

LA DIFÍCIL INTERPRETACIÓN DE LA LEY 2/2009, DE 31 DE MARZO, POR LA QUE SE REGULA LA CONTRATACIÓN CON LOS CONSUMIDORES DE PRÉSTAMOS O CRÉDITOS HIPOTECARIOS TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA ORDEN EHA, DE 28 DE OCTUBRE DE 2011, DE TRANSPARENCIA Y PROTECCIÓN DEL CLIENTE DE SERVICIOS BANCARIOS

Marta Ordás Alonso

Profesora Titular de Derecho Civil

Universidad de León

Resumen: La Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, con la finalidad de trasladar a su ámbito de aplicación una regulación lo más semejante posible a la existente hasta el momento de su entrada en vigor cuando de entidades de crédito se trata, basa numerosos preceptos de su articulado en una remisión a la Orden del Ministerio de la Presidencia, de 5 de mayo de 1994, de transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios. Cuando dicha Orden es derogada y sustituida por la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda, de 28 de octubre de 2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios surgen importantes problemas de interpretación de la Ley 2/2009 a cuyo análisis se dedica este trabajo.

Palabras clave: Ley 2/2009. Créditos hipotecarios. Préstamos hipotecarios. Consumidores. Transparencia bancaria. Protección del cliente bancario.

Title: The difficult interpretation of Law 2/2009, of 31 march, regulating the contracting mortgage loans with consumer or after entry into force Order of the Ministry of Economy and Finance, of 28 october 2011, transparency and client protection of banking services

Abstract: Law 2/2009 of 31 March, regulating the consumer lending mortgage, in order to move to their area of implementing regulation as similar as possible to the existing one until its entry into force, when it comes to credit institutions based many of his precepts articulated in a referral Order of the Ministry of the Presidency, on may 5 1994, from transparency of the financial conditions of the mortgage loans. Well, when the Order is repealed and replaced by the Order of the Ministry of Economy and Finance, of 28 October 2011, on transparency and customer protection banking raises important issues of interpretation of the Law 2/2009.

Keywords: Law 2/2009. Mortgage. Consumer. Bank transparency. Banking client protection.

La Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito (BOE núm. 79, de 1-4-2009) (en adelante Ley 2/2009) tiene como objeto la regulación tanto de la concesión, por empresas que no son entidades de crédito o sus agentes¹, de préstamos o créditos hipotecarios bajo la forma de pago aplazado, apertura de crédito o cualquier otro medio equivalente de financiación, como la intermediación para la celebración de un contrato de préstamo o crédito con cualquier finalidad, a un consumidor, mediante la presentación, propuesta o realización de trabajos preparatorios para la celebración de los mencionados contratos, incluida, en su caso, la puesta a disposición de los mismos a los consumidores para su suscripción. Fenómenos ambos, de creciente desarrollo en la práctica, que, su propio Preámbulo indica, carecían de normativa legal específica, vacío que el legislador trata de llenar mediante la publicación de la Ley 2/2009.

¹ .- El fundamento de la exclusión de los contratos concluidos por entidades de crédito o sus agentes radicaba en el hecho de que los contratos celebrados por entidades de crédito contaban con regulación específica con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 2/2009, además de encontrarse sometidas al control y supervisión del Banco de España. En concreto, la actividad desarrollada por las entidades de crédito como prestamistas se encontraba regulada tanto por la derogada Orden, de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito (BOE núm. 303, de 19-12-1989); como por la también derogada Orden del Ministerio de la Presidencia, de 5 de mayo de 1994, de transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (BOE núm. 112, de 11-5-1994); como por la Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de diciembre, de transparencia de las operaciones y protección de la clientela (BOE núm. 226, de 20-9-1990), igualmente derogada; como por diferentes normas de rango legal tales como la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios (BOE núm. 80, de 4-4-1994), la derogada Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo (BOE núm. 72, de 25-3-1995) (en adelante Ley 7/1995), la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores (BOE núm. 166, de 12-7-2007), etc. En la actualidad, a aquellas normas anteriormente mencionadas que continúan en vigor hay que sumar la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda, de 28 de octubre de 2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (BOE núm. 261, de 29-10-2011), y la Circular del Banco de España 5/2012, de 27 de junio, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos (BOE núm. 161, de 6-7-2012) (en adelante, CBE 5/2012), que la desarrolla. Ahora bien, la Ley 2/2009, en su Capítulo III, establece el régimen jurídico de la actividad de intermediación en el crédito, pero no regula los contratos sobre los que se intermedia, que seguirán rigiéndose por su régimen específico.

Partiendo del dato inexacto de la ausencia de regulación de los préstamos y créditos hipotecarios con consumidores cuando el prestamista o acreditante no es una entidad de crédito o sus agentes², la Ley 2/2009 claramente pretende imponer a estos contratos una regulación lo más semejante posible a la existente hasta el momento cuando de entidades de crédito se trata, si bien de manera poco afortunada como he tenido ocasión de poner de manifiesto en un trabajo precedente³. Para ello o transcribe de manera casi literal⁴ el articulado de la Orden del Ministerio de la Presidencia, de 5 de mayo de 1994, de transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (en adelante, Orden de 5 de mayo de 1994) o se remite constantemente a su contenido⁵.

Por ello, y anticipándose a futuras modificaciones normativas⁶, la propia Ley 2/2009, en su disposición adicional única, prevé que las citas de dicha Ley a la

² .- Apreciación errónea por lo que a los créditos o préstamos hipotecarios se refiere dado que, el 2 de abril de 2009, fecha de entrada en vigor de la Ley 2/2009, se encontraba vigente la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo. Ley que no veía su ámbito de aplicación circunscrito a las entidades crediticias, y con arreglo a la cual las disposiciones de los artículos 6 a 14 y 19 no se aplicarían a los contratos de crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria (art. 1.2 Ley 7/1995). Lo que, en sentido contrario, implicaba el sometimiento de los créditos hipotecarios al resto de las previsiones contenidas en la misma, y, en particular, las relativas a la oferta vinculante, publicidad sobre ofertas de crédito, coste total del crédito y tasa anual equivalente, acción de cesación, etc. Podría considerarse dicha regulación insuficiente, pero no puede afirmarse que los créditos garantizados con un derecho real de hipoteca otorgados por empresas que no eran entidades de crédito estuvieran carentes de regulación. Hay que tener en cuenta, por último, la derogación de la Ley 7/1995 por la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo (BOE núm. 151, 25-6-2011).

³ .- Vid. "La contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios en la Ley 2/2009, de 31 de marzo", *Aranzadi Civil*, nº 9 y 10, 2009.

⁴ .- A título de ejemplo en los artículos 16.3, 17.2 o 17.3.

⁵ .- Así, por ejemplo, en los artículos 13.1 (las empresas deberán informar obligatoriamente a los consumidores que soliciten préstamos o créditos hipotecarios mediante la entrega gratuita de un folleto en el que conste la información prevista en el artículo 14.1.a) y con el contenido mínimo del anexo I de la Orden de 5 de mayo de 1994), 16.2 (la oferta se formulará por escrito y especificará, en su mismo orden, las condiciones financieras correspondientes a las cláusulas financieras señaladas en el anexo II de la Orden de 5 de mayo de 1994), 17.5 (las escrituras públicas en las que se formalicen los préstamos o créditos hipotecarios concedidos por las empresas contendrán, debidamente separadas de las restantes, las cláusulas financieras que ajustarán su orden y contenido a lo establecido en el anexo II de la citada Orden de 5 de mayo de 1994. Las demás cláusulas de tales documentos contractuales no podrán desvirtuar el contenido de aquéllas en perjuicio del consumidor), 18.2.1º (que el índice o tipo de interés de referencia pactado no sea uno de los oficiales a los que se refiere la disposición adicional segunda de la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios), etc.

⁶ .- No era difícil imaginar que dichas modificaciones normativas podían producirse en un breve plazo si se tiene en cuenta que la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria (BOE núm. 294, de 8-12-2007) modifica el artículo 48.2.a) de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito (BOE núm. 182, de 30-7-1988) que faculta al Ministro de Economía y Hacienda para que, con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito y sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela, pueda establecer determinadas obligaciones en materia contractual enumeradas en el precepto, previendo expresamente que la

Orden de 5 de mayo de 1994 se entenderán realizadas a cualquier otra disposición posterior que la modifique o derogue y por la que el Ministerio de Economía y Hacienda regule la transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios. En este sentido, la disposición final primera.¹ de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda, de 28 de octubre de 2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (en adelante Orden EHA/2899/2011) establece que, conforme a lo previsto en dicha disposición adicional única, las referencias de la Ley 2/2009 a la Orden de 5 de mayo de 1994 se entenderán realizadas a esta Orden ministerial, a la Orden de 28 de octubre de 2011 que deroga la anterior.

Esta técnica legislativa consistente en sustituir, sin más, las citas de una norma reglamentaria, la Orden de 5 de mayo de 1994, por la referencia a la norma reglamentaria que la deroga no está exenta de problemas. O, al menos, no lo está en el presente caso, dando lugar a importantes dudas e incertidumbres. Pues bien, el presente trabajo tiene por objeto llamar la atención sobre algunos de los problemas interpretativos de la Ley 2/2009 que, a mi juicio, se plantean con la entrada en vigor de la Orden EHA/2899/2011.

Conviene, en aras a sistematizar este estudio, comenzar llamando la atención sobre algunos de los puntos en los cuales, aun sin ocasionar problemas al interprete, dado que cada una de las normas antedichas opera dentro de su respectivo ámbito de aplicación, la regulación del crédito o préstamo hipotecario es diferente en función de que la parte acreditada o prestataria sea o no una entidad crediticia o sus agentes, lo que supone apartarse claramente de la intención del legislador al publicar la ley 2/2009 pues, considero, ésta no era otra que trasladar al ámbito de las empresas que conceden este tipo de contratos sin ser entidades de crédito la regulación contenida para éstas en las normas de transparencia bancaria.

Con carácter general, no restringe la Ley 2/2009 el ámbito de sus previsiones en razón del bien hipotecado, siendo perfectamente posible que una persona física o jurídica, sin perder su condición de consumidora, celebre un contrato crediticio garantizado con un derecho real de hipoteca recayente sobre otro tipo de bienes (una finca, una plaza de garaje, etc.)⁷. Lo que difiere notablemente de la regulación establecida para este tipo de contratos en la Orden EHA/2988/2011 cuando el prestamista o acreditante es una entidad de crédito pues, en este caso, para situarnos dentro de la protección otorgada por el Capítulo II del Título III de la norma, la hipoteca deberá recaer sobre una vivienda o tener por finalidad adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por

información relativa a la transparencia de los créditos o préstamos hipotecarios, siempre que la hipoteca recaiga sobre una vivienda, se suministrará con independencia de la cuantía de los mismos. Siendo así que la Orden de 4 de mayo de 1994, entonces vigente, circunscribía su ámbito de aplicación, entre otros datos, a aquellos contratos cuya cuantía del capital no rebasara los veinticinco millones de pesetas (150.253'03 €) era obvio que habría que proceder bien a modificar dicha Orden ministerial bien a elaborar una nueva que la sustituyera, como así ha acontecido.

⁷ .- Por excepción, algunos de sus preceptos, ej. artículo 5.2.b), sí circunscriben su ámbito aplicativo a los préstamos o créditos hipotecarios sobre viviendas.

construir (art. 19.1 Orden EHA/2988/2011)⁸. Por otro lado, la Ley 2/2009 circunscribe su ámbito de aplicación a prestatarios que sean consumidores, entendiendo por tales las personas físicas y jurídicas que, en los contratos a que se refiera la Ley, actúan en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional (art. 1 Ley 2/2009). En cambio, la Orden requiere que el préstamo sea celebrado con un cliente, persona física⁹, con independencia de que la misma reúna o no la condición de consumidor¹⁰. Como consecuencia, por ejemplo, el contrato de crédito o préstamo garantizado con un derecho real de hipoteca celebrado por una persona jurídica con una entidad de crédito se situará al margen de ambas normas; lo mismo ocurrirá si idéntico tipo contractual es celebrado por una persona física o jurídica que no pueda calificarse como consumidora con una empresa que no es entidad de crédito; otro tanto acontece si el contrato es celebrado por una persona física, consumidora o no, con una entidad crediticia pero la hipoteca no recae sobre una vivienda o su finalidad no es adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir. Si bien, en este último supuesto, desde mi punto de vista, el contrato se encontrará sometido a lo dispuesto en Orden EHA/2899/2011 en cuanto sea de aplicación (comisiones, tipos de interés, publicidad, explicaciones adecuadas, asesoramiento en materia bancaria, crédito responsable, etc.), aunque excluido de la específica regulación de las normas relativas a los créditos y préstamos hipotecarios previstas en el Capítulo II del Título III de la misma.

Así las cosas, regula el artículo 5 de la Ley 2/2009 la tarifa de comisiones, condiciones y gastos repercutibles a los consumidores, trasladando a su ámbito lo previsto, particularmente, en la norma tercera de la CBE 8/1990, de 7 de septiembre, de transparencia de las operaciones y protección de la clientela (en adelante CBE 8/1990), hoy derogada. Tarifa de comisiones que como tal ya no se contempla en la normativa de transparencia bancaria, habiendo sido sustituida por la obligación de las entidades crediticias de poner a disposición de los clientes, debidamente actualizadas, las comisiones habitualmente percibidas por los servicios que prestan con mayor frecuencia, así como los gastos repercutidos en dichos

⁸ .- Se presumirán sujetos a esta orden los préstamos concedidos con garantía hipotecaria sobre viviendas situadas en territorio español, otorgados a personas físicas residentes en España (art. 19.2 Orden EHA/2899/2011).

⁹ .- Matiza la Orden EHA/2899/2011 en el sentido de que las entidades de crédito que concedan préstamos a constructores o promotores inmobiliarios, cuando el constructor o promotor prevea una posterior subrogación de los adquirentes de las viviendas en el préstamo, deberán incluir entre los términos de su relación contractual, la obligación de los constructores o promotores de entregar a los clientes la información personalizada relativa al servicio ofrecido por las entidades en los términos previstos en la misma (art. 19.3). Previsión que obedece al hecho de que, si el crédito o préstamo es contratado por un promotor o constructor, pero previsiblemente se van a subrogar más tarde personas que podrían haber estado incluidas en el ámbito de aplicación de la Orden, es lógico que les alcance una protección similar de la que tendrían para el caso de que hubieran sido ellos los que hubieran contratado directamente el préstamo con la entidad crediticia.

¹⁰ .- Cuando el cliente actúe en el ámbito de su actividad profesional o empresarial, las partes podrán acordar que no se aplique total o parcialmente lo previsto en la Orden, con la excepción de lo establecido en el Capítulo II del Título III (art. 2.4 Orden EHA/2899/2011).

servicios, todo ello en un formato unificado en el modo que ha sido desarrollado por el Banco de España¹¹.

Sin necesidad de abandonar el ámbito de las comisiones bancarias, a tenor de lo establecido en el artículo 5.2.b. de la Ley 2/2009, cuyo ámbito de aplicación se circunscribe a los préstamos o créditos hipotecarios sobre viviendas, la comisión de apertura, que se devengará una sola vez, englobará cualesquiera gastos de estudio, de concesión o tramitación del préstamo o crédito hipotecario u otros similares inherentes a la actividad de la empresa ocasionada por la concesión del préstamo o crédito. En el caso de préstamos o créditos denominados en divisas, la comisión de apertura incluirá, asimismo, cualquier comisión por cambio de moneda correspondiente al desembolso inicial del préstamo o crédito. Previsión cuya intención era trasladar, de manera casi literal, al ámbito de los contratos celebrados por empresas que no son entidades de crédito la regulación que para éstas últimas se contenía en diferentes normas reglamentarias¹². Sin embargo, la normativa de transparencia y protección del cliente bancario actualmente en vigor no recoge ninguna previsión en el sentido expuesto, lo que, a mi juicio, merece una valoración negativa; pero de su ausencia no se puede deducir la licitud de este tipo de comisiones sino que deberán reunir los requisitos previstos en el art. 3 Orden EHA/2899/2011, en particular, deberán responder a un servicio efectivamente prestado.

Otro tanto acontece con la obligación impuesta a las empresas de disponer, en todos y cada uno de los establecimientos abiertos al público, de un tablón de anuncios permanente, situado en lugar destacado de forma que atraiga la atención del consumidor, que deberá resultar fácilmente legible garantizando, en los términos exigidos legal o reglamentariamente, la accesibilidad de las personas con discapacidad y en el que se recogerá toda aquella información que las empresas deban poner en conocimiento de los consumidores. Contempla, por tanto, el artículo 6 de la Ley 2/2009 la obligación que para las entidades de crédito se contenía en la norma quinta.1.i) de la CBE 8/1990 derogada. Sin embargo, esta obligación ha sido sustituida, en el ámbito de las entidades crediticias, por la publicación de los tipos de interés y las comisiones habitualmente aplicados a los servicios bancarios prestados con mayor frecuencia a su clientela en el formato establecido en el anejo 1 de la CBE 5/2012, en el anejo 2 si permiten descubiertos tácitos en sus cuentas de depósito o excedidos tácitos en las de crédito los tipos de interés y comisiones aplicables a estos supuestos. Publicación que se efectuará del modo siguiente: por un lado, mediante la información concreta y exclusiva, en los establecimientos comerciales de las entidades, en un lugar destacado que llame la atención del público, de que los anejos 1 y 2 de la CBE 5/2012, con sus denominaciones íntegras, están a disposición del público debidamente actualizados a la fecha a que se refieran; por otro, en las páginas de Internet de las entidades, mediante vínculos que, de forma destacada y legible, se localicen en la pantalla

¹¹ .- Vid, artículo 3 de la Orden EHA/2899/2011 en relación con la norma tercera y los anejos 1 y 2 de la CBE 5/2012.

¹² .- En concreto, en el anexo II de la Orden de 5 de mayo de 1994 y la norma tercera.1bis.b) de la CBE 8/1990, ambas derogadas.

inicial de la primera página, desde la que se podrá acceder directamente a las condiciones de cualquiera de los servicios bancarios a los que se refieran¹³.

Diferente es también la configuración que en la actualidad tiene la oferta vinculante en la medida en que, por un lado, Ley 2/2009, de 31 de marzo, establece un plazo de vigencia de la oferta no inferior a 10 días hábiles desde la fecha de entrega, salvo que medien circunstancias extraordinarias o no imputables al empresario. Plazo que el artículo 23 de la Orden EHA/2899/2011 ha concretado en catorce días naturales, salvo que medien circunstancias extraordinarias o no imputables a la entidad. Por otro lado, bajo el ámbito de aplicación de la Ley 2/2009 la entrega de la oferta vinculante reviste carácter obligatorio, al igual que acontecía con la oferta vinculante regulada en la Orden de 5 de mayo de 1994 derogada. En cambio, la Orden EHA/2899/2011 dispone que, una vez el cliente y la entidad hayan mostrado su voluntad de contratar un determinado servicio bancario de préstamo hipotecario, se disponga de la tasación correspondiente del inmueble y se hayan efectuado las oportunas comprobaciones sobre su situación registral y sobre la capacidad financiera del cliente conforme a lo dispuesto en el artículo 18, este podrá solicitar a la entidad la entrega de una oferta vinculante (art. 23.1 Orden EHA/2899/2011); si bien, y como excepción a la regla general, será obligatoria la entrega de la oferta vinculante cuando se trate de las hipotecas inversas comercializadas en España conforme a lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia (art. 32 Orden EHA/2899/2011). Necesidad de que el cliente solicite la entrega de la oferta que, desde mi punto de vista, no sólo implica una falta de coordinación con la regulación contenida en la Ley 2/2009, sino también un paso atrás en la protección del cliente bancario.

Sirvan los anteriores ejemplos únicamente de muestra de aquellos supuestos en los cuales, en la actualidad, la regulación de los contratos de crédito o préstamo hipotecarios es diametralmente distinta en función de que el acreditante o prestamista sea o no una entidad crediticia o sus agentes, cuando, considero, el espíritu de la Ley 2/2009 en el momento en que fue publicada era asimilar en la medida de lo posible¹⁴ ambas legislaciones. Constatada esta circunstancia, lo cierto es que de la misma no se derivan especiales complejidades interpretativas de manera que cada norma se aplicará dentro de su ámbito respectivo, con independencia de que ello conduzca a resultados que, insisto, no eran los buscados por el legislador en su momento.

El problema para el intérprete surge en aquellos supuestos en los cuales la Ley 2/2009 expresamente remite, a la hora de disciplinar los contratos sometidos a su ámbito de aplicación, al contenido de la Orden de 5 de mayo de 1994. Referencia que hoy hemos de entender efectuada, por imperativo tanto de la disposición adicional única de la Ley 2/2009 como de la disposición final primera.1 de la Orden

¹³ .- Vid. artículos 3 y 4 de la Orden EHA/2899/2011 en relación con la norma tercera de la CBE 5/2012.

¹⁴ .- Es obvio que una identificación total no es posible, entre otros datos por la ausencia de supervisión por parte del Banco de España cuando de empresas que no son entidades de crédito se trata.

EHA/2899/2011, a esta última Orden Ministerial. Y ello porque ambas Órdenes Ministeriales, respondiendo a la misma finalidad, contienen una regulación totalmente diferente como trataré de poner de manifiesto, a través de algunos ejemplos, en los párrafos que siguen.

En primer lugar, las empresas deberán informar obligatoriamente a los consumidores que soliciten préstamos o créditos hipotecarios mediante la entrega gratuita de un folleto informativo en el que conste la información prevista en el artículo 14.1.a) de la Ley 2/2009 y con el contenido mínimo del anexo I de la Orden de 5 de mayo de 1994 (art. 13.1 Ley 2/2009). Derogada dicha norma reglamentaria por la Orden EHA/2899/2011, y regulando ésta los préstamos o créditos hipotecarios en el Capítulo II del Título III, la obligatoriedad de la entrega de un folleto informativo gratuito a quienes soliciten préstamos hipotecarios no ha sido contemplada en el nuevo texto normativo, lo que plantea un importante problema en orden a determinar cuál es el contenido mínimo que deberá reunir dicho folleto.

Desde mi punto de vista, el objetivo anteriormente desempeñado por el folleto informativo en el ámbito de la contratación con entidades crediticias hoy viene cubierto a través de la Ficha de Información Precontractual (FIPRE) que figura en el anexo I de la Orden EHA/2899/2011 y que, conteniendo información clara y suficiente sobre los préstamos que ofertan, las entidades de crédito deberán proporcionar a los clientes que soliciten un contrato incluido en el ámbito de aplicación del Capítulo II del Título III de la misma. Coinciden ambos, folleto informativo, en el caso de la Ley 2/2009, y Ficha de Información Precontractual, en el supuesto de la Orden EHA/2899/2011, tanto en la finalidad que se encuentran llamados a desempeñar, como en su carácter gratuito y orientativo¹⁵, como en que los dos irán seguidos de una información previa al contrato, en el primer caso, Ficha de Información Personalizada (FIPER), en el segundo. Es, por tanto, en mi opinión, al artículo 21, en relación con el anexo I, de la Orden EHA/2899/2011 a los que hay que entender efectuada la remisión contenida en el artículo 13 de la Ley 2/2009.

Matizando lo expuesto, indica el art. 13.2 de la Ley 2/2009 que el folleto informativo indicará con claridad los gastos preparatorios de la operación, tales como asesoramiento, tasación, comprobación de la situación registral del inmueble, u otros que sean a cargo del consumidor aun cuando el préstamo o crédito no llegue a otorgarse, así como los demás extremos que, siendo compatibles con la legislación comunitaria sobre la materia, determinen las comunidades autónomas reglamentariamente. Pues bien, los gastos preparatorios también forman parte del contenido de la Ficha de Información Precontractual (FIPRE) tal y como figura en anexo 1.4 de la Orden EHA/2899/2011. El problema surge porque el texto

¹⁵ .- A tenor de lo establecido en el artículo 13.3 de la Ley 2/2009 el folleto deberá indicar expresamente el carácter orientativo de aquéllos extremos que estén sujetos al resultado de la negociación, al igual que acontecía con el artículo 3.3 de la Orden de 5 de mayo de 1994. Pese a no recogerse en el artículo 21 de la Orden EHA/2899/2011 la exigencia de que el carácter orientativo de la Ficha de Información Precontractual se haga constar de forma expresa, la misma se deriva del texto introductorio de la FIPRE tal y como viene configurado en el Anexo I de la Orden ministerial: "la información incorporada tiene carácter meramente orientativo".

introdutorio del modelo de FIPRE contenido en el anexo indica que “la información incorporada tiene carácter meramente orientativo”, a diferencia de lo que acontece, únicamente para este punto concreto, con el artículo 13.2 de la Ley 2/2009 que les atribuye carácter vinculante cuando la empresa concierte o efectúe directamente la prestación del servicio. Obviamente, este último precepto es el que debe prevalecer cuando estemos ante la concesión de préstamos o créditos hipotecarios por una empresa que no sea entidad de crédito o sus agentes bajo la forma de pago aplazado, apertura de crédito o cualquier otro medio equivalente de financiación, no sólo por el superior rango jerárquico de la Ley 2/2009, sino también por ser la norma específicamente destinada a regular este tipo contractual, como, en último caso, por ser la interpretación que mayor protección otorga al consumidor.

En segundo lugar, a las diferentes notas que separan ambas regulaciones por lo que a la oferta vinculante se refiere puestas de manifiesto previamente, se une el hecho de que la Ley 2/2009, en su artículo 16.2, dispone que la oferta se formulará por escrito y especificará, en su mismo orden, las condiciones financieras correspondientes a las cláusulas financieras señaladas en el anexo II de la Orden de 5 de mayo de 1994, para la escritura de préstamo, lo que hoy, considero, hay de entender referido a Ficha de Información Personalizada (FIPER) regulada en el anexo II de la Orden EHA/2899/2011, pues constituye el modelo en que debe ser facilitada la oferta vinculante cuando de entidades de crédito se trata (art. 23 en relación con la disposición adicional primera Orden EHA/2899/2011), y ello realizando una interpretación correctora de la norma dado que la nueva Orden carece de un anexo dedicado a enumerar las condiciones financieras.

En tercer lugar, la Ley 2/2009 establece que los contratos de préstamo o crédito hipotecario incluidos en su ámbito de aplicación deberán cumplir las condiciones previstas en la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (art. 17), referencia que hoy hemos de entender efectuada al Capítulo II del Título III de la Orden EHA/2899/2011. En particular, las escrituras públicas en las que se formalicen los préstamos o créditos hipotecarios concedidos por las empresas contendrán, debidamente separadas de las restantes, las cláusulas financieras que ajustarán su orden y contenido a lo establecido en el anexo II de la citada Orden de 5 de mayo de 1994. Las demás cláusulas de tales documentos contractuales no podrán desvirtuar el contenido de aquéllas en perjuicio del consumidor (art. 17.5 Ley 2/2009). Precepto de parecido tenor es contenido en el Capítulo II del Título III de la Orden EHA/2899/2011, para los contratos incluidos en su ámbito de aplicación. En concreto, establece el artículo 29 de dicho texto legal que los documentos contractuales y las escrituras públicas en las que se formalicen los préstamos contendrán, debidamente separadas de las restantes, cláusulas financieras cuyo contenido mínimo se ajustará a la información personalizada prevista en la Ficha de Información Personalizada (FIPER). Las demás cláusulas de tales documentos contractuales no podrán, en perjuicio del cliente, desvirtuar el contenido de aquellas. En consecuencia, desde mi punto de vista, no ofrece ninguna duda el hecho de que la referencia al anexo II de la Orden de 5 de mayo de 1994 contenida en el art. 17.5 de la Ley 2/2009 hay que entenderla efectuada a la Ficha de Información Personalizada (FIPER) cuyo modelo figura en el anexo II de la Orden EHA/2899/2011.

En cuarto lugar, a tenor de lo establecido en el artículo 17.3 de la Ley 2/2009, la notificación individualizada al consumidor de las variaciones experimentadas en el tipo de interés aplicable no será precisa, en el caso de préstamos o créditos hipotecarios a tipo de interés variable, cuando se den simultáneamente las siguientes circunstancias¹⁶:

- a) Que se haya pactado la utilización de un índice o tipo de referencia oficial de los previstos en la disposición adicional segunda de la Orden de 5 de mayo de 1994, norma que, en realidad, remitía al Banco de España, previo informe de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, la definición mediante Circular de un conjunto de índices o tipos de interés de referencia oficiales, susceptibles de ser aplicados por las entidades incluidas en su ámbito de aplicación a los préstamos hipotecarios a interés variable. Enumeración que el Banco de España lleva a cabo en la norma sexta.bis.3 de la Circular 8/1990 y define en el anexo VIII de la misma norma reglamentaria, en la actualidad derogados. Pues bien, no supone mayores problemas estimar que la referencia contenida en la Ley 2/2009 en los términos expuestos hoy la hemos de entender realizada al artículo 27 de la Orden EHA/2899/2011 el cual, a efectos de su aplicación por las entidades de crédito, impone la publicación mensual de los tipos de interés oficiales que en el mismo se enumeran¹⁷ y cuya forma de cálculo ha sido determinada por el Banco de España en el anejo 8 de la CBE 5/2012¹⁸.
- b) Que el tipo de interés aplicable al préstamo o crédito esté definido en la forma prevista en las letras a) o b) del número 1 de la cláusula 3.ª bis del anexo II de la derogada Orden de 5 de mayo de 1994. Dicho de otro modo que, cuando el tipo de interés pueda variar en algún período, se encuentre expresado bien como la suma de un margen constante (positivo, nulo o negativo), expresado en puntos o fracciones de punto, al tipo de interés de referencia; o bien como cierto porcentaje de un tipo de interés de referencia.

Así las cosas, a tenor de lo establecido en el artículo 17.3 de la Ley 2/2009, la notificación individualizada al consumidor de las variaciones experimentadas en el tipo de interés aplicable no será precisa, en el caso de préstamos o créditos hipotecarios a tipo de interés variable, cuando concurren "simultáneamente" las dos

¹⁶ .- Idéntica previsión era contenida en el artículo 6.3 de la Orden de 5 de mayo de 1994 y en la norma sexta.8 CBE 8/1990, ambas derogadas, cuando la prestamista era una entidad crediticia.

¹⁷ .- Enumeración reiterada en la norma decimocuarta de la CBE 5/2012.

¹⁸.- Ahora bien, aunque la sustitución de la referencia a una norma reglamentaria cual es la Orden de 5 de mayo de 1994 a otra del mismo carácter como es la Orden EHA/2899/2011 en este supuesto concreto no plantea, a priori, mayores problemas, se ha de hacer notar que los tipos oficiales han cambiado sustancialmente. Así, por ejemplo, se introducen, con carácter de tipos oficiales, el vinculado a los préstamos hipotecarios entre uno y cinco años, destinados a la adquisición de vivienda en la zona del euro, que se tomará directamente de los publicados por el Banco Central Europeo; y el de los *Interest Rate Swap* (IRS) a cinco años, que utilizará los publicados diariamente en las pantallas habitualmente empleadas por los operadores financieros. Paralelamente otros pierden este carácter, así, por ejemplo, tipo activo de referencia de las cajas de ahorros, también conocido como "Indicador CECA, tipo activo". No obstante, insisto, ello no plantea mayores problemas al interprete de la Ley 2/2009.

circunstancias antedichas. No siendo posible la concurrencia de la segunda de ellas al no encontrarse en las normas de transparencia actualmente en vigor ninguna norma de igual o parecido tenor a la cláusula 3.ª bis del anexo II de la Orden de 5 de mayo de 1994, se ha de concluir afirmando que el artículo 17.3 de la Ley 2/2009 ha quedado vacío de contenido, de manera que la notificación individualizada al consumidor de las variaciones experimentadas en el tipo de interés aplicable será precisa en todo caso. Tesis que, a mayor abundamiento, se apoya en consideraciones tales como la mayor protección otorgada al consumidor en la medida en que el hecho de que la notificación individualizada de las modificaciones experimentadas por el tipo de interés no fuera necesaria en los supuestos contemplados por el precepto si bien parece lógico, puesto que los tipos de referencia oficiales serán objeto de publicación tanto en el *Boletín Oficial del Estado* como en la página web del Banco de España, sin embargo no deja de resultar sorprendente ya que, así las cosas, resultaba más gravoso para la parte débil del contrato utilizar uno de los índices cuyo uso se recomienda por las normas de transparencia bancaria que en el supuesto de que se hubiera estipulado un índice de referencia no oficial, en cuyo caso se le notificaría individualizadamente. Por otro lado, la interpretación que definiendo conduce, de hecho, a un acercamiento entre el régimen jurídico de los contratos de crédito y préstamo cuando son otorgados por entidades crediticias o sus agentes y cuando la parte acreditante o prestamista es una empresa que no reúne la condición de entidad de crédito, en la medida en que tal excepción a la necesaria notificación individualizada ha desaparecido de las normativa de transparencia bancaria.

En quinto y último lugar, bajo la regulación contenida en la Ley 2/2009, y tal y como establece su artículo 18.2.b, los notarios informarán al consumidor del valor y alcance de las obligaciones que asume y, en cualquier caso, tratándose de préstamos o créditos a tipo de interés variable, advertirán expresamente al consumidor cuando el índice o tipo de interés de referencia pactado no sea uno de los oficiales a los que se refiere la disposición adicional segunda de la Orden de 5 de mayo de 1994. En este caso, no plantea mayor complejidad afirmar que la cita ha de entenderse referida al artículo 27 de la Orden EHA/2899/2011 el cual, a efectos de su aplicación por las entidades de crédito, impone la publicación mensual de los tipos de interés oficiales que en el mismo se enumeran¹⁹ y cuya forma de cálculo ha sido determinada por el Banco de España en el anejo 8 de la CBE 5/2012. Interpretación que, estimo, se ve apoyada en lo dispuesto en el artículo 30.3.b.1º de la Orden EHA/2899/2011, en el ámbito de contratos otorgados por entidades crediticias, al imponer al Notario la obligación de advertir expresamente al cliente cuando “el tipo de interés de referencia pactado no sea uno de los oficiales a los que se refiere el artículo 27”.

No todo puede contemplarse desde un punto de vista negativo siendo así, por ejemplo, que la Orden ha venido a solucionar el problema de concurrencia normativa que se producía con su antecesora, la Orden de 5 de mayo de 1994, en la medida en que ésta no sólo se aplicaba a los contratos celebrados por entidades de crédito, sino también por entidades aseguradoras. De manera que, cuando el contrato era formalizado por estas últimas se encontraba incluido tanto en el

¹⁹ .- Enumeración reiterada en la norma decimocuarta de la CBE 5/2012.

ámbito de aplicación de la Orden de 5 de mayo de 1994, si concurrían los demás requisitos necesarios para ello (que el prestatario sea persona física, la cuantía del capital no rebase los veinticinco millones de pesetas (150.253'03 €) o su equivalente en divisas y el objeto hipotecado sea una vivienda) como de la Ley 2/2009. Bajo la regulación en vigor, los préstamos y créditos hipotecarios otorgados por entidades aseguradoras se encuentran incluidos tanto en el ámbito de aplicación de la Ley 2/2009 como en el ámbito de aplicación la Sección 6ª del Capítulo II del Título III de la Orden EHA/2899/2011, relativa a la hipoteca inversa (art. 2.3 Orden), lo que implica *a contrario* su exclusión del resto del articulado de la norma.

No podemos finalizar sin llamar la atención sobre el hecho de que en el ámbito europeo, con el doble objetivo de lograr que consumidores, prestamistas e intermediarios de crédito gocen de un mercado único eficiente y competitivo en el que exista un elevado grado de protección, impulsando, para ello, la confianza del consumidor, la movilidad de los clientes y la actividad transfronteriza de los prestamistas y los intermediarios de crédito, así como condiciones equitativas de competencia, y respetando al mismo tiempo los derechos fundamentales consagrados en la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, en particular el derecho a la protección de los datos personales, por un lado; y favorecer la estabilidad financiera garantizando para ello un funcionamiento responsable de los mercados de crédito hipotecario, por otro, se está tramitando una Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial de fecha 31 de marzo de 2011 que complementa la Directiva 2008/48/CE, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo, al establecer un marco similar para el crédito hipotecario. Propuesta que, de prosperar²⁰, obligará a los Estados miembros a adaptar sus disposiciones nacionales a la regulación contenida en la misma, lo que obligará a reformar, sino a derogar, la legislación ahora comentada.

²⁰ .- No se ha de olvidar la existencia de una iniciativa europea en el sentido expuesto constituida por la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre Libertad de Establecimiento y Libre Prestación de Servicios en el campo del Crédito Hipotecario, de 12 de diciembre de 1984, que fue retirada por la Comisión con fecha 14 de noviembre de 1995.