



**LA NORMALIZACIÓN DE LOS CONTRATOS HIPOTECARIOS  
Y LA ARMONIZACIÓN EUROPEA DEL DERECHO CONTRACTUAL  
DE CONSUMO: HACIA UN DERECHO PARA EL NUEVO CIUDADANO \***

**Contribución al Libro Verde “El crédito hipotecario en la UE” (Bruselas  
19.7.2005 COM (2005) 327 final)**

**Mariló Gramunt Fombuena**

Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad de Barcelona  
Titular de un Módulo de la Acción Permanente Jean Monnet de la Comisión Europea  
sobre "*Legislación europea sobre comercio electrónico*"

**M<sup>a</sup> Rosa Liácer Matacás**

Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad de Barcelona  
Titular de un Módulo de la Acción Permanente Jean Monnet de la Comisión Europea  
sobre "*Servicios financieros a distancia: la protección de la confianza de los  
consumidores*"

\* Este trabajo se enmarca en el Proyecto “**Codificación del derecho de consumo y arbitraje**”, financiado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología (BJU 2003-0314), desarrollado por el GREDINT (Grup de Recerca en Dret Privat i Noves Tecnologies de la Universitat de Barcelona), consolidado por la Generalitat de Catalunya

## **1. La normalización de los contratos hipotecarios en el contexto de la construcción del mercado minorista europeo**

El Libro Verde sobre *El crédito hipotecario en la UE*, presentado por la Comisión de las Comunidades Europeas (Bruselas, 19.7.2005 COM (2005) 327 final), destinado a evaluar las ventajas que aportaría la intervención de la Comisión en los mercados de créditos hipotecarios de vivienda en la UE, contiene una consulta sobre las ventajas de la normalización de los contratos hipotecarios. El propio Libro Verde reconoce que toda consulta acerca de la normalización de los términos contractuales debe examinarse en el marco de la iniciativa sobre Derecho Contractual europeo de la Comisión. Tal como ya permitía poner de relieve el Libro Verde sobre *La política para los servicios financieros (2005-2010)*, **la consolidación política y económica del mercado interior pasa por una construcción jurídica del mercado minorista** que proporcione confianza a los proveedores y a los consumidores<sup>1</sup>. Este mercado minorista se halla en franca conexión con otra línea de acción de la Unión: la protección de los consumidores y usuarios. Así, los objetivos económicos políticos quedan inexorablemente unidos a la cuestión contractual.

Ahora bien, si los objetivos son claros, el debate se centra sobre las técnicas más adecuadas. Entendemos que una respuesta favorable sobre la intervención de la Comisión en el sector hipotecario sería insuficiente, incluso en el caso de que conviniéramos que, de momento, la actuación sobre el contrato de crédito deba hacerse a través de una Directiva. Es necesario **centrar la respuesta en el marco de la evolución que actualmente experimenta la construcción del derecho contractual europeo** y que se propone superar la fragmentación jurídica surgida de la transposición individual de Directivas, así como las diferencias que subsisten entre los Ordenamientos nacionales. La fragmentación es negativa tanto para el sector empresarial, que debe sujetarse a la ley nacional del cliente-consumidor, como para este último, que desconfía de las ofertas transfronterizas y carece de elementos de comparación. No obstante, el fenómeno es comprensible si se tiene en cuenta que las iniciativas y los consensos necesarios para desarrollarlas suelen ser sectoriales. De ahí la utilidad de los Libros verdes y los balances de los Planes de acción, que ponen de manifiesto las carencias y la conveniencia de orientaciones para el futuro. Recientemente, la Comisión Europea ha presentado un análisis de los obstáculos de

---

<sup>1</sup> Libro Verde sobre *La política de los servicios financieros (2005-2010)* COM (2005) 177, apartado 4, pág. 12.

las fusiones y compras transfronterizas, destacando la falta de integración del mercado interior minorista de productos financieros (Bruselas, 8-11-2005, IP/05/1386).

Como es sabido, el Derecho contractual europeo está inmerso en un estimulante proceso de armonización. Se trata de un objetivo complejo que ha suscitado el interés de los juristas y numerosos grupos de trabajo. La propia ambición del proyecto explica el paulatino esfuerzo de concreción de su ámbito material. **Reviste gran importancia el hecho de que la armonización del Derecho contractual europeo se esté centrando en el Derecho del consumo.** Es lógico si pensamos que el acervo comunitario de derecho contractual más extenso se encuentra en este campo. Pero, además, es la opción que más se ajusta a las **necesidades de la realidad social y del mercado.** De esta forma, parece que, más allá de su evidente interés dogmático, la iniciativa toma conciencia de su trascendencia práctica.

El *Plan de Acción sobre el Derecho Contractual Europeo* (mayo de 2003) promovió una consulta sobre la conveniencia de una unificación del derecho contractual europeo, su finalidad y la manera de llevarla a cabo. La Comunicación de la Comisión de 11-10-2004 sobre "*Derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro*" ya utilizó el derecho de consumo como ejemplo claro de la necesidad de revisión<sup>2</sup>. A la vez plantea los parámetros para construir un Marco Común de Referencia (MCR, o también Common Frame of Reference) como un instrumento de armonización. El punto de inflexión se halla en el "Primer Informe Anual de la Comisión sobre los progresos realizados en materia de derecho contractual europeo y la revisión del *acquis*" (Bruselas 23-9-2005), que prioriza claramente el Derecho de consumo sobre cualquier otra cuestión de derecho privado. Explica la orientación del trabajo de los expertos en esta dirección y los estudios en materia de venta a distancia, tiempo compartido y acciones de cesación. La Conferencia "European Contract Law: Better Lawmaking to the Common Frame of Reference" (9-10-2005) pone de manifiesto el relevante momento de transición en que se encuentran los trabajos sobre derecho contractual, orientados hacia el derecho de consumo.

---

<sup>2</sup> En su momento, llamamos la atención sobre el peso del derecho de consumo en el contexto del derecho contractual europeo en: GRAMUNT FOMBUENA M.D. y LLÁCER MATA CÁS, M.R.: *La codificación del derecho contractual europeo: una encrucijada entre el derecho civil y el derecho de consumo*, Aportación al Plan de Acción "Un Derecho contractual europeo más coherente", [http://www.europa.eu.int/comm/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/fair\\_bus\\_pract/cont\\_law/stakeholders\\_fr.htm](http://www.europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/stakeholders_fr.htm)

Por otra parte, la construcción del derecho de consumo en el ámbito de los servicios y, en particular, los servicios financieros, está pendiente de mayor desarrollo. Este proceso debe coincidir con el impulso para elaborar un Marco Común de Referencia sobre el *acquis* general en materia de consumo. En la vertiente contractual del mercado minorista aportan criterios útiles la Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, la Directiva en materia de crédito al consumo 87/102/CEE, modificada por la Directiva 90/88/CEE, la actual Propuesta modificada de Directiva en materia de contratos de crédito al consumo (Bruselas 7.10.2005, COM (2005) 483 final), la Directiva 2002/92/CE sobre la intermediación en los contratos de seguros y el Acuerdo Europeo relativo a un Código de conducta voluntario sobre información precontractual para créditos vivienda.

La rentabilidad de la armonización del mercado interior, en particular aplicada al sector de los servicios financieros, justifica un esfuerzo de construcción jurídico-privada de los tipos contractuales y de las técnicas de contratación. Un mercado transfronterizo de servicios financieros requiere evidentes medidas económicas, pero también identificar y actuar sobre cuestiones de derecho privado. Desde esta última perspectiva, toda intervención sobre el crédito hipotecario versará sobre la contratación del crédito hipotecario, así como la constitución de la garantía real esencial al mismo. En el contexto real, donde impera la *lex rei sitae*, pueden resultar útiles proyectos como la eurohipoteca<sup>3</sup>. Nuestro propósito, no obstante, se centra en la perspectiva contractual de consumo para analizar las ventajas de una intervención europea en este contexto y ponerla en conexión con la normalización del derecho contractual de consumo.

En otro lugar, ya planteamos los inconvenientes de la dispersión, superposición y administrativización de la normativa de servicios financieros<sup>4</sup>. Para tutelar efectivamente los intereses económicos de los consumidores, es imprescindible **otorgarles recursos de derecho privado, más allá de la actividad sancionadora de las autoridades de control**. De ahí la necesidad de magnificar la tutela privada del

---

<sup>3</sup> Véase *Basic Guidelines for a Eurohypothech. Outcome of the Eurohypothech workshop*. November 2004/April 2005, edited by A. Drewicz-Tulodziecka, Mortgage Credit Foundation, Warsaw, May 2005.

<sup>4</sup> LLÁCER MATA CÁS, M.R y GRAMUNT FOMBUENA M.D.: *La homogenización de la contratación en masa en el mercado interior: la Directiva 2002/65/CE y su contribución a la codificación del Derecho Contractual europeo*. Comentario al Libro Verde sobre la política de los servicios financieros (2005-2010) COM (2005) 177.  
[http://forum.europa.eu.int/Public/irc/markt/markt\\_consultations](http://forum.europa.eu.int/Public/irc/markt/markt_consultations)

consumidor de servicios financieros que, a menudo, se halla dispersa en la normativa sectorial o sencillamente administrativa<sup>5</sup>. Sin intención de minimizar la complejidad propia de estos servicios que justifica las disposiciones sectoriales, debe partirse de la evidencia de que **toda protección contractual del consumidor obedece a unos mismos principios y debe construirse sobre los parámetros de la armonización del derecho contractual de consumo.**

Creemos que la normalización de los contratos financieros, y del crédito hipotecario en particular, es altamente recomendable. No obstante un instrumento único similar al 26º régimen no aportaría beneficios superiores a la armonización a través del Marco Común de Referencia. La creación de una terminología y de unas reglas comunes, extraídas del **acquis comunitario sobre Derecho de consumo** puede convertirse en una herramienta de transposición de unas Directivas de máximos que deberían orientarse la formación de **Códigos temáticos o sectoriales** (código de contratos bancarios, de seguros; también en otros sectores como los viajes combinados) y un **Código de contratación general** (técnicas de contratación de consumo, información precontractual, documentación, cumplimiento).

## **2. La reorientación del derecho contractual europeo hacia el derecho de consumo: el nuevo ciudadano frente a los agentes económicos**

### **2.1. El Marco Común de Referencia y el *acquis* en materia de consumo**

El Derecho del consumo se transforma en el instrumento para normalizar las relaciones contractuales entre proveedores y consumidores. La clientela desprovista de conocimientos materiales o jurídicos es destinataria de una actividad económica, cuyas adquisiciones transfronterizas se revelan fundamentales para construir el mercado interior. Junto a las transacciones residuales entre particulares ha surgido, desde hace tiempo, una nueva realidad cuyos interlocutores son desiguales en preparación técnica y jurídica. El objetivo propio del Derecho de consumo consiste en

---

<sup>5</sup> Destaca la vertiente contractual tuitiva a desarrollar en la materia Jean ALIX: "Consommateurs et services financiers", *Vers un Code européen de la consommation. Codification, unification et harmonisation du droit des Etats-membres de l'Union européenne* (dir. F. Osman), Bruylant, Bruxelles, 1998, pág. 131. Al respecto, véase LLÁCER MATAÇAS, M.R: "La contratación a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores: la transposición en España de la Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002", *La regolazione dell'operazione economica telematica nel mercato globalizzato. L'esperienza italiana e spagnola a confronto*, Giuffrè, Milano (en prensa).

reequilibrar las posiciones contractuales: no vamos a insistir en este aspecto. Pero creemos que los hechos recientes, vienen a confirmar que **el nuevo tráfico jurídico está entre los ciudadanos y los agentes económicos**. En este sentido, el Derecho del consumo se perfila como el **nuevo derecho de los ciudadanos**, destinado a regir sus relaciones contractuales en el mercado.

La "Conferencia sobre Derecho Contractual Europeo: legislar mejor para un Marco Común de Referencia", celebrada en Londres el día 9 de octubre de 2005, ha sido el último foro de discusión europeo sobre Derecho contractual destinado a concretar las funciones del MCR. El MCR debe proporcionar definiciones, reglas y principios y ser un instrumento de transposición de Directivas en manos del legislador nacional. Pero la Conferencia ha orientado la unificación del derecho contractual hacia una revisión del derecho de consumo. El Comisario KIPRIANOU explicó en su discurso inaugural que un Código civil europeo es un proyecto ambicioso que reviste dificultades técnicas (pensemos en la contraposición entre los países de "common law" y los países civilistas), siendo más factible y conveniente vincular la revisión del "*Consumer Acquis*" y la unificación del derecho contractual europeo a través del MCR. Descartado de momento un Código civil europeo (y la difícil reforma de los sistemas legales nacionales), el trabajo se concentra en el Derecho de consumo y se prevé factible en un tiempo razonable, antes de terminar la presidencia BARROSO.

El MCR se perfila como una herramienta de trabajo (*handbook, toolbox*). Situados en la órbita del consumo, una base de definiciones comunes será muy útil para una armonización exitosa del comercio minorista. El MCR debe convertirse en un buen instrumento para establecer unos principios comunes y detectar las relaciones y diferencias entre derecho contractual general y derecho de consumo.

H. BEALE destacaba en la "Conferencia sobre Derecho Contractual Europeo: legislar mejor para un Marco Común de Referencia" su utilidad como herramienta de transposición, al proporcionar conceptos y terminología conocidos y aceptados en toda la Unión Europea. También D'AMATO indica que el MCR debe elaborarse teniendo en cuenta las tradiciones jurídicas y la jurisprudencia de los Estados y "il quadro comune di riferimento potrà anche essere utilizzato come riferimento dalle legislazioni nazionali all'atto del recepimento nell'ordinamento interno delle direttive UE in materia di diritto contrattuale". Ahondando en la función del MCR, la FÉDÉRATION BANCAIRE FRANÇAISE indica que debe limitarse a ser un léxico jurídico europeo, sin pretensión de regular detalladamente todo el proceso contractual, sino sólo los principios fundamentales de

la contratación, definiendo los términos jurídicos y determinando las reglas-tipo en materia de conclusión, validez, interpretación y ejecución de los contratos. Podemos compartir esta opinión siempre que el MCR represente un punto de partida para regular, desde el punto de vista del Derecho de consumo, los contratos de servicios financieros en el mercado minorista. Y ello sin perjuicio de los instrumentos que, de momento, escojan los Estados Miembros para transponer las Directivas, preferentemente dotados de una buena estructura sistemática organizada en Códigos.

Así, una intervención de la Comisión sobre el crédito hipotecario debería marchar en **sintonía con la construcción de los principios contractuales de consumo**, con la finalidad de adoptar un texto específico que normalice el sector, cuyos principios y sentido general deberá coincidir con todos aquellos propios de los servicios de consumo y, en particular, de los servicios financieros minoristas. Para construir unos *principios de derecho de consumo* debe existir un consenso muy básico sobre el substrato de principios generales sobre los que construir las derogaciones, matizaciones u obligaciones que conforman el Derecho de consumo<sup>6</sup>. Este léxico fundamental de consumo permitiría una armonización máxima de carácter "horizontal"<sup>7</sup>, a través de uno o más instrumentos-marco para regular las características comunes (definiciones y principales derechos y soluciones contractuales de los consumidores y usuarios).

## **2.2. Algunos inconvenientes: la reorientación del MCR hacia una pretendida "especialidad" y la necesidad de sectorialización**

En el nuevo contexto de la armonización del Derecho contractual europeo, será necesario adaptar los trabajos realizados para orientarlos hacia la relación contractual de consumo y definir su utilidad en este contexto<sup>8</sup>. El prof. H. BEALE presentó en la

---

<sup>6</sup> De hecho, en la mencionada Conferencia sobre Derecho Contractual Europeo quedaron de manifiesto los esfuerzos por adicionar o modificar normas dirigidas a los consumidores. H. BEALE en los núm 17 i 18 de su intervención indica: "the consumer articles will normally take the form of additional articles or paragraphs that apply only to consumer transactions". No obstante, otras opiniones plantean la necesidad de trasladar a los borradores la reducción y nueva orientación del MCR (así, P. KEANE de la Law Society of Ireland o S. DE GREEF –UNICE-; esta última destaca que no será fácil superar el difícil equilibrio que sustenta las Directivas)

<sup>7</sup> Véase el Primer Informe Anual de la Comisión sobre los progresos realizados en materia de derecho contractual europeo y la revisión del *acquis*, Bruselas, 23-9-2005.

<sup>8</sup> J. MURRAY, director del BEUC, en su intervención en la Conferencia sobre Derecho Contractual Europeo se preguntaba cómo era posible que el MCR hubiera adquirido tales proporciones si únicamente había de centrarse en la revisión del *acquis* de consumo y apelaba a la necesidad de concreción.

Conferencia una estructura del MCR heredera de trabajos previos a la que se añaden reglas particulares de consumo. Los trabajos de la Comisión se resienten de sus ambiciosos inicios y quedan desenfocados por el cambio de prioridades. Un "MCR-herramienta de consumo" debería ser más práctico y descartar temas como el *trust*, el derecho de daños o el enriquecimiento injusto, para centrarse en las particularidades de la contratación de consumo, es decir, en las obligaciones de los profesionales previas o posteriores al contrato y que modifican su dinámica tradicional. J. TURRÓ (FEDSA, Federation of European direct Selling Associations) constataba en la Conferencia la escasa sensibilidad de los borradores por el derecho de consumo.

No obstante, tal como desarrollaremos más adelante, la reorientación del MCR desde la óptica del consumo podría ser desconcertante: ¿cómo empezar un léxico por las normas especiales sin trabajar primero en un sistema de normas generales? Creemos que la dicotomía derecho general-especial no es exactamente trasladable a la relación Derecho civil-Derecho de consumo.

Por otra parte, la utilización del MCR por los Estados Miembros al transponer las Directivas puede desvirtuar el objetivo de la armonización si no se fomenta los Códigos temáticos y de contratación de consumo. Acoger el léxico normalizado que representará el MCR como instrumento opcional es una decisión de los Estados miembros, quienes también deben decidir también cómo emprenden la normalización a nivel interno, es decir, si se limitan a transponer Directivas o si acometen una tarea de codificación o simplificación de la compleja legislación que ha proliferado con la transposición de las Directivas de la Unión.

Los representantes del sector de servicios financieros coincidieron en la necesidad de solventar los problemas derivados de la divergencia legislativa para el comercio minorista pero no consideraron imprescindible la codificación de la actividad contractual sectorial. G. DE LA MARTINIÈRE, presidente del Comité Europeo de Seguros, descartó la necesidad de un Código Europeo del Contrato de Seguro aunque se mostró a favor de regular el mercado minorista de los seguros. La FÉDÉRATION BANCAIRE FRANÇAISE tampoco consideró prioritaria la unificación del derecho contractual europeo para el sector bancario francés. El principal problema que detectan es la divergencia de legislaciones en el sector minorista (y las reglas imperativas que protegen a los consumidores). En este sentido, prefieren instrumentos puntuales (Directivas de armonización máxima) que permitan armonizar plenamente los elementos esenciales de la oferta transfronteriza en condiciones de competencia

comparable (TAE, desistimiento, información precontractual, documentación, cancelaciones anticipadas etc.).

Limitar la acción de cohesión a un instrumento de transposición de Directivas no representa una solución, sino un primer paso para fijar las bases de una sistematización de los sectores típicos de consumo o de destino del comercio minorista. Los Estados Miembros, bajo el impulso de la Unión Europea o simplemente por dotar de calidad al desenvolvimiento del Estado social, deberían implicarse en la construcción de Códigos de consumo y de Códigos temáticos con contenidos de derecho privado. Así, cabe destacar el Código francés de 1993 y el reciente Código italiano de julio de 2005. Es la alternativa que nos parece más conveniente, aunque no la única. También es posible mantener íntegramente el Derecho de consumo en leyes especiales como ocurre en España, beneficiándose además de los principios y terminología comunes de referencia para ganar coherencia. O bien profundizar en la armonización y construir un Código civil patrimonial que incorpore el Derecho de consumo. Es una opción conceptualmente interesante que ha materializado el BGB que precisa una gran labor conceptual, pero que permite poner de relieve el papel de las relaciones contractuales de consumo en el derecho privado.

### **2.3. El Derecho de consumo como derecho del ciudadano frente a los agentes económicos. La reelaboración de la función igualitaria del derecho civil**

La limitación del MCR a las reglas y términos de consumo no eximirá de fijar conceptos generales. El propio borrador cuenta con una parte general que pretende evitar repeticiones, seguida de capítulos dedicados a diferentes contratos. Aunque el substrato de la contratación de consumo es el propio de la contratación privada, y debe concretarse en la medida que lo sustente, no creemos que el Derecho de consumo deba configurarse como un ordenamiento especial. En efecto, su ámbito subjetivo coincide con una actividad económica específica, como es el caso del Derecho mercantil<sup>9</sup>, el Derecho agrario o el Derecho laboral. Hace ya años, J.F. KENNEDY ya señaló que la condición de consumidor es universal. Puede concurrir en cualquiera: consumidores lo somos todos y ciertamente también lo es el profesional cuando actúa en su esfera privada y adquiere como destinatario final.

---

<sup>9</sup> Sobre la noción de Ordenamiento especial por mor de la actividad económica del sujeto y de la especialidad de las leyes por razón de la materia, véase BADOSA COLL, F.: *Memoria de Derecho civil*, Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, 1984.

Las relaciones contractuales, pueden desenvolverse entre particulares, entre particulares y profesionales y, finalmente, entre profesionales (las dos últimas situaciones responden a las siglas B2C y B2B en el contexto del comercio electrónico). No obstante, sólo las relaciones entre particulares y profesionales acarrear **nuevas formas de sumisión económica** o de conflicto que, en un Estado social, deben desplazarse del terreno económico y social al jurídico.

Durante el siglo XIX el Derecho civil se convirtió en el Derecho de la ciudadanía, en un Derecho revolucionario frente a los antiguos privilegios feudales que asentó las bases de las relaciones entre ciudadanos iguales ante la ley, independientemente de su origen social<sup>10</sup>. En efecto, durante el siglo XIX los Códigos consolidan los derechos de los ciudadanos frente al poder feudal. Las libertades individuales (derechos de expresión, reunión...) y los derechos particulares (propiedad privada, libre comercio...) quedaron reflejados en Constituciones y Códigos para garantizar las libertades recién conquistadas. No obstante, los hechos han superado esta realidad. Actualmente no basta la igualdad; el ciudadano se desenvuelve en múltiples ámbitos y se relaciona y ostenta posiciones jurídicas frente a los agentes económicos, grandes empresas o profesionales concededores de las técnicas de contratación que utilizan y de los bienes o servicios que comercializan. Es preciso estructurar jurídicamente esta relación característica de todo particular con los profesionales que ha dejado obsoletas las reglas generales de los Códigos civiles, formuladas en términos estrictamente igualitarios. Los agentes sociales son desiguales y las normas deben reflejar esta situación restableciendo la igualdad. La idea tomista de la justicia distributiva permitiría reciclar el razonamiento consistente en tratar de forma desigual a quienes realmente lo son. **Restablecer el equilibrio entre desiguales, desde la perspectiva jurídica, representa reforzar la posición contractual de la parte débil y, a partir de ahí, es posible trazar unas constantes susceptibles de alcanzar la categoría de principio**<sup>11</sup>.

Cualquier persona puede ser un ciudadano-consumidor frente a diversos agentes económicos. Basta que no actúe como profesional en cuyo caso, sus actos quedan

---

<sup>10</sup> Sobre la interrelación de los principios y libertades constitucionales y la codificación civil, véase MALUQUER DE MOTES BERNET, C.J.: "La codificación civil en España (Síntesis de un proceso)", *Revista de Derecho Privado*, 1981.

<sup>11</sup> Véase CALAIS-AULOY, J.: "Un Code européen de la consommation?", *Vers un code européen de la consommation : codification, unification et harmonisation du droit des États-membres de l'Union européenne : actes et débats de colloque : Lyon, les 12 et 13 décembre 1997*, Bruylant, Bruxelles, 1998.

sujetos por el derecho mercantil. Por ello es fundamental delimitar la relación de consumo o la condición de consumidor. Realmente su ámbito será el que se le quiera dar. Mientras que en el marco de la Unión Europea el concepto de consumidor es extraordinariamente estrecho, es perfectamente concebible extenderlo a las personas jurídicas y a los profesionales que actúen como destinatarios finales de un bien o servicio. Corresponde al legislador individualizar la condición de consumidor y su nivel de intervención en la consolidación del mercado interior<sup>12</sup>.

La posición de destinatario final frente al proveedor de bienes o servicios justifica una regulación específica con el objetivo de restablecer el equilibrio en las relaciones entre ambos, dominados por los conocimientos técnicos y/o jurídicos del profesional. El nuevo ciudadano del siglo XXI es un particular frente a los profesionales o la Administración. El particular lo es siempre, actuando frente a otros particulares o frente a profesionales. Como ya se ha indicado, su trato debe ser diferente en ambos contextos, **pero no deja de ser el trato que el Ordenamiento dispensa a toda persona independientemente de su actividad económica** y que, en puridad, es lo que justifica un Ordenamiento especial.

Desde la perspectiva jurídica, creemos que el Derecho de consumo participa de las características del derecho general sin que sus contenidos característicos deban arrojarlo al ámbito de la especialidad. Desde la perspectiva del Derecho español, la contratación de consumo es contratación civil precisada de complejidad. En efecto, construye una serie de deberes vinculados con la oferta, que acompañan -pero no se confunden- con la perfección contractual ni con la obligación de realizar la prestación. Las disposiciones de consumo representan una procedimentalización del consentimiento<sup>13</sup> o, mejor dicho, una desmembración entre la perfección y todas aquellas obligaciones o facultades vinculadas al proceso de contratación, que se predicen de la declaración de voluntad (oferta informada, documentación previa, configuración del contenido mínimo contractual que incide sobre la oferta que

---

<sup>12</sup> Véase PERLINGIERI, P.: "La tutela del consumatore nella Costituzione en el Trattato di Amsterdam", *Il diritto dei consumi*, a cura di P. Perlingieri e E. Caterini, Vol. 1, Ed. Scientifiche Calabresi, 2004, pág. 18: "Tuttavia, mentre lo status di persona e di cittadino hanno un valore assoluto, al contrario, il comutarie è una condizione legata alle circostanze concrete e alle effettive modalità di contrattazione (...). Pertanto il consumatore non è uno status como pensano alcuni, ma una pozione contrattuale da individuare e accertare di volta in volta; alle volte il soggetto ès consumador, altre è un produttore o piccolo imprenditore (...).

<sup>13</sup> Véase DI RAMIO, R.: "Linee evolutive dei procedimenti di formazione dei contratti (dal Codice civile alla legislazione di derivazione comunitaria)", *Il diritto dei consumi*, a cura di P. Perlingieri e E. Caterini, Vol. 1, Ed. Scientifiche Calabresi, 2004, pág. 134.

configura el profesional) o que son consecuencia de la celebración (documentación o información posterior)<sup>14</sup>.

Si el contrato de consumo tiene un substrato civil, el léxico común de referencia tramado sobre el derecho de consumo deberá incorporar todas las nociones sobre las que se construyen las obligaciones y particularidades que caracterizan las relaciones contractuales de los particulares frente a los profesionales (oferta, aceptación, perfección, cumplimiento, documento, forma, buena fe, diligencia...). Trazar un MCR de consumo representa avanzar en el substrato único del derecho contractual. Refuerza esta idea la **progresiva penetración de las categorías comunes al derecho de consumo hacia el derecho civil**<sup>15</sup>. Así, es cada vez más frecuente apelar a las ideas de lealtad, información o transparencia. Por ejemplo, la doctrina llama la atención sobre la proximidad del art. L 111-1 del Code de la Consommation francés y el art. 1602 del Code civil que ponen a cargo del vendedor (profesional o no) la información clara sobre el contenido de su obligación<sup>16</sup>. El potencial del 1602 del Code francés favorece esta relectura acorde con la realidad social que debe llenarse en función del substrato subjetivo y la finalidad económica de la norma<sup>17</sup>. Asimismo, se ha desarrollado la noción de *consumidor medio* o *de inversor medio* como parámetro de diligencia equiparable al del hombre medio que permite medir el nivel de diligencia exigible en la perfección o ejecución del contrato con los mismos criterios de normalidad que se desprenden del *buen padre de familia* en los ordenamientos de corte latino (cfr art. 1104 del Código civil español)<sup>18</sup>.

---

<sup>14</sup> Véase BENEDETTI, G.: "La formaciones del contratto e l'inizio di esecuzione. Dal Codici civili ai Principi di diritto europeo dei contratti", *Europa e diritto privato*, 2/2005, pág. 315-316. Diferencia entre la "sequenza formativa" del contrato, de carácter instrumental y la "fattispecie contrattuale", o conclusión del mismo (acuerdo de voluntades sobre objeto y causa y forma esencial en su caso); LENER, R.: *Forma contrattuale e tutela del contraente "non qualificato" nel mercato finanziario*, Dott. A. Giuffrè Ed., Milano 1996, pág. 19. Sobre la perfección del contrato electrónico diferenciada de la protección al consumidor, véase RUBIO GIMENO, G.: "Validez y perfección del contrato electrónico", *La regulación del comercio electrónico* (coord. I. Barral), Dykinson, Madrid, 2003, pág. 41.

<sup>15</sup> En este sentido, véase ALPA, G.: *Il diritto dei consumatori*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2002, pág. 25.

<sup>16</sup> Según el art. L111-1 del Código de consumo francés, todo profesional que venda bienes o preste servicios deberá, antes de la celebración del contrato, permitir que el consumidor conozca las características esenciales del bien o servicio. De forma menos explícita, el art. 1602.1 del Código civil francés: "Le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige".

<sup>17</sup> Véase BERTHIAU, D.: *Le principe d'égalité et la droit civil des contrats*, LGDJ, Paris, 1996, pág. 143, señala que si la norma introduce modificaciones –deberes, obligaciones- por el hecho de mediar entre un profesional y un consumidor, no importa tanto la naturaleza del contrato, sino su substrato subjetivo, dada la unidad en la calificación de los contratos y la finalidad económica de la norma de consumo.

<sup>18</sup> Véase ALPA, G.: op. cit., pág. 63. La reciente Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo, sobre las prácticas comerciales desleales (DPCD) crea un marco más amplio y complejo al estructurar y definir estas prácticas como las contrarias a los

La ley alemana de 1 de enero de 2002 de modernización del BGB en Derecho de obligaciones, ha incorporado el derecho de consumo al derecho contractual general. De esta forma, el Bürgerlichen Gesetzbuch da un paso fundamental hacia la modernización del derecho contractual conservando una notable perfección técnica. Incorpora unas normas generales de consumo que en otros Ordenamientos representan una abstracción en forma de principios generales extraídos de las leyes de consumo<sup>19</sup>

### **3. La normalización del contrato de crédito hipotecario en el comercio minorista**

#### **3.1. La normalización en el contexto de un Marco Común de Referencia.**

##### **3.1.1. La necesidad de uniformizar y extender el concepto de consumidor**

La Unión Europea mantiene un concepto restrictivo de consumidor –corroborado por diversas sentencias del TJCE– que **en nuestra opinión debería ampliarse**. Los parámetros entre los que se mueve actualmente el concepto de consumidor son dos: ha de tratarse de una persona física y ha de actuar con un propósito ajeno a su actividad comercial, profesional o empresarial.

La ampliación del concepto de consumidor ha de comenzar con la superación del marco que supone su limitación a la persona física como único sujeto merecedor de la protección que dispensan las normas de consumo. En España, por ejemplo, se decidió ampliar el ámbito subjetivo de la aplicación de la LGDCU (Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios) incluyendo a las personas jurídicas. Creemos que es

---

requisitos de diligencia profesional (razonablemente esperables en un comerciante de la actividad de que se trate) y las capaces de distorsionar de manera sustancial el comportamiento económico de un consumidor medio, en definitiva de mermar de forma apreciable su capacidad de decidir con pleno conocimiento de causa, de forma que tome una decisión que de otro modo no habría tomado (art. 2.e DPCD. El art. 4.3 de la Directiva 2000/31/CE sobre el comercio electrónico contempla la protección de los consumidores, *incluidos los inversores*), Comunicación de la Comisión (COM (2000) 722 final), Bruselas 14-11-2000, sobre *Aplicación de las Normas de Conducta de conformidad con el art. 11 de la Directiva relativa a los servicios de inversión (93/22/CE)*.

<sup>19</sup> Así, la regulación, en sede de general, del derecho de revocación y de sustitución del consumidor (§§ 355 i 356), las consecuencias del incumplimiento (§357), el interés de calificar dos contratos de conexos (§358) y los casos en que no es posible (§359).

necesario dar este paso adelante y extender el concepto de consumidor a las personas jurídicas cuando actúen al margen de su actividad económica, puesto que en tales casos son susceptibles de integrar la posición contractual de parte débil y requerir el restablecimiento del equilibrio eventualmente roto. Piénsese, por ejemplo, en la formalización de un contrato de crédito con garantía hipotecaria celebrado entre una entidad financiera y una asociación de vecinos, para la adquisición de un local social; o en un sentido similar, el celebrado entre una asociación de familiares de determinado tipo de enfermos. No encontramos justificación alguna para excluir estos casos del ámbito de aplicación de las normas de consumo.

En cuanto al segundo de los parámetros apuntados –la finalidad de la contratación–, nos parece necesario también proponer un cambio de orientación. Si bien es cierto que la mayoría de las leyes de los Estados miembros acogen sin más la limitación propuesta por la UE, no lo es menos que también existen otros –como sería el caso de la legislación catalana– en los que el concepto de consumidor gira entorno a la idea de *destinatario final*. **La noción de destinatario final permite identificar como consumidor a toda aquella persona –física o jurídica– que no integre en un proceso productivo el producto o servicio adquirido.** Asimismo, incluso en algún supuesto en que podría ofrecer dudas si el servicio adquirido se integraba o no en un proceso de producción de conformidad con la legislación española, la jurisprudencia ha acabado decantándose por esta idea de destinatario final. En este sentido, nos parece especialmente indicada la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 22 de marzo de 2000, que centra la caracterización del concepto de consumidor en la asunción de la postura de destinatario final, considerando que “cuando una empresa compra para sus posibles clientes productos de consumo (ej. productos de limpieza o higiene para los servicios, productos de ventilación u otros semejantes), se coloca en situación de consumidor ya que no comercia ni engloba en su cadena productiva ese bien o ese servicio, sino que simplemente se vale de él como una necesidad más a cubrir en atención al cliente, pero no forma parte ni el bien ni el servicio de lo que es específicamente su actuación profesional” (FJ 2<sup>o</sup>). En definitiva, la idea de destinatario final se identifica con la falta de incorporación directa a la actividad profesional, prescindiendo pues de su uso estrictamente personal o familiar, así como de la cualificación o capacidad profesionales de quien adquiere el producto o servicio<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> El argumento es aún más extenso e interesante: “Lo que es esencial en este aspecto es si el que adquiere el producto lo hace para integrarlo en su cadena de producción industrial o económica lo que nos remitiría al contrato de compraventa mercantil o si simplemente lo necesita para las que pudiéramos llamar realidades ordinarias impuestas por la vida social o

### 3.1.2. Protección del consumidor en función de las técnicas contractuales y en función del objeto del contrato

No debe perderse de vista que la protección del consumidor puede ser acumulativa, es decir, provenir de la **superposición de disposiciones tuitivas**, bien por razón del producto, bien de la técnica de contratación utilizada. Resultando conveniente dicha protección cuando concurren estos condicionantes, la acumulación de técnicas de contratación (por ejemplo, a distancia y mediante un servicio de la sociedad de la información; cfr las Directivas 1997/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores y 2000/31/CE sobre el comercio electrónico) puede conllevar reiteraciones como carencias<sup>21</sup>.

---

por el tráfico mercantil. Y en ese sentido no es relevante ni decisiva la calificación profesional del consumidor frente al producto que adquiere. Es perfectamente posible que cuando un mecánico compra para sí un automóvil pueda ser considerado consumidor del producto y pueda reclamar, por ejemplo, frente a una publicidad exagerada. Evidentemente cuando una empresa compra para sus posibles clientes productos de consumo (ej. productos de limpieza o higiene para los servicios, productos de ventilación u otros semejantes), se coloca en situación de consumidor ya que no comercia ni engloba en su cadena productiva ese bien o ese servicio, sino que simplemente se vale de él como una necesidad más a cubrir en atención al cliente, pero no forma parte ni el bien ni el servicio de lo que es específicamente su actuación profesional. En definitiva no solo es consumidor el ama de casa o el ciudadano particular en sus momentos de ocio mientras agota las excelencias del bien adquirido o del servicio contratado; también lo es quien por necesidad adquiere aquél bien o servicio. Y en el caso que nos ocupa, y aunque se trate de un despacho de abogados, lo que adquiere es un servicio concreto: la publicidad en una determinada revista que se les manifiesta de gran trascendencia social, lo que supondrá por tanto una posible ampliación de la clientela. Y consecuentemente en esa contratación publicitaria los demandados no han intervenido más que prestando su consentimiento, es evidente que debe considerárseles como consumidores sin que una mayor o menor calificación profesional o una mayor o menor inteligencia del servicio ofrecido pueda desvirtuar su situación como tal consumidor".

<sup>21</sup> En relación a la superposición de la regulación de la venta a distancia y del comercio electrónico, véase GRAMUNT FOMBUENA, M.D.: "La protección del consumidor en los contratos electrónicos", *La regulación del comercio electrónico* (coord. I. Barral), Dykinson, Madrid, 2003, pág. 59. En cuanto a la relación entre la comercialización a distancia de servicios financieros y el comercio electrónico, véase LLÁCER MATAÇAS, M.R.: "La contratación a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores..." cit.

Sería interesante que un marco común pudiera sistematizar las reglas intrínsecas a la contratación a distancia y las precisara en función de las particularidades del medio y del producto.

### 3.1.3. La información precontractual

Deberían construirse unos principios comunes a obligación de información previa y de los recursos jurídicos privados a disposición del consumidor en caso de incumplimiento. Y tener en cuenta que deben ponerse en el contexto de las técnicas contractuales empleadas (contratación a distancia, por medios electrónicos, fuera de establecimientos mercantiles) y de los sectores materiales (determinados bienes de consumo, servicios financieros). Restablecer el equilibrio en la negociación y la capacidad de tomar decisiones económicas informadas es un objetivo previo a la función patrimonial de todo contrato. Desde la vertiente contractual, puede afirmarse que el tráfico de masas entre profesionales y consumidores ha superado el principio civil, de tradición romanista, que se basa en la abstención de engañar y se caracteriza por trasladar al adquirente la carga de examen<sup>22</sup>.

**La información precontractual, debería establecerse con carácter general** en los contratos de consumo y unirse a la previsión de las consecuencias jurídicas de su incumplimiento. Otra cosa es que sectorialmente se establezcan los conceptos sobre los que debe recaer la información. Así, el art. 5 de la segunda Propuesta modificada de Directiva en materia de contratos de crédito al consumo (de 7.10.2005) o los contenidos que detalla el Acuerdo europeo relativo a un Código de conducta voluntario sobre información precontractual para créditos vivienda (Recomendación de la Comisión de 1 de marzo de 2001 -Bruselas 1 de marzo de 2001 C(2001) 477 final-).

En cuanto al cumplimiento de la obligación de información así como de la de documentación de la misma o de las condiciones contractuales, debería realizarse el esfuerzo de generalizar y **clarificar la existencia de acciones privadas para que los particulares puedan defender sus intereses** más allá de las sanciones de las autoridades de control correspondientes. Debe determinarse si lo asiste una facultad de resolución contractual o de instar su anulación o incluso de declarar la nulidad si se

---

<sup>22</sup> Desde una perspectiva que excede el derecho de consumo, véase FONTAINE, M.: "Rapport de synthèse", *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, cit. pág. 622 : "Une maxime telle que « caveat emptor » est exemplative d'une attitude selon laquelle chacun doit pouvoir veiller lui-même à ses intérêts".

considera oportuno unir la información con un requisito de validez formal. Recientemente así lo entiende el art. 11 de la Directiva 2002/65/CE relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores. Asimismo, debe relacionarse con la posibilidad de prestación posterior de la información en cuyo caso se produce una modificación en el cómputo del derecho de desistimiento recuperada su capacidad de examinar el contrato en condiciones adecuadas (art. 6.1 de la Directiva 2002/65/CE y 13.1 de la Propuesta modificada de Directiva en materia de contratos de crédito al consumo de 7.10.2005). En cambio, el art. 22 de la Propuesta modificada de Directiva en materia de contratos de crédito al consumo no especifica qué tipo de sanciones deben materializar los Estados Miembros (administrativas o acciones privadas) en caso de violación de las normas de transposición, sanciones que deberán ser "efectivas, proporcionadas y disuasivas".

#### **3.1.4. Documentación de la información y del contrato. Contenidos mínimos**

El formalismo ha ganado valor como instrumento de protección del consumidor y del cliente de productos complejos. Se trata de una forma en un sentido tuitivo en interés privado del propio consumidor y como mecanismo de control la actividad del profesional<sup>23</sup> (contratos-tipo, ofertas escritas, formalización escrita del contrato dotado de contenidos mínimos obligatorios). La documentación se pone al servicio de la transparencia y permite tomar decisiones reflexivas, gozar de un elemento de información durante la ejecución del contrato, así como un instrumento probatorio. Esta función explica la importancia de la lengua en que se formaliza el contrato o se documenta la información (cfr art. 3.1.3.g Directiva 2002/65/CE, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores).

Las obligaciones vinculadas al proceso de contratación se entrelazan pero no interfieren en la perfección contractual<sup>24</sup>. Se desarrollan precisamente en torno al

---

<sup>23</sup> Véase LENER, op. cit., pág. 15; FONTAINE, op. cit., pág. 627; LLÁCER MATA CÁS. M.R.: "Obligaciones vinculadas a la formación del contrato y codificación del derecho de consumo: información y documentación", *Libro Homenaje al Profesor D. Mariano Alonso Pérez* (en prensa)

<sup>24</sup> Por ejemplo, en el Ordenamiento español, la regulación de la venta a distancia presupone régimen general de perfección (art. 1262 CC) al que impone determinadas obligaciones contractuales (art. 40 y 47 LOCM, 27 y 28 LSSICE, art. 3 y 4 y art. 5.1 DCDSF). Sobre la distinción, véase RUBIO GIMENO, G.: "Validez y perfección del contrato electrónico", *La regulación del comercio electrónico*, cit. pág. 44-45 y GRAMUNT FOMBUENA, "La protección del consumidor...", cit., pág. 63 y ss.

momento de la celebración y la libertad formal puede coexistir con ellas<sup>25</sup> o bien coincidir con un requisito de forma *ad solemnitatem*. Creemos que no deben confundirse los requisitos de validez contractual y la simple obligación de documentar para proporcionar mejor información y elementos de prueba.

Debe existir un esquema claro sobre las vías de suministro de la información. La información debe documentarse con la debida antelación y antes de que el consumidor asuma cualquier obligación en virtud del contrato u oferta (cfr art. 5.1 Directiva 2002/65/CE y art. 5.2 de la Propuesta modificada de Directiva en materia de contratos de crédito al consumo de 7.10.2005) o bien inmediatamente después de la celebración del contrato si a petición del consumidor se hubiera suscrito utilizando un medio de comunicación a distancia que no permita facilitarla (cfr art. 5.2 Directiva 2002/65/CE y art. 5.3 de la segunda Propuesta modificada en materia de contratos de crédito al consumo de 7.10.2005). La información también puede suministrarse entregando una copia del proyecto de contrato con los contenidos mínimos legales (art. 5.2.3 de la Propuesta modificada de Directiva en materia de contratos de crédito al consumo).

También es preciso delimitar el alcance de la formalización del contrato, pues la forma se ha revelado como un elemento tuitivo en los contratos de consumo. Acordar la intensidad y modalidades de las obligaciones formales representa una parte importante de la contratación de consumo. En particular debería avanzarse en la homogeneización de los recursos de derecho privado frente a la infracción de esta obligación. En España, estos recursos difieren en función del supuesto: desde la nulidad que sanciona el art. 7 de la ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo, pasando por la anulabilidad (art. 4.1 de la ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles), para acabar reconociendo la falta de documentación como supuesto de resolución contractual (art. 10.2 ley 42/1998, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico). El art. 10 del Anteproyecto de Ley sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores<sup>26</sup>, somete la omisión de la información documentada a una "penalización" en clave de *anulabilidad*. En otros

---

<sup>25</sup> Véase REVERTE NAVARRO, A.: "Comentario al art. 47", *Régimen Jurídico general del comercio minorista* (coord. F.J. Alonso Espinosa, J.A. López Pellicer, J. Massaguer Fuentes y A. Reverte Navarro) Mc Graw-Hill, Madrid, 1999, pág. 599.

<sup>26</sup> El Anteproyecto de Ley sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores (versión de 29 de junio de 2005) puede consultarse en [www.tesoro.es/sp/legislacion/entramitacion/Audiencia](http://www.tesoro.es/sp/legislacion/entramitacion/Audiencia)

casos, la ley exige constancia escrita, sin aclarar las consecuencias de la infracción (art. 4.1 LVC, art., 6.1 LVPBM).

### **3.1.5. El derecho de desistimiento**

El derecho de desistimiento opera principalmente en el contexto de las técnicas de contratación de consumo (venta a distancia y comercialización a distancia de servicios financieros a consumidores, venta fuera de establecimientos mercantiles, venta de bienes muebles a plazos...), pero también en la comercialización de determinados productos (adquisición de derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, crédito al consumo, art. 13 de la Propuesta modificada de Directiva sobre contratos de crédito al consumo de 7.10.2005). Esta potestad de imponer unilateralmente la extinción del contrato de forma privilegiada, sin necesidad de *justa causa* y sin penalización (gratuitamente o sin costes por este concepto) es un recurso característico en derecho de consumo. Se propone preservar el equilibrio entre posiciones contractuales desiguales y altera el principio de irrevocabilidad del contrato que sólo tolera el desistimiento en contratos de carácter duradero, gratuitos o basados en la confianza (cfr art. 1258 del Código civil español). En el contexto de los servicios financieros, si ya empezó su ejecución y no pueden devolverse una vez prestados parcialmente, cabe distinguir entre la gratuidad (falta de penalización: art. 6.1 DCDSF) y el abono del servicio prestado con el fin de evitar el enriquecimiento injusto.

Actualmente sería deseable un esfuerzo de armonización de supuestos y de plazos tanto para dotar de claridad a la contratación de productos de consumo, como para favorecer la comparación transfronteriza de las ofertas.

### **3.1.6. Los parámetros del cumplimiento**

Deben trazarse los parámetros del cumplimiento propios del contrato de consumo, tanto sobre bienes muebles e inmuebles, como sobre servicios. Existen conceptos de gran *vis expansiva* como la conformidad, aplicada en los terrenos mercantil (cfr la Convención de Viena de 1980, sobre compraventa internacional de mercaderías) y de consumo (cfr Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo) y exportable al campo civil. El concepto de conformidad puede pasar a integrar la noción cualitativa de

cumplimiento, junto con los criterios de cumplimiento temporal y espacial del servicio<sup>27</sup>. El desarrollo del concepto de conformidad de momento no derivará del impulso del derecho europeo sino de la iniciativa del legislador, que quiera ampliarlo al campo de la compraventa civil o del cumplimiento contractual en general<sup>28</sup>.

### **3.2. El contrato de crédito hipotecario**

#### **3.2.1. La decisión de mantener una normativa separada. Los códigos de conducta**

La elaboración de la normativa propia reguladora del crédito hipotecario viene reforzada por la decisión de los agentes económicos de mantener una regulación diferenciada de la del crédito al consumo. En efecto, tal y como se recoge en la Propuesta modificada de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de los contratos de crédito al consumo a los consumidores por la que se modifica la Directiva 93/13/CE del Consejo (7 de octubre de 2005), la primera propuesta modificada La primera propuesta modificada abarcaba los préstamos hipotecarios para fines de consumo (*equity releases*) pero excluía los contratos de crédito destinados a la adquisición de una vivienda. Se consideró, sin embargo, que para el prestamista se hacía muy difícil, si no imposible, determinar la finalidad de un préstamo, puesto que no controla el uso del dinero que presta. Además, los contratos de crédito hipotecario son, por lo general, instrumentos muy específicos con características particulares que requieren un tratamiento distinto, con independencia de la finalidad del préstamo. En consecuencia, la Comisión ha excluido del ámbito de aplicación los préstamos hipotecarios para fines de consumo, lo que responde a una enmienda del Parlamento Europeo plenamente respaldada por el sector.

Por otra parte, cabe recordar que la **adopción de códigos de conducta** que homogeneicen la actuación de los agentes económicos en el comercio minorista está

---

<sup>27</sup> Véase LLÁCER MATAÇAS, M.R.: "La garantía en les vendes de béns de consum: anàlisi de la llei 23/2003, de 10 de juliol", en *Revista Catalana de Dret Privat*, Institut d'Estudis autonòmics, 2004.

<sup>28</sup> Véase CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y MARTÍNEZ ESPÍN, P.: "Transposición de la Directiva comunitaria sobre venta y garantías de los bienes de consumo", *Estudios sobre consumo*, nº 52, 2000, pág. 125 i ss.; MORALES MORENO, A.M.: "Adaptación del Código civil al Derecho europeo: la compraventa", *El Dret civil català en el context europeu*, Materials de les Dozenes Jornades de Dret català a Tossa. 26 i 27 de setembre de 2002, pág. 125 y siguientes.

siendo una constante. En el sector que ahora nos ocupa se ha adoptado uno por las Asociaciones europeas de consumidores y las asociaciones europeas del sector de crédito que ofrecen créditos vivienda. Su objetivo principal es el de establecer las bases para normalizar la información precontractual que debe suministrarse a quienes decidan contratar créditos vivienda. A tal efecto se propicia la creación de una “Ficha europea de información normalizada”, con la finalidad de documentar el consentimiento del consumidor.

A grandes rasgos, se pretende dotar al consumidor de un instrumento completo que le permita prestar su consentimiento informado, conociendo todas las características y gastos que la contratación del crédito va a suponerle. No obstante, se echa en falta la mención a la obligación de informar sobre los **sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos de carácter externo** –no el servicio interno de reclamaciones–, esto es, procedimientos de mediación y arbitraje que, cada vez más se revelan como un índice de calidad en la prestación de los servicios y comercialización de los productos por parte de las empresas. Desde nuestro punto de vista, un código de conducta o cualquier otro distintivo de calidad que pueda otorgarse a una empresa ha de contar, entre sus exigencias, la de ofrecer a los clientes la resolución extrajudicial de los conflictos que puedan surgir en el cumplimiento de los contratos.

Los códigos de conducta son, desde luego es un instrumento que debe potenciarse si se pretende la generación de confianza en el sector y ofrecer al consumidor la posibilidad de beneficiarse de las facilidades que supone el contar con un amplio mercado europeo para la contratación de este tipo de productos.

### **3.2.2. La forma *ad solemnitatem*. Documento público electrónico**

El crédito hipotecario, por definición, se trata de un préstamo vinculado a la existencia de una garantía real. Como tal está sujeto al control que supone la imposición de una forma *ad solemnitatem*, concretada en su plasmación en escritura pública. La necesidad de perfeccionar el contrato en presencia de fedatario público presenta problemas prácticos, sobre todo a la hora de dar cumplimiento a los requisitos de identificación de las partes y, con mayor motivo, a salvaguardar la unidad de acto en la prestación de los consentimientos. Si este problema se plantea a nivel interno de los

Estados, en mayor medida puede suponer un obstáculo a la celebración de dichos contratos con carácter transfronterizo.

Para dar respuesta a estas cuestiones, debemos recordar que las nuevas tecnologías nos ofrecen herramientas tan valiosas como la firma electrónica y los documentos electrónicos de identificación. Si se pretende fomentar la contratación transfronteriza de créditos hipotecarios, no puede descuidarse la necesidad de establecer los instrumentos adecuados para fomentar la implantación del uso de tales herramientas que han de permitir que dos fedatarios públicos situados en diferentes Estados de la UE den fe, simultáneamente, del proceso de perfección del contrato de crédito hipotecario, identificando a las partes y posibilitando la firma electrónica del documento en el mismo momento en que se produce el intercambio de consentimientos.

Como último aspecto, los mencionados instrumentos, unidos a la utilización que de los mismos han de hacer los fedatarios públicos, han de permitir que el documento contractual acceda a los Registros públicos donde la garantía hipotecaria ha de quedar registrada, completando así el proceso de constitución de la garantía.

### **3.2.3. La actividad de intermediación**

Los intermediarios juegan un importante papel en la comercialización de los productos financieros, lo cual les permite la obtención de sendos beneficios a ellos, a la vez que facilitan la colocación en el mercado de productos financieros a los cuales ellos son ajenos.

Dada la importancia de la contratación de un crédito con garantía hipotecaria y dado también que la principal finalidad de este tipo de contratos es la adquisición de la vivienda habitual, la normativa debería ser especialmente rigurosa con la regulación de este tipo de actividades. Desde nuestro punto de vista, son válidas algunas de las previsiones que se contienen en la Propuesta modificada de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de los contratos de crédito al consumo a los consumidores por la que se modifica la Directiva 93/13/CE del Consejo (7 de octubre de 2005). En este sentido, nos parece adecuada la decisión de prever que en aquellos casos en los que además de la información precontractual que debe proporcionarse, el consumidor necesite ayuda para decidir qué contrato de

crédito, de entre todos los productos propuestos, es el que mejor se ajusta a sus necesidades y su situación financiera, se ha de articular un sistema que permita a los intermediarios de crédito prestar tal asistencia, llegando incluso a la explicación personalizada de las ventajas e inconvenientes de los productos propuestos, teniendo en cuenta la posible complejidad del contrato en cuestión.

Asimismo, nos parece imprescindible la adopción de medidas para controlar, no sólo la actividad de los prestamistas, sino también la de los intermediarios de crédito. Por ello creemos acertado establecer, además, un estatuto de los intermediarios de crédito donde queden claramente delimitadas la actividad y funciones de los mismos (a pesar de que en la última Propuesta modificada relativa al crédito al consumo se ha eliminado la mención a “registro, estatuto y control”, reduciendo el título del capítulo al de “intermediarios de crédito”, vaciándolo prácticamente de contenido, lo cual no nos parece en absoluto acertado).

### **3.3. La normalización sectorial: hacia una normalización de los tipos contractuales**

La función del MCR y su insuficiencia respecto de las finalidades que los agentes económicos requieren para la normalización de un mercado minorista de servicios financieros, tal como quedó patente en la Conferencia "European Contract Law: Better Lawmaking to the Common Frame of Reference" (9-10-2005).

Ya sea a través de Directivas de máximos, ya sea la iniciativa de los estados Miembros de implantar Códigos temáticos bien contruidos desde la perspectiva jurídico-privada. Mientras, la normalización a través de Directivas es aún operativa porque permite uniformizar el sector. Debe pensarse preferentemente en Directivas de normalización máxima realizadas con conocimiento de los trabajos de armonización del derecho contractual. Por otra parte, las funciones de un 26º régimen no acaban de coincidir con el reciente interés en construir un MCR que agilice y contribuya a armonizar los derechos propios. No obstante, aún cabe plantear si la armonización sectorial debe perseguirse a través de este régimen alternativo. Creemos que un sistema articulado en torno a un MCR instrumental permite transponer Directivas de máximos, sin que sea conveniente duplicar los regímenes jurídicos en cada Estado

miembro<sup>29</sup>. Esta transposición debería realizarse a nivel interno de forma sistemática o codificada. La opción ulterior en el marco de la Comisión debe ser si se mantiene la autonomía de los Estados Miembros a la hora de decidir la sistematización de su Derecho de consumo, general o sectorial, o si se impulsan regulaciones europeas armonizadas. En el ámbito de los servicios financieros, este nivel de desarrollo es difícil en la medida que coexisten aspectos contractuales con otros ajenos.

---

<sup>29</sup> La **Fédération Bancaire Française** considera que todo contrato se ha de vincular a un ordenamiento nacional de conformidad con las normas de derecho internacional privado (de hecho, se está impulsando la modificación del Convenio de Roma de 1980 sobre la determinación de la ley aplicable a las obligaciones civiles).