propiedad ha causado un gran sobreendeudamiento de las familias, con los resultados ya señalados con decenas de miles de ejecuciones hipotecarias al año. Este es uno de los motivos que inspiran la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial de 31-3-2011 (26), concretado, sobre todo, a nuestro entender, en la obligación para la entidad de crédito de denegar el crédito si, tras evaluar la solvencia del deudor, esta demuestra la incapacidad de este de reembolsar el crédito durante el periodo de vigencia del contrato [art. 14.2.a) Propuesta] (27).

Piénsese, además, que el mercado de la vivienda en propiedad se ha visto presionado estos últimos años por un virtualmente inexistente mercado de vivienda en alquiler, que se ha infradesarrollado a consecuencia de la LAU, las —ya reveladas insuficientes en la práctica— reformas de la LEC 2009 en cuanto al proceso de desahucio, el fracaso de los fondos de inversión inmobiliaria y el más que previsible fracaso de las SOCIMI (28). Con una de las tasas de alquiler más bajas de Europa, solamente superada por algunos países de la Europa

(25) RJ 1990/6566.

(26) COM (2011) 142 final. Esta Propuesta es la primera que nace del Libro Blanco 2007 sobre la integración de los mercados hipotecarios de la Unión Europea de 18-12-2007 [COM (2007) 807 final]. Un análisis del Libro Blanco en clave de creación de un mercado hipotecario común puede verse en NASARRE AZNAR, Sergio, *The integration of the mortgage markets in Europe (Part I)*, «Silesian Journal of Legal Studies», 2011, vol. 3, págs. 39 a 57.

(27) Desconocemos cómo se va a llevar esta disposición a la práctica, pero su aplicación estricta puede conllevar la imposibilidad de que personas que hasta ahora podían acceder a una vivienda en propiedad, ya no podrán al no quedar cualificadas para obtener un crédito hipotecario. Por otro lado, si se equipara esta disposición a las (o a algunas) hipotecas *subprime* (por ejemplo, que tienen un LTV muy elevado, que no cumple con las especificaciones del art. 5 LMH), ello entrará en contradicción con los certificados de transmisión de hipotecas del artículo 18 de la Ley 44/2002 —vid. *infra*— dado que estos permiten la titulación (es decir, hacer negocio) de este tipo de hipotecas.

(28) Ver esta conclusión en NASARRE AZNAR, Sergio, y RIVAS NIETO, Estela, *La naturaleza jurídico-privada y el tratamiento fiscal de las nuevas sociedades cotizadas de inversión en el mercado inmobiliario (SOCIMI) en la Ley 11/2009*, «Contabilidad y Tributación»,

del Este (29), se hace necesario buscar alternativas de acceso al dominio y al alquiler; son las denominadas tenencias intermedias (30).

Con este dualismo que afecta a la naturaleza de la vivienda y de la problemática que su acceso provoca en España están relacionadas, en su mayor parte, las malas prácticas bancarias que analizaremos a continuación. No obstante, por cuestiones de abarcabilidad, no entraremos a analizar en profundidad otros supuestos en los que pueden hallarse «malas prácticas bancarias», como son:

- El redondeo al alza del tipo de interés que se toma de referencia para las revisiones de interés aplicable a los préstamos hipotecarios a tipo variable o, también llamado, «redondeo por/en exceso al cuarto de punto superior» o «fórmulas de redondeo al alza de las fracciones de punto». Este tipo de cláusulas han sido declaradas nulas por abusivas para los consumidores por SSTS de 4-11-2010 (31) (contra CAJA PROVINCIAL DE AHORROS DE JAÉN) y 29-12-2010 (32) (contra CAIXA TARRAGONA), con base en el artículo 8.2 de la Ley 7/1998 y en el artículo 10.bis de la Ley 26/1984, esencialmente, en relación al desequilibrio de derechos y obligaciones de las partes causado por dicha cláusula. A juicio del TS, en ambas resoluciones, la STJCE 3-6-2010 (33) permite, en sede de protección de consumidores, entender como abusivas aquellas cláusulas que crean desequilibrios económicos entre las partes (entre prestaciones o servicios y coste; vid. *infra*), doctrina que se aplica para dichas cláusulas de redondeo. No obstante, esta línea de razonamiento no puede ser suficiente, a nuestro juicio, para declarar nulas las cláusulas suelo, tal y como comentamos *infra*.
- La utilización del concepto de «la cifra de responsabilidad hipotecaria» (34) que acrecienta la garantía de la entidad de crédito, al tiempo que aumenta

núm. 321, diciembre de 2009, págs. 3 a 66. Ver, además, CINCO DÍAS, versión digital, de 27-1-2011, donde se informa que no se ha creado ninguna SOCIMI desde 2009.

(29) Ver los datos y el análisis en NASARRE AZNAR, Sergio, «La insuficiencia de la normativa actual sobre el acceso de la vivienda en propiedad y en alquiler: la necesidad de instituciones jurídico-privadas alternativas para facilitar el acceso a la vivienda. Algunas propuestas», en Sergio NASARRE AZNAR (dir.), *El acceso a la vivienda en un contexto de crisis*, Madrid, 2011, Edisofer, *in toto*.

(30) A ellas estamos dedicando el grupo de investigación de Acceso a la Vivienda de la Universidad Rovira i Virgili (http://www.urv.cat/grups_recerca/housing/Benvinguda.html), imbricado a nivel nacional con el GIPUR (www.gipur.org) y vinculado, a nivel internacional, con la *European Network for Housing Research* (ENHR, www.enhr.net).

(31) RJ 2010/8021.

(32) RJ 2011/148.

(33) TJCE 2010/162.

(34) En la que se engloba el principal aún debido por el préstamo, los intereses remuneratorios ya devengados y pendientes de pago, más los intereses de demora devengados desde que se ha producido el incumplimiento, más los gastos o costas judiciales en que haya incurrido por razón del procedimiento que se haya tenido que poner en marcha para la ejecución.

la carga impositiva y de costes para el cliente (35). Funciona como un límite máximo hasta el que pueda cobrarse el acreedor hipotecario en perjuicio de terceros. Con ello, la entidad de crédito aprovecha a cobrar cantidades a costa de la hipoteca (es decir, a costa del sobrante que queda para otros acreedores del deudor y/o para el propio deudor) que pueden considerarse altas y fuera propiamente del contrato de préstamo hipotecario, como son los elevados tipos de interés de demora pactados (muchas veces por encima del 20 por 100) (36), o los intereses remuneratorios de dos años, de manera que a menudo se habían llegado a cifras de responsabilidad hipotecaria que casi duplicaban el principal del préstamo (37).

- Otros ámbitos en los que pueden hallarse dichas malas prácticas es la contratación de seguros vinculados a préstamos hipotecarios (38) o la imputación de comisiones y gastos al cliente (por ejemplo, la admisión de la comisión por emisión del certificado de pago de hipoteca —art. 82 LH— debe necesariamente justificarse porque la entidad acredite que se ha prestado un servicio efectivo al cliente) (39). Una muy reciente (40) potencial mala práctica bancaria puede ser el fenómeno de la venta por las entidades de crédito o de sus filiales inmobiliarias de los denominados «inmuebles sin posesión», es decir, de los que tienen el dominio pero «aún» no la posesión. Teniendo como reclamo un buen precio, las entidades de crédito trasladan el riesgo y los costes de desahucio del poseedor al adquirente de la vivienda. Este puede enfrentarse a diversas

(35) GONZÁLEZ-MENESES, Manuel, «Lo que usted no negoció de su hipoteca», en *El Notario del siglo XXI*, Colegio Notarial de Madrid, núm. 10, noviembre-diciembre de 2006, disponible en <http://www.elnotario.com/egest/portada.php?idSeccion=63>.

(36) Ver, en este sentido, el Anteproyecto de Ley de modificación de la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de Consumo de Cataluña, para la mejora de la protección de las personas consumidoras en las relaciones de consumo en el ámbito de créditos y préstamos hipotecarios de 20-9-2011, en su artículo 1.º donde se limitan por ley estos intereses de demora a 2,5 veces el interés legal del dinero.

(37) Así lo afirma GONZÁLEZ-MENESES, *Lo que usted...*

(38) Una rápida revisión del estado de la cuestión desde la perspectiva de la Inspección General de Seguros puede hallarse en OUTOMURO PÉREZ, Begoña, «Contratación de seguros vinculados. Criterios del Servicio de Reclamaciones de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones sobre los seguros vinculados a préstamos hipotecarios», en *El Notario del siglo XXI*, Colegio Notarial de Madrid, núm. 16, vol. 2, noviembre-diciembre de 2007, págs. 50 a 55.

(39) Nos remitimos al concreto trabajo de PAYO ALCARAZ, Isabel, «Cláusulas de variabilidad del tipo de interés. Redondeo, comisiones y gastos», en *El Notario del siglo XXI*, Colegio Notarial de Madrid, núm. 16, vol. 2, noviembre-diciembre de 2007, págs. 8 a 17.

(40) Ver <http://www.elmundo.es/elmundo/2011/04/19/suvienda/1303238690.html>, consultada el 20-4-2011. CatalunyaCaixa, el 12 por 100 de cuyo activo inmobiliario es de «inmuebles sin posesión» según dicha fuente, ha puesto a la venta dichos inmuebles en la web de CatalunyaCaixa Inmobiliaria (<http://www.cxinmobiliaria.com/buscador.php>).

dificultades para finalmente poder acceder a vivir en el inmueble, entre las que se cuentan las dilaciones en el efectivo desahucio de un precario o que el poseedor tenga efectivamente título para poseer.

3. MALAS PRÁCTICAS BANCARIAS EN OPERACIONES ACTIVAS

3.1. LOS INSTRUMENTOS DE COBERTURA DEL TIPO DE INTERÉS

De acuerdo con el Banco de España (41) existen dos tipos de instrumentos de cobertura (*hedge*): las coberturas implícitas y las explícitas. Las primeras se incluyen en el clausulado de los contratos de préstamo y consisten fundamentalmente en la introducción de cláusulas limitativas a la variación de los tipos de interés, como son las cláusulas «suelo» y «techo». Por su parte, las explícitas consisten en la contratación de un producto independiente con dicha finalidad, como son las permutas financieras de tipo de interés o *interest rate swaps*.

El efecto de «aseguramiento» entre un máximo y un mínimo de tipo de interés puede revestir diversas formas. Una de ellas es el denominado «contrato de gestión de riesgos financieros» que viene definido por la SAP de Ávila de 9-9-2010 (42) como «un contrato consensual, bilateral, sinalagmático, de duración continuada y determinada, atípico, y aleatorio (vid. art. 1790 del CC), que genera derechos y obligaciones para ambas partes; y que tiene cierta semejanza con el contrato de seguro, pues se cubre el riesgo por parte de la entidad bancaria de que si suben en demasía los tipos de interés a los que deben hacer frente las empresas, el Banco les cubre; pero por contra el cliente, que se ve beneficiado por su bajada y se beneficia de que puede hacer frente a su endeudamiento con menos carga, a la par se compromete con el Banco a pagarle los vencimientos por esa bajada, según lo pactado». Otra puede ser la contratación efectivamente de un seguro de cobertura, como sucedió en la SAP de Jaén de 27-3-2009 (43). En esta ocasión se contrató un seguro de estabilización del tipo por 600 euros, para evitar la subida de tipos, a pesar que parece que escondía un *swap*; además, no se informó al cliente ni se le entregó el anexo donde se explica el «Floor» consistente en la compensación a la *counterparty* si bajan los tipos; el Tribunal consideró que el prestatario tenía derecho a que se le devolviera lo que había satisfecho por tal contrato.

(41) BANCO DE ESPAÑA, *Memoria del servicio de reclamaciones 2009*, pág. 161, disponible en http://www.bde.es/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/09/Fich/Informes_relevantes.pdf.

(42) CENDOJ 05019370012010100355.

(43) AC 2009/1604.

3.1.1. Cláusulas techo y cláusulas suelo. Especial atención al rol notarial

Una de las cuestiones más discutidas ha sido la inclusión de cláusulas techo y de cláusulas suelo en los créditos hipotecarios con interés variable, que son la inmensa mayoría de los contratados en España durante el *boom inmobiliario*, especialmente por lo poco atractivo de los préstamos hipotecarios a interés fijo (tipo muy alto en comparación), a pesar de la advertencia de los peligros para las familias por parte del Banco de España durante los años precedentes al estallido de la crisis mundial de 2007 (44).

En general son cláusulas por las cuales tanto el prestamista como el prestatario se aseguran que el tipo de interés del préstamo hipotecario oscilará entre dos tipos, uno máximo y otro mínimo. Si se rebasa, por encima del superior o por debajo del inferior, el prestatario (si el tipo rebasa el máximo establecido) o el prestamista (si el tipo baja del inferior pactado) reciben una compensación del otro, que es equivalente a la diferencia entre el máximo o el mínimo y en lo que se ha rebasado. Provoca una especie de efecto de «aseguramiento», pero no solo para el prestatario, sino para ambas partes.

La cláusula suelo tiene un especial interés para la entidad de crédito, no solo en lo que reconoce (que tenga unos mínimos ingresos para cubrir los gastos de gestión o cierta remuneración por la onerosidad del préstamo) sino para lo que no: el *stream of cash* que sirve para la satisfacción de los valores hipotecarios (a menudo a tipo fijo) proviene de los préstamos hipotecarios, de manera que si esos dejan de generar interés se pone en peligro la refinanciación hipotecaria. Piénsese que en Alemania la mayoría de los préstamos son a interés fijo, pues este tipo es el que crea el contexto ideal para la emisión de las cédulas hipotecarias alemanas o *Pfandbriefe*, dado que estas, al igual que nuestras cédulas hipotecarias, son obligaciones contra la entidad que las emite que generan una obligación de pagos periódicos hacia los inversores.

El 23-9-2009 el Senado aprobó por unanimidad del pleno una moción para reclamar al Gobierno que tome medidas para evitar los abusos de las entidades de crédito en las revisiones de los créditos hipotecarios, lo que no fue acogido por este. Sorprendentemente en julio de 2010 el Senado rechazó la modificación de la LGCU para delimitar el carácter abusivo de las «cláusulas suelo», acogiendo un informe del Banco de España (45). Todo ello ha venido sucediendo en un contexto muy particular: bajadas sostenidas del Euribor desde noviembre de 2008, de manera que los prestatarios no podían beneficiarse de tales bajadas.

(44) BANCO DE ESPAÑA, *Informe anual 2004*, www.bde.es, págs. 38 y 39, que señalaba que: «La sensibilidad de las familias ante posibles elevaciones de los tipos de interés se ha visto incrementada por el hecho de que la mayor parte de sus pasivos está materializada en forma de créditos a tipo de interés variable».

(45) BANCO DE ESPAÑA, *Informe sobre determinadas cláusulas presentes en los préstamos hipotecarios*, BOCG, Senado, Serie I, 7-5-2010 (457), págs. 12 y sigs.

Mientras la asociación de consumidores ADICAE inicia en febrero de 2011 una gran demandada colectiva contra 100 entidades de crédito por incluir cláusulas suelo en sus productos (46), aparece la primera sentencia que declara nulas las cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios comercializados por tres entidades de crédito (BBVA, CAJAMAR y CAIXA GALICIA).

Se trata de la SJM, núm. 2 de Sevilla, de 30-9-2010 (47) y se fundamenta en la asimetría de las cláusulas suelo y las cláusulas techo: comercializado al 5 por 100 el préstamo hipotecario, la cláusula techo (la que beneficia al prestatario) se coloca en el 15 por 100 del tipo de interés, mientras que la suelo en el 3,25 por 100 (nótese la distancia de ambos en relación al valor de referencia). Ello significa que mientras es difícil que los préstamos hipotecarios alcancen un Euribor del 15 por 100 sí que es fácil que bajen por debajo del 2,5 por 100. Así, según demuestra la Figura 1, desde 1999 a 2011, en relación al Euribor a doce meses (uno de los más comunes en los préstamos hipotecarios en España (48), ha estado desde 2009 hasta la actualidad por debajo del 2,5 por 100 (con un mínimo histórico en marzo de 2010, a algo más del 1 por 100) y, en cambio, nunca más allá del 15 por 100, alcanzándose las mayores cotas (en agosto de 2000 y en octubre de 2008) muy por debajo de tal cifra, situándose en algo más del 5 por 100.

A esta sentencia le ha seguido la SJM, núm. 1 de León, de 11-3-2011 (49) (caso AUSBANC CONSUMO contra CAJA ESPAÑA) que declara la nulidad, por cláusula abusiva, «de la condición general contenida en los préstamos hipotecarios a interés variable celebrados con consumidores o usuarios que establece un tipo mínimo de interés o un tipo mínimo de referencia y que no contempla como contrapartida un tipo máximo que proteja eficazmente al prestatario del riesgo de subida del referencial, en todo caso inferior al 12 por 100 recogido en los contratos suscritos por la demandada», condenando a eliminar dicha condición general de los contratos de préstamo hipotecario a interés variable, con publicación en el BORM y en un diario local e inscripción de dicha cláusula suelo en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

En nuestra opinión la conclusión a la que llegan ambos juzgadores es acertada, a pesar de que, a nuestro juicio, la distancia de suelo y techo en relación al valor de referencia no sea motivo suficiente para considerar abusiva la cláusula sino únicamente el detonante de la invalidez de la cláusula: debe quedar claro que por dichas cláusulas solo la entidad de crédito queda beneficiada cubriendo su propio riesgo, sin que ello se refleje en una mejoría

(46) Ver <http://www.elmundo.es/elmundo/2011/02/23/suvienda/1298485188.html>.

(47) AC 2010/1550.

(48) <http://www.elmundo.es/elmundo/2011/04/19/suvienda/1303227890.html>, donde se señala que son el 90 por 100 de los préstamos hipotecarios existentes.

(49) AC 2011/179

en las condiciones del préstamo hipotecario, al tiempo que se impide la completa formación de la voluntad del consumidor. Así, el artículo 82.1 del RDL 1/2007 (50) resalta, a la hora de describir a las cláusulas abusivas, la existencia de «un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes» y en el artículo 82.4.c) del RDL 1/2007 claramente destaca que, «en todo caso, son abusivas las cláusulas que [...] c) delimiten la falta de reciprocidad en el contrato»; y el artículo 87 del RDL 1/2007 vincula dicha falta de reciprocidad a la ausencia de buena fe (art. 7 CC) y a que es en perjuicio del consumidor. La calificación de una cláusula como abusiva provoca su nulidad de pleno derecho y el tenerse por no puesta (art. 83 del RDL 1/2007).

De manera que entendemos que el fundamento para la nulidad de las cláusulas suelo no puede ser que se fije un mínimo de pago de intereses a favor de la entidad de crédito al rebasar cierto suelo (51), sino que esta obligación no tenga una contrapartida proporcional a favor del consumidor (no quede verificado en qué se beneficia este, quedado, sin embargo, claro en qué se beneficia la entidad de crédito) y que este no haya podido dar un consentimiento informado. Solo si se da esta situación, deberían ser declaradas nulas (art. 82.1 del RDL 1/2007), dado que:

- a) El consumidor accede a la combinación cláusula suelo-cláusula techo para cubrirse él de la subida de tipo de interés. Esta posibilidad queda prácticamente frustrada desde el momento en que tal cláusula techo es prácticamente inalcanzable, mientras que la suelo, que cubre a la entidad de crédito, es más probable que suceda, es más real (la irrealidad de la protección del consumidor está presente en la SJM, núm. 1 de León, de 11-3-2011). No es cuestión de simetría, sino del grado de realismo en el acontecimiento que se pretende cubrir por una y por la otra parte. De manera que, en primer lugar, tenemos un problema de planteamiento de la cláusula al consumidor: realmente sirve para cubrir el riesgo de fluctuación del tipo de interés del préstamo de la entidad de crédito y no para cubrir el suyo propio (solo remotamente, dada la escasa probabilidad de que ello se produzca), de modo que el riesgo que corre la entidad de crédito al conceder un préstamo a tipo variable es, al menos parcialmente, cubierto por el consumidor, mientras que, a la práctica, no sucede al revés. Piénsese que si no fuese así, la entidad de crédito no podría haber ofertado el préstamo en tan buenas condiciones al cliente (pudiéndolo perder) o, incluso, ofrecerle únicamente a tipo fijo (poco atractivos por la onerosidad de sus intereses). De manera que

(50) RDL 1/2007, de 16 de noviembre (BOE núm. 287, 30-11-2007, pág. 49181).

(51) De acuerdo aquí con CASTILLA CUBILLAS, Manuel, «Sobre la abusividad de las cláusulas “suelo” hipotecario y el Informe al respecto del Banco de España», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1/2011, pág. 4.

la entidad de crédito halla en la cláusula suelo la manera de ofrecer atractivas condiciones a los clientes sin correr riesgo ella misma de que los intereses bajen por debajo de un umbral tolerable para sus propias obligaciones o beneficios. Referirse, como lo hacen, las entidades de crédito a que con el MIBOR se alcanzaron altos tipos de interés, es descontextualizar la cuestión (como bien advierte la SJM, núm. 1 de León, de 11-3-2011) en tanto que no solo el índice de referencia actual es el Euribor (Figura 1), sino que el mercado hipotecario actual es distinto del anterior a 1999, con plazos de amortización muy largos y sumas a devolver muy elevadas (una subida de los tipos más allá del 6 por 100 produciría grandes perjuicios para los deudores hipotecarios). Por otro lado, siguen afirmando las entidades de crédito que es comprensible que con plazos tan dilatados de amortización estas deban cubrirse y que también es posible llegar en momentos puntuales a tan altos tipos de interés debido a circunstancias inesperadas, de manera que las cláusulas techo pueden ser útiles. Pero ello, entendemos, no justifica el pacto de antemano de tan diferentes cláusulas techo y suelo, puesto que si se trata de acontecimientos futuros, extraordinarios e imprevisibles de muy bajos o muy altos tipos de interés, la parte perjudicada podrá, en su caso, alegar la cláusula *rebus sic stantibus* para solicitar el reequilibrio de las prestaciones (STS de 25-1-2007) (52).

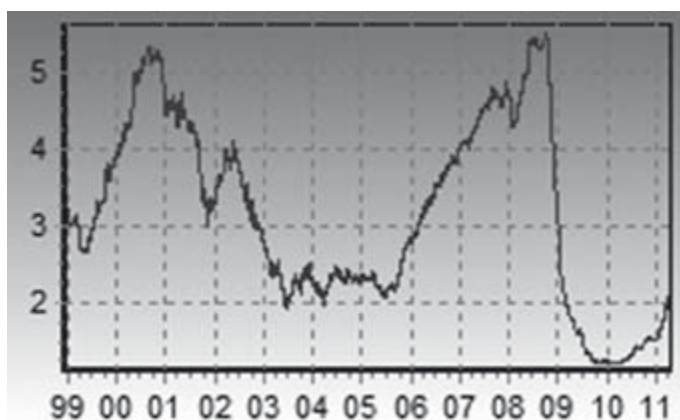


FIGURA 1. La evolución del Euribor a doce meses en el periodo 1999-2011.
Fuente: Euribor-rates.eu

(52) RJ 2007/592.

- b) Por lo tanto queda realmente difuminado qué o cuánto gana el consumidor al aceptar las cláusulas suelo y techo: si no es, como se ha visto, realmente el techo, deberá ser, como señala el Banco de España en el informe mencionado, que se incluye en el precio y condiciones del préstamo. Pero ello no es transparente para el consumidor, dado que este difícilmente puede conocer cuánto de menos del tipo de interés que paga es gracias a la cláusula suelo, es decir, vuelve a ponerse en duda la real reciprocidad de intereses. Si esta no viene [o, según algún autor (53), no debería venir necesariamente de la cláusula techo], debe quedar meridianamente claro (art. 217 LEC) que ciertos puntos básicos de menos del préstamo del que se beneficia el consumidor son gracias a la cláusula suelo. Y ello no solo es difícil que conste, se explique en el momento de contratar al consumidor o se calcule, sino que todos los indicios muestran cómo dichas cláusulas solo benefician a la entidad de crédito: queda cubierta por un riesgo que debe asumir al comercializar un préstamo a tipo variable y las cláusulas techo son irreales a la práctica.
- c) Por lo tanto, la nulidad de la cláusula no viene exclusivamente de la desproporción de la distancia del techo y del suelo en relación al valor de referencia, sino que tal desproporción origina la falta, a la práctica, de beneficios para el deudor hipotecario (ni tan siquiera efectuando un juicio de probabilidad dada la coyuntura macroeconómica y el historial del Euribor), que se correlaciona con la dificultad de averiguar en cuánto del tipo de interés fijado se beneficia tal consumidor (tampoco se le ha dado la opción de comprender en cuánto le subiría el tipo sin cláusula suelo), de manera que difícilmente puede hablarse de transparencia a la hora de buscar su consentimiento (nada tiene que ver con ello, pues, que el artículo 1 de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 12-12-1989 (54) autorice a pactar entre las partes el tipo de interés que crea conveniente, si la voluntad no ha sido bien formada) y, en definitiva, que, externamente todo son beneficios para la entidad de crédito al utilizar al consumidor para cubrir un riesgo propio.

No es, pues, solo la asimetría en sí (55), sino que tal asimetría, unida a la poca claridad del beneficio para el deudor (que contrasta con el beneficio claro

(53) CASTILLA CUBILLAS, *Sobre la abusividad...*, pág. 4.

(54) BOE de 19 de diciembre de 1989, núm. 303, pág. 39289.

(55) De acuerdo en esto con CASTILLA CUBILLAS, *Sobre la abusividad...*, pág. 4, aunque no en que sólo se trate de un tema de consentimiento: la desproporción existe desde el momento en que la entidad de crédito, que preconfigura la cláusula, conoce la situación del Euribor y, a pesar de (o por) ella decide, al tiempo que comercializar créditos hipotecarios atractivos mediante tipos de interés coyunturalmente bajos, cubrirse de los riesgos que ello le comporta.

para el acreedor) y la falta de consciencia de este, provoca el desequilibrio del artículo 82.1 del RDL 1/2007. A falta de mayor prueba sobre el beneficio para el deudor, se ha producido una frustración del interés del consumidor a la hora de aceptar la cláusula, que le provoca un claro perjuicio económico (56): por un lado, difícilmente se beneficiará de la cláusula techo (sí en cambio, la entidad de crédito de la suelo) y, por otro, no ha quedado acreditado por parte de la entidad de crédito (art. 217 LEC) que se haya beneficiado de mejor tipo de interés gracias a la inclusión de la cláusula suelo, de manera que, *a priori*, solo es la entidad de crédito la beneficiada a su costa. Además, se evidencia mala fe a la hora de presentar las cláusulas al consumidor, en tanto que este considera que le cubren (cuando no es así) ni, probablemente, se le habrá presentado un cálculo del beneficio o perjuicio que le supone la inclusión de la cláusula suelo para poderla aceptar o rechazar la oferta (por ejemplo, yéndose a otra entidad de crédito). No conoce, por lo tanto, el alcance del «sobreprecio real» con el que le carga la entidad de crédito por dejarle dinero a tipo variable. No es un tema de libre mercado ni de asimetría en sí misma (reiteramos, las cláusulas techo y suelo obedecen a razones distintas, de manera que no tienen que ser necesariamente simétricas, pero sí al menos probables) sino que es un tema de transparencia de la información y deficiente formación de la voluntad de manera que impide al consumidor comparar las ventajas de esa oferta con otras ofertas de la misma (ejemplo, un préstamo sin cláusula suelo) o de otra entidad de crédito, mala fe a la hora de presentar el producto al consumidor en ello y de falta de reciprocidad de derechos y obligaciones de las partes (art. 82.1 del RDL 1/2007) (57).

A no ser que pruebe lo contrario, nada apunta a que la tranquilidad que le aporta al acreedor la cláusula suelo se haya trasladado a mejores condiciones en el préstamo hipotecario o, al menos, que ello quede suficientemente cuantificado para que así —ahora sí— el consumidor pueda decidir si a cambio de un X por 100 menos de tipo de interés, está de acuerdo en cubrir Y riesgo a la entidad de crédito. La relación no está entre el binomio suelo-techo sino entre suelo y beneficio que ello reporta al deudor en las condiciones del crédito.

(56) LLAMAS POMBO, Eugenio, «Comentario al artículo 10.bis LGCU», en LLAMAS POMBO, Eugenio, *Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios*, Madrid, 2005, La Ley, págs. 309 y 310.

(57) Según la STJCE de 3-6-2010, el artículo 4.2 de la Directiva 93/13, de la que proviene la protección de consumidores y usuarios, no puede servir de escollo para que el derecho nacional pueda considerar como abusivas más cláusulas, como aquellas en que hay una desproporción entre el precio y la retribución. Lo hace en los siguientes términos: «los artículos 2 CE, 3 CE, apartado 1, letra g), y 4 CE, apartado 1, no se oponen a una interpretación de los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva según la cual los Estados miembros pueden adoptar una normativa nacional que autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible».

En relación a la conformación adecuada de la voluntad en relación a las cláusulas suelo, la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial de 31-3-2011 prevé que estas puedan existir, al recogerlas en la Sección 2.^a (2), en sede de la *Ficha Europea de Información Normalizada* (FEIN) en su apartado de «Características principales del préstamo», en los siguientes términos: «En esta sección se explicará también si el tipo de interés es fijo o variable y, en su caso, los periodos durante los cuales será fijo, así como la periodicidad de las revisiones posteriores y la existencia de límites a la variabilidad del tipo de interés, ya sean máximos o mínimos». Ello corrobora que, *per se*, las cláusulas suelo no tienen por qué ser nulas. Sin embargo, su «reconocimiento» en la Propuesta se imbrica en el FEIN, cuya utilidad y necesidad en el ámbito del crédito hipotecario viene previsto en el artículo 9.2 de la Propuesta, en los siguientes términos: «Los Estados miembros garantizarán que el prestamista y, en su caso, el intermediario de crédito, sin indebidas demoras, una vez que el consumidor haya facilitado la información que se precise sobre sus necesidades, su situación financiera y sus preferencias, conforme a lo dispuesto en el artículo 14, proporcionen a este la información personalizada que resulte necesaria para comparar los créditos disponibles en el mercado, valorar sus implicaciones y adoptar una decisión fundada sobre si debe o no celebrar un contrato de crédito. Esta información, en papel o en cualquier otro soporte duradero, se facilitará mediante la ficha europea de información normalizada (FEIN), que figura en el anexo II». Por lo tanto, la Propuesta ratifica lo que venimos argumentando hasta ahora: las cláusulas suelo deben regirse por la transparencia de lo que implican, hasta el punto de que la información provista debe ser personalizada (según el nivel de conocimientos sobre créditos del consumidor, art. 11.1 de la Propuesta), la que resulte necesaria para comparar otras ofertas de crédito de otras entidades (aquí es donde es importante el modo de presentar las cláusulas suelo, es decir, en cuánto es previsible que pueda verse perjudicado el consumidor debido a dicha cláusula), la suficiente para que el consumidor pueda valorar sus implicaciones (esencial para las cláusulas suelo para el consumidor; mostrarle en cuánto se beneficia gracias a su presencia, mostrando cuáles serían las condiciones del crédito sin ellas) y la información debe ser provista por personal especializado (art. 6 de la Propuesta; ello es especialmente relevante para los *swaps* (58) pero también es importante para las cláusulas suelo).

Por lo tanto, a nuestro juicio, deben darse los siguientes requisitos para admitir la nulidad de una cláusula suelo por abusiva:

1. Que se ha presentado al consumidor como si tuviera la misma naturaleza que una cláusula techo y, normalmente, junto a esta, cuando ambas no

(58) Vid. *infra*.

tienen nada que ver. Así, la primera, si bien es cobertura para el consumidor, es irreal (no hay beneficio efectivo para el consumidor); mientras que la segunda es precio y cobertura para la entidad de crédito, y es más factible. Al presentarse conjuntamente —normalmente como algo beneficioso para el consumidor, que tiene su contrapartida «equivalente» para la entidad de crédito—, no se está siendo transparente ni se está actuando de buena fe.

2. Como las cláusulas suelo son precio y cobertura de la entidad de crédito, deberían ser explicadas como tales al consumidor e indicarle de qué modo estas conforman el precio final del préstamo, es decir, a qué tipo de interés le ofrecería el préstamo —o si se lo ofrecería— de no existir tal cláusula. Así, podrá el consumidor comparar la oferta que se le hace con otras existentes y qué beneficio real le aporta la cláusula, para así formar adecuadamente su voluntad.

Por último, un motivo que pueden alegar las entidades de crédito —y es otro argumento del aludido informe del Banco de España de mayo de 2010— es que las cláusulas suelo son fácilmente comprensibles por parte de los prestatarios, incluso cuando estos sean consumidores. A ello coadyuva que su inclusión normalmente en la escritura de préstamo hipotecario podía (y debía) ser controlada en su legalidad, al menos en el plano teórico [art. 145 del D 2-6-1944, Reglamento Notarial (59); también el art. 81.2 del RDL 1/2007], por el notario que la llevaba a cabo, más allá, naturalmente, de no admitir en la escritura la inclusión de cláusulas que ya hayan sido declarado abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación (art. 84 del RDL 1/2007) (60).

Sobre el control de legalidad se pronunciaron recientes RRDGRN y, en concreto, la RDGRN de 28-2-2007 (61) señalando que: «Y es que no se debe olvidar, desde esta perspectiva, que a los efectos de documentar el acto o negocio jurídico, el notario controla la legalidad del mismo. Ese control, calificación o juicio de legalidad en terminología del Tribunal Constitucional (STC 207/1999, de 11 de noviembre) no es una mera adecuación en el sentido de encaje en

(59) *BOE* de 7 de julio de 1944, núm. 189.

(60) Así lo da a entender PÉREZ HEREZA, Juan, «La importancia de la transparencia de las condiciones financieras. Cláusula de amortización anticipada», en *El Notario del siglo XXI*, Colegio Notarial de Madrid, núm. 16, vol. 2, noviembre-diciembre de 2007, pág. 26, cuando señala que: «Con este precepto [art. 10.6 LGCU, antecedente del art. 84 del RDL 1/2007] la ley parece reconocer implícitamente que el Notario no debe denegar su intervención en otros supuestos de cláusulas que a su juicio pudieran ser abusivas. En la práctica hay que reconocer que el Registro de Condiciones Generales de la Contratación ha sido un fracaso, y prueba de ello son los escasos depósitos e inscripciones que se han realizado en el mismo y el nivel mínimo de consultas de este registro».

(61) *RJ* 2007/5273.

el ordenamiento jurídico —lo que de por sí tendría gran trascendencia—, sino algo más, esto es, que resulta plenamente conforme a dicho ordenamiento. Así, la presunción de legalidad implica que el documento notarial goza no solo de autenticidad formal sino también material. Y ello es así porque el Notario es un funcionario público especialmente habilitado para garantizar la estricta observancia de los presupuestos básicos previstos por las Leyes para que la apariencia documental responda a la verdad e integridad del negocio o acto documentado. Así, el Notario ha de asesorar de forma imparcial para que las partes presten su consentimiento debidamente informado; ha de explorar la voluntad de las partes para, siguiendo sus instrucciones, conformarla y que la ratifiquen como suya; ha de controlar la regularidad del negocio y sobre todo ha de realizar una valoración de los fines perseguidos por si estos fuesen simulados o fraudulentos; ha de controlar la legalidad vigilando el cumplimiento de las normas con especial tutela de los intereses generales y públicos; y por último autoriza el documento con arreglo a la forma prevista por las Leyes. Por todo ello, la Ley otorga al documento notarial efectos legitimadores tanto desde el punto de vista formal como material». La DGRN basa tal opinión en los artículos 1218 del Código Civil, artículos 1, 17.bis y 24 de la Ley 28-5-1862, del Notariado (62), y el propio artículo 145 del Reglamento Notarial. Además de todo ello, la Orden Ministerial de 5-5-1994 (63), en su artículo 7.3.2.c) obliga a que: «En cumplimiento del Reglamento Notarial y, en especial, de su deber de informar a las partes del valor y alcance de la redacción del instrumento público, deberá el Notario: [...] c) Que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés. En particular, cuando las limitaciones no sean semejantes al alza y a la baja, el Notario consignará expresamente en la escritura esa circunstancia, advirtiendo de ello a ambas partes».

A pesar de todo ello, la STS de 16-12-2009 (64) ha revelado que se habían insertado muchas cláusulas, que luego han resultado ser abusivas, en escrituras de préstamos hipotecarios, algunas de las cuales eran realmente clamorosas por lo evidentemente perjudiciales para el consumidor, como el derecho que se reservaba la entidad de crédito a rescindir el contrato de préstamo por cualquier causa (art. 1256 CC) o la prohibición de la venta del bien hipotecado (lo que va directamente contra lo que es la causa de la hipoteca —causa únicamente de garantía y no de otorgamiento del dominio, que permanece en manos del hipotecante— y lo que representó un avance frente a figuras como la dación en garantía o el *pignus*).

(62) RCL 1938/201 nota.

(63) BOE de 11 de mayo de 1994, núm. 112, pág. 14444.

(64) RJ 2010/702.

Las primeras consecuencias a raíz de la tendencia judicial a inadmitir las cláusulas suelo es que diversas entidades [CAJAMAR (65), BBVA (66) y NOVACAIXAGALICIA (67)] ya han anunciado públicamente que las dejarán de utilizar en sus contratos de préstamos hipotecarios.

3.1.2. Los swaps de tipo de interés

Las permutas financieras o *swaps* (etimológicamente, «intercambio») son productos financieros derivados, es decir, que su valor depende de otro valor de referencia. Los *swaps* provocan una técnica financiera de *hedge* u ocultación para paliar o minimizar determinados riesgos que son asumidos por el otro contratante (la *swap counterparty*) a cambio de que el primero asuma los riesgos del segundo o a cambio de otra prestación. Estos riesgos suelen ser el de oscilaciones de moneda, el de tipo de interés —como el del caso que nos ocupa— o el de incumplimiento contractual.

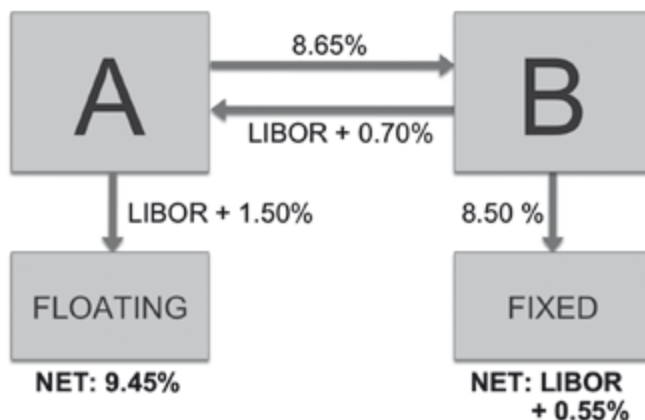


FIGURA 2. Una estructura básica de *interest rate swap*.

Fuente: Suicup, Creative Commons.

Según el Anexo II del «Contrato Marco de Operaciones Financieras 2009», de la Asociación Española de Banca (68), «permuta financiera de tipos de inte-

(65) <http://www.elmundo.es/elmundo/2011/03/02/suvienda/1299063699.html>.

(66) <http://www.elmundo.es/elmundo/2011/03/02/suvienda/1299085237.html>.

(67) <http://www.elmundo.es/elmundo/2011/03/03/suvienda/1299165183.html>.

(68) Puede hallarse en <http://www.aebanca.es/es/Deinteréssectorial/ContratoMarco-deOperacionesFinancieras/index.htm>.

rés» es «aquella Operación por la cual las Partes acuerdan intercambiarse entre sí el pago de cantidades resultantes de aplicar un Tipo fijo y un Tipo variable sobre un Importe Nominal y durante un Periodo de Duración acordado».

El *swap* comporta un «intercambio» entre la obligación que se tiene por la que se desea tener; es un intercambio de dinero a futuro (flujos de cobro y pago recíprocos).

Así, el caso típico que aquí analizamos, es que el prestatario A está interesado en contratar un préstamo lo más estable posible en cuanto a tipo de interés pero a precio de préstamo a tipo de interés variable (dado que el fijo es excesivamente oneroso; este ha sido el caso normal en los años del boom inmobiliario); es decir, tiene un préstamo a tipo variable pero desearía tener uno a tipo fijo o, al menos, uno lo más estable posible. Es por ello que la propia entidad de crédito prestamista (o bien una tercera) se le ofrece como contra-parte para satisfacerle la diferencia entre un tipo de referencia pactado previamente (este es el «tipo fijo» que prefiere el cliente) y hasta lo que este aumente en una periodicidad prefijada (por ejemplo, mensual), haciéndole los pagos que correspondan. A cambio, la contraparte en el *swap* (la entidad de crédito) recibirá del prestatario la diferencia entre el valor de referencia (referenciado a algo conocido por las partes) y el valor inferior a este en cada momento pactado. Es decir, en general, si el Euribor supera un determinado valor pactado, el prestamista satisfará al prestatario la diferencia; si, en cambio, baja, será este quien satisfaga a la entidad prestamista la diferencia. Con ello la entidad de crédito se asegura, también, un flujo seguro que no bajará del valor pactado, de manera que podrá hacer frente a su propia deuda emitida a interés fijo, como las cédulas hipotecarias, que están directamente vinculadas con su *pool* de créditos hipotecarios según el artículo 12 LMH, al tiempo que se asegura unos ingresos mínimos.

Dado este funcionamiento, las características de un contrato de *swap*, que determinan su naturaleza jurídica, son:

- a) Contrato atípico, válido conforme al artículo 1255 del Código Civil. Así lo califican, por ejemplo, las SSAP de Asturias, de 27-1-2010 (69) y 23-7-2010 (70), y la SAP de Álava, de 26-1-2011. No obstante, debe conocerse que en el ámbito del mercado hipotecario aparecieron por primera vez previstos legalmente en los artículos 12.2, 13.2 y 14.1 LMH en su versión tras la Ley 41/2007 y algunos ejemplos, como los de tipo de interés y el de oscilaciones de moneda, aparecen en el artículo 20 del RD 716/2009, de 24 de abril (71) (en adelante,

(69) AC 2010/6.

(70) JUR 2010/302423.

(71) BOE núm. 107, de 2-5-2009, pág. 38490.

RMH), todos ellos utilizados como *credit enhancements* para aumentar la calidad de la cobertura de los valores hipotecarios y, en definitiva, cubrir posibles desfases de ingresos y gastos en el *stream of cash* entre lo ingresado por la entidad de crédito por amortizaciones de créditos hipotecarios y lo debido por los valores. De manera que si bien las decisiones judiciales lo consideran un contrato atípico, lo es «impropiamente» en tanto que innova al utilizar los *swaps* con los prestatarios y no con contra-partes elegibles [art. 20.c) del RD 716/2009, en relación al art. 78.ter LMV].

- b) Es consensual, bilateral, generador de recíprocas obligaciones y sinalagmático, de manera que genera una interdependencia de prestaciones, actuando cada una como causa de la otra. Así, ambas partes se obligan a liquidar periódicamente, normalmente mediante compensación, ciertos pagos a favor de uno o de otro de los contratantes.
- c) Es complejo, en base al artículo 79 bis.8 LMV, es decir, que aunque la iniciativa de contratarlo parta del cliente, este debe llevar a cabo el «test de conveniencia» del artículo 73 del RD 217/2008, de 15 de febrero (72), para comprobar la adecuación del producto a su perfil de cliente (73). En la SAP de Asturias, de 16-12-2010 (74), no se llevó a cabo el test. Esta ausencia de determinación del perfil del cliente se tuvo en cuenta para confirmar la sentencia anulando por existencia de error el contrato de gestión de riesgos financieros con BANKINTER en la SAP de Burgos de 10-11-2010 (75). En cuanto a la aplicación de la normativa MiFID para los *swaps* de tipo de interés con prestatarios, la posible duda de que no se aplicase por considerarse un derivado embebido en el préstamo hipotecario, ha quedado disipada por la Comisión Europea, que sí que admite su aplicación al tratarse de un contrato independiente (76).
- d) La diferencia en las obligaciones de uno y de otro es generada porque uno (el prestatario) se somete al pago resultante de un referencial fijo de interés, mientras que el otro (generalmente el prestamista, aunque no necesariamente porque puede ser un tercero) lo hace a uno variable. Tiene cierto carácter aleatorio, de incertidumbre o especulativo [SAP

(72) BOE de 16 de febrero de 2008, núm. 41, pág. 8706. Vid. *infra*.

(73) Ver Figura 3 *infra*.

(74) JUR 2011/62409.

(75) AC 2010/1918.

(76) Ver <http://ec.europa.eu/yqol/index.cfm?fuseaction=question.show&questionId=842>. Ver la discusión en REDONDO TRIGO, FRANCISCO, «La nulidad absoluta de los derivados financieros por incumplimiento de la normativa MIFID», en RCDI, núm. 723, pág. 629. Para más sobre MiFID, vid. *infra*.

de Cáceres, de 18-6-2010 (77); SAP de Zaragoza, 26-10-2010 (78); SAP de León, de 21-1-2011, y SAP de Álava, de 26-1-2011], pero no en el sentido del artículo 1799 del Código Civil (pura apuesta basada únicamente en el azar, lo que podría no admitirse) sino que su causa reside en el intercambio de prestaciones para disminuir la exposición al riesgo de tipo de interés de ambas partes y no a voluntad de uno de ellos (art. 1256 CC) sino uno a tipo fijo y el otro a tipo referenciado (que es público y conocido por ambos, como el Euribor). Tiene también cierto carácter de futuro o de condición, dado que las obligaciones irán naciendo para las partes según elementos futuros de acaecimiento cierto (oscilaciones del Euribor en determinados momentos) pero de contenido incierto (no se sabe si aumentará o disminuirá conforme al tipo fijo concertado), sin menoscabo de lo que comentamos *infra* en relación a la asimetría de la información. Por último, tiene también cierto componente «asegurativo» (SAP de Valencia, de 6-10-2010) (79), porque ambas partes en el *swap* pretende cubrirse sus respectivos riesgos. Sin embargo, no puede ser considerado como un contrato de seguro por dos motivos: primero, porque no cumple el requisito del artículo 1 de la Ley 50/1980, de asegurar a cambio de cobro de prima; y, sobre todo, vistos los derechos y obligaciones de las partes en conjunto, el *swap* genera en sí un riesgo de tipo de interés (mitiga uno creando otro), porque dependiendo si sube o baja el tipo referenciado (por ejemplo, al Euribor) este siempre creará un diferencial de interés en relación al tipo fijo prefijado, de manera que casi siempre generará obligaciones para una de las partes basándose en esta «alea» o, si se prefiere, riesgo, de manera que tiene un alto componente especulativo, que, en cualquier caso, debe combinarse con el mencionado carácter «asegurativo».

La problemática se ha multiplicado a raíz de que su comercialización se llevó a cabo por parte de las entidades de crédito españolas en un periodo claramente alcista del Euribor (de marzo de 2007 a octubre de 2008 —al 5,38 por 100—, momento en que llegó a su máximo histórico desde su introducción en 1999; ver Figura 1 *supra*) seguida de una prominente caída que aún se sostiene hoy, de manera que las mayores beneficiadas han sido las entidades de crédito, mientras que los prestatarios siguen satisfaciendo partidas en base al diferencial.

Es por ello que algunos de los que contrataron estos *swaps* están intentando su nulidad con dispar éxito. A día de hoy (80) pueden hallarse recogidas al

(77) AC 2010/1070.

(78) JUR 2010/412347.

(79) JUR 2011/43412.

(80) 15 de marzo de 2011.

menos 200 sentencias (81) en las que se discute la validez o no de los contratos de *swap* tanto en relación a particulares como en relación con empresas. El análisis que realizamos de ello es el siguiente:

- a) La argumentación y, a menudo, los resultados son diferentes si el prestatario se trata de un consumidor o si no lo es. Ante la duda de quién se considera consumidor en el ámbito de productos financieros, del artículo 3 del RDL 1/2007 se extrae que una empresa no puede ser consumidora —ni beneficiarse en consecuencia— porque en este tipo de contratos está actuando en el ámbito de su actividad empresarial [STS de 9-6-2009 (82), en interpretación del precepto] ya que se trata de determinar la financiación de dicha actividad. De este modo, tenemos:

* Si se trata de un empresario que necesita financiación (y, por lo tanto, no es consumidor) habrá que recurrir a las normas generales de Derecho Civil y, a partir de 2007 a que la información que se haya proporcionado esté de acuerdo con la nueva normativa MiFID que alteró la LMV. En cuanto a los recursos en Derecho Civil, uno común es recurrir al error obstativo, señalando que no se conocía qué es lo que se estaba contratando. Así, la SAP de Ávila, de 9-9-2010, señala que no necesariamente siempre hay error invalidante u obstativo (art. 1266 CC) del contrato (celebrado entre una entidad de crédito y una empresa) porque «el TS sienta como doctrina que para que el error pueda invalidar el contrato por defecto de consentimiento, es preciso que se derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar (vid., por ejemplo, SSTs de 6 de febrero y 18 de abril de 1978, 6 de febrero de 1999, 12 de julio de 2002, 24 de enero de 2003, 17 de febrero de 2005 y 17 de julio de 2006); y también es preciso que no sea imputable a quien lo padece (vid. SSTs de 22 de mayo de 2006 y 12 de diciembre de 2005), y que, además, sea excusable, entendiéndose que no lo es cuando pudo ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular, no mereciendo la protección legal quien prestó su consentimiento de forma negligente, pudiendo haber rechazado el contrato». También es posible recurrir al dolo del artículo 1269 del Código Civil, que sí fue admitido, por ejemplo, en la SAP de Álava, de 18-1-2011.

* Para consumidores, en cambio, la SAP de Jaén, de 27-3-2009, utiliza la LGCU en relación a las cláusulas no negociadas individualmente (art. 10), hoy en el artículo 80 del RDL 1/2007, a pesar de que las

(81) Están, algunas de ellas a texto completo, en la web <http://asuapedefin.wordpress.com/sentencias/todas/>, dedicada precisamente a los *swaps*.

(82) RJ 2009/3386.

cláusulas del *swap* en cuestión no pudiesen ser consideradas como abusivas (art. 10.bis LGCU o art. 82 del RDL 1/2007). El Tribunal acordó la nulidad de las cláusulas y, por su entidad, la nulidad de todo el contrato con la consiguiente restitución recíproca.

- * Y, finalmente, tanto para consumidores como para no consumidores, los Tribunales pueden y, de hecho, en ocasiones recurren ya, a las MiFID. En este contexto se supera la dicotomía consumidor-no consumidor y, en su lugar, utiliza la terminología de «minoristas» en contraposición a los profesionales y a las contrapartes elegibles (arts. 78.bis y 78.ter LMV). Así, se recurre a los artículos 79.1 y 79.bis (en su punto 8 en relación con el art. 2.2 LMV estipula que los derivados financieros son productos «complejos») LMV sobre la información necesaria para comercializar productos financieros en contratos de adhesión. También al RD 629/1993, de 3 de mayo (83) y al RD 217/2008, de 15 de febrero (art. 64.1, sobre información de productos financieros), que deroga al primero y desarrolla a la LMV en relación a la MiFID, introduciendo en sus artículos 72 y 73 los denominados «test de idoneidad» y «test de conveniencia» (84).

b) Sobre la suficiencia y claridad de la información.

- * Los *swaps* pueden articularse de manera compleja, poco transparente para el prestatario que ve cómo, en su cuenta corriente, a veces le efectúan ingresos a cuenta del *swap* (cuando el interés sube más allá del techo pactado) pero a veces ve cómo le efectúan cargos (a favor de la entidad de crédito). A pesar de que se le advierta —por parte de la *swap counterparty*, normalmente el prestamista— que ello puede ser así, debe hacerse de manera que:

- se explique perfectamente cuándo el cliente tiene derecho a cobrar y cuándo deberá pagar (no es suficiente, en general, vincularlo a las «condiciones de mercado»);
- que debe buscarse la comprensión, en caso de consumidor, de las consecuencias económicas del producto financiero [ambas en la SAP de Burgos, de 3-12-2010 (85)].
- La información debe proveerse en un lenguaje sencillo, dado que la utilización de un lenguaje técnico financiero provoca la falta de transparencia del contrato, como en la SAP de Valencia, de 6-10-2010, dando lugar al vicio de error en el consentimiento.

(83) BOE de 21 de mayo de 1993, núm. 121, pág. 15389. Los artículos 4 y 15 de la norma preveían cómo debía proveerse de información a los clientes.

(84) Vid. *infra*. su funcionamiento.

(85) AC 2010/2397.

- El prestamista (u otra *swap counterparty*) tiene un deber de información riguroso y adaptado a las características de la operación a contratar de la persona a quien se dirige.
 - Prioridad absoluta al interés del cliente aportándole la máxima información tanto en sede contractual como extracontractual en base a la buena fe (art. 7 CC y art. 79 LMV), a pesar de que no tiene por qué tener deber de fidelidad en relación a este porque sus intereses son contrapuestos (en tanto que contrato sinalagmático) (SAP de Asturias, de 27-1-2010, que se refiere a tomar las decisiones sobre inversiones con «conocimiento de causa»).
 - Deber de continuar informándolo de aquellos aspectos del mercado que afecten a sus obligaciones con el producto (oscilaciones del mercado bursátil o, en nuestro caso, oscilaciones en el Euribor; ello en base a los arts. 255 y 260 CCom.). Ver la SAP de Asturias de 16-12-2010.
- * Todas estas precauciones son necesarias en tanto que los *swaps* se han venido utilizando tradicionalmente entre profesionales o, incluso, con contrapartes elegibles, para intercambiarse (es el «efecto espejo» al que se refiere la SAP de Asturias, de 27-1-2010) las obligaciones de las que son responsables porque sus intereses eran recíprocos; mientras que en la casuística aquí estudiada se han llevado a cabo con minoristas o, incluso, con consumidores, cuyo interés en el producto debe quedar bien definido en relación a la información que se le provee y comprende para admitir que, aparte del interés de la entidad de crédito, también existía un interés por parte del consumidor o minorista.
- * En cuanto a la carga de probar la suficiencia y claridad de la información. De la combinación del contrato de adhesión y de la facilidad probatoria que preconiza el artículo 217 LEC, desprende la SAP de Burgos, de 3-12-2010, que es la entidad de crédito la que debe probar que ha cumplido con los deberes de información necesarios según la legislación vigente. De la misma opinión es la SAP de Asturias, de 16-12-2010, incluso siendo la prestataria una empresa, la cual añade que la diligencia que le es exigible no es la de un buen padre de familia sino la del ordenado empresario y representante leal, en defensa de los intereses de sus clientes.

La casuística en relación a la suficiencia, claridad, precisión y comprensión de la información en relación a los *swaps* es diversa. A continuación recogemos algunos ejemplos:

- En la SAP de Asturias, de 27-1-2010 (*swap* de tipos de interés) se consideró que existía asimetría informativa entre el prestamista y el prestatario de manera que este no pudo asumir el riesgo con plena consciencia.
- Muy reveladora de la realidad comercial sobre la materia es la SAP de Álava, de 18-1-2011, que relaciona, a nuestro juicio muy acertadamente, la naturaleza jurídica del contrato de *swap* con la información que se facilitó al prestatario no-consumidor. El prestatario consiguió demostrar que se le había ofrecido como un «seguro» para «cubrirse» o «protegerse» de subidas de tipo de interés, en lugar de ofrecerlo como lo que realmente es, «un contrato aleatorio, una especie de apuesta con el banco sobre la tendencia de los tipos». Si este hubiera sido el caso, difícilmente las entidades de crédito (BANESTO en este caso) podrían comercializar estos productos, dado que difícilmente nadie apostaría contra una entidad de crédito, mucho mejor informada que el cliente de cuál sería la evolución del Euribor; es un claro supuesto de asimetría informativa del que la entidad de crédito toma ventaja. Ello vino aderezado con que el contrato fue firmado a iniciativa de la entidad de crédito, que se ocultaron al cliente las consecuencias negativas que tenía el producto financiero y que esta insistió en repetidas ocasiones mediante sus comerciales, de manera que se produjo un vicio de la voluntad a base de maquinaciones insidiosas, es decir, dolo [SSTS de 5-5-2009 (86) y 5-3-2010 (87); esta última señala que el dolo puede ser «de carácter positivo o ser de tipo negativo en el sentido de la reticencia o silencio ante una situación que razonablemente podía pensarse lo contrario»; la primera habla del «dolo por omisión» de aquel que «calla u oculta, no advirtiendo debidamente de hechos circunstancias influyentes o determinantes para la conclusión contractual»]. La estimación del dolo (88) provocó la nulidad del contrato de permuta financiera en base a los artículos 1269 y 1270 del Código Civil.
- En la SAP de Jaén, de 27-3-2009, se destaca que el hecho que el cliente tuviera contratados otros productos financieros con la entidad no quiere decir que comprenda necesariamente los extremos del *swap* en cuestión.
- Por su parte, la SAP de Burgos, de 10-11-2010, señala que no es suficiente con advertir al cliente que este «conoce y acepta que los instrumentos financieros que suscribe, conllevan un cierto grado de riesgo derivado de factores asociados al funcionamiento de los mismos, como la volatilidad

(86) *RJ* 2009/2907.

(87) *RJ* 2010/2390.

(88) Con la concurrencia de requisitos (STS de 13-12-2000, *RJ* 2000/9333; entre otras): ser grave, que no sea imputable a quien lo sufre, no poder superarse según la diligencia media y la buena fe.

o la evolución de los tipos de interés de manera que, en caso de que la evolución de esos tipos de interés sea contraria a la esperada o se produzca cualquier supuesto extraordinario que afecte a los mercados, se podría reducir e incluso anular el beneficio económico esperado por el cliente en el presente contrato». Así, no considera el Tribunal que sea suficientemente clarificador lo de «un cierto grado de riesgo», que se omite hablar de que los tipos de interés pueden «subir o bajar» y en cambio utiliza términos como «volatilidad» o «evolución de los tipos» y que también se omite el decir claramente al cliente que si se da una circunstancia en que el interés baja por debajo de lo esperado deberá pagar el cliente, lo que reviste con términos como «sea contraria a la esperada» o «podría reducir o anular el beneficio económico». A ello se añade la cláusula de que el banco puede revocar la oferta por circunstancias «a juicio del banco» descartando que el cliente pueda exigir su cumplimiento y que no se explicitan cuáles son las «condiciones de mercado» que pueden dar lugar a que sea el cliente quien pague o quien reciba.

- c) Sobre el desequilibrio que causa el *swap* entre las partes, de manera que no representa ventaja alguna para el cliente, como en el caso de la SAP de Álava, de 7-4-2009 (89). En este supuesto se trataba de un *swap* para cubrir el riesgo de oscilación monetaria, con la circunstancia de que el Tribunal consideró como oscuras las cláusulas en las que se explicaba qué sucedía si el dólar subía, reseñando incluso que el director reconoció que no comprendía alguna de las cláusulas del contrato. Ello provocó la nulidad del contrato.
- d) A ello hay que añadirle una relevante diferencia en relación a las cláusulas suelo y en torno a la cuestión del grado de protección del consumidor. Mientras estas se encuentran normalmente incorporadas en el contrato de préstamo hipotecario el cual, al menos en el plano teórico, pasaba el juicio de legalidad notarial, los contratos privados *swap* eran un contrato aparte que no necesariamente debían sujetarse a tal juicio, a pesar de que a menudo los *swaps* estaban vinculados a los contratos de préstamos hipotecarios (como así lo señala la SAP de Jaén, de 27-3-2009). De este modo, el consumidor podía estar aún menos informado por persona independiente en relación a su funcionamiento.
- e) Debe finalizarse esta explicación con lo que se refiere al consentimiento prestado. En la SAP de Pontevedra, de 16-7-2010 (90) se consideró que el cliente no había prestado consentimiento en un segundo

(89) AC 2009/995.

(90) JUR 2010/296134.

contrato porque solo constaba firmada la última página, desconocía el contenido del contrato y el anterior contrato sí venía firmado en todas sus páginas.

En consecuencia, dada la mayor complejidad de los *swaps* en relación a las cláusulas suelo, que ha comportado su calificación como productos complejos en el artículo 79.bis.8 en relación al artículo 2.2 LMV, su comercialización debe ser muy transparente para el cliente, especialmente si este ha sido clasificado como minorista (arts. 61 y 62 del RD 217/2008), con especial atención a la información que deben proveer de tratarse de un producto financiero (arts. 64, 65, 66 del RD 217/2008), más cuando este no es sometido a control de legalidad notarial (como es el caso de las permutas financieras). Si esta información no ha sido veraz, clara, comprendida por el cliente, completa (riesgos, volatilidad, adecuada para el tipo de cliente, aceptada conscientemente por este, antes del contrato en la firma de este y mientras este dure, adecuado asesoramiento, etc.) el consentimiento está viciado. Si ha existido maquinación para que el cliente contrate por parte de la entidad, estaremos antes un caso de dolo que puede llegar a ser invalidante (arts. 1269 y 1270 CC) y si el cliente no se ha formado una idea clara y consciente del producto financiero podemos llegar a estar en un caso de error obstativo que da lugar a la anulabilidad del contrato [art. 1266 CC y STS de 25-2-1995 (91)]. Si el cliente es un consumidor, puede beneficiarse o bien de la regulación de las cláusulas no admitidas individualmente a negociación (art. 80 del RDL 1/2007, que se les exige: concreción, claridad y sencillez, posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos no facilitados, buena fe, accesibilidad y legibilidad de manera que se permita al consumidor conocer el contenido del contrato antes de celebrarlo) o, en su caso, de las cláusulas abusivas (por ejemplo, si el *swap* no representa ventaja alguna para el consumidor, lo que lleva a desequilibrio del art. 82 del RDL 1/2007). En ambos casos podrá promover la nulidad del contrato.

3.2. *La información como determinante de la responsabilidad por pérdidas por inversión en productos bancarios: información vs comprensión. El entorno MiFID y el deber notarial*

Este nuevo «marco regulatorio» en torno a la información que hemos analizado en relación a los *swaps* puede aplicarse a cualquier producto financiero, ajustándola a si es complejo o si no lo es y al tipo de cliente al que se le ofrece.

(91) *RJ* 1995/1643.

Así, a raíz de la primera y más relevante quiebra internacional a raíz de la crisis que comenzó en 2007, la de Lehman Brothers, algunos particulares entablaron demanda porque les fueron ofertados unos productos vinculados a dicha entidad, los popularmente conocidos como «credit-link». Los tribunales han entendido que el nivel de información y de comprensión ha sido importante para determinar la validez o no del contrato en cuestión. Así:

- En la SAP de Valencia, de 2-6-2008 (92), dos consumidoras compraron 150 participaciones preferentes de Lehman Brothers, sufriendo grandes pérdidas. Se desestimó demanda de nulidad porque el tribunal consideró que si cambiaron una inversión a plazo fijo por estos valores, asumían más riesgo, incluso su cotización en bolsa, con la posibilidad de pérdidas que ello conllevaba.
- No obstante, en la SJPI, número 1 de Madrid, de 2-9-2009 (93), se condenó a la entidad de crédito porque no se comportó como un buen mandatario o asesor al no avisar al cliente que tenía productos vinculados con Lehman Brothers cuándo era su última oportunidad de venderlos antes de la quiebra. En consecuencia, es condenada a satisfacer el 38 por 100 de su valor nominal, que era el precio al que eran vendibles en aquel momento. Es un claro caso de que la información al cliente debe ser continuada, incluso tras adquirir el producto, en relación a todo aquello que le pueda afectar. En la misma línea se encuentra la SJPI, número 1 de Badajoz, de 24-11-2009 (94).
- En la SJPI, número 71 de Madrid, de 9-6-2010 (95), por su parte, se reseña que la entidad de crédito (BANKINTER) tenía con los clientes un contrato atípico de gestión asesorada de cartera y recomendó que adquiriesen bonos estructurados de Lehman Brothers cuando ya eran conocidos los problemas de liquidez de esta, de lo que no advirtió suficientemente a los clientes ni tampoco los clasificó conforme al artículo 78.bis LMV, incumpliendo la diligencia que le exigen los artículos 79 y 79.bis LMV. Tampoco siguió informando de la situación con Lehman Brothers. La entidad de crédito es condenada vía artículo 1101 del Código Civil a daños y perjuicios correspondientes al capital invertido, más los intereses legales desde la fecha de la inversión, deducido el valor del bono de Lehman Brothers adquirido.

De ello concluimos, a su vez, que la cantidad y calidad de la información provista según el artículo 7 del Código Civil, los artículos 79 y 79.bis LMV

(92) *JUR* 2008/309955.

(93) *AC* 2009/1751.

(94) *AC* 2010/39.

(95) *AC* 2010/1150.

y 64 del RD 217/2008, adecuada a la calificación del cliente conforme al artículo 78.bis LMV (por ejemplo, minorista, profesional o contraparte elegible), al tiempo de cuál es la capacitación del cliente para comprender los riesgos inherentes al producto en concreto ofertado (arts. 72 y 73 del RD 217/2008) son la clave para que el cliente de una entidad de crédito pueda dar su consentimiento informado o consciente, que es el único relevante para hacerle único responsable por las pérdidas patrimoniales que pueda sufrir.

A nuestro entender no es más que un desarrollo específico de la doctrina del Tribunal Supremo en relación a la «teoría del riesgo» y su correlativa la «asunción voluntaria del riesgo» en diversos ámbitos de la realidad social, como es en el ámbito de la medicina con el consentimiento informado [SSTS de 24-5-1995 (96) y 22-6-2004 (97), entre muchas otras], legalizada, con el tiempo, en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de autonomía del paciente (98); o el ámbito de las actividades de riesgo [SSTS de 29-1-2004 (99) y 23-3-1988 (100)]. Los clientes, en cualquier caso, solo pueden negar la existencia de consentimiento (con la consiguiente restauración a la situación anterior) o solicitar indemnización por las pérdidas sufridas si existió una deficiente información (no hubo consentimiento consciente, comprendiendo los riesgos, como requieren los arts. 72 y 73 del RD 217/2008 del producto en cuestión) y no por el mero hecho de sufrir pérdidas, dado que ello iría contra la doctrina del Supremo en torno a que el riesgo general de la vida no es compensable [SSTS de 17-7-2003 (101), 20-3-1996 (102) y 8-10-1998 (103)], el cual es similar al riesgo de mercado (las fluctuaciones, el azar del mercado): solo si el cliente ha consentido en la alea en cuestión sin la suficiente información podrá recuperar, vía nulidad del contrato o vía incumplimiento contractual (de asesoramiento), los daños sufridos (cuantificados en el valor de la inversión, más los intereses y, en su caso, por el coste de oportunidad que ello le ha supuesto).

3.2.1. *Los negocios de prestación de servicios de inversión y de asesoramiento financiero*

El entorno MiFID (acrónimo de «Markets in financial instruments directive», la denominación de la Directiva en inglés) surge de la Directiva 2004/39/

(96) *RJ* 1995/4262.

(97) *RJ* 2004/3958.

(98) *BOE* de 15 de noviembre de 2002, núm. 274, pág. 40126.

(99) *RJ* 2004/1379.

(100) *RJ* 1988/2226.

(101) *RJ* 2003/6575.

(102) *RJ* 1996/ 2244.

(103) *RJ* 1998/7559.

CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los instrumentos financieros (104), que fue transpuesta a derecho español por Ley 47/2007, de 19 de diciembre (105), por la que se produjo una importante modificación de la LMV. Y es en estas modificaciones donde se concretan algunas medidas asegurativas de que la información facilitada al cliente bancario es suficiente para hacerle comprender el riesgo que está asumiendo. El entorno MiFID ya ha sido utilizado por los tribunales, tanto para condenar a la entidad de crédito, como para determinar si el riesgo de pérdidas fue asumido conscientemente por el cliente, tal y como sucede en la SAP de Ávila, de 9-9-2010, que concluye que el comportamiento de la entidad de crédito fue correcto, conforme a los artículos 78.bis, 79, 79.bis y 79.ter LMV, proveyendo toda la información necesaria.

Las MiFID, por lo tanto, tienen que ver con la prestación de servicios de inversión y con el asesoramiento sobre los mismos, es decir, todo lo que represente un pasivo para la entidad (y un activo para el cliente). Dependiendo de si se trata de la comercialización de un producto financiero concreto, es decir, la recepción y cumplimiento de órdenes por parte de los clientes (por ejemplo, la contratación puntual de un derivado) o de una gestión de cartera (que la entidad de crédito «maneje» como considere el dinero que el cliente le confíe para invertirlo a criterio de la entidad de crédito) o de asesoramiento financiero (que la entidad de crédito recomiende servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente, art. 72 *in fine* del RD 217/2008), deberá pasarse al cliente minorista sin experiencia o siempre que se trate de un producto complejo (106) [cuando es no complejo (107) y se vende a iniciativa del cliente, no es necesario hacer el test de conveniencia] el test de conveniencia producto por producto; o el test de idoneidad para la gestión de carteras y el contrato de asesoramiento (arts. 72 y 73 del RD 217/2008). Igualmente si aparece un nuevo producto tras un test de idoneidad, debería pasarse para dicho producto nuevo uno de conveniencia.

Se crea con la normativa MiFID un sistema de doble protección:

1. Por un lado, la pre-evaluación del cliente como minorista (no tiene por qué conocer el funcionamiento y riesgos de los productos financieros),

(104) *DOUE* de 30-4-2004, L 145/1.

(105) *BOE* de 20 de diciembre de 2007, núm. 304, pág. 52335.

(106) Son productos complejos los de los artículos 2.2 a 8 y 79.bis.8 LMV. Algunos ejemplos son los *hedge funds* o los derivados (como hemos dicho *supra* en relación a los *swaps*, pero también las opciones, los futuros, *warrants*, etc.). Entendemos que deben también tener la categoría de complejos la deuda subordinada (por su precaria prelación concursal; art. 92 LC) y las participaciones preferentes (por el mismo motivo, ya que incluso cobran por detrás de la deuda subordinada y solo antes que los accionistas; Disp. Adic. 3.ª de la Ley 19/2003, de 4 de julio, *BOE* de 5 de julio de 2003, núm. 160, pág. 26166).

(107) No se consideran complejos la contratación de valores negociables, deuda pública, fondos de inversión o las cédulas hipotecarias y territoriales y demás valores del mercado hipotecario (art. 2.1 LMV en relación con el art. 79.bis.8 LMV; sobre estos, vid. *infra*).

profesional (conoce el funcionamiento de los productos financieros y lo que entrañan) o contra-parte elegible (profesional muy cualificado y máximo conocedor del mercado, igual que el emisor). Nótese como la normativa MiFID se puede solapar con la normativa de protección de consumidores y usuarios (RDL 1/2007), pero no la sustituye: un minorista puede ser o no un consumidor (art. 78.bis.4 LMV). Así, una empresa que toma un préstamo hipotecario para financiar su actividad, bien puede ser calificada de minorista (no cumple con los requisitos para ser profesional del art. 78.bis LMV), pero difícilmente podrá ser calificada de consumidora, como se ha dicho, en base al artículo 3 del RDL 1/2007 al integrar el préstamo hipotecario en su proceso productivo (la financiación de su actividad).

2. Y, por otro, el sistema de doble test que resumimos en los siguientes esquemas. En el primero (Figura 3) se representa la relación entre el «Tipo de venta» (lo que se pretende contratar con el cliente: comercialización, contrato de asesoramiento financiero o gestión de carteras),

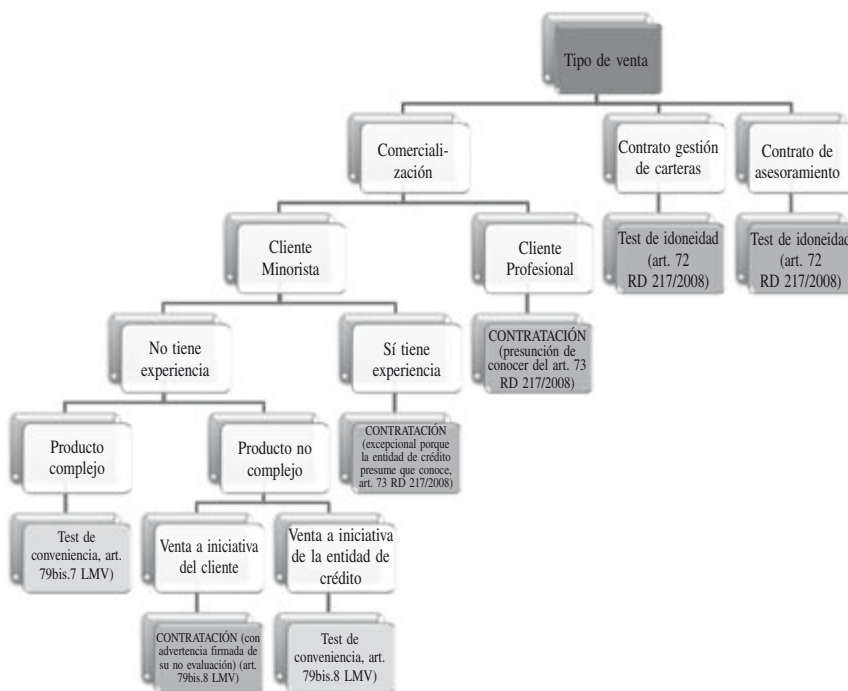


FIGURA 3. Relación entre el tipo de venta, el tipo de cliente y el tipo de producto en base a las reglas MiFID.

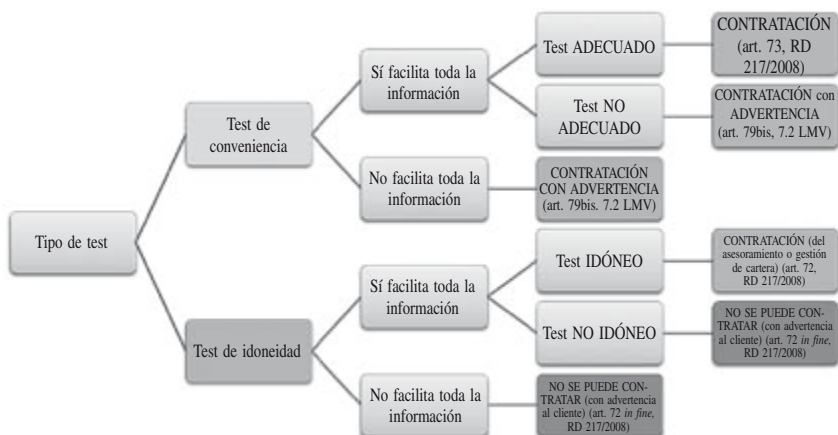


FIGURA 4. Efectos de los tests MiFID en la contratación de productos financieros.

el «Tipo de cliente» (minorista o profesional) y el «Tipo de producto» (complejo o no complejo). En el segundo (Figura 4) se representan los efectos que tiene cada tipo de test y sus resultados en relación a la contratación. Todo ello en base a, esencialmente, los artículos 79.bis LMV y 72 y 73 del RD 217/2008.

Nótese que, a nivel legal, no se permite la contratación únicamente en dos supuestos y ambos en relación al test de idoneidad —o sea, que no se permite que el cliente pueda contratar el contrato de asesoramiento o el contrato de gestión de carteras— mientras que no hay ningún supuesto de no contratación legal en el test de conveniencia, lo que significa que, al final, independientemente de si el producto es complejo o si el test ha salido como no adecuado, se permite a la entidad de crédito contratar con el cliente, advirtiéndole que no se ha podido evaluar si un determinado producto le es o no adecuado para él. Así el artículo 79.bis.7.2 LMV señala que: «Cuando, en base a esa información, la entidad considere que el producto o el servicio de inversión no sea adecuado para el cliente, se lo advertirá. Asimismo, cuando el cliente no proporcione la información indicada en este apartado o esta sea insuficiente, la entidad le advertirá de que dicha decisión le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él». De lo que se extrae que si finalmente y a pesar de la advertencia el cliente quiere contratar, se llevará a cabo el contrato. Además, deben resaltarse dos excepciones al deber de pasar el test de conveniencia. La primera, la de cliente minorista sin experiencia de producto no complejo, pero que puede conllevar problemas de prueba en relación a quien inició la negociación, de manera que posiblemente la entidad, para evitar esto, le

pasará igual el test de conveniencia (108). Y, la segunda, la del cliente minorista que, presumiendo que tiene los conocimientos y cualificación necesarios, se reevalúe como profesional para todos o para algunos negocios (art. 78.bis LMV, especialmente su apartado 2.º, y arts. 61 y 73 del RD 217/2008) de manera que se pueda contratar directamente con él sin necesidad de test.

De todo ello puede extraerse que no estamos ante un sistema de tutela del cliente (excepto para los dos supuestos de prohibición de contratar en el test de idoneidad «no idóneo» o sin información, no se trata de «prohibir» a determinadas personas contratar determinados productos dadas sus circunstancias personales y tipo de producto) sino se trata de un sistema de transparencia, de garantía para la entidad de crédito para cubrirse posteriormente ante posibles reclamaciones —como las estudiadas hasta el momento en relación a los *swaps*— por nulidad por falta de consentimiento. Con estos tests la entidad de crédito puede conocer las circunstancias del cliente y sus conocimientos financieros de manera que, en principio, esta queda exonerada de responsabilidad —la decisión última de contratar es del cliente— y, teóricamente, el negocio relevado de todo vicio del consentimiento por falta de comprensión o de información simplemente advirtiendo que ese específico producto no es adecuado a sus intereses/conocimientos/necesidades y si, a pesar de ello, el cliente quiere contratar, contratará.

La cuestión que se planteará entonces será si con dicha advertencia es suficiente para eliminar todo vicio del consentimiento del cliente, dado que el objetivo del test de conveniencia (109) es precisamente que el cliente solo acceda a los productos cuyo riesgo comprende (que sean convenientes a sus conocimientos y experiencia inversora). A continuación planteamos los siguientes interrogantes:

- a) ¿Es el banco el más indicado para hacer comprender al cliente el alcance del producto financiero ofertado? Pensemos que la entidad de crédito es arte y parte en el negocio y lo que no se le puede pedir, ni previsiblemente ningún tribunal lo hará, es que anteponga los intereses del cliente a los suyos propios (SAP de Asturias, de 27-1-2010: «Naturalmente, a la entidad bancaria demandada no le es exigible un deber de fidelidad al actor, como cliente, anteponiendo el interés de este al suyo o haciéndolo propio»). Aunque puedan existir casos claros de *win-to-win* completamente simétricas, es evidente que la entidad de crédito únicamente diseñará y ofertará los productos que a ella le con-

(108) Así lo advierten MORENO ESPEJO, Antonio, y BUENAVENTURA CANINO, Rodrigo, «Directiva MiFID, reforma de la Ley del Mercado de Valores e implicaciones en el caso español», en *Ekonimiz*, núm. 66, 3.º trimestre, 2007, pág. 156.

(109) De acuerdo con MORENO ESPEJO y BUENAVENTURA CANINO, *Directiva MiFID...*, pág. 156.

vengan, en tanto empresa que debe maximizar beneficios (más después de la forzosa reconversión de las cajas en bancos) y satisfacer a sus accionistas. En definitiva, ¿están las MiFID, en realidad, dando una coartada a las entidades de crédito para poder hacer negocio a través de los minoristas para evitar así que estos después puedan anular el negocio por error o dolo en el consentimiento? Y, sobre todo, ¿es esta coartada suficiente para evitarlo?

- b) Y, en concreto, ¿cuál debería ser y cuál realmente será el papel que desempeñará el empleado de banca que comercialice el producto? ¿Está realmente preparado para poder, primero, él comprender enteramente el producto y, después, saberlo transmitir claramente al cliente? (110). Esta cuestión dependerá de su preparación académica y de conocimientos (no solo económico-financieros, sino jurídicos e incluso matemáticos, además de estar al día de los indicadores más relevantes de los que dependa el producto en cuestión, como la cotización de ciertos valores, el cambio de una determinada moneda o el Euribor, etc.), aunque en los últimos tiempos se han visto en atención al público personal con un perfil más «comercial» que de conocimientos (111). Y, por otra parte, ¿cuál será su actitud personal hacia una operación en concreto? Es notorio que el empleado de banca ha venido funcionando no solo en el periodo de *boom*, sino también después del comienzo de la crisis de 2007 «por objetivos», de manera que desde el director de oficina hasta los empleados de ventanilla debían «colocar» un cierto número de productos (normalmente financieros, pero no necesariamente, puesto que a menudo se ofertaban bienes de consumo, como televisiones, ordenadores o planchas) al mes. De manera que, en cumplimiento de las MiFID, el empleado debería explicar el producto financiero, en teoría, hasta sus últimas consecuencias al cliente, así que, atendiendo a la letra y espíritu de la ley, debería decirle, por ejemplo: que puede perder mucho dinero durante un tiempo indeterminado y de manera imprevisible —por ejemplo, cláusulas suelo—; que realmente es un producto para cubrir el riesgo de la propia entidad de crédito para no hallarse en una crisis de liquidez por *mismatch* de los tipos de interés y que difícilmente funcionará para cubrir subidas de interés del cliente —por ejemplo, los comentados *swaps*—; o que realmente las cédulas

(110) Como en la SAP de Álava, de 7-4-2009, antes comentada, en la que el director de la oficina reconoció que no comprendía parte del clausulado del producto financiero que había comercializado.

(111) Esta tendencia no está de acuerdo con la normativa MiFID, según dan a entender MORENO ESPEJO y BUENAVENTURA CANINO, *Directiva MiFID...*, pág. 151. Tampoco está de acuerdo con el artículo 6 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial de 31-3-2011.

hipotecarias que le está intentando vender no son ni cédulas ni hipotecarias (112), de manera que a pesar también de su nombre no tienen garantía hipotecaria; o que las participaciones preferentes, a pesar de su nombre, son prácticamente las últimas —incluso por detrás de los créditos subordinados— en cobrar en caso de concurso de la entidad de crédito (Disp. Adic. 3.^a Ley 19/2003), etc. El cliente que escucha tales explicaciones, ¿estará dispuesto a contratar el producto que se le está ofreciendo si realmente lo llega a conocer, a comprender? Entonces el empleado se encuentra en un conflicto de intereses: entre cumplir los objetivos que le marca la entidad de crédito (colocar el número de productos de la tipología X requeridos) y ser «completamente sincero» al cliente. ¿Qué le contestará si el cliente le pregunta, posiblemente por las casi seguras dudas que le presenta el producto, «y usted que haría» (113)? Otra duda es si la obligación de información con comprensión por parte de la entidad de crédito en el marco de las MiFID es una obligación de medios o una de resultado (114): es decir, que cumplen con informar pero no responder si el consumidor no lo ha comprendido realmente (por ejemplo, firma los tests sin haber entendido realmente el producto ofertado). ¿Es este el espíritu de la Directiva y de la reforma de la LMV? Es planteable si, en algunas ocasiones, el cliente debería tener la suficiente asesoría legal y financiera independiente y suficiente en determinadas ocasiones para dar realmente su «consentimiento informado», es decir, ¿debería estar asistido por un financiero independiente de la entidad y/o por un abogado? Aunque ello pueda parecer desproporcionado, en el Reino Unido tuvo que hacerse así (asistencia de abogado independiente) para conseguir plena eficacia de una hipoteca en relación a los derechos del esposo no titular de la finca para vivir en la casa gravada y que no perdiese eficacia debido a influencia indebida o bien de la entidad de crédito o bien del esposo

(112) NASARRE AZNAR, Sergio, *La garantía de los valores hipotecarios*, Madrid y Barcelona, 2003, Ed. Marcial Pons, págs. 957 y 958.

(113) Y, dándole respuesta, ¿entrarían entonces en «asesoramiento» con las consecuencias que para ello prevé tanto el Derecho Civil general sobre responsabilidad como el artículo 17 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial de 31-3-2011, entre otras?

(114) REDONDO TRIGO, *La nulidad absoluta...*, págs. 638 y 639, lo ha calificado como una obligación de medios, «ya que la empresa de servicios de inversión responde por la realización de un juicio de valor y oportunidad sobre la inversión atendiendo a las circunstancias subjetivas del cliente, empleando en ello toda la diligencia que le es exigible, a un experto en el sector financiero». El autor sigue refiriéndose a que una ausencia de «asesoramiento» o del test MiFID implica un actuar no diligente, que conlleva nulidad absoluta conforme al artículo 6.3 del Código Civil y la STS de 22-12-2009 (*RJ* 2010/703), que declara la nulidad de depósitos bancarios por incumplimiento de normativa administrativa de proveer claridad y sencillez en el contrato.

titular/hipotecante/deudor [casos *Barclays Bank Plc. v. O'Brien* (115) y *Royal Bank of Scotland Plc. v. Etridge* (No. 2) (116)].

- c) Y, por último, ¿están todos los clientes preparados para poder contestar los test por ellos mismos o, como máximo, con una asistencia neutral y no tendenciosa por parte del empleado de banca? Pensemos que determinadas personas, sin ser menores o estar incapacitadas, pueden tener dificultades de comprensión por idioma, edad, deficiencias visuales o de otra naturaleza, por ser iletrados, por estar contratando en estado de necesidad (por ejemplo, porque se le ha vinculado el producto a la concesión de un préstamo que imperiosamente necesita), etc. En el momento de llevarse a cabo la operación, ¿hay alguien imparcial dispuesto a suplir tales deficiencias o, incluso, hay alguien preparado para detectarlas si el cliente no las advierte o reconoce? ¿Conocerá realmente el cliente las consecuencias de no decir la verdad si necesita realmente el producto que se le está ofreciendo? Aquí van algunas cuestiones, como muestra extraída de un test MiFID, primero, de conveniencia y, segundo, de idoneidad:

— Ejemplos de preguntas de test de conveniencia:

- * «Conocimientos» (del cliente). Rango de respuestas desde: «No conozco los mercados de valores ni estoy familiarizado con sus productos», a: «Entiendo aspectos financieros como volatilidad, correlación, etc.».

(115) [1994] 1 AC 180.

(116) [2002] 2 AC 773. En los Fundamentos Jurídicos se señala lo siguiente: «This is the point at which, in the *O'Brien* case, the House decided that the balance between the competing interests should be held. A bank may itself provide the necessary information directly to the wife. Indeed, it is best equipped to do so. But banks are not following that course. Ought they to be obliged to do so in every case? I do not think Lord Browne-Wilkinson so stated in *O'Brien*. I do not understand him to have said that a personal meeting was the only way a bank could discharge its obligation to bring home to the wife the risks she is running. It seems to me that, provided a suitable alternative is available, banks ought not to be compelled to take this course. Their reasons for not wishing to hold a personal meeting are understandable. Commonly, when a bank seeks to enforce a security provided by a customer, it is met with a defence based on assurances alleged to have been given orally by a branch manager at an earlier stage: that the bank would continue to support the business, that the bank would not call in its loan, and so forth. Lengthy litigation ensues. Sometimes the allegations prove to be well founded, sometimes not. Banks are concerned to avoid the prospect of similar litigation which would arise in guarantee cases if they were to adopt a practice of holding a meeting with a wife at which the bank's representative would explain the proposed guarantee transaction. It is not unreasonable for the banks to prefer that this task should be undertaken by an independent legal adviser. I shall return later to the steps a bank should take when it follows this course. Suffice to say, these steps, together with advice from a solicitor acting for the wife, ought to provide the substance of the protection which *O'Brien* intended a wife should have. Ordinarily it will be reasonable that a bank should be able to rely upon confirmation from a solicitor, acting for the wife, that he has advised the wife appropriately».

- * «Actividad laboral». Va desde: «Nunca he trabajado en el sector financiero ni en departamentos financieros de empresas», a: «He trabajado en los últimos tres años o trabajo en el sector financiero en puestos relacionados con los mercados de valores y mercados de capitales».
 - * «¿Está dispuesto a asumir pérdidas por sus inversiones a cambio de mayor rentabilidad esperada, o por sus operaciones financieras?». Yendo las respuestas en un rango entre: «Ni de capital ni de intereses» a «Sí, incluso en ausencia de cobertura».
- Ejemplos de preguntas de test de idoneidad:
- * «¿Está dispuesto a asumir pérdidas por la tenencia del producto a cambio de una mayor rentabilidad esperada, o por sus operaciones financieras?». Las respuestas van en un rango desde: «Ni de capital ni de intereses», a: «Sí, incluso en ausencia de cobertura».
 - * «¿Cómo se definiría como inversor?». Rango de respuestas desde: «Conservador: no me gusta el riesgo», a: «Agresivo: no me importa asumir riesgos elevados por la mayor rentabilidad que suelen implicar».
 - * «De entre las siguientes alternativas de inversión propuestas, cuál cree que se ajusta mejor a su perfil». Para responder se presenta una tabla, dando varias opciones en columna [renta variable (%), renta fija (%), VaR anual al 95% y perfil escogido] y en las filas una serie de cifras que van desde el 0 al 100.

3.2.2. *Los productos de activo para la entidad de crédito*

Por lo tanto, quedan fuera de las protecciones MiFID los productos que representan un activo para la entidad de crédito, de manera que no entran la contratación de préstamos hipotecarios (así como también todo tipo de financiación —por ejemplo, ICO— o descuentos de efectos de comercio), además de otros productos financieros más habituales o sencillos como son las cuentas corrientes, las libretas de ahorro a la vista, las imposiciones a plazo fijo, planes de pensiones, etc.

De manera que, en el ámbito de los préstamos y créditos hipotecarios, el ordenamiento sigue confiando en el papel que, en su caso, pueden desarrollar los notarios en relación a su contratación, especialmente con los relacionados con la vivienda. A ello coadyuvará la normativa de consumidores (RDL 1/2007) y, en su caso, la nueva normativa sobre consumidores y créditos hipotecarios recogida, por ahora, en la citada Propuesta de Directiva del Parlamento Euro-

peo y del Consejo sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial de 31-3-2011.

En este sentido, debe denotarse el relevante cambio que ha sufrido el artículo 193 del Reglamento Notarial (Decreto 2-6-1944; RN) desde su redacción original por reforma operada en 2007. Así, el artículo 193.1 RN original rezaba que: «Los Notarios darán lectura de las escrituras públicas, sin perjuicio del derecho de las partes y testigos a leerlas por sí o por personas que ellos designen y de que lo hagan en los casos en que legalmente proceda», para posteriormente en su punto 2, hacer constar el Notario el consentimiento al contenido de la escritura de los otorgantes, con salvedades para ciegos y sordos en su punto 3. Pues bien, el precepto se mantuvo más o menos inalterado hasta el artículo 1.97 del RD 45/2007, de 19 de enero (117), que introduce un segundo párrafo a dicho precepto y lo vincula al artículo 25 LN, con el siguiente texto: «A los efectos del artículo 25 de la Ley del Notariado, y con independencia del procedimiento de lectura, se entenderá que esta es íntegra cuando el notario hubiera comunicado el contenido del instrumento con la extensión necesaria para el cabal conocimiento de su alcance y efectos, atendidas las circunstancias de los comparecientes». De él se extraen, al menos, tres notas:

- a) Ya no es necesaria la lectura íntegra de la escritura, tal y como parecía plantear la redacción original. De hecho, poco puede aportar a un consumidor una lectura completa de la escritura si no se ha hecho énfasis en la explicación necesaria de las cláusulas que le son más relevantes para sus obligaciones.
- b) Que la lectura de la escritura ya no es una finalidad en sí misma, un requisito formal, sino que ahora es un medio, independientemente de cómo se haga, para conseguir el «cabal conocimiento de su alcance y efectos» de los comparecientes. Según la RAE, «cabal» significa «completo, exacto, perfecto». Y el «conocimiento» no se predica en relación al contenido o significado de la escritura, sino que va más allá, refiriéndose al «alcance y efectos» que tiene la misma. Es decir, con la modificación operada en 2007, ya no se trata de meramente «informar» sobre el contenido de la escritura a los comparecientes, sino de «comunicar el contenido» (que no simplemente leer) para que estos —especialmente el deudor hipotecante— conozcan las consecuencias del acto que están celebrando, es decir, sean conscientes de la trascendencia de sus actos (118).

(117) BOE de 29 de enero de 2007, núm. 25, pág. 4021.

(118) En este mismo sentido, MARTÍNEZ-GIL VICH, Ignacio, «Comentario al artículo 193», en A. RODRÍGUEZ y J. DE PRADA (coords.), *Nueva legislación notarial comentada*, Madrid, 2007, págs. 523 y 524. Considera, no obstante, que la unión entre la narración de la lectura por parte

- c) Que la información que se provea, para que realmente acabe siendo comprendida por el deudor hipotecante, debe estar ajustada a «las circunstancias de los comparecientes». Posiblemente la entidad de crédito, por su profesión y por haber preconfigurado el contrato, tendrá ya sobrada información sobre el mismo, pero no así el deudor hipotecante, de manera que la información de la que le provea el notario debe ser adaptada a sus circunstancias personales, culturales, académicas, etc. Ello debería implicar que el notario debería conocer los detalles de aquella concreta operación para hacer énfasis en aquellos conceptos o cláusulas que podrían resultar con más obligaciones para el deudor hipotecante y sobre las que debería prestar más atención y comprender lo que le supone. Ello implicaría que debería tener una adecuada información en conceptos financieros y matemáticos (119).

Si queda verificado que la actuación del notario en una determinada operación no se desarrolló según los nuevos términos del artículo 193 RN y si el consumidor deudor hipotecante tuvo deficiencia en la comprensión del negocio que estaba celebrando, no vemos inconveniente en que este recurra al error obstativo o a la normativa de consumidores y usuarios para anular el negocio de préstamo hipotecario.

3.3. EL SOBREENDEUDAMIENTO HIPOTECARIO

En los últimos meses estamos atendiendo a una serie de resoluciones judiciales, especialmente en el ámbito hipotecario, pero también en el concursal, cuyo objetivo común es intentar dar solución a un problema concreto de sobreendeudamiento de un deudor mediante la adopción de medidas que difícilmente están adaptadas a nuestra legislación (120).

En cuanto a esto último, la realidad evidencia cada día que nuestra normativa hipotecaria no está adaptada al nuevo contexto que comenzó a mediados de 2007 a nivel internacional a pesar de que el legislador tuvo la oportunidad con

del notario más la dación de fe que los comparecientes han hecho constar tras la lectura que han quedado debidamente informados del contenido y han prestado su libre consentimiento, elimina de raíz la oposición de la *exceptio schaedula non lecta*.

(119) Ver, este sentido, CASTILLA CUBILLAS, *Sobre la abusividad...*, pág. 8.

(120) Bien podría calificarse a estas actuaciones como de «síndrome Robin Hood», por el cual el juzgador «sanciona» a la entidad de crédito limitando su capacidad de recobro, favoreciendo así al deudor sobreendeudado (art. 3.2 CC), limitando la responsabilidad de este, a pesar de que el apoyo jurídico para tal decisión sea, cuanto menos, forzada, vista la falta de medidas legislativas que se adapten a la coyuntura actual (art. 3.1 CC) de crisis e impagos generalizados (hipotecaria, financiera, económica, laboral).

la Ley 41/2007. Esta norma ha sido muy criticada por la doctrina (121), dado que, a pesar de suponer una de las grandes reformas tanto de la LH de 1946 como de la LMH de 1981 y haberse aprobado en diciembre de 2007 tras años de elaboración, no trató ninguno de los grandes temas que se vienen planteando tras el inicio de la crisis en relación al funcionamiento del mercado hipotecario.

Sin embargo sí introdujo dos figuras que son cuanto menos discutibles en operaciones activas (las pasivas vemos *infra*) y que están relacionadas con la cultura del «permanente endeudamiento», prácticas de atar y riesgo de despatrimonialización del deudor hipotecario: la hipoteca inversa y la hipoteca de máximo del artículo 153.bis LH.

Veamos todo ello sistematizado.

3.3.1. *Hipoteca inversa, tying practices y nueva hipoteca de máximo*

Por un lado, la hipoteca inversa, prevista en la Disposición Adicional 1.^a de la Ley 41/2007, era vista (y requerida) por las entidades de crédito como la culminación del «proceso hipotecario» durante la vida de una persona en relación a la «vida útil hipotecaria» de un inmueble, como lo muestra la Figura 5. Es decir, a los veinticinco años se prevé comience el endeudamiento de una persona media para adquirir la primera vivienda, para acabar repagándola a los cuarenta años; para luego volverse a endeudar —gracias a la cobertura hipotecaria— para consumir, pudiendo amortizar la mayor parte de los créditos del consumo garantizados con la hipoteca a los sesenta y cinco años; para, finalmente, ir perdiendo la propiedad del inmueble (despatrimonialización) al ir cobrando de la hipoteca inversa para complementar sus ingresos. Con ello, a su muerte, se reinicia el proceso, cual bucle, con su heredero.

Pues bien, el proceso previsto en la Figura 5 no es más que la consagración de la relación entre una sola entidad y su cliente a través de la hipoteca sobre su casa. La Ley 41/2007 representó la aceptación definitiva de las prácticas de atar (*tying practices*) que en la práctica derogan la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios (122), en cuanto a la libre posibilidad para el prestatario que, en tanto que parte débil de la relación de préstamo hipotecario, de cambiar de entidad de crédito en busca de un mejor trato o condiciones de su deuda. Las «prácticas de atar» se refieren a aquellas que compelen a un prestatario a quedar ligado a una única entidad de crédito durante la diversas etapas de su vida, especialmente tras la incorporación de la hipoteca inversa, como lo muestra la Figura 5.

(121) Ver como ejemplo, MUÑIZ, NASARRE y SÁNCHEZ JORDÁN (coords.), *La reforma del mercado hipotecario*, Madrid, 2009, Ed. Edisofer.

(122) *BOE* de 4 de abril de 1994, núm. 80, pág. 10364.

VIDA "ÚTIL" DE UN INMUEBLE vs. ENDEUDAMIENTO

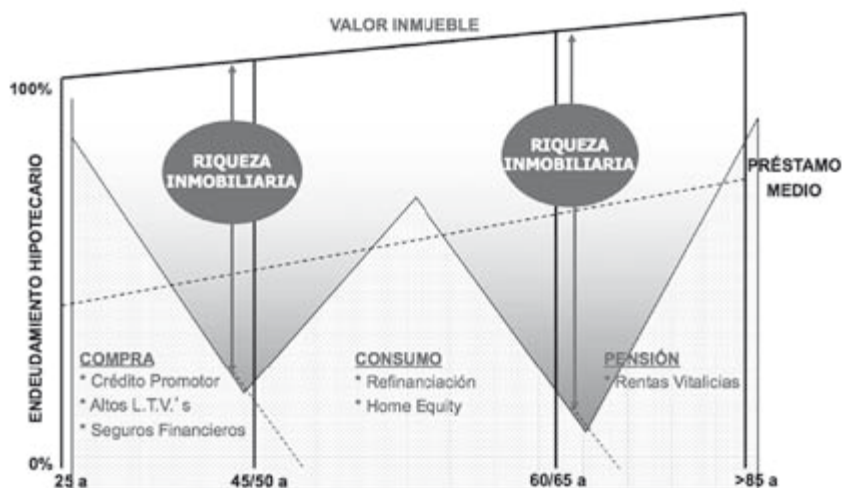


FIGURA 5. Vida «útil» de un inmueble vs. endeudamiento. Fuente: GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Santos, «Presente y futuro del negocio hipotecario», en materiales del *Curso de crédito hipotecario*, Universidad Rovira i Virgili, Barcelona, 2008.

Así, mientras las conclusiones del Libro Blanco 2007 (123) del Crédito Hipotecario en la Unión Europea claramente desaconsejaban tales prácticas, el artículo 13 de la Ley 41/2007 las consagra, después de la desafortunada STS de 25-11-2003 (124) que, a diferencia de lo que había señalado la doctrina y algunas resoluciones judiciales [AAP de León, de 24-2-1998 (125)], imposibilitó que el prestatario pudiese cambiar unilateralmente de entidad de crédito si el primer prestamista le iguala la oferta de la propuesta de la segunda, lo que desde luego no contribuye en políticas pro-consumidor y a la movilización del mercado hipotecario y de la vivienda.

A todo ello coadyuva la nueva hipoteca de máximo del artículo 153.bis LH, creada por la Ley 41/2007, la cual, sin facilitar realmente que bajo una misma hipoteca puedan coexistir diversas obligaciones a satisfacer por el deudor a distintos acreedores de su elección, fomenta aún más el aumento de deuda con una misma entidad de crédito, la cual, además, es la que fija la cuantía

(123) COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *White paper on the Integration of EU Mortgage Credit Markets*, COM(2007) 807 final, Bruselas, 18-12-2007.

(124) RJ 2003/8093.

(125) AC 1998/4206.

final de deuda unilateralmente, lo que debería haber provocado a su vez una flexibilización de las causas de oposición de los artículos 695 y 698 LEC, lo que no se ha hecho (126).

La citada hipoteca inversa, por lo tanto, forma también parte y culmina el iter de la «relación hipotecaria» con una entidad de crédito de una persona: una vez ha conseguido la vivienda (hipoteca ordinaria) y con ella ha tomado préstamos al consumo a lo largo de la vida (hipoteca de máximo), a los sesenta y cinco años le llega la posibilidad de despatrimonializarse (de perder la vivienda) mediante un producto *equity-release* que igualmente ha sido desaconsejado por el Libro Blanco de la UE 2007 por el importante riesgo de desinformación y despatrimonialización que comporta, a lo que al caso español hay que añadirle la deficiente regulación en la Disposición Adicional 1.^a de la Ley 41/2007 (dudas sobre su refinanciación, poco atractiva en periodos de crisis de liquidez de las entidades de crédito —como la actual—, falta de especificación de la relación del heredero y la hipoteca inversa, etc.).

3.3.2. Corresponsabilidad en el sobreendeudamiento

Veamos ahora lo que debería haber tratado (o tratado antes el legislador) la Ley 41/2007 y no hizo: corresponsabilidad del sobreendeudamiento, responsabilidad de agencias de calificación, mejor regulación y control a destiempo de las tasadoras inmobiliarias, un marco jurídico adecuado de la dación en pago, la adjudicación a la entidad de crédito tras subasta infructuosa y la transparencia de la subasta.

Es notorio que la situación actual de sobreendeudamiento hipotecario es debida a una corresponsabilidad entre la actuación, como mínimo, de las entidades de crédito, de los deudores hipotecarios (consumidores) y del contexto normativo. Piénsese que el sobreendeudamiento de las familias pasó del 45 por 100 en 1995 o del 76,7 por 100 en 2001 al 143 por 100 en 2008 (127).

Así, en cuanto a los consumidores, los movimientos sociales surgidos al socaire de la grave crisis actual (128) están proponiendo medidas de formación de consumidores en «consumo responsable», lo que *indirecte* significa que el efec-

(126) MUÑIZ ESPADA, Esther, «La hipoteca de máximo del artículo 153.bis de la Ley Hipotecaria», en MUÑIZ, NASARRE y SÁNCHEZ JORDÁN (coords.), *La reforma del mercado hipotecario*, Madrid, 2009, Ed. Edisofer, pág. 250. Ver, en este sentido, la SJPI, núm. 2 de Sabadell, de 30-9-2010, que comentamos *infra*.

(127) ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE BANCOS, CAJAS Y SEGUROS, *Por unas medidas y soluciones urgentes al grave problema del endeudamiento y sobreendeudamiento de las familias en España*, http://www.adicae.net/download/ADICAE_sob.pdf, pág. 1.

(128) TERCER FÒRUM HIPOTECARI DE CATALUNYA, *Mesures contra...*, pág. 25.

tuado los últimos años, al menos en parte, no lo era. También proponen promover la educación financiera y unidades de servicios de sobreendeudamiento (129).

Y, en cuanto a las entidades de crédito, al sobreendeudamiento han colaborado: productos hipotecarios complejos (por ejemplo, aparte de los que ya hemos comentado, fórmulas de cálculo en hipotecas de cuota creciente, comercializada en ocasiones como «hipoteca joven», con crecimiento en progresión geométrica) (130), que no permitían comprobar el alcance total de la deuda; el haber permitido a las entidades bancarias desde 2002 (art. 18 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero) (131) refinanciar las hipotecas *sub-prime* españolas a través de los «certificados de transmisión de hipotecas» incluidas en fondos de titulización de activos (132), de manera que les ha permitido conceder más hipotecas que no cumplen los requisitos del antiguo (antes de 2007) artículo 5 LMH, que exigía un bajo *loan-to-value* ratio (LTV) para poderlas refinanciar mediante valores hipotecarios estándar (cédulas, bonos o participaciones hipotecarias); es decir, como las entidades crediticias podían deshacerse del riesgo que conllevaban las hipotecas de alto LTV mediante dichos valores de «peor calidad», se vieron más animadas a conceder préstamos más abultados económicamente superando en ocasiones el valor de la propia finca; naturalmente, préstamos hipotecarios de tanto volumen solo podían hacerse accesibles a los deudores aumentando los plazos de amortización lo que en definitiva promovía ocultar la verdadera situación a este: un gran endeudamiento prolongado durante muchos años (hasta cuarenta años, con más en casos excepcionales); cantidades debidas tan altas y plazos tan prolongados unidos a una petición (pensemos en el deficiente mercado de alquiler en España) y concesión masiva de préstamos hipotecarios, llevaron en ocasiones a pedir garantías añadidas a la hipotecaria, como los avales personales: la verificada insuficiencia del valor de la casa y la insolvencia técnica del deudor ha llevado a las entidades de crédito a dirigirse contra los avalistas, contribuyendo así a la generalización de las deudas y de los apuros económicos (133); la política de bajos tipos de interés (históricos) del

(129) TERCER FÒRUM HIPOTECARI DE CATALUNYA, *Mesures contra...*, pág. 26.

(130) Por ejemplo:
$$a_1 = C \times \frac{1+i-q}{1-q^n(1+i)^{-n}}$$
 (verla en <http://www.abanfin.com/modules.php?tit=préstamo-en-progresion-geometrica-cuota-creciente&name=Manuales&fid=ee0bcbv>).

(131) BOE de 23 de noviembre de 2002, núm. 281, pág. 41273.

(132) Ver NASARRE AZNAR, Sergio, «El anteproyecto de ley financiera y la refinanciación crediticia: una reforma inadecuada e innecesaria», en *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 98, págs. 303 a 312.

(133) CONSEJO DE CONSUMIDORES Y USUARIOS, *Dictamen de iniciativa propia del Consejo de Consumidores y Usuarios relativo a la situación de endeudamiento y sobreendeudamiento financiero de las familias en la actual situación de crisis económica y de crédito*, Madrid, 10-2-2009, pág. 14.

Banco Central Europeo que impulsaban al consumo y desincentivaban el ahorro, seguidas tras el estallido de la crisis, por aún más bajadas que las entidades de crédito han absorbido con aumento de los diferenciales de interés, dada su precaria situación financiera, de manera que no se ha contribuido a reactivar la economía con la generalización del crédito, etc.

Por su parte, el legislador ha tomado una serie de iniciativas para paliar las consecuencias negativas sobre el crédito hipotecario que no han dado el resultado esperado. Algunas de ellas, son: la moratoria ICO que, debido a sus estrictos requisitos, no había atraído en junio de 2009 más que alrededor de 6.000 personas cuando las previstas para todo el programa habían sido 500.000 (134); tampoco parece ser la solución el alargamiento del plazo del préstamo, porque aunque produzca la reducción de la cuota mensual, provoca un aumento de los intereses remuneratorios a favor de la entidad de crédito (135); la utilización de lo ahorrado en los fondos de pensiones tampoco es una medida definitiva en tanto que la mayoría de familias que disponen de él tienen ya cincuenta o cincuenta y cinco años (que no son la mayoría que tienen problemas hipotecarios), sino que es perder el dinero que se tenía para completar la pensión de manera que esta les será más precaria y, al rescatarlo anticipadamente, pierden el beneficio fiscal (136); la iniciativa catalana de prestaciones económicas de especial urgencia (Orden MAH/559/2009, de 22 de diciembre) limitó las ayudas al préstamo hipotecario a 3.000 euros (lo que no permite superar una situación de insolvencia) y la cuota hipotecaria no podía superar los 1.200 euros, dejando fuera a una parte de familias; tampoco parece generalizarse la conversión de hipotecas en alquiler (previsto en el documento: «30 compromisos per a l'ocupació, el teixit econòmic i el desenvolupament social de Catalunya», de 18-12-2009) pues tal conversión no es aceptada de manera generalizada por las entidades crediticias, etc.

3.3.3. Ausencia de regulación específica de la responsabilidad civil de las agencias de calificación

La ausencia de una regulación específica de la responsabilidad civil (y, en su caso, de otra índole) de los agentes responsables de la situación actual (137) también contribuye al funcionamiento no óptimo del sistema.

(134) TERCER FÒRUM HIPOTECARI DE CATALUNYA, *Mesures contra...*, pág. 18.

(135) En este sentido, ver el CONSEJO DE CONSUMIDORES Y USUARIOS, *Dictamen de iniciativa propia...*, pág. 5.

(136) CONSEJO DE CONSUMIDORES Y USUARIOS, *Dictamen de iniciativa propia...*, pág. 6.

(137) NASARRE-AZNAR, Sergio, «Tort law-Spain», en *International Encyclopaedia of Laws*, Blanplain (ed.), The Netherlands, 2008, Kluwer Law International, págs. 98 y 99.

De este modo, es difícil encajar en nuestro ordenamiento un régimen transparente y pro-inversor de la responsabilidad civil por daños de las agencias de calificación crediticia (conocidas también como agencias de *rating*), las cuales se han protegido tradicionalmente por distintas vías de reclamaciones de esta naturaleza. Así, en todos sus informes valorativos del riesgo de productos o agentes financieros se auto-exoneran de responsabilidad (*disclaimer*) por sus opiniones, que lanzan al público en general, y de las que consideran que no pueden derivarse consecuencias jurídicas precisamente porque hacen residir la responsabilidad por las decisiones de los inversores (invertir o no) en sus propias decisiones. Dado que normalmente tales inversores son institucionales (profesionales de las finanzas), aunque el impacto final lo reciban los consumidores (por ejemplo, inversores no profesionales en fondos de pensiones e inversión que ven disminuido su valor), no les es de aplicación el RDL 1/2007 en cuanto a la falta de eficacia de la auto-exoneración de responsabilidad. De manera que, en su caso, tendríamos que acudir a las reglas generales de la responsabilidad civil, es decir, el artículo 1902 del Código Civil. Ninguna ventaja parece ofrecérsele, pues, al inversor, a pesar de que su decisión de adquisición basada en información imprecisa o incorrecta (negligente o dolosamente) lanzada al mercado por la agencia de calificación pueda repercutir directa (los inversores particulares en fondos de inversión colectiva, por ejemplo, que ven bajar automáticamente el valor de dicho fondo) o indirectamente (los graves perjuicios sociales que está causando la presente crisis, a los que ya hemos hecho referencia) en consumidores.

La poca efectividad, no obstante, de los *disclaimers* de las agencias se ha evidenciado en su necesidad de haber impulsado en EEUU desde principios de los años ochenta del siglo pasado la prohibición de que nadie pueda interponer contra ellas acción por daños por sus actividades (138). Por su parte, el Reglamento europeo 16-9-2009, sobre agencias de calificación crediticia (139), deja

(138) Desde 1982, la *Securities Act* 1933 de Estados Unidos, en su s. 11 (a) (4) recoge la imposibilidad de reclamar por daños a las agencias de calificación. La reciente Ley Dodd-Frank («*Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*», que entró en vigor el 21-7-2010, parece mitigar este *safe harbour* para las agencias de calificación en Estados Unidos derogando la *Rule* 436(g) de dicha norma, que hasta entonces impedía que las agencias de calificación fuesen calificadas como «expertos» y, por lo tanto, ser responsables vía la s. 11. A partir de ahora, si los emisores de valores citan sus *ratings* en los prospectos de emisión tendrán la consideración de «expertos», de manera que pueden llegar a ser responsables por las pérdidas que puedan derivarse al constar su opinión en los prospectos de emisiones de valores. El efecto inicial de todo ello es que si los emisores no citan las calificaciones en los prospectos de emisión —lo que parece han solicitado las agencias de *rating* para seguir sin asumir responsabilidad civil alguna— se crea un mercado más opaco, donde los posibles adquirentes no pueden conocer fácilmente la opinión de dichas agencias sobre el riesgo de unos determinados valores. Algunas agencias ya han dicho que buscarán mecanismos alternativos a los prospectos de emisión para que el mercado pueda conocer su valoración.

(139) Reglamento CE 1060/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE 17-11-2009, L 302/1).

a los estados la juridicidad de su comportamiento (Considerando 69), lo que evidencia, una vez más, la dificultad de conseguir ya no solo una única responsabilidad civil para ellas a nivel europeo, sino la dificultad del cómo y por qué declararlas responsables. No es este el lugar para desarrollar exhaustivamente cuál es o debería ser su régimen de responsabilidad civil, pero lo cierto es que en otras jurisdicciones se han abierto procedimientos de diversa naturaleza a los que se considera como responsables de la crisis mundial en cada país por sus decisiones o comportamientos negligentes, como ha sucedido en EEUU precisamente contra las agencias de calificación en el caso *California Public Employees' Retirement Systems v. Moody's Corp et al del Superior Court of California*, San Francisco County (140). Por su parte, en Islandia se ha abierto un proceso en el Tribunal especial *Lands Domur* contra su antiguo primer ministro, Sr. Geir H. Haarde, por negligencia de su gobierno en el contexto de la crisis (141).

3.3.4. La regulación a destiempo de las tasadoras inmobiliarias

Mención aparte merece la actuación de las tasadoras. La falta de una regulación estricta, hasta la Ley 41/2007 (arts. 3, 3.bis y 3.ter LMH), de cómo debería ser el comportamiento de las tasadoras inmobiliarias ha contribuido también al sobreendeudamiento.

Durante todos los años del boom inmobiliario (1995-2007, con el punto álgido en 2006) las tasadoras habían sido muy flexibles en cuanto a la cuantía

(140) No. 3:2009cv03628. La demanda fue interpuesta en el Tribunal de Distrito para el Norte de California el 7-8-2009 por el mayor fondo de pensiones de Estados Unidos denominado CalPERS (*California Public Employees' Retirement System*; con activos calculados en 173.000 millones de dólares) contra las tres agencias de rating más importantes: Moody's, S&P y Fitch Ratings. Estas concedieron una alta calificación (triple A hasta agosto 2007 para su deuda senior) a tres vehículos financieros de estructura compleja (Cheyne, Stanfield Victoria y Sigma), lo que animó a CalPERS a invertir en ellos 1.300 millones de dólares en 2006. Los tres vehículos, cuyos activos eran principalmente hipotecas *subprime*, entraron en concurso en 2007 y 2008, dejando a CalPERS sin recuperar, al menos, 1.000 millones de dólares. La cuestión estriba en el papel activo que tuvieron las tres agencias en la construcción de los tres vehículos para poderles otorgar la máxima calificación posible, cobrando altos honorarios por ello. La demanda se basa tanto en common law como en los artículos 1709 y 1710 del Código Civil de California (puede hallarse en <http://law.justia.com/california/codes/2009/civ/1708-1725.html>). Dichos preceptos señalan que aquel que voluntariamente engaña a otro para modificar su posición y ello le causa un daño o un riesgo, es responsable por el daño que se le cause, es decir, es una responsabilidad civil por daños. Documentación sobre el caso puede encontrarse en <http://online.wsj.com/public/resources/documents/calpers.pdf> y ha saltado a la opinión pública por su impacto nacional e internacional (ver en el *New York Times* http://www.nytimes.com/2009/07/15/business/15calpers.html?_r=3), a pesar de que todavía no hay sentencia (puede seguirse el proceso en <http://webaccess.sftc.org/Scripts/Magic94/mgrqispi94.dll?APPNAME=IJS&PRGNAME=ROA22&ARGUMENTS=-ACGC09490241>).

(141) <http://www.elmundo.es/elmundo/2010/09/28/internacional/1285696260.html>.

de los préstamos hipotecarios, hasta el punto que muchas entidades de crédito habían creado una propia, que se ajustase a sus necesidades y las de sus clientes. Ha habido, pues, un uso indebido (142) de la regulación del RD 775/1997, cuyo origen estaba en la LMH original (arts. 3 y 5 de la Ley 2/1981), provocando la vinculación (connivencia o confusión) entre estas y las entidades de crédito un serio conflicto de intereses que, en cualquier caso, no ha redundado en el beneficio de los prestatarios, vista la situación actual de sobreendeudamiento hipotecario. Piénsese en la reiterada práctica durante muchos años de «colocar» bajo la hipoteca diversos bienes de consumo, como un coche nuevo, las vacaciones de varios años o incluso un nuevo televisor de plasma (143).

3.3.5. *La necesaria aclaración de la dación en pago*

Nada previó la Ley 41/2007 en relación a la dación en pago en el marco del préstamo hipotecario. Vista la relevancia que está tomando a nivel social, doctrinal e, incluso, judicial, esta institución necesita un estudio en profundidad en el contexto hipotecario. A pesar de que, en la práctica, se están admitiendo muchas daciones de la finca hipotecada en pago de deudas hipotecarias (por ejemplo, en caso de hipotecas contratadas con inmigrantes recién llegados sin trabajo estable), ello no permite despejar las serias dudas de legalidad que tal medida tiene en relación con la norma de *ius cogens* prevista en el artículo 1859 del Código Civil, que prevé la prohibición de pactar el comiso en relación a la prenda y la hipoteca.

A nuestro juicio, que un préstamo hipotecario en un inicio se pactase que se devolvería en amortizaciones dinerarias metálicas y que, sobrevenidamente (en caso de impago del prestatario), se admita en pago la entrega del dominio de la finca, no deja de ser una novación modificativa del contrato de préstamo hipotecario en el modo de pago, no permitido en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 1859 del Código Civil. El principio general positivizado en dicho precepto de interdicción del pacto comisorio en el ámbito de las garantías reales ha sufrido diversos paliativos por parte del legislador [por ejemplo, arts. 4 y 11 del RDL 5/2005, de 11 de marzo (144), que conceden un derecho de apropiación por parte del acreedor —normalmente entidad de

(142) Ver más detalles en LEIRADO CAMPO, Luis, «Las entidades de tasación», en MUÑIZ, NASARRE y SÁNCHEZ JORDÁN (coords.), *La reforma del mercado hipotecario*, Madrid, 2009, Ed. Edisofer, págs. 75 a 90.

(143) Ver, como ejemplo, la noticia de «El País» en 2006, año del mundial de fútbol de Alemania, titulada «La venta de televisores planos LCD se duplicará este año en España» (hallable en http://www.elpais.com/articulo/portada/venta/televisores/planos/LCD/duplicara/ano/Espana/elpepateccib/20061130elpcibpor_1/Tes).

(144) BOE de 14 de marzo de 2005, núm. 62, pág. 8832.

crédito— de las garantías financieras] e importantes matizaciones desde la doctrina a través de la admisión del «pacto marciano» (Digesto 20,1,16,9), siempre que la apropiación vaya precedida de pacto para ello, de justa estimación objetiva del bien y no haya notable desproporción entre prestaciones (145). Pero no debe olvidarse el trascendente papel que ha desempeñado la prohibición del pacto comisorio en la evitación de la usura, impidiendo que un préstamo con hipoteca se convierta en una compra-venta encubierta [SSTS de 29-1-1996 (146) y 16-5-2000 (147)], es decir, que la causa del préstamo no fuese la típica de estos contratos (puesta a disposición de una cantidad a devolver en plazos) sino la propia de la compra-venta (puesta a disposición de una cantidad con la finalidad de que el prestamista se quede con la finca), especialmente en Cataluña a través de la venta en carta de gracia (148). Aparte de la desnaturalización de la garantía, el pacto comisorio está prohibido en sede de préstamo hipotecario debido a la posición de superioridad que tienen las entidades de crédito respecto a los consumidores y el riesgo de que aquellas se aprovechen del estado de necesidad (de crédito) de estos; tampoco queda bien engarzado en nuestro sistema un mecanismo de autosatisfacción que no pase por el filtro de autoridad pública (juez o notario).

Obsérvese en la Figura 6 cómo la prohibición del pacto comisorio en sede hipotecaria —es decir, la posibilidad de satisfacer el crédito entregando la finca gravada— es generalizado en los ordenamientos europeos. Mención especial merece Gran Bretaña que, previendo el *foreclosure*, no es común su utilización por parte de las entidades de crédito, precisamente por lo drástico de la solución, especialmente en contextos en que la vivienda vale más que la deuda (por ejemplo, cuando esta se ha repagado en gran parte) y el peligro y perjuicios que ello puede entrañar para el deudor (149). Por su parte, el éxito de la *foreclosure* en Estados Unidos es debido más a motivos prácticos que a la equidad de la medida: en un país con una alta movilidad poblacional y donde no existe un sistema de localización de residentes, reclamar el préstamo judicialmente se convierte en inoperativo y costoso, de manera que es más rápido y efectivo permitir el pacto por el cual la entidad se quede con el

(145) Ver FELIU REY, Manuel Ignacio, *La prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía*, Madrid, 1995, Ed. Civitas, pág. 95.

(146) *RJ* 1996/735.

(147) *RJ* 2000/5082.

(148) VALLÉS Y PUJALS, J., *Del préstamo a interés, de la usura y de la hipoteca*, Barcelona, 1993, Librería Bosch, págs. 112 y 113, que recoge contratos análogos o equivalentes al préstamo en los que puede resultar usura, entre los que se cuentan el pacto comisorio y la venta a carta de gracia catalana. En cuanto a esta última, ver también DEL POZO CARRASCOSA, Pedro, «La venda a carta de gràcia en el dret civil de Catalunya», en *Estudis de Dret Privat Català*, núm. 1, Barcelona, 1993, Generalitat de Catalunya-Departament de Justícia, págs. 35 y 36.

(149) GARDNER, Simon, *An introduction to land law*, 2nd Ed., 2009, Hart Publishing, págs. 245 y 246.

dominio de la finca gravada en pago (150), a pesar que ello implique pérdidas para la entidad de crédito.



FIGURA 6. Posibilidad de satisfacer un crédito tomando el acreedor el dominio de la finca gravada. Solo en Ucrania es posible; y en Francia y Japón es posible pactarlo de antemano. En Dinamarca, aunque es posible, no se utiliza. En España, Polonia y Rusia, por ejemplo, solo es posible tras una ejecución forzosa fallida. Fuente: STÖCKER, O., y STÜRNER, R. (coords.), *Flexibility, security and efficiency of security rights over real property in Europe*, vol. III, 2.ª ed., vol. 44, 2010, Verband Deutscher Pfandbriefbanken, pág. 76 (versión actualizada en reunión de *Runder Tisch* en marzo de 2011).

En la actualidad, la propuesta de la dación de pago a nivel legislativo en España (Proposición no de Ley) finalizó el 16-6-2010 su trámite en la Comisión de Vivienda del Congreso de los Diputados, resultando en un mandato al Gobierno de efectuar un informe en el plazo de tres meses sobre la posibilidad de que de forma general se aceptase la dación en pago como método para liquidar toda la deuda hipotecaria, sin que en enero de 2011 estuviera finalizado (151). No puede obviarse, en cuanto a ello, que en términos económicos, de aceptarse la dación en pago, la entidad de crédito asumiría todo el riesgo de depreciación de la finca. Si bien ello podría conllevar la corrección de algunas prácticas bancarias (por ejemplo, tasaciones más ajustadas), debe preverse que ello provocaría una drástica disminución del LTV, que podría bajar, para vivienda, al 60 por 100

(150) STÜRNER, R., y KERN, C., *Grundsatzfragen des US-Hypothekenrechts*, en Schwenzer/Hager (Hrsg.), «Festschrift für Peter Schlechtriem», 2003, pág. 936 y sigs.

(151) Proposición no de Ley para la dación de la vivienda en pago de la totalidad de la deuda hipotecaria. (161/001634). Puede seguirse el procedimiento en www.congreso.es. No obstante, en la Sesión del Congreso de 14-12-2010 quedó rechazado instaurar la dación en pago como método de satisfacción de la hipoteca.

(del estándar del 80 por 100 que está ahora y, en algunos casos, en el 95 por 100, art. 5 LMH), obligando al consumidor a aportar con recursos propios el resto de la vivienda. Dado que no todos los consumidores tienen tantos recursos propios, muchas de las personas que han podido acceder tradicionalmente a una vivienda, no lo podrían hacer, lo que unido al precario mercado de alquiler y de vivienda pública que tenemos, dejaría, en un primer momento, a muchas personas sin opciones de acceso a la vivienda.

Otra cosa es la posibilidad del artículo 140 LH de limitar la recuperación del acreedor al valor de la finca pero que nada tiene que ver con la dación en pago porque: *a)* se trata de un pacto previo, de manera que la entidad de crédito tiene que consentir a renunciar a reclamar sobre todo el patrimonio del deudor (es decir, renunciar al art. 1911 CC y 105 LH); *b)* el acreedor no puede adjudicarse la vivienda, sino que la debe sacar a subasta, siguiendo el procedimiento de la LEC («quedarán limitadas al importe de los bienes hipotecados», dice el art. 140.2 LH, es decir, al importe resultante del procedimiento ejecutivo).

3.3.6. *La adjudicación a la entidad de crédito tras subasta infructuosa*

Es criticado también desde ciertos sectores sociales e, incluso, doctrinales que en base al artículo 671 LEC, la entidad de crédito se pueda adjudicar la finca dada en garantía solo por el 50 por 100 de su valor (152), pidiéndose (exigiéndose) que deba adjudicársela por todo su valor, debiéndose saldar con ello toda la deuda. Piénsese, sin embargo, que llegado este punto de la subasta, ni el prestatario hipotecante ha conseguido deshacerse de la finca por más valor ni ha asistido postor alguno a la subasta (153).

A pesar de la insuficiente transparencia y efectividad del procedimiento de subasta en sí que claramente criticamos *infra*, lo cierto es que en un sistema capitalista las cosas valen lo que las personas están dispuestas a pagar por ellas. Es decir, llegado ese momento del proceso de ejecución, como nadie ha querido dicha finca, la finca no tiene valor o, en el mejor de los casos, ha perdido el 40 por 100 de su valor. Y si la entidad de crédito se la adjudica por el 60 por 100 de su valor, está enjuagando al menos parte (en otra coyuntura del mercado podría ser toda o incluso más que toda la deuda) de la deuda con un inmueble que ahora carece de valor o, al menos, vale la mitad (y en esta coyuntura de mercado en que esto sucede, posiblemente ello sea así y deba ser la entidad

(152) Desde el RD Ley 8/2011, de 1 de julio (BOE de 7 de julio de 2011, núm. 161, pág. 71548).

(153) Dice el artículo 671 LEC en su redacción actual: «Si en el acto de la subasta no hubiere ningún postor, podrá el acreedor pedir la adjudicación de los bienes por cantidad igual o superior al 50 por 100 de su valor de tasación o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos».

de crédito la que corra con todos los gastos de su mantenimiento —impuestos, comunidad, reparaciones, derramas, etc.— a partir de entonces y en los próximos años hasta encontrar comprador). Por lo tanto, no podemos estar de acuerdo de que, en este punto, el proceso de ejecución hipotecaria sea indebidamente perjudicial para el prestatario hipotecante: piénsese que suya fue la elección de adquirir endeudándose una finca que, en un determinado momento, ha perdido todo o casi la mitad de su valor. Esto es el resultado de una mala inversión, un mala decisión, solo a él imputable y que no es compensable, dado que ha sido provocada por los avatares del mercado. Es el denominado «riesgo de mercado» (provocado por las oscilaciones en el precio de los activos; del mismo modo estaríamos de acuerdo que nada puede reclamar aquel que invierte en bolsa y al día siguiente los valores adquiridos valen la mitad), comparable, a nuestro juicio, con el «riesgo general de la vida» (STS de 22-2-20079 (154), que ya hemos mencionado. Pues bien, la pérdida total o parcial de valor del inmueble (nadie lo quiere por el precio ofrecido y no sabremos si alguien lo querría por menos) es, en definitiva, evitada obligando a la entidad de crédito a quedárselo por el 60 por 100 del valor de tasación (si no, se alza el embargo, art. 671.2 LEC), enjuagando así una parte importante de la deuda. Y de aquí puede bien entenderse cómo la entidad de crédito puede seguir ejecutando —aunque ponemos en duda la legalidad del art. 579 LEC que posibilita hacerlo tras la ejecución hipotecaria, sin necesidad de iniciar procedimiento nuevo alguno (155)— por el resto del valor del préstamo contra el patrimonio del deudor, con lo que corre un evidente riesgo de impago (por ejemplo, difícilmente una persona que ha perdido la vivienda habitual por ejecución hipotecaria por impago podrá hacer frente de inmediato a la reclamación personal del acreedor hipotecario; este deberá enfrentarse a una espera de tiempo indefinido y sin certeza de cobro). Esto es lo que preceptúan los artículos 1169, 1911 y 1255 del Código Civil, es decir, que el deudor debe devolver el 100 por 100 (más los intereses pactados correspondientes) de lo que tomó prestado y no solo una parte (es una obligación natural el tener que devolver todo lo que se te ha prestado), por lo que responde con todo su patrimonio, presente y futuro.

A pesar de que, como no podía ser de otro modo, la mayor parte de las resoluciones judiciales siguen esta interpretación legal, otras han efectuado, a nuestro juicio, una interpretación forzada de la normativa vigente.

Así, el reciente AAP de Navarra, de 17-12-2010 (Sección 2.^a) (156) no sigue ninguna de las consideraciones que hemos apuntado hasta ahora: entiende el Tribunal que el valor de la finca es el que se fijó para la tasación —hecha por

(154) *RJ* 2007/1520.

(155) Nos remitimos, en relación a este precepto, al comentario de la SJPI, núm. 2 de Sabadell, de 30-9-2010 *infra*.

(156) *AC* 2011/1.

la entidad de crédito— en la escritura de constitución del préstamo hipotecario que es superior a la deuda debida y por la que se ha ejecutado, rechaza que el acreedor pueda proseguir con la ejecución contra el resto del patrimonio del deudor hipotecario, de manera que adjudicándose la finca se da por saldada toda la deuda (excepto por lo que se refiere a las costas y a la liquidación de intereses). Dado que nadie se había presentado a la subasta (FD 3.º), pedía el acreedor que se le adjudicase la finca por el valor de 42.895 euros, por debajo del valor de tasación que se fijó en la escritura que era de 75.900 euros, y solicitaba proseguir contra el deudor por el resto. Y como la entidad de crédito no pudo —por desestimación— aportar al proceso nueva tasación en el momento de la ejecución hipotecaria, considera el tribunal «que no consta en las actuaciones otro valor de tasación de la finca, que no sea el que consta en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria» y reprocha que «el banco se adjudica una finca, que él mismo valoraba en una cantidad superior a la cantidad adeudada por el préstamo concedido, a salvo el tema de intereses y costas», ignorando que el valor de los bienes en el mercado fluctúan y que el valor para subasta fijado en la escritura (uno de los requisitos para poder ejecutar conforme a los arts. 681 y sigs. LEC, de acuerdo con el art. 682.2.1 LEC) no se corresponde necesariamente (y casi nunca) con el valor de mercado de la finca en el momento de la ejecución. Confunde, la sentencia en cuestión, «valor para subasta» (el valor con el cual saldrá a subasta, conforme a los arts. 666 y 691.4 LEC) con el valor de mercado (el precio del remate de los arts. 670 y 692 LEC, pero también el del art. 671 LEC si no hay postor). Sorprendentemente, el Tribunal prosigue con una «pequeña consideración» en la cual se pregunta, *grosso modo*, cómo es posible —ello le plantea al Tribunal una reflexión «cuanto menos moralmente intranquilizante»— que el acreedor apelase el Auto de primera instancia (que también había denegado la prosecución de la ejecución) si la responsabilidad de que la finca del ejecutado valiese menos había sido de «la mala gestión del sistema financiero del que resultan protagonistas las entidades bancarias» (157) —citando para ello fuentes como declaraciones del «Presidente de Estados Unidos» y del «Presidente del Gobierno español»—, dejando claro, eso sí, que «no queremos decir con esto que el [ejecutante] sea el causante de la crisis económica». Y de tal digresión concluye que si bien la prosecución de la ejecución planteada no supone un abuso de derecho del artículo 3.1 del Código Civil, sí que es «moralmente rechazable» y que «resulte especialmente doloroso, que la alegación que justifica su pretensión, esté basada en unas circunstancias que esencialmente y como vulgarmente se dice, ha suscitado una gran sensibilidad y levantado “ampollas”». Esta resolución judicial que, a la

(157) Lo que a nuestro juicio no es exacto. Ya hemos hecho referencia a otros posibles agentes coadyuvantes a la causación de la crisis, como las agencias de calificación o un inadecuado marco jurídico.

sazón, no fue seguida por la Sección 3.^a de la misma Audiencia Provincial en otra prosecución de ejecución de sentencia a las pocas semanas (AAP de Navarra, de 28-1-2011) (158), tuvo un gran impacto mediático (159), más teniendo en cuenta su firmeza al ser un Auto de segunda instancia (arts. 466 y 477 LEC y la Junta General de Magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 12-12-2000), solo sujeto a nulidad y/o a amparo.

A nuestro juicio, el AAP de Navarra, de 17-12-2010, no se ajusta a nuestro derecho vigente, no solo porque: 1) está juzgando fundamentalmente en equidad (art. 3.2 CC); 2) sino porque está ejerciendo de legislador al hacerle decir a los artículos 1911 del Código Civil y 579 LEC lo que no dicen (interpretación *contra legem*, que tampoco está admitida) afectando a la seguridad jurídica y al mercado hipotecario; 3) al tiempo que su razonamiento y su *obiter dicta* en forma de «pequeña consideración» son, a nuestro juicio, más que imprecisos, incorrectos. En cuanto a que es un juicio en equidad lo evidencia en tanto que no cita fundamento jurídico alguno para contradecir a los artículos 1911 del Código Civil y 671 y 579 LEC, recurriendo, veladamente, a la doctrina de hechos propios («finca, que él mismo valoraba») sin comprobar si reúne el caso los requisitos del Tribunal Supremo para apreciarla en base al artículo 7.1 del Código Civil [STS de 28-1-2000 (160) y las que esta cita], de manera que más que una interpretación de la Ley según la realidad del tiempo del artículo 3.1 del Código Civil estamos ante un juicio en equidad del artículo 3.2 del Código Civil, prohibido; a la vez que también considera que, sin haber abuso de derecho, el comportamiento del acreedor reclamando proseguir la ejecución es «moralmente rechazable» a pesar de que él no «sea el causante de la crisis económica». En cuanto a lo segundo, ya hemos dicho que es una obligación natural devolver todo lo que a uno le prestan, independientemente de si se debe responder preferentemente con una finca o con el resto del patrimonio (art. 1911 CC); que si no hay ningún postor, el artículo 671 LEC legitima al acreedor a adjudicarse la finca por el 60 por 100 del valor de la misma o por la cantidad total que se le deba, a su elección y, si no opta, se alzaría el embargo a instancias del ejecutado; y que el artículo 579 LEC permite, por falta de satisfacción de la hipoteca, proseguir con la ejecución contra el resto del patrimonio del deudor; a lo que debe añadirse que la dación en pago no es de obligatoria aceptación por parte del acreedor (como se le obliga aquí, en contra de lo que señala el artículo 1169 del Código Civil y que puede ser de dudosa legalidad en el ámbito del crédito hipotecario por lo que hemos dicho en cuanto al pacto comisorio y a la causa del negocio).

(158) AC 2011/40.

(159) Ver, por ejemplo, <http://www.elmundo.es/elmundo/2011/01/26/suvienda/1296040278.html> (disponible el 10-2-2011).

(160) RJ 2000/455.

Esta resolución firme *contra legem* puede ser muy disruptiva para el mercado hipotecario, dado que las entidades de crédito repercutirán en sus futuras operaciones de préstamo hipotecario el riesgo de que cualquier autoridad judicial pueda imponerles una quita en el recobro en caso de impago, al tiempo que ha generado aún más incertidumbre en el mercado (incluso internacional) de nuestros préstamos y valores hipotecarios (y sus *cash flows* relacionados).

Y, tercero, no podemos compartir la *ratio decidendi* del Auto, en tanto que el Tribunal sí que tenía otro valor de la finca en el momento de la ejecución (uno real, y no el teórico a efectos de subasta): 0 euros, porque nadie pujó por la finca (161) o, al menos, el 60 por 100 de su valor, porque hasta ese valor nadie pujó por ella (art. 671 LEC); y el hecho de que la Ley obligue al acreedor a adjudicársela por la mitad del valor de tasación es parte del riesgo de fluctuación del valor de la finca que se imputa *ex lege* a la entidad de crédito: el resto deberá conseguirlo sin garantía alguna. Las cosas no valen siempre lo mismo, sino que dependen de la oferta y de la demanda en nuestro sistema económico, de manera que, a falta de más datos, es incorrecto no haber tenido en cuenta el nuevo valor o, alternativamente, no haber aceptado la oferta de precio de adjudicación del valor ofrecido por la entidad de crédito, pues supera el 60 por 100 del valor de tasación original. Y si el banco ya se está adjudicando —obligatoriamente, dado que el resto de soluciones que le da la ley aún van más en contra de sus intereses— una finca que en el momento de la ejecución nadie apuesta por ella y debe continuar por el resto sin garantía (todo ello es parte del riesgo que debe absorber el acreedor), el deudor debe devolver todo lo que se le prestó (con garantía hipotecaria) porque el inmueble que compró se ha depreciado en el momento de la ejecución (riesgo de mercado no compensable y que debe ser asumido por el deudor/propietario). Y no puede excusarse que la tasación fue hecha por la entidad de crédito: independientemente de las malas prácticas bancarias en tasaciones excesivas (162) —un número de ellas, no olvidemos, en cohabitación con deudores que incluían bienes de consumo con la casa— a las que ya hemos hecho referencia, lo cierto es que es razonable que quien deja el dinero a devolver en treinta años o más por lo menos pueda valorar el (único) bien sobre el que preferentemente se podrá cobrar si el deudor impaga.

(161) Advertimos, no obstante, sobre la ineficacia de nuestro sistema de subastas en el punto siguiente.

(162) O, incluso, las tasaciones muy por debajo del valor real del inmueble fijadas en la escritura pública, que pueden garantizar la venta del inmueble al acreedor en caso de impago, sin dejar margen a que pueda existir sobrante, lo que perjudica al deudor hipotecario. Al tiempo también puede causar problemas con la interdicción del pacto comisorio del artículo 1859 del Código Civil, al pretender la entidad de crédito adjudicarse el inmueble a muy bajo precio, si el sistema de subasta no funciona correctamente (lo que comentamos en el punto siguiente). Esta mala práctica y sus consecuencias son analizadas profusamente por GONZÁLEZ-MENESES, *Lo que usted...*

En la misma línea que este AAP de Navarra, de 17-12-2010, se encuentra el AJPI, núm. 44 de Barcelona, de 4-2-2011 (163), que inaplica el artículo 579 LEC, al señalar que por mucho que el artículo 671 LEC permita adjudicarse al acreedor hipotecario la finca por el 60 por 100 de su valor de ejecución si queda la subasta desierta, dado que en este caso el valor de tasación para ejecución aportado —el fijado en la escritura de préstamo hipotecario— era superior al principal debido, considera el juzgador que el valor por el que se queda la finca no es realmente el 60 por 100 de este sino el 100 por 100, dado que ese es el valor que ha fijado el ejecutante a efectos de ejecución (pensemos que fue el pactado por las partes en la escritura, que necesariamente tuvo que ser supervisada por notario), de manera que no ha lugar a proseguir la ejecución sobre el resto del patrimonio del deudor hipotecario, al quedar suficientemente cubierta la deuda. Considera el juzgador, en definitiva, que en el patrimonio del acreedor hipotecario «no entra con tal valor [60 por 100] sino el real de mercado», que coincide con su valoración para subasta, que, en este caso, es el que fue fijado en la escritura. La argumentación que hemos desarrollado para la AAP de Navarra, de 17-12-2010, bien puede servir también para analizar este supuesto.

Dentro de este grupo de resoluciones, pero en sede concursal, podemos situar al AJM, núm. 3 de Barcelona, de 26-10-2010 (164). En este, con referencias homéricas y a dar una salida/segunda oportunidad al sobreendeudamiento de los consumidores, el Juez concursal decide concluir el procedimiento concursal contra dos pensionistas por inexistencia de bienes o derechos realizables de los concursados pero además, extinguir «las deudas concursales que no hayan podido ser satisfechas con cargo a la masa activa del concurso». A pesar de lo que señalan el artículo 1911 del Código Civil (aplicable a este caso, dado que las deudas concursales no satisfechas en el concurso por falta de bienes siguen debiéndose —art. 1156 CC sobre las causas que extinguen las obligaciones— y deberían haberse satisfecho en el futuro) y el 178.2 LC, el Juez considera que no puede prolongarse la situación de liquidación por trece años (los que calcula serán necesarios para que puedan devolver los créditos impagados que ahora no pueden pagar) ni tampoco condenarlos a que inmediatamente se vuelvan a encontrar en una situación de concurso porque siguen sin poder satisfacer las deudas que faltan, al estilo, dice, de «Sísifo, el rey de Éfira», es decir, condenándolos a abrir y cerrar concursos o a ejecuciones singulares que nunca podrán satisfacerse completamente. Y, prosigue, como no se les puede condenar ni a esto ni a una situación por trece años de liquidación, lo que provocaría la extinción física o moral de la persona o dejarla al albur de la beneficencia pública —lo que no está permitido por el proceso concursal—, sí que puede

(163) AC 2011/42.

(164) AC 2010/1828.

otorgar «cuanto menos la extinción de los créditos concursales» que no han sido satisfechos.

No obstante, a pesar de no encontrar esta resolución apoyo legal en nuestro derecho, sí es cierto que en otros ordenamientos jurídicos se han aprobado medidas protectoras de los consumidores, de manera que a estos se les condonan todas las deudas que no han podido ser satisfechas por el procedimiento concursal. Así se observa en la Figura 7.



FIGURA 7. Extinción o no de las obligaciones del consumidor tras su proceso concursal.

En los países de color granate se extinguen el resto de deudas, mientras que no se hace en los países pintados de rosa. En los países con rayas no existe procedimiento concursal contra consumidores. *Fuente:* STÖCKER, O., y STÜRNER, R. (coords.), *Flexibility, security and efficiency of security rights over real property in Europe*, vol. III, 2.ª ed., vol. 44, 2010, Verband Deutscher Pfandbriefbanken, pág. 91 (versión actualizada en *Runder Tisch* de marzo de 2011).

Una tercera línea es la adoptada por la reciente SJPI, núm. 2 de Sabadell, de 30-9-2010 (165), por la cual se deja en suspenso la resolución de una ejecución hipotecaria al presentarse por parte del juzgador una cuestión de inconstitucionalidad (art. 163 CE) de los artículos 695, 698 y 579 LEC por violación de los artículos 24 CE (tutela judicial efectiva), artículo 47 CE (derecho a una vivienda digna y adecuada) y artículo 9.3 CE (principio de interdicción de la arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos). Se plantea el juzgador en el FJ 2.º que no puede pasar a resolver la ejecución porque las tasadas causas

(165) AC 2010/2018.

de oposición que admite la LEC en la ejecución hipotecaria no le permiten tener en cuenta «las especiales circunstancias fácticas y los antecedentes contractuales previos a la demanda» que, según su criterio, a pesar de generar «una situación jurídica relevante [esta] no puede ser tenida en cuenta por la instancia judicial para resolver la oposición» debido a los artículos 695 y 698 LEC. Estas consideraciones las apunta el juzgador en el FJ 1.º, señalando que la ejecutada es «una señora mayor, que percibe una pensión baja, con pérdida de audición y un nivel cultural bajo» que acudió a una inmobiliaria donde le informaron de que «vendiendo su vivienda actual podía acceder a una nueva vivienda, pagando una pequeña hipoteca» lo que se financiaría con dos créditos hipotecarios (uno de ellos sobre su actual vivienda habitual) que «serían abusivos y temerarios». En base a la posible existencia de este vicio y a la, ya citada en este trabajo STS de 16-12-2009, considera que la imposibilidad de evitar la ejecución por nulidad del título no es ajustado a la Constitución. Para evitar una solución igual que la de la STC 41/1981, de 18 de diciembre (166) en la que se admitió la limitación de causas de oposición en el antiguo procedimiento ejecutivo del artículo 131 LH, aporta que la realidad actual ha variado, que ha habido cambios en contra del ejecutado en el procedimiento previsto en la LEC (que el ejecutado podía efectuar alegaciones en un requerimiento previo, la información que debía incluir el ejecutante en la demanda y las extraordinarias condiciones que se imponen al demandado para poder acudir al declarativo), y que en aquel supuesto los ejecutados eran personas jurídicas. Entiende el juzgador que, en base al principio de accesibilidad de la hipoteca al crédito, debería ser posible para el juzgador que dilucida la ejecución hipotecaria comprobar los vicios del consentimiento generadores de nulidad de dicho crédito (y autorizar la práctica de pruebas necesarias para verificarlo) dado que, de darse, la hipoteca no podría ejecutarse (los vicios del crédito afectan a la hipoteca). Recoge asimismo la idea de que la ejecutabilidad de la hipoteca sin cognición previa de los antecedentes le deriva de la conformación adecuada del título ejecutivo, es decir, la escritura notarial; pero recuerda el juzgador que la STS de 16-12-2009 aceptó que pueden haber vicios incluso en escrituras notariales (167). Considera el juez que el procedimiento ordinario previsto para el deudor en el artículo 698 LEC es insuficiente para garantizar al deudor hipotecante sus derechos constitucionales, en tanto que no suspende la ejecución ni la puede «entorpecer», dado que un deudor hipotecante lanzado de su vivienda habitual difícilmente podrá recuperar su situación anterior de prosperar el proceso que plantee vía artículo 698 LEC. Creemos que, con buen criterio, el juzgador pone en duda la adecuación del artículo 579 LEC en tanto que esta prosecución de la ejecución sobre el resto de bienes del deudor puede causar indefensión, especialmente en el caso en que

(166) RTC 1981/41.

(167) Así nos hemos pronunciado también *supra*.

no se le de a este otro trámite de oposición. De hecho, este precepto es de los más pro-acreedor en Europa, tal y como lo muestra la Figura 8.

A pesar de los sólidos argumentos, la cuestión de constitucionalidad ha sido recientemente rechazada por ATC 21-7-2011.

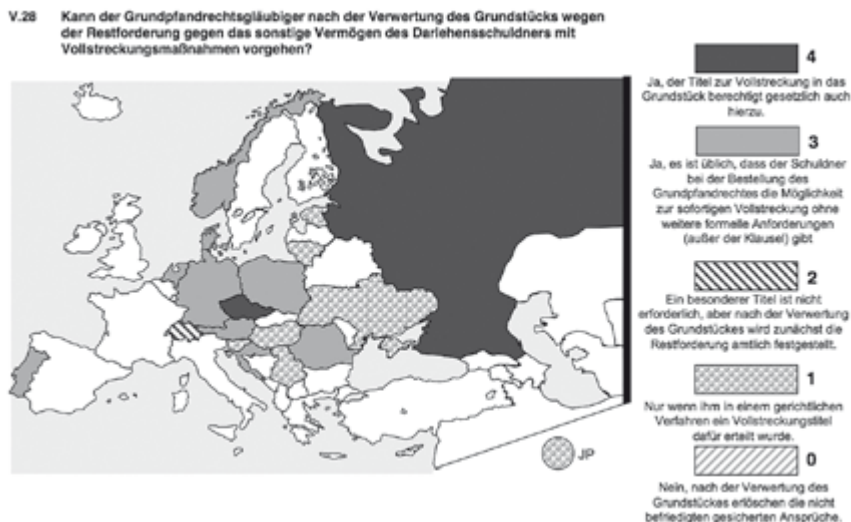


FIGURA 8. Modo de continuación de la ejecución sobre el resto de bienes del deudor. España estaría, junto a pocos países más, en la posición 4, que es la que permite seguir ejecutando con el mismo título que ha dado lugar a la ejecución hipotecaria.

El resto de países necesitan algún paso intermedio. Fuente: STÖCKER, O., y STÜRNER, R. (coords.), *Flexibility, security and efficiency of security rights over real property in Europe*, vol. III, 2.^a ed., vol. 44, 2010, Verband Deutscher Pfandbriefbanken, pág. 71 (versión actualizada y adaptada del mapa núm. V13 en reunión de *Runder Tisch* en marzo de 2011).

3.3.7. Mayor transparencia y generalización de la subasta

Dado todo lo comentado hasta el momento, a nuestro juicio es imprescindible una mayor transparencia y generalización de la subasta en sí, que contribuiría, sin duda, a hallar el valor real de los precios de las fincas ejecutadas, aumentándose la posibilidad de conseguir más cantidad por cada inmueble.

Parte de la problemática de los bajos precios obtenidos de las viviendas subastadas proviene de que el sistema actual de subasta (arts. 667, 668, 645 y 646 LEC; sistema de edictos y publicidad en el tablón de anuncio en el juzgado) no favorece la participación masiva de pujas (por ejemplo, *on-line*, al estilo *e-bay*), de manera que no se crea una real competencia entre todos

los que potencialmente podrían estar interesados en el inmueble en cuestión. Por lo tanto, el problema para el deudor de que la entidad de crédito continúe la ejecución sobre el resto de su patrimonio, se acucia (168). También quedan perjudicados otros acreedores del deudor hipotecario, tanto fuera como dentro de concurso, al no quedar suficiente sobrante para satisfacerse.

La combinación de los artículos 645, 646 y 668 LEC prevé un sistema de publicidad de la subasta muy restringido que no permite averiguar el valor real de la finca, lo que va claramente en contra del deudor/hipotecante que ve cómo no se consigue el mejor precio para su bien inmueble (169) y que deberá responder por el resto con el resto de su patrimonio.

Un sistema de publicidad tan restringido como el español, según ha podido verificar este autor, solo se prevé, en nuestro entorno europeo, en Bosnia, mientras que en el resto de países se prevé divulgación en prensa y, los más avanzados, su divulgación en internet con posibilidad, incluso, de hacer pujas *on-line*, como en Estonia. Existe en nuestro país una iniciativa de llevar las subastas a internet. Se trata de la iniciativa aislada de un Secretario judicial de Murcia que recibió por ello el Premio «Balanza de Cristal de la Justicia» de 2006, que culminó con la creación por parte del Ministerio de Justicia de la web de «subastas judiciales electrónicas». No obstante, a día de hoy, solo los juzgados de Murcia utilizan el portal (170), sin que consten más adheridos.

4. MALAS PRÁCTICAS EN OPERACIONES PASIVAS

Dado el limitado alcance de este trabajo y como se han tratado más extensamente estas cuestiones en otro sitio (171) nos limitaremos a hacer un resumen de la problemática legal de nuestros valores hipotecarios que lastra su capacidad para atraer financiación (especialmente internacional) a nuestras entidades de crédito (falta de confianza), destacando algunas malas prácticas relacionadas con ellos.

Piénsese, en definitiva, que si nuestros valores no son transparentes y se comercializan con malas prácticas tenemos como resultado una crisis de financiación de las entidades de crédito, es decir, una paralización de la concesión de

(168) Ver en http://www.youtube.com/watch?v=FwrPYc1Uzwg&feature=player_embedded el acontecimiento en noviembre de 2010 de la paralización de una subasta en Tarragona por parte de un grupo denominado «Plataforma de afectados por la hipoteca», cuya web es <http://afectadosporlahipoteca.wordpress.com/>.

(169) Especialmente en un mercado tan poco transparente como el inmobiliario.

(170) Consulta efectuada el 20-4-2011 en <https://subastas.mjusticia.es/subastas/home.do>. Algo más de información en www.e-justicia.es/index.html.

(171) Fundamentalmente NASARRE AZNAR, *La garantía...*, in toto, y MUÑIZ, NASARRE y SÁNCHEZ JORDÁN (coords.), *La reforma...*, págs. 399 a 552.

créditos y préstamos hipotecarios por parte de estas a empresas y particulares, produciéndose un estancamiento de la economía, que es precisamente lo que llevamos sufriendo desde septiembre de 2007.

4.1. CÉDULAS HIPOTECARIAS. LAS MAL LLAMADAS «CÉDULAS ESTRUCTURADAS»

Las cédulas hipotecarias, los valores refinanciadores de hipotecas por excelencia en España, representan deuda para la entidad. Para su fortaleza a nivel internacional debe quedar clara su garantía y su comportamiento en caso de concurso de la entidad emisora en relación al resto de acreedores de esta.

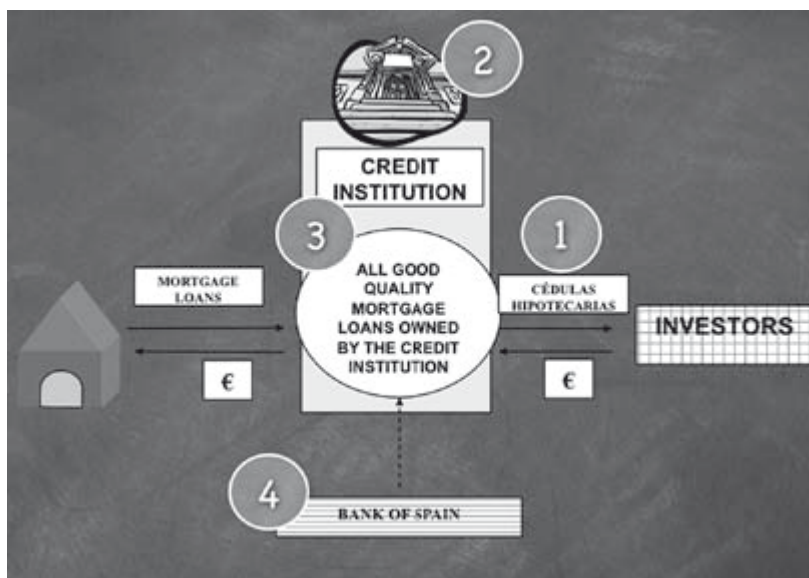


FIGURA 9. Estructura de las cédulas hipotecarias y problemática.

Fuente: elaboración propia.

Su problemática principal, incluso después de la reforma que sufrieron en la Ley 41/2007, puede resumirse en los siguientes cuatro puntos (172) y, visualmente, se concentra en la Figura 9:

(172) Sin perjuicio, reiteramos de hallar una completa explicación a estas afirmaciones, del todo necesaria, en NASARRE AZNAR, *La garantía...*, págs. 953 a 971, y MUÑIZ, NASARRE y SÁNCHEZ JORDÁN (coords.), *La reforma...*, págs. 665 a 678.

- a) Garantía incierta (núm. 1, Figura 9). La que figura literalmente en el artículo 12 LMH no está admitida en nuestro derecho desde la LH de 1861: una subhipoteca legal, general y tácita.
- b) Existen dudas de diversa naturaleza sobre su comportamiento concursal (núm. 2, Figura 9), que derivan de su doble condición de créditos contra la masa y de créditos concursales.
- c) Un registro de cobertura insuficientemente regulado y con utilidad muy limitada (núm. 3, Figura 9).
- d) Ausencia de rol de los Registradores de la Propiedad que puedan comprobar la calidad de las hipotecas incluidas en la cobertura de las cédulas e inexistencia de un fiduciario independiente que controle todas las operaciones en todo momento (núm. 4, Figura 9).

A ello hay que añadir que, a pesar de que la denominación de las cédulas hipotecarias está protegida (art. 13.1 RD 716/2009), tal denominación está implicada de dos modos en las malas prácticas bancarias:

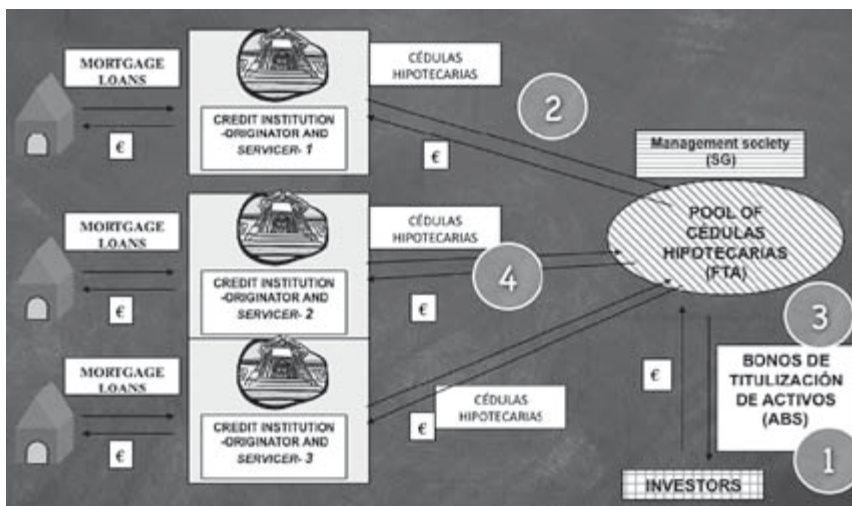


FIGURA 10. Estructura estándar de las cédulas estructuradas.

Fuente: Elaboración propia.

- a) Las cédulas hipotecarias no son ni «cédulas» (prácticamente en ningún caso se representan mediante documento) ni son «hipotecarias», dado que no tienen garantía hipotecaria, a pesar de la literalidad del artículo 12 LMH. De manera que el nombre, ya en sí, puede conllevar a error a los inversores. La cuestión es más problemática cuando

se les debe explicar a los inversores (por ejemplo, minoristas) cuál es realmente su garantía tanto en caso de ejecución singular como en caso de insolvencia, especialmente cuando no es la que aparece en la norma y se han comercializado transcribiendo esta (la práctica más habitual) (173).

- b) Por otra parte, diversas entidades emisoras se han aprovechado de las cédulas hipotecarias y han comercializado otros valores, distintos de los previstos en el artículo 12 LMH, a los que han denominado «cédulas estructuradas» o «cédulas cajas» con clara vocación de, al tiempo que se respeta la protección de denominación del artículo 13.1 del RD 716/2009, hacer creer al inversor que son cédulas y que tienen su garantía legal, al estilo de las *Jumbopfandbriefe* alemanas (que sí son cédulas). Tal y como se observa en la Figura 10, que muestra una estructura estándar de una cédula estructurada, poco tiene que ver con la estructura de la Figura 9, ya que, entre otras diferencias, las cédulas estructuradas no tienen ni la garantía de los artículos 12 y 14 LMH —de hecho, según el art. 5.8 de la Ley 19/1992, de 7 de julio (174), no tienen ninguna acción directa— ni tampoco un *pool* de créditos hipotecarios sino, precisamente, conformado por cédulas hipotecarias. Y es que las «cédulas estructuradas» no son más que un tipo de bonos de titulización de activos (o ABS) no reguladas por la LMH sino por el RD 926/1998, de 14 de mayo (175).

4.2. BONOS HIPOTECARIOS

A diferencia de las cédulas, los bonos hipotecarios no tienen como garantía todas las hipotecas (que reúnan los requisitos del art. 5 LMH) que en cualquier tiempo tenga la entidad de crédito, sino que se crean *pools* de créditos hipotecarios sobre los que estos se emiten, de manera que los cubren, tal y como lo muestra la Figura 11.

(173) Hemos cogido como ejemplo la reciente (de 20-4-2010) emisión de cédulas hipotecarias de Caja España (9.^a emisión de cédulas hipotecarias), cuyas condiciones finales están publicadas en la CNMV (disponibles en www.cnmv.es). En su página 4, al hablar del «Garante y naturaleza de la garantía», indica, transcribiendo el artículo 12 LMH, que: «El capital y los intereses de las cédulas están especialmente garantizados, sin necesidad de inscripción registral, por hipoteca sobre todas las que en cualquier tiempo consten inscritas a favor de la entidad emisora y no estén afectas a emisión de bonos, ni préstamos o créditos que hubieran sido objeto de participación».

(174) BOE de 14 de julio de 1992, núm. 168, pág. 24123.

(175) BOE de 15 de mayo de 1998, núm. 116, pág. 16279.

Su principal fortaleza frente a las cédulas era la anotación de su garantía en el Registro de la Propiedad (art. 13 LMH), lo que ha desaparecido tras la reforma de la Ley 41/2007 (núm. 3, Figura 11). Y en cambio se han mantenido sus tradicionales problemas, como es la naturaleza de su garantía (núm. 1, Figura 11) que ha dejado de ser *erga omnes*, un sindicato de tenedores de bonos menos operativo que su equivalente en el *Treuhänder* alemán o los *trustees* ingleses (núm. 2, Figura 11), o su inherente falta de liquidez, en tanto que son unos valores únicos en Europa —de manera que no tienen acceso a su negociación en los mercados internacionales al ser desconocidos— al tiempo que distorsionan tanto el mercado (confusión) como la garantía (los bonos les son preferentes) de las cédulas hipotecarias.

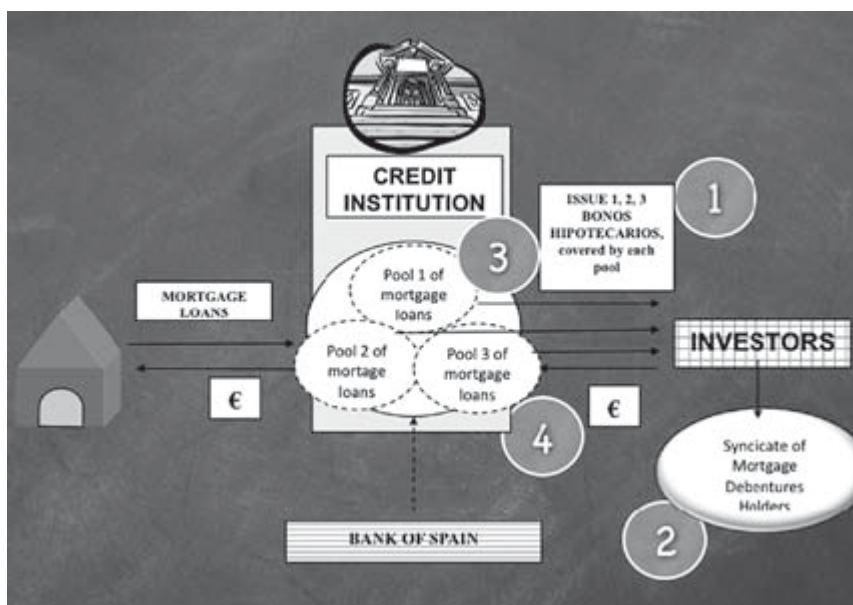


FIGURA 11. Estructura de los bonos hipotecarios y problemática.
Fuente: Elaboración propia.

4.3. LA TITULIZACIÓN: PARTICIPACIONES HIPOTECARIAS Y LOS BONOS DE TITULIZACIÓN HIPOTECARIA

La combinación entre participaciones hipotecarias y bonos de titulización conforman la estructura de la titulización hipotecaria en España. Esta combinación es única en las mayores titulizaciones en el mundo, que se efectúan

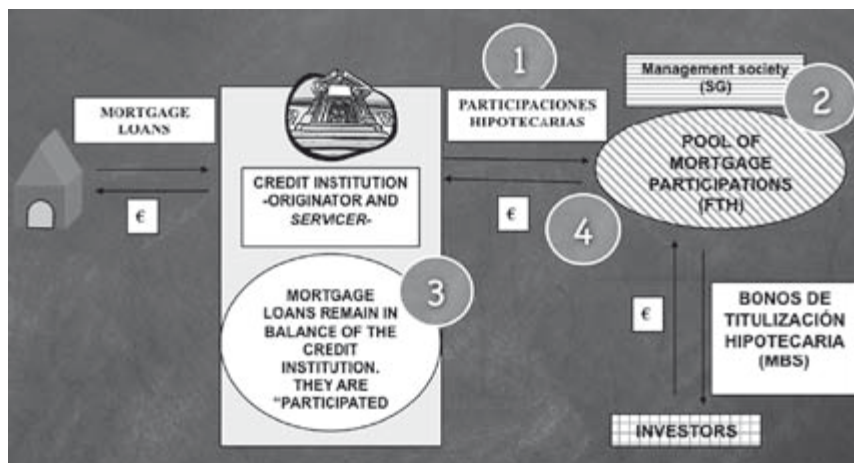


FIGURA 12. Estructura de la titulización hipotecaria. Fuente: elaboración propia.

a través de *trusts*. *Grosso modo*, la problemática de la titulización española es debido a esta estructura que, desde un punto de vista jurídico, está mal resuelta.

Así, es difícil determinar cuál es la naturaleza jurídica de las propias participaciones (número 1, Figura 12) en tanto que son un modo de transmitir masivamente créditos hipotecarios a un vehículo (FTH) sin tenerlos que ceder legalmente (art. 149 LH). Es decir, provocan el efecto de «transmitir sin ceder», lo que difícilmente es comprensible, ergo difícilmente aceptable por un juez. Ello provoca que entre la LMH y el RMH existen una serie de disposiciones contradictorias que, las unas, hacen ver que el acreedor hipotecario (número 2, Figura 12) sigue siendo la entidad de crédito, y las otras, muestran cómo lo es el partícipe. Por otra parte, con la finalidad de minimizar el gasto para la entidad de crédito que pretende titular, la ley no requiere que el hecho de hacer «participar» un crédito hipotecario conste en el Registro de la Propiedad, de manera que ningún tercero puede conocer tal hecho, lo que posibilita que la entidad de crédito «vuelva» a participar el mismo crédito hipotecario para otra emisión, perjudicando así a los inversores de ambas emisiones y que, además, tiene otro efecto secundario: si la entidad de crédito transmite o grava el crédito hipotecario «participado» y dicho gravamen o transmisión se hace constar en el Registro de la Propiedad los partícipes se quedan sin nada, en base al artículo 34 LH (número 3, Figura 12). Desde luego, esta estructura no puede más que generar desconfianza entre los inversores internacionales, en tanto que, primero, les es desconocida y, segundo, este castillo de naipes no sigue las reglas de nuestro Derecho Civil (número 4, Figura 12).

A todo ello se le añaden los problemas propios de la titulización española en sí (la emisión de los BTH en base a la Ley 19/1992), tales como la naturaleza jurídica del fondo de titulización hipotecaria (comportamiento civil, procesal y tributario) o la ausencia de derechos de protección de los inversores.

Por último, debe añadirse que desde la Ley 44/2002, las entidades de crédito españolas quedaron legitimadas para titularizar, a través de los certificados de transmisión de hipotecas, las «hipotecas *subprime*», es decir, aquellas que no cumplen los requisitos del artículo 5 LMH (como las que tienen un LTV muy elevado, o segundas hipotecas), lo que contribuyó, primero, a la generalización del riesgo de impago de dichas hipotecas entre los inversores, incluidos los internacionales y, segundo, permitió a las entidades de crédito a seguir prestando «más arriesgadamente» porque, al fin y al cabo, el riesgo de impago era trasladado a los inversores (lo que, por cierto, fue el detonante de la presente crisis mundial en EEUU al llevar a cabo sus entidades financieras esta misma práctica).

5. CONCLUSIONES

1. La problemática de acceso (o mantenimiento) a la vivienda que estamos viviendo desde el comienzo de la presente crisis en 2007 está estrechamente vinculada a su financiación mediante préstamos hipotecarios, al tiempo que a su doble condición mal resuelta de «activo económico» y sede de derechos fundamentales. El deficiente funcionamiento de nuestro mercado de vivienda en alquiler ha llevado a muchas familias al sobreendeudamiento, que ha sido animado por un fácil acceso al préstamo. Algunas de las prácticas bancarias aquí estudiadas han contribuido a tal proliferación del préstamo, como que la entidad de crédito pueda comercializar en mejores condiciones préstamos a interés variable (más atractivos por la coyuntura del Euribor) gracias a que parte de su riesgo de tipo de interés lo asume el propio consumidor o minorista (cláusulas suelo o *swaps*) o el hecho de que se haya permitido refinanciar a nuestras entidades de manera masiva mediante las atípicas «cédulas estructuradas», que pese a la semejanza en al denominación, no son cédulas hipotecarias del artículo 12 LMH.
2. En lo que se refiere tanto a las cláusulas suelo como a los *swaps*, las entidades de crédito han utilizado a los tomadores de préstamos hipotecarios como medio para cubrir su propio riesgo de tipo de interés al comercializar préstamos hipotecarios a interés variable (más atractivos para el mercado). Ni los consumidores ni los minoristas son los adecuados para realizar esta tarea, ya que la entidad de crédito puede recurrir a otras contra-partes (las elegibles) para paliar este riesgo, como así

lo prevén los artículos 12.2, 13.2 y 14.1 LMH y en el artículo 20 del RD 716/2009. Ello es especialmente cierto para ambas fórmulas aquí estudiadas.

3. Así, para las cláusulas suelo, la problemática es doble: por un lado la falta de beneficios claros para el consumidor a la hora de cubrir a la entidad de crédito, dado que no lo son las cláusulas techo al no ser probable que se den ni tampoco verificarse en cuánto se ha reducido su tipo de interés a cambio de suscribir la cláusula suelo; y, por otro, en una falta de presentación a este de lo que realmente implica la cláusula (gracias a ella la entidad de crédito puede ofertarle en esas condiciones el préstamo hipotecario ya que cubre parte del riesgo de tipo de interés con aportaciones extras por parte del consumidor), de manera que difícilmente puede sostenerse la validez de este tipo de cláusulas, si son comercializadas en estas condiciones porque el consumidor no ha podido formar correctamente su voluntad (art. 82.1 del RDL 1/2007). Su control notarial no las exime de poder ser declaradas nulas.
4. Y para los *swaps*, la complejidad del producto financiero, lo inadecuado de la contra-parte, el modo de comercialización como algo que «asegura» al prestatario, cuando realmente está asegurando al prestamista, al tiempo que la falta de control notarial, lo hacen aún más susceptible de nulidad, especialmente si no se ha provisto de la adecuada información siguiendo la normativa MiFID.
5. En cuanto a esta, se ha descrito en el trabajo la relación entre la preclasificación de los clientes de banca, la clasificación de los tipos de producto y la relación que se quiere establecer con la entidad de crédito, y qué implicaciones tiene todo ello en relación a la información provista (a través de los tests de idoneidad y de conveniencia). Entendemos que todo ello son reglas de mínimos que no suplen un cúmulo de situaciones por las cuales, a pesar de las precauciones previstas en la LMV reformulada por la MiFID, aún cabría la posibilidad de recurrir al error obstativo o al dolo invalidante del negocio que dio lugar a la contratación de un producto o servicio en cuestión, si de ello se deriva un perjuicio económico para el cliente consumidor o minorista. Piénsese que, en definitiva, la LMV solo prevé la prohibición de contratación para el caso de no superar o no proveer información sobre un test de idoneidad, pero no se prevé solución similar, sino solamente advertencias, para el caso de no superar el test de conveniencia.
6. La falta de soluciones a nivel legislativo para paliar la acuciante situación de miles de familias sobreendeudadas, ha compelido a diversas resoluciones judiciales a resolver, mediante forzadas interpretaciones de la normativa vigente, más en equidad que en derecho, la problemática que se les plantea o la dejan en suspenso mediante una cuestión de

constitucionalidad. En las resoluciones comentadas no puede quedar soslayado el artículo 1911 del Código Civil y el hecho de que la hipoteca, en nuestro ordenamiento jurídico, es una garantía que no puede agotar la deuda, a no ser que se haya pactado la realización únicamente sobre el bien gravado. Es obligación natural de todo deudor devolver todo el capital recibido en préstamo y es notorio que no siempre las cosas (las casas) valen lo mismo.

7. Se han analizado una serie de situaciones deficitariamente resueltas en nuestro sistema jurídico, todas ellas relacionadas con la problemática del sobreendeudamiento hipotecario. Así, se ha hecho referencia a la nueva normativa de la hipoteca inversa, y las «prácticas de atar» y despatrimonialización que puede comportar. Hemos también comprobado que no es sencilla la admisión de la dación en pago y que esta es completamente excepcional en Europa y solo admitida en EEUU por una cuestión de conveniencia. También hemos llamado la atención sobre la falta de un adecuado marco jurídico especial para la responsabilidad civil de las agencias de calificación, la regulación a destiempo del control de las tasaciones inmobiliarias o la necesidad de una mayor transparencia y generalización de la subasta potenciando que se realice a través de internet.
8. En cuanto a las operaciones pasivas, en este ámbito del mercado hipotecario encontramos desde un punto de vista legal algunas causas de la falta de plena eficacia de nuestros valores refinanciadores de créditos hipotecarios. Al tiempo, la comercialización de las «cédulas estructuradas», la subsistencia de los bonos hipotecarios o la posibilidad de refinanciar créditos hipotecarios *sub-prime* han coadyuvado a que nuestras operaciones pasivas no tegan una aceptación óptima en el mercado internacional, de manera que, *indirecte*, provocan problemas de liquidez a nuestras entidades de crédito, con lo que ello conlleva para empresarios y consumidores.

BIBLIOGRAFÍA

- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS: *Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado*, Sr. Miloon Kothari. Misión a España, A/HRC/7/16/Add.2, 7-2-2008.
- ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE BANCOS, CAJAS Y SEGUROS: *Por unas medidas y soluciones urgentes al grave problema del endeudamiento y sobreendeudamiento de las familias en España*, http://www.adicae.net/download/ADICAE_sob.pdf.
- BANCO DE ESPAÑA: *Informe anual 2004*, www.bde.es.
- *Memoria del servicio de reclamaciones*, 2009.
- *Informe sobre determinadas cláusulas presentes en los préstamos hipotecarios*, BOCG, Senado, Serie I, 7-5-2010 (457).

- CASTILLA CUBILLAS, Manuel: «Sobre la abusividad de las cláusulas “suelo” hipotecario y el Informe al respecto del Banco de España», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1/2011.
- COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES: *White paper on the Integration of EU Mortgage Credit Markets*, COM(2007) 807 final, Bruselas, 18-12-2007.
- CONSEJO DE CONSUMIDORES Y USUARIOS: *Dictamen de iniciativa propia del Consejo de Consumidores y usuarios relativo a la situación de endeudamiento y sobreendeudamiento financiero de las familias en la actual situación de crisis económica y de crédito*, Madrid, 10-2-2009.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: *Datos sobre el efecto de la crisis en los órganos judiciales 3T 2010*, disponible en www.poderjudicial.es.
- *Datos de divorcios ingresados 3T 2010*, disponible en www.poderjudicial.es.
- DEL POZO CARRASCOSA, Pedro: «La venda a carta de gràcia en el dret civil de Catalunya», en *Estudis de Dret Privat Català*, núm. 1, Barcelona, 1993, Generalitat de Catalunya-Departament de Justícia.
- FELIU REY, Manuel Ignacio: *La prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía*, Madrid, 1995, Ed. Civitas.
- GARDNER, Simon: *An introduction to land law*, 2nd Ed., 2009, Hart Publishing.
- GONZÁLEZ-MENESES, Manuel: «Lo que usted no negoció de su hipoteca», en *El Notario del siglo XXI*, Colegio Notarial de Madrid, núm. 10, noviembre-diciembre de 2006.
- LEIRADO CAMPO, Luis: «Las entidades de tasación», en MUÑIZ, NASARRE y SÁNCHEZ JORDÁN (coords.): *La reforma del mercado hipotecario*, Madrid, 2009, Ed. Edisofer.
- LLAMAS POMBO, Eugenio: «Comentario al artículo 10.bis LGCU», en LLAMAS POMBO, Eugenio: *Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios*, Madrid, 2005, La Ley.
- MARTÍNEZ-GIL VICH, Ignacio: «Comentario al artículo 193», en A. RODRÍGUEZ y J. DE PRADA (coords.): *Nueva legislación notarial comentada*, Madrid, 2007.
- MINISTERIO DE VIVIENDA, *Vivienda protegida. 2001-2008*, disponible en http://www.mviv.es/es/index.php?option=com_content&task=view&id=687&Itemid=430.
- MORENO ESPEJO, Antonio, y BUENAVENTURA CANINO, Rodrigo: «Directiva MiFID, reforma de la Ley del Mercado de Valores e implicaciones en el caso español», en *Ekonomiaz*, núm. 66, 3.^{er} cuatrimestre, 2007.
- MUÑIZ ESPADA, Esther: «La hipoteca de máximo del artículo 153.bis de la Ley Hipotecaria», en MUÑIZ, NASARRE y SÁNCHEZ JORDÁN (coords.): *La reforma del mercado hipotecario*, Madrid, 2009, Ed. Edisofer.
- MUÑIZ, NASARRE y SÁNCHEZ JORDÁN (coords.): *Un modelo para una Eurohipoteca. Desde el informe Segré hasta hoy*, Madrid, 2008, Fundación Registral del Colegio de Registradores de España.
- *La reforma del mercado hipotecario*, Madrid, 2009, Ed. Edisofer.
- NASARRE AZNAR, Sergio: «El anteproyecto de ley financiera y la refinanciación crediticia: una reforma inadecuada e innecesaria», en *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 98.
- *Tort law-Spain*, «International Encyclopaedia of Laws», Blanplain (ed.), The Netherlands, 2008, Kluwer Law International.

- «Las novedades en la emisión de cédulas hipotecarias. Atención al Registro Contable Especial», en MUÑIZ, NASARRE y SÁNCHEZ JORDÁN (coords.): *La reforma del mercado hipotecario*, Madrid, 2009, Ed. Edisofer.
- «Las novedades en la emisión de los bonos hipotecarios (art. 2.6 de la Ley 41/2007)», en MUÑIZ, NASARRE y SÁNCHEZ JORDÁN (coords.): *La reforma del mercado hipotecario*, Madrid, 2009, Ed. Edisofer.
- «The integration of the mortgage markets in Europe (Part 1)», en *Silesian Journal of Legal Studies*, 2011, vol. 3, págs. 39 a 57.
- «La insuficiencia de la normativa actual sobre el acceso de la vivienda en propiedad y en alquiler: la necesidad de instituciones jurídico-privadas alternativas para facilitar el acceso a la vivienda. Algunas propuestas», en Sergio NASARRE AZNAR (dir.): *El acceso a la vivienda en un contexto de crisis*, Madrid, 2011, Ed. Edisofer.
- NASARRE AZNAR, Sergio, y RIVAS NIETO, Estela: «La naturaleza jurídico-privada y el tratamiento fiscal de las nuevas sociedades cotizadas de inversión en el mercado inmobiliario (SOCIMI) en la Ley 11/2009», en *Contabilidad y Tributación*, núm. 321, diciembre de 2009.
- OUTOMURO PÉREZ, Begoña: «Contratación de seguros vinculados. Criterios del Servicio de Reclamaciones de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones sobre los seguros vinculados a préstamos hipotecarios», en *El Notario del siglo XXI*, Colegio Notarial de Madrid, núm. 16, vol. 2, noviembre-diciembre de 2007.
- PAYO ALCARAZ, Isabel: «Cláusulas de variabilidad del tipo de interés. Redondeo, comisiones y gastos», en *El Notario del siglo XXI*, Colegio Notarial de Madrid, núm. 16, vol. 2, noviembre-diciembre de 2007.
- PÉREZ HEREZA, Juan: «La importancia de la transparencia de las condiciones financieras. Cláusula de amortización anticipada», en *El Notario del siglo XXI*, Colegio Notarial de Madrid, núm. 16, vol. 2, noviembre-diciembre de 2007.
- REDONDO TRIGO, Francisco: «La nulidad absoluta de los derivados financieros por incumplimiento de la normativa MIFID», en *RCDI*, núm. 723.
- STÖCKER, O., y STÜRNER, R. (coords.): *Flexibility, security and efficiency of security rights over real property in Europe*, vol. III, 2.^a ed., vol. 44, 2010, Verband Deutscher Pfandbriefbanken.
- STÜRNER, R., y KERN, C.: «Grundsatzfragen des US-Hypothekenrechts», en SCHWENZER/Hager (Hrsg.), *Festschrift für Peter Schlechtriem*, 2003.
- VALLÉS Y PUJALS, J.: *Del préstamo a interés, de la usura y de la hipoteca*, Barcelona, 1993, Librería Bosch.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES JUDICIALES UTILIZADAS (POR ORDEN CRONOLÓGICO)

TRIBUNAL SUPREMO Y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ATC de 21-7-2011
STS de 29-12-2010 (RJ 2011/148)
STS de 4-11-2010 (RJ 2010/8021)

STS de 5-3-2010 (*RJ* 2010/2390)
STS de 22-12-2009 (*RJ* 2010/703)
STS de 16-12-2009 (*RJ* 2010/702)
STS de 9-6-2009 (*RJ* 2009/3386)
STS de 5-5-2009 (*RJ* 2009/2907)
STS de 22-2-2007 (*RJ* 2007/1520)
STS de 25-1-2007 (*RJ* 2007/592)
ATS de 4-7-2006 (*JUR* 2006/190875)
STS de 22-6-2004 (*RJ* 2004/3958)
STS de 29-1-2004 (*RJ* 2004/1379)
STS de 25-11-2003 (*RJ* 2003/8093)
STS de 17-7-2003 (*RJ* 2003/6575)
STS de 13-12-2000 (*RJ* 2000/9333)
STS de 27-11-2000 (*RJ* 2000/9525)
STS de 16-5-2000 (*RJ* 2000/5082)
STS de 19-4-2000 (*RJ* 2000/2963)
STS de 28-1-2000 (*RJ* 2000/455)
STS de 8-10-1998 (*RJ* 1998/7559)
STS de 7-11-1997 (*RJ* 1997/8348)
STS de 20-3-1996 (*RJ* 1996/ 2244)
STS de 29-1-1996 (*RJ* 1996/735)
STS de 24-5-1995 (*RJ* 1995/4262)
STS de 25-2-1995 (*RJ* 1995/1643)
STS de 17-7-1990 (*RJ* 1990/6566)
STS de 31-1-1984 (*RJ* 1984/495)
ATC de 20-7-1983 (*RTC* 1983/359 AUTO)
STC 41/1981, de 18 de diciembre (*RTC* 1981/41)

AUDIENCIAS PROVINCIALES

AAP de Navarra, de 28-1-2011 (*AC* 2011/40)
SAP de Álava, de 26-1-2011
SAP de León, de 21-1-2011
SAP de Álava, de 18-1-2011
AAP de Navarra, de 17-12-2010 (*AC* 2011/1)
SAP de Asturias, de 16-12-2010 (*JUR* 2011/62409)
SAP de Burgos, de 3-12-2010 (*AC* 2010/2397)
SAP de Burgos, de 10-11-2010 (*AC* 2010/1918)
SAP de Zaragoza, de 26-10-2010 (*JUR* 2010/412347)
SAP de Valencia, de 6-10-2010 (*JUR* 2011/43412)
SAP de Ávila, de 9-9-2010 (*CENDOJ* 05019370012010100355)

SAP de Asturias, de 23-7-2010 (*JUR* 2010/302423)
SAP de Pontevedra, de 16-7-2010 (*JUR* 2010/296134)
SAP de Cáceres, de 18-6-2010 (*AC* 2010/1070)
SAP de Asturias, de 27-1-2010 (*AC* 2010/6)
SAP de Álava, de 7-4-2009 (*AC* 2009/995)
SAP de Jaén, de 27-3-2009 (*AC* 2009/1604)
SAP de Valencia, de 2-6-2008 (*JUR* 2008/309955)
AAP de León, de 24-2-1998 (*AC* 1998/4206)

JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA Y JUZGADOS DE LO MERCANTIL

SJM, núm. 1 de León, de 11-3-2011 (*AC* 2011/179)
AJPI, núm. 44 de Barcelona, de 4-2-2011 (*AC* 2011/42)
AJM, núm. 3 de Barcelona, de 26-10-2010 (*AC* 2010/1828)
SJM, núm. 2 de Sevilla, de 30-9-2010 (*AC* 2010/1550)
SJPI, núm. 2 de Sabadell, de 30-9-2010 (*AC* 2010/2018)
SJPI, núm. 71 de Madrid, de 9-6-2010 (*AC* 2010/1150)
SJPI, núm. 1 de Badajoz, de 24-11-2009 (*AC* 2010/39)
SJPI, núm. 1 de Madrid, de 2-9-2009 (*AC* 2009/1751)

RESOLUCIONES EN OTRAS JURISDICCIONES

STJCE de 3-6-2010 (UE) (TJCE 2010/162)
STEDH de 16-11-2004 (E) (Demanda núm. 4143/2002)
Royal Bank of Scotland Plc. v. Etridge (No. 2) (UK) ([2002] 2 AC 773)
Barclays Bank Plc. v. O'Brien (UK) ([1994] 1 AC 180)

RESUMEN

MERCADO HIPOTECARIO HIPOTECA INVERSA DACIÓN EN PAGO

La problemática de acceso a la vivienda que se ha recrudecido desde el comienzo de la crisis en 2007 está estrechamente vinculada a su financiación mediante préstamos hipotecarios, al tiempo que a su doble condición —mal resuelta— de activo económico y de sede de derechos funda-

ABSTRACT

MORTGAGE MARKET REVERSE MORTGAGE DATION EN PAIEMENT (SURRENDER IN LIEU OF PAYMENT)

The issue of access to housing that has intensified since the beginning of the crisis in 2007 is closely linked to its financing through mortgage loans, while to its poorly resolved dual condition as an asset and as a fundamental right. The poor perfor-

mentales. El deficiente funcionamiento de nuestro mercado de vivienda en alquiler ha llevado a muchas familias al sobreendeudamiento, que ha sido animado por un fácil acceso al préstamo. Algunas de las prácticas bancarias aquí estudiadas han contribuido a tal proliferación del préstamo hipotecario, como que la entidad de crédito pueda comercializar en mejores condiciones préstamos a interés variable gracias a que parte de su riesgo de tipo de interés lo asume el propio consumidor o minorista (cláusulas suelo o swaps, que se analizan desde un punto de vista jurisprudencial y de las MiFID) o al hecho de que se haya permitido refinanciar a nuestras entidades de manera masiva mediante las atípicas «cédulas estructuradas». A lo largo del trabajo se analiza el rol del notario en relación al control de la legalidad, el fenómeno de resoluciones judiciales que admiten la ejecución del préstamo hipotecario solo sobre la finca o que extinguen los créditos tras un concurso fallido como medidas para paliar las negativas consecuencias para los deudores hipotecarios, las «prácticas de atar», la falta de un marco jurídico adecuado para la responsabilidad civil de las agencias de calificación, la necesidad de la generalización de la subasta y, por último, la necesidad de una mayor transparencia en la garantía de los valores hipotecarios.

mance of our rental housing market has pushed many families into indebtedness, which has been encouraged by easy access to the loan. Some banking practices studied here have contributed to this proliferation of the mortgage loan, such as, that the credit institution is in a better position to sell floating rate loans as a part of its interest rate risk is borne by the consumer or non-professional client himself (through ground clauses or swaps, which are analysed from a jurisprudential point of view and through MiFID regulations) or the fact that our banks have been allowed to refinance themselves massively by the atypical «structured covered bonds». Throughout the paper it is analysed the role of the notary in relation to control of legality, the phenomenon of judicial decisions that support the enforcement of the mortgage loan only on the land or those that extinguish the debts after a failed insolvency proceeding in order to mitigate the negative consequences to the mortgagor, the «binding practices,» the lack of an adequate legal framework for rating agencies' liability for torts, the need for generalization of the auction and, finally, the need of greater transparency for the security of the mortgage securities.

(Trabajo recibido el 6-5-2011 y aceptado para su publicación el 18-7-2011)