

**MEMORIA JUSTIFICATIVA DE LA ADECUACION A LOS PRINCIPIOS DE BUENA REGULACIÓN DEL PROYECTO DE DECRETO POR EL QUE SE REGULA EL DERECHO DE INFORMACIÓN DE LAS PERSONAS CONSUMIDORAS Y USUARIAS Y SUS GARANTES EN CASO DE TITULIZACIÓN Y/O ALTERACIÓN DE LA TITULARIDAD DEL CONTRATO DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO SOBRE LA VIVIENDA, O DEL DERECHO DE CRÉDITO DERIVADO DEL MISMO**

Establece el artículo 129.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que *“en el ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria, las Administraciones Públicas actuarán de acuerdo con los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, y eficiencia. En la exposición de motivos o en el preámbulo, según se trate, respectivamente, de anteproyectos de ley o de proyectos de reglamento, quedará suficientemente justificada su adecuación a dichos principios”*, procediendo, en consecuencia, el análisis de la adecuación a tales principios del proyecto de Decreto referenciado en el encabezamiento, que pasamos a exponer.

**1.- Principios de necesidad y eficacia**, por cuya virtud (artículo 129.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre) *“la iniciativa normativa debe estar justificada por una razón de interés general, basarse en una identificación clara de los fines perseguidos y ser el instrumento más adecuado para garantizar su consecución”*.

El objetivo de la norma proyectada es garantizar que las personas consumidoras y usuarias que hayan contratado un préstamo o crédito hipotecario sobre la vivienda tengan conocimiento de la cesión o titulización de éste que se lleve a cabo y de cuantas circunstancias resulten necesarias para que en ningún caso puedan verse perjudicadas, ni sufrir ninguna merma o limitación de sus derechos, acciones y facultades como consecuencia de dicha cesión o titulización, ya que así lo ordenan expresamente tanto la Ley (artículos 16.4 del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario) como la jurisprudencia del Tribunal Supremo en, entre otras, sus Sentencias de 1 de octubre de 2001 (RJ\2001\7138), de 15 de julio de 2002 (RJ\2002\7178) y de 16 de diciembre de 2009 (RJ\2010\702).

Partiendo de dicho objetivo, su necesidad se explica, fundamentalmente, por tres causas:

a) Que, pese a que los artículos 149 de la Ley Hipotecaria, 1.526 del Código Civil y 242 del Reglamento Hipotecario exigen que la cesión de créditos se haga en escritura pública, de la que ha de darse conocimiento al deudor e inscribirse en el Registro de la Propiedad, el Tribunal Supremo interpreta estos requisitos en el sentido de que su incumplimiento no afecta a la validez de la cesión efectuada, ni tienen carácter constitutivo, sino que la función que cumple su observancia vendría a ser el robustecimiento del título del adquirente. A ello ha de añadirse que la previsión legal del artículo 26 del Reglamento del Mercado Hipotecario (según el cual el emisor de participaciones hipotecarias *“conservará la custodia y administración del préstamo o crédito hipotecario, así como, en su caso, la titularidad parcial del mismo y vendrá obligado a realizar cuantos actos sean necesarios para la efectividad y buen fin del mismo”*), permite que la persona deudora hipotecaria pueda no llegar a conocer nunca la titulización de su préstamo o crédito hipotecario.

<b>Código Seguro De Verificación:</b>	xmkxH2zmKGJG1BKrpwu5fg==	<b>Fecha</b>	05/09/2018
<b>Normativa</b>	Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.		
<b>Firmado Por</b>	Isabel Niñoles Ferrandez		
<b>Url De Verificación</b>	<a href="https://ws069.juntadeandalucia.es/verifirma/code/xmkxH2zmKGJG1BKrpwu5fg=">https://ws069.juntadeandalucia.es/verifirma/code/xmkxH2zmKGJG1BKrpwu5fg=</a>	<b>Página</b>	1/5



b) Que el desconocimiento de la existencia misma de la cesión o titulización, o de sus circunstancias, puede producir muy graves y serios perjuicios a la persona consumidora o usuaria, como son la imposibilidad de oponerse a la ejecución hipotecaria instada por quien carece de legitimación procesal para ello (por desconocer que quien sí la tenía ha dejado de ostentarla, por ejemplo), ejercitar el retracto de créditos litigiosos, etcétera.

c) Que, aunque el artículo 242 del Reglamento Hipotecario permite que el deudor hipotecario renuncie en escritura pública a que se le dé conocimiento de la cesión, el Tribunal Supremo, en su Sentencia 792/2009, de 16 diciembre, declaró que la cláusula de renuncia será abusiva en la medida en que *"supone una renuncia o limitación de los derechos del consumidor"*, y más concretamente a que pueda *"oponer la falta de conocimiento, en orden a los efectos de los arts. 1.527 (liberación por pago al cedente) y 1.198 (extinción total o parcial de la deuda por compensación) del Código Civil"*, y ello, como explica la misma Sentencia en su párrafo anterior, porque *"la renuncia anticipada a la notificación, en tanto que priva de las posibilidades jurídicas anteriores a la misma (conocimiento), merma los derechos y facultades del deudor cedido, y muy concretamente el apartado 11 de la DA 1ª LGDCU que considera abusiva "la privación o restricción al consumidor de las facultades de compensación de créditos"*, ya que, continúa diciendo, el mencionado artículo 242 del Reglamento Hipotecario *"no prevalece sobre la normativa especial en sede de contratos sujetos a la LGDCU que sanciona como abusivas "Todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. En todo caso se considerarán abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional de la presente ley" (Art. 10 bis en la redacción vigente al tiempo del planteamiento del proceso)"*.

Y por lo que se refiere a su eficacia, hemos señalado que su objetivo es garantizar que por la persona consumidora y usuaria se disponga de la información necesaria para que no pueda verse perjudicada por la cesión o titulización de su préstamo o crédito hipotecario, y pueda asimismo ejercitar sus derechos, acciones y facultades sin merma ni limitación de ninguna clase. En este sentido, es importante que no exista confusión entre garantizar la disponibilidad de la información, y que dicha información garantice un resultado favorable a la persona consumidora en el ejercicio de la acción, facultad o derecho de que se trate, pues dicho resultado dependerá de otros muchos factores que no es posible regular *a priori* ni entran dentro del ámbito competencial de la Dirección General de Consumo, a más de existir, en relación con algunos extremos, una notable inseguridad jurídica derivada de la disparidad de criterios de las distintas Audiencias Provinciales a las que corresponde resolver sobre estos litigios, y que no debe contemplarse sino como una razón más para contribuir, dentro de nuestras posibilidades competenciales, a una eficaz protección de la persona consumidora y usuaria, como pasamos a ilustrar con un ejemplo: si se informa adecuadamente a la persona consumidora y usuaria de que su préstamo o crédito hipotecario ha sido participado conforme a lo previsto en la Ley del Mercado Hipotecario, y de las condiciones en que se ha producido la emisión y adquisición de las correspondientes participaciones, se hallará en situación de oponerse sin merma ni limitación alguna a la ejecución hipotecaria instada por quien considere que carece de legitimación para promoverla; pero ello no implica que sus pretensiones vayan a ser siempre estimadas, pues no siempre le asistirá la razón, ni existe un criterio judicial uniforme al respecto (unos consideran que la legitimación continúa correspondiendo a la entidad emisora, así el Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona 210/2015, de 17 de septiembre, o el

<b>Código Seguro De Verificación:</b>	xmkxH2zmKGJG1BKrpwu5fg==	<b>Fecha</b>	05/09/2018
<b>Normativa</b>	Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.		
<b>Firmado Por</b>	Isabel Nioles Ferrandez		
<b>Uri De Verificación</b>	<a href="https://ws069.juntadeandalucia.es/verifirma/code/xmkxH2zmKGJG1BKrpwu5fg=">https://ws069.juntadeandalucia.es/verifirma/code/xmkxH2zmKGJG1BKrpwu5fg=</a>	<b>Página</b>	2/5



Auto de la Audiencia Provincial de Valladolid 127/2015, de 9 de diciembre, mientras otros defienden exactamente lo contrario, que corresponde a la Sociedad Gestora del Fondo de Titulización en cuanto representante de ésta, como el Auto de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3ª, número 252/2017, de 19 de octubre), pero, en todo caso, se habrán preservado plenamente los derechos y facultades que como persona consumidora y usuaria le corresponden, que no se habrán visto ni siquiera mínimamente afectados, pues como hemos señalado, su función, en este caso concreto, consiste en situar a la persona consumidora y usuaria en posición de poder defender plenamente sus derechos frente al ejecutante ante el Poder Judicial, no en garantizar un fallo favorable de dicho Poder judicial.

**2.- Principio de proporcionalidad**, que define el artículo 129.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, en los siguientes términos: *“en virtud del principio de proporcionalidad, la iniciativa que se proponga deberá contener la regulación imprescindible para atender la necesidad a cubrir con la norma, tras constatar que no existen otras medidas menos restrictivas de derechos, o que impongan menos obligaciones a los destinatarios”*.

Los deberes que se imponen a los sujetos obligados que entran dentro de su ámbito de aplicación, que, recordemos, son las entidades prestamistas, fondos de titulización hipotecaria, etcétera, es decir, empresas dedicadas profesionalmente a la inversión y la especulación, no sólo son perfectamente asumibles por aquéllos en términos económicos y humanos, y apenas implican coste en la medida en que se integran en la actividad y estructura ordinarias de la empresa, limitándose apenas a la remisión fehaciente por escrito y con constancia de su recepción (lo que puede hacerse con un coste mínimo, o incluso gratuitamente, en algunos casos) de una información que una práctica mínimamente correcta y diligente exigiría ofrecer a la persona consumidora y usuaria siempre, en todo caso y sin necesidad de una normativa que expresamente obligase a ello, pero que por constituir un obstáculo a la finalidad especulativa propia de estas operaciones de cesión y titulización de créditos, se intenta evitar a toda costa por los inversores y demás intervinientes en ellas, aún a costa de laminar los derechos de las personas consumidoras y usuarias, expresión que en éste ámbito concreto no podemos olvidar que se traduce en dejar a familias enteras sin vivienda, incluyendo a niños y personas ancianas o enfermas que habrán de residir en la calle o en centros de acogida, lo que, desde cualquier perspectiva que se quiera contemplar, y en particular a la luz del artículo 47 de la Constitución, justificaría sobradamente una pequeña disminución, si fuera necesaria, en los miles de millones euros de beneficio trimestral del sector financiero.

**3. Principio de seguridad jurídica**, que implica, conforme al artículo 129.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, que *“la iniciativa normativa se ejercerá de manera coherente con el resto del ordenamiento jurídico, nacional y de la Unión Europea, para generar un marco normativo estable, predecible, integrado, claro y de certidumbre, que facilite su conocimiento y comprensión y, en consecuencia, la actuación y toma de decisiones de las personas y empresas”*.

Este principio ha sido particularmente tenido en cuenta en la elaboración del proyecto, dada la gran inseguridad jurídica que, como hemos señalado, existe en diversos aspectos del régimen jurídico de la cesión y titulización de créditos como consecuencia de la radical disparidad en los criterios que al respecto sostienen los distintos órganos judiciales, y que hemos ilustrado exponiendo el ejemplo de la división existente acerca de la legitimación procesal para instar la

<b>Código Seguro De Verificación:</b>	xmkkH2zmKGJG1Bkrpwu5fg==	<b>Fecha</b>	05/09/2018
<b>Normativa</b>	Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.		
<b>Firmado Por</b>	Isabel Niñoles Ferrandez		
<b>Url De Verificación</b>	<a href="https://ws069.juntadeandalucia.es/verifirma/code/xmkkH2zmKGJG1Bkrpwu5fg=">https://ws069.juntadeandalucia.es/verifirma/code/xmkkH2zmKGJG1Bkrpwu5fg=</a>	<b>Página</b>	3/5



ejecución en caso de emisión de participaciones hipotecarias, con cita de algunos de los numerosos autos de audiencias provinciales que defienden posturas incompatibles entre sí.

Y así, para evitar que esta inseguridad jurídica existente en la materia subyacente al derecho de información en sí se vea replicada en el –distinto y separado- ámbito de dicho derecho de información (pues una cosa es que exista inseguridad jurídica sobre una cuestión, y otra muy distinta que también haya de existir sobre la manera en que ha de informarse de esa cuestión), se ha configurado el mismo de una forma lo suficientemente amplia como para que, con independencia de que se quieran aplicar unos criterios judiciales o los contrarios, el derecho de información en sí mismo no se vea afectado, ni puedan los sujetos obligados sustraerse por vía de interpretación al cumplimiento de los deberes impuestos.

Para una mejor comprensión, recurrimos nuevamente a la utilización de un ejemplo: se ha querido establecer la obligación de que se informe a la persona consumidora y usuaria de toda cesión o alteración de la titularidad de su crédito, pero dado que, entre otros problemas, unos órganos judiciales consideran que la emisión y suscripción de participaciones hipotecarias o certificados de transmisión de hipoteca conllevan cesión del crédito y, consecuente, alteración de su titularidad, y otros, por el contrario, que no conlleva en absoluto tal cesión ni alteración de titularidad, se han configurado los supuestos en que existirá dicha obligación mediante una enumeración de ellos complementada con cláusulas de cierre, de manera que comprendan cualquier acto o negocio jurídico susceptible de producir dicha cesión o alteración de titularidad, sin importar cuál sea la opinión que sobre ellos mantenga cualquier órgano judicial.

A tales efectos, se ha estimado conveniente el uso en diversas ocasiones de la fórmula “y/o”, que conocemos que es desaconsejada con carácter general por el Diccionario panhispánico de dudas al que remite la directriz 102 de las Directrices de técnica normativa aprobadas por el Consejo de Ministros, pero no así, por excepción, en aquellos casos en que cumple precisamente la función que venimos apuntando: evitar ambigüedades en contextos muy técnicos.

**4. Principio de transparencia**, al que se refiere el artículo 129.5 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, en estos términos: *“En aplicación del principio de transparencia, las Administraciones Públicas posibilitarán el acceso sencillo, universal y actualizado a la normativa en vigor y los documentos propios de su proceso de elaboración, en los términos establecidos en el artículo 7 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno; definirán claramente los objetivos de las iniciativas normativas y su justificación en el preámbulo o exposición de motivos; y posibilitarán que los potenciales destinatarios tengan una participación activa en la elaboración de las normas”.*

En cumplimiento de este principio, se ha procurado la participación de la ciudadanía en la elaboración del proyecto de Decreto a través la consulta pública regulada en el artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, estado igualmente prevista su intervención en las subsiguientes fases de la tramitación del proyecto hasta la aprobación del texto final de la norma, en particular, mediante los trámites de audiencia e información pública, con la publicación en el portal web correspondiente del texto normativo proyectado para la formulación de las aportaciones que se deseen por cualquier ciudadano o entidad que tengan interés en ello.

<b>Código Seguro De Verificación:</b>	xmkxH2zmKGJG1BKrpwu5fg==	<b>Fecha</b>	05/09/2018
<b>Normativa</b>	Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.		
<b>Firmado Por</b>	Isabel Niñoles Ferrandez		
<b>Url De Verificación</b>	<a href="https://ws069.juntadeandalucia.es/verifirma/code/xmkxH2zmKGJG1BKrpwu5fg=">https://ws069.juntadeandalucia.es/verifirma/code/xmkxH2zmKGJG1BKrpwu5fg=</a>	<b>Página</b>	4/5



**5. Principio de eficiencia**, que, como prescribe el artículo 129.5 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, exige que *“la iniciativa normativa debe evitar cargas administrativas innecesarias o accesorias y racionalizar, en su aplicación, la gestión de los recursos públicos”*, lo que resulta cumplido en la medida en que se ha cuidado de establecer las obligaciones estrictamente imprescindibles, en cuanto a supuestos, contenido, forma y plazos en que debe suministrarse la información para lograr la consecución de los fines perseguidos por la norma, que, como se viene señalando, consisten en asegurar lo que la Ley y la jurisprudencia exigen: que la persona consumidora y usuaria en ningún caso pueda verse perjudicada como consecuencia de la titulación o cesión de su préstamo o crédito hipotecario sobre la vivienda, ni sufra merma o limitación alguna en sus derechos, acciones y facultades.

LA DIRECTORA GENERAL DE CONSUMO

Fdo.: Isabel Niñoles Ferrández

5

Plaza Nueva, 4, 41071 Sevilla Teléfono: 955 006300

<b>Código Seguro De Verificación:</b>	xmkxH2zmKGJG1BKrpwu5fg==	<b>Fecha</b>	05/09/2018
<b>Normativa</b>	Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.		
<b>Firmado Por</b>	Isabel Niñoles Ferrandez		
<b>Url De Verificación</b>	<a href="https://ws069.juntadeandalucia.es/verifirma/code/xmkxH2zmKGJG1BKrpwu5fg=">https://ws069.juntadeandalucia.es/verifirma/code/xmkxH2zmKGJG1BKrpwu5fg=</a>	<b>Página</b>	5/5

