

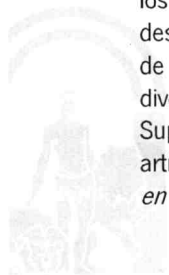
MEMORIA JUSTIFICATIVA DEL PROYECTO DE DECRETO POR EL QUE SE REGULA EL DERECHO DE INFORMACIÓN DE LAS PERSONAS CONSUMIDORAS Y USUARIAS Y SUS GARANTES EN CASO DE TITULIZACIÓN Y/O ALTERACIÓN DE LA TITULARIDAD DEL CONTRATO DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO SOBRE LA VIVIENDA, O DEL DERECHO DE CRÉDITO DERIVADO DEL MISMO

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.1.a) de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y en la instrucción cuarta, apartado primero, número uno, letra a) de la Instrucción 1/2017, de la Viceconsejería de Salud, sobre el procedimiento a seguir en la tramitación de disposiciones de carácter general, se emite el presente informe o memoria justificativa de la necesidad y oportunidad del proyecto de disposición que se menciona en el encabezamiento.

Así, y a efectos de enmarcar convenientemente el contexto en que se detecta la necesidad de regulación que pretende colmar con dicho proyecto normativo, no resulta ocioso remontarse a la reciente crisis financiera denominada crisis de las hipotecas subprime, que se empezó a desencadenar a nivel global en los años 2007-2008 con desastrosas consecuencias económicas y sociales en todo el mundo, y que puso en conocimiento de la población en general la existencia de operaciones de compraventa y otro tipo de transacciones sobre los créditos concedidos por las entidades financieras, que si bien en aquel caso se referían específicamente a préstamos hipotecarios sobre la vivienda con un alto riesgo de impago, lo cierto es que constituye una práctica llevada a cabo sobre multitud de tipos de créditos, hipotecarios y no hipotecarios, de tal manera que a través de los medios de comunicación se generalizó el conocimiento, siquiera sea muy superficial, de la mecánica básica de tales operaciones, y numerosos términos técnicos propios de ese concreto ámbito económico tales como titulización, fondo buitre, prima de riesgo, etcétera, dejaron de resultar desconocidos para el ciudadano medio a raíz de dicha difusión, si bien se trata de cuestiones percibidas por éste, en general, como algo lejano y más propio de los mercados bursátiles y financieros que de su vida diaria.

Sin embargo, nada más lejos de la realidad, ya que un gran volumen de tales operaciones recae sobre el préstamo hipotecario sobre su vivienda que contrata la persona consumidora y usuaria media. El préstamo hipotecario de muchos millones de personas, aunque lo ignoran, ya no pertenece al banco o entidad prestamista con que lo contrataron, aunque sea a éste a quien sigan abonando las cuotas mensuales pactadas, y es posible que nunca lleguen a tener conocimiento de ello, o que sólo lo tengan en caso de que se plantee algún vicisitud que requiera una intervención activa de la otra parte (renegociación de las condiciones, ejecución de la garantía hipotecaria, etcétera).

Este desconocimiento de la parte prestataria viene propiciado por diversos factores, entre los que cabe destacar la confusa regla del artículo 26.3 párrafo segundo del Reglamento de desarrollo de la Ley del Mercado Hipotecario, aprobado mediante el Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, objeto de muy distintas e incluso antagónicas e incompatibles interpretaciones por los diversos órganos judiciales, por una parte, y, por otra, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre la cesión de créditos, que considera los deberes y requisitos que establecen el artículo 149 de la Ley Hipotecaria (*“El crédito o préstamo garantizado con hipoteca podrá cederse en todo o en parte de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.526 del Código Civil. La cesión*



Código Seguro De Verificación:	Tp1ViA50tuRyP3BR0wfvhA==	Fecha	05/09/2018
Normativa	Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.		
Firmado Por	Isabel Niñoles Ferrandez		
Url De Verificación	https://ws069.juntadeandalucia.es/verifirma/code/Tp1ViA50tuRyP3BR0wfvhA=	Página	1/6



de la titularidad de la hipoteca que garantice un crédito o préstamo deberá hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad”, el artículo 1.526 del Código Civil (“La cesión de un crédito, derecho o acción no surtirá efecto contra tercero sino desde que su fecha deba tenerse por cierta en conformidad a los artículos 1.218 y 1.227. Si se refiere a un inmueble, desde la fecha de su inscripción en el Registro”) y el artículo 242 del Reglamento Hipotecario (“Del contrato de cesión de crédito hipotecario se dará conocimiento al deudor por los medios establecidos en el artículo 222, a menos que hubiera renunciado a este derecho en escritura pública o se estuviere en el caso del artículo 150 de la Ley”), en el sentido de que el incumplimiento de las obligaciones de inscripción registral y de dar conocimiento al deudor de la cesión no afectan 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.

Ahora bien, al propio tiempo considera la misma Sala Primera del Tribunal Supremo, en su Sentencia número 792/2009, de 16 diciembre, que cuando dicho deudor, es decir, la parte prestataria, tiene la condición de persona consumidora y usuaria, es abusiva la cláusula de renuncia a ser notificada de la cesión del préstamo hipotecario, o del derecho de crédito derivado del mismo, ya el citado artículo 242 del Reglamento Hipotecario, en palabra de dicha Sala, “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 ello, como explica la misma Sentencia en el 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”, mientras que, como igualmente señala en dicho párrafo, “La jurisprudencia de esta Sala resalta que el negocio jurídico de cesión no puede causar perjuicio al deudor cedido (S. 1 de octubre de 2.001 (RJ 2001, 7138)); el deudor no puede sufrir ninguna merma o limitación de sus derechos, acciones y facultades contractuales (S. 15 de julio de 2.002 (RJ 2002, 7178)”. En el mismo sentido se pronuncia el 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 y otras normas del sistema hipotecario y financiero, en su artículo 16.4 (“En ningún caso podrá resultar perjudicado el deudor hipotecario por la emisión de títulos a que se refiere la Ley 2/1981, de 25 de marzo) y en su Disposición adicional primera, apartado seis (“En ningún caso podrá resultar perjudicado el deudor hipotecario por la emisión de certificados de transmisión de hipoteca”).

En la práctica, sin embargo, lo cierto es que sí se producen muy graves y serios perjuicios a la persona consumidora o usuaria como consecuencia del desconocimiento por ésta de la cesión o titulización llevada a cabo de su préstamo o crédito hipotecario. La citada Sentencia del Tribunal Supremo 792/2009 señala algunos de ellos cuando dice que “por el adherente se renuncia a la notificación, es decir, 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. Ello supone una renuncia o limitación de los derechos del

Código Seguro De Verificación:	Tp1ViA50tuRyP3BR0wfvhA==	Fecha	05/09/2018
Normativa	Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.		
Firmado Por	Isabel Niñoles Ferrandez		
Url De Verificación	https://ws069.juntadeandalucia.es/verifirma/code/Tp1ViA50tuRyP3BR0wfvhA=	Página	2/6



consumidor que se recoge como cláusula o estipulación abusiva en el apartado 14 de la DA 1ª LGDCU”, pero no son, desde luego, los únicos ni, a nuestro juicio, los más importantes, y así también cabe citar, al menos, la imposibilidad de oponerse a la ejecución hipotecaria instada por quien ha dejado de carecer de legitimación para ello en virtud de la cesión o titulización operada, y la de ejercitar el derecho a extinguir el crédito que tenga carácter litigioso mediante el pago del precio (normalmente bastante inferior a la suma del capital pendiente de pago y sus intereses) que haya pagado al cedente, las costas que se le hubiesen ocasionado y los intereses del precio desde el día en que éste fue satisfecho, expresamente previsto en el artículo 1.535 del Código Civil.

Cuestión distinta es que, precisamente porque se frustraría la finalidad especulativa propia de estas operaciones, exista un evidente interés de los demás intervinientes en mantener tales negocios de cesión y titulización al margen del conocimiento de las personas consumidoras y usuarias, orillando cualquier intervención de las mismas y, con ello, también el ejercicio de los legítimos derechos y facultades que les asisten. En este sentido, no son infrecuentes los artículos de opinión publicados por grandes bufetes de abogados que pretenden desmentir que dicho desconocimiento cause perjuicios a la persona consumidora y usuaria, pese que así se haya declarado de manera muy explícita por el Tribunal Supremo y otros órganos judiciales, cuya jurisprudencia no se duda en ridiculizar a estos efectos, como ocurre en los artículos *Persiste la ridícula e ideológica jurisprudencia sobre cláusulas hipotecarias* o *No es una práctica comercial abusiva la no puesta en conocimiento del deudor hipotecario de la cesión de la hipoteca*, ambos del profesor Carrasco Perera, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla la Mancha y Consejero Académico en Gómez Acebo y Pombo, como tampoco faltan las propuestas dirigidas directamente y sin tapujos a laminar los derechos de los consumidores y usuarios, como ocurre a propósito del retracto de créditos litigiosos en el artículo de *Cesión de créditos y Cuestiones prácticas de interés: retracto de crédito litigioso y titulización*, cuyos autores proponen una inusitada restricción del concepto de crédito litigioso, y una simultánea agravación de los requisitos procesales para el ejercicio de dicho retracto basada en una interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo rigurosamente contraria a lo que el mismo expresa, que harían prácticamente inoperante esta figura, pero que se explican en la medida en que tienen por objetivo “ahorrar muchos quebraderos de cabeza y tiempo a los operadores e inversores que participan en este tipo de negocios.”

La necesidad de regular este derecho a la información ha sido advertida también en otras Comunidades Autónomas, y así se han presentado diversas iniciativas legislativas en Andalucía, Valencia, Madrid, e incluso ha sido aprobada ya en Extremadura, donde se ha añadido al Estatuto de los Consumidores de Extremadura un nuevo artículo 12 bis que regula el citado derecho de información, textos éstos que, sin embargo, no resultan a nuestro juicio tan completos como el proyecto de Decreto que nos ocupa, en cuanto quedan extramuros de ellos muchos supuestos de alteración de la titularidad del préstamo o crédito por razón o del acto o negocio o del sujeto con el que se celebra, y no se suministra información sobre determinados extremos que resultan necesarios o útiles para el ejercicio por la persona consumidora o usuaria de cuantos derechos y facultades le asisten sin perjuicio, merma, ni limitación de ninguna clase.

¹ Artículo publicado el 18 de marzo de 2016 en página Centro de Estudios de Consumo del Universidad de Castilla la Mancha: <http://centrodeestudiosdeconsumo.com/index.php>.

² Artículo publicado en el boletín Análisis GA&P (Gómez Acebo & Pombo) en marzo de 2016.

³ Actualidad Jurídica Uría Menéndez / ISSN: 2174-0828 / 44-2016 / 48-64.

Código Seguro De Verificación:	Tp1ViA50tuRyP3BR0wfvhA==	Fecha	05/09/2018
Normativa	Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.		
Firmado Por	Isabel Niñoles Ferrandez		
Url De Verificación	https://ws069.juntadeandalucia.es/verifirma/code/Tp1ViA50tuRyP3BR0wfvhA=	Página	3/6



Al hilo de ello, tampoco debe ocultarse que existen diversos aspectos de las cesiones crédito y las titulaciones en los que existe una notable inseguridad jurídica debida a la ya anteriormente apuntada falta de uniformidad de criterio en la aplicación de la Ley por parte de las distintas Audiencias Provinciales (al tratarse de materias que carecen de acceso al recurso de casación ante el Tribunal Supremo), y en este sentido cabe destacar, ante todo, las profundas y antagónicas discrepancias existentes respecto a la naturaleza misma del negocio jurídico instrumentado en las participaciones hipotecarias o certificados de transmisión de hipoteca y la consecuente legitimación procesal para instar la ejecución hipotecaria, en que las posturas de los distintos órganos judiciales que van desde considerar que no existe alteración de la titularidad del crédito y que, por tanto, 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 Auto de la Audiencia Provincial de Valladolid 127/2015, de 9 de diciembre), hasta la posición radicalmente contraria, que considera que, pese al tenor literal del vigente artículo 30 del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril ("La ejecución del préstamo o crédito hipotecario participado corresponde a la entidad emisora..."), la entidad emisora carece siempre de legitimación para instar dicha ejecución (entre otros, Auto de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3ª, número 252/2017, de 19 de octubre), la cual correspondería, según esta tesis, a la Sociedad Gestora del Fondo de Titulización. Cabe destacar, particularmente, que a la luz de la doctrina contenida en los citados Autos de las Audiencias Provinciales de Tarragona y Valladolid, que consideran que en la emisión y suscripción de participaciones hipotecarias, de acuerdo con la normativa reguladora del mercado hipotecario, "no hay venta ni cesión de los créditos sino simplemente una forma de titulización" para colocar esos activos en el mercado hipotecario y obtener financiación", sería cuando menos discutible que existiera nunca obligación de informar a la persona consumidora o usuaria en las normativas autonómicas a que nos hemos referido.

Y es ante este panorama judicial carente de certeza y uniformidad que deviene aún más indispensable garantizar que la persona consumidora y usuaria recibe una información adecuada acerca del destino y la titularidad del préstamo hipotecario que contrató, o del derecho de crédito derivado del mismo, que le permita el adecuado ejercicio y defensa de sus derechos. Son numerosos los pronunciamientos judiciales que han permitido a las personas consumidoras conservar sus viviendas mediante el ejercicio de los derechos que se pretenden proteger a través de este proyecto normativo, y, aunque también los hay de signo contrario, por sostenerse otro criterio por los órganos judiciales que los han resuelto, no hubieran sido posibles si aquéllas no hubieran dispuesto de la información que les permitió ejercer éstos.

También esta misma inseguridad jurídica ha motivado que se haya procurado configurar los supuestos en que debe suministrarse la información de manera que, a través de la utilización de fórmulas amplias y generales complementadas con cláusulas de cierre, se impida que quede fuera de su ámbito ningún acto o negocio jurídico sobre el préstamo o crédito de la persona consumidora susceptible de repercutir en sus derechos y facultades, o que por vía de interpretación se sustraigan los sujetos obligados al cumplimiento de los deberes de información que se establecen para garantizar tales derechos, y que al propio tiempo, no dependa del particular criterio del órgano judicial al que corresponda resolver por razón del territorio.

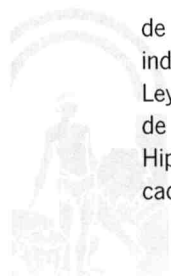
Código Seguro De Verificación:	Tp1ViA50tuRyP3BR0wfvhA==	Fecha	05/09/2018
Normativa	Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.		
Firmado Por	Isabel Niñoles Ferrandez		
Url De Verificación	https://ws069.juntadeandalucia.es/verifirma/code/Tp1ViA50tuRyP3BR0wfvhA=	Página	4/6



De la misma manera se ha procedido en relación con el contenido de la información que ha de proporcionarse por los sujetos obligados, que contempla todos aquéllos aspectos que puedan ser de utilidad para permitir el ejercicio de algún derecho o impedir la merma o limitación del mismo. Como también en relación con la extensión del concepto de crédito litigioso (precisándose que se formula exclusivamente a los efectos de dicho derecho de información, a fin de no producir fricción alguna con la competencia exclusiva que al Estado corresponde sobre la legislación civil) construido sobre la base de de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y Audiencias Provinciales (sentencias del Tribunal Supremo (Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1913, 15 de febrero de 1965 (RJ 1965, 613), de 8 de septiembre de 1998 (RJ 1998, 6396), Sentencia núm. 192/2006 de 28 febrero (RJ 2006\698), de 28 de febrero de 1991 (RJ/1191/1606)) y Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza número 438/2016, de 19 de septiembre (JUR/2016/226870), con la misma finalidad expresada de que por los cedentes y cesionarios de los créditos no se obstaculice ni impida el ejercicio del derecho a extinguir el crédito que corresponde al deudor a fin de preservar la finalidad especulativa que, en general, se predica de estas operaciones, y que, como hemos expuesto ya, da lugar a que por los grandes despachos de abogados se elaboren estrategias dirigidas a desincentivar el ejercicio por el deudor de su derecho, entre las cuales la más sencilla parece, desde luego, hacer imposible dicho ejercicio mediante la no puesta en conocimiento de la cesión que constituye su presupuesto de hecho.

De no haberse procedido de esta manera, consideramos que se haría extraordinariamente difícil, cuando no jurídicamente imposible, la supervisión y control del cumplimiento de los deberes de información que se regulan, y, en particular, la imposición de sanciones por su inobservancia. Utilizando el ejemplo del artículo 12 bis introducido en la Ley del Estatuto de los Consumidores de Extremadura, éste únicamente obliga a informar de la “cesión, transmisión o titulación a un fondo de titulación”, definiéndose a su vez la hipoteca titulizada en el apartado 1 de dicho precepto como “aquellos préstamos con garantía hipotecaria ... cedidos a un fondo de titulación”, lo que a priori sitúa fuera del ámbito de dicha obligación de información todo acto o negocio celebrado con cualquier sujeto distinto de un fondo de titulación, y, de acuerdo con lo declarado por los citados Autos de la Audiencia Provincial de Tarragona y de Valladolid, también excluiría todos los supuestos de emisión de participaciones hipotecarias –y, por tener idéntica naturaleza, los de certificados de transmisión de hipoteca- del préstamo o crédito de la persona consumidora y usuaria, lo que, con absoluta independencia del acierto o desacierto de este criterio judicial, y en la medida en que existen otros criterios judiciales radicalmente contrapuestos, implica una incertidumbre que, a los citados efectos de la imposición de sanciones administrativas, conllevaría la vulneración del principio de legalidad consagrado en el artículo 25 de la Constitución, en la medida en que no permite a los ciudadanos “predecir con suficiente grado de certeza («lex certa») qué conductas son las constitutivas de infracción”, como expresa el Tribunal Supremo su conocida Sentencia de 11 abril 2003 (RJ 2003\3073).

— Distinto es el caso de las cédulas y bonos hipotecarios, que tan sólo suponen la constitución de una garantía sobre la hipoteca de la persona consumidora y usuaria, y que, por tanto, carecen indiscutidamente de cualquier efecto traslativo, a lo que ha de añadirse que, por imperativo de la Ley, toda hipoteca inscrita a favor de la entidad emisora garantiza especialmente bien una emisión de bonos, o bien una de cédulas (artículos 12 párrafo 2º y 13 párrafo 2º de la Ley del Mercado Hipotecario), por lo que establecer la obligación de informar a la persona consumidora y usuaria de cada emisión supondría una inasumible carga administrativa y un elevado coste económico para los



Código Seguro De Verificación:	Tp1ViA50tuRyP3BR0wfvhA==	Fecha	05/09/2018
Normativa	Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.		
Firmado Por	Isabel Niñoles Ferrandez		
Url De Verificación	https://ws069.juntadeandalucia.es/verifirma/code/Tp1ViA50tuRyP3BR0wfvhA=	Página	5/6



sujetos obligados, sin que ello redundase en una utilidad real para ésta, por lo que se ha circunscrito, para estas dos clases de títulos, únicamente a los supuestos en que se solicite dicha información por la persona consumidora o usuaria, o aquéllos en que se ejecute la garantía y se produzca, en consecuencia, el mencionado efecto traslativo.

A fin de asegurar la eficacia del proyecto de Decreto, incluso en caso de falta de cumplimiento voluntario por los sujetos obligados, se remite expresamente al régimen sancionador de la Ley 13/2003, de 17 de diciembre. Además, se especifica que la renuncia por el deudor hipotecario en que concurra la condición de persona consumidora y usuaria al derecho a ser notificado del contrato de cesión de crédito hipotecario, al amparo del artículo 242 del Reglamento Hipotecario, tendrá la consideración de abusiva conforme a lo dispuesto en los artículos 82 y 85 a 90 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

Por último, también conviene recordar que dicha Sentencia del Tribunal Supremo 792/2009 distingue el régimen de la cesión del contrato de préstamo, y la del derecho de crédito derivado del mismo, que tienen distintos requisitos, en particular el consentimiento del deudor cedido, habiéndose por ello estimado conveniente incluir en todo caso ambos supuestos, con la misma finalidad expresada de que ninguno quede fuera del ámbito del Decreto proyectado, y pueda así ser utilizado para eludir de una manera u otra las obligaciones que en él establecen.

LA DIRECTORA GENERAL DE CONSUMO

Fdo.: Isabel Niñoles Ferrández



Código Seguro De Verificación:	Tp1ViA50tuRyP3BR0wfvhA==		Fecha	05/09/2018
Normativa	Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.			
Firmado Por	Isabel Niñoles Ferrandez			
Url De Verificación	https://ws069.juntadeandalucia.es/verifirma/code/Tp1ViA50tuRyP3BR0wfvhA=	Página	6/6	

