



- ◆ Trabajo realizado por el equipo de la Biblioteca Digital de la Universidad CEU-San Pablo
- ◆ Me comprometo a utilizar esta copia privada sin finalidad lucrativa, para fines de investigación y docencia, de acuerdo con el art. 37 de la M.T.R.L.P.I. (Modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual del 7 julio del 2006)

# La refinanciación HIPOTECARIA Y EL RESPETO DE LA SEGURIDAD EN EL TRAFICO JURIDICO

Causan preocupación en medios jurídicos y económicos las *circunstancias* en las que se desarrollan en la actualidad las operaciones de refinanciación hipotecaria en el mercado español. Preocupa el *crecimiento* que está experimentando la suscripción de este tipo de contratos entre el público. Más inquietante todavía es el *modo seguido por algunos intermediarios* al difundir este producto.

En cierta medida, son los particulares los responsables –quizá, los protagonistas “irresponsables”– del número creciente de operaciones de refinanciación hipotecaria, que, día a día, atraen una atención cada vez mayor de las autoridades supervisoras de los mercados. El sobreendeudamiento de las economías familiares, que son los agentes económicos más vulnerables, ha llevado al Banco de España a transmitir un mensaje de alerta a este respecto.

Junto a esto, desde la perspectiva del jurista, resulta de especial gravedad la configuración que algunos intermediarios están dando a los contratos de refinanciación hipotecaria y el contexto en el que desarrollan tal actividad de intermediación.

En *términos objetivos*, la refinanciación crediticia hipotecaria se

concede como un instrumento jurídico que permite al sujeto deudor de varias obligaciones pecuniarias exigibles unificarlas y satisfacer su pago

ALFONSO  
MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y  
GARCÍA DE DUEÑAS  
es catedrático de Derecho  
Mercantil de la Universidad  
CEU San Pablo



con cargo al principal de un nuevo y único crédito, concertado con garantía hipotecaria. Un *precedente* de esta figura, desde el punto de vista *funcional*, lo encontramos en lo que la práctica bancaria de los años noventa llamó la “hipoteca abierta”, por medio de la cual el titular de un crédito hipotecario contratado para la adquisición de una vivienda puede, a medida que va amortizando la cantidad dispuesta, volver a disponer de ella, dentro del marco del mismo contrato de crédito, para atender nuevas necesidades económicas.

**Nos encontramos ante una operativa que, por un lado, parece situarse intencionadamente en el límite exterior del ámbito específico de supervisión y control disciplinario de las autoridades de los mercados financieros y por otro, afecta a los intereses que dan razón de ser al grado de rigor de la normativa de los mercados financieros**

En *términos subjetivos*, el uso que se está dando por el público a la refinanciación hipotecaria, entraña un gran riesgo, pues es habitual que el recurso a ella se produzca cuando entre las deudas que se unifican se encuentran tanto las procedentes de gastos de primera necesidad, que, además, constituyen una inversión –como puede ser la cantidad pendiente de un crédito hipotecario anterior, suscrito para la adquisición de la vivienda familiar–, como los procedentes de gastos inesperados o, incluso, los resultantes de una mala administración económica, y que no constituyen inversión, sino mero consumo –una intervención quirúrgica, los descubiertos generados por tarjetas bancarias, los créditos ocasionados por compras u otros gastos compulsivos–. La función de garantía que prestaba el inmueble hipotecado antes de la operación de refinanciación, se ve radicalmente alterada, pues ya no respalda una inversión patrimonial, sino el cumplimiento de pagos que reducen el patrimonio del acreditado –el patrimonio familiar, si es el ...

Más **Crédito**

www.mascredito.es 91 311 60 14

Unificación pagos

Casos difíciles

Hipotecas

Préstamo personal

caso- y que, en ocasiones, estaban poniendo en entredicho la solvencia del deudor.

Además, la refinanciación se está presentando en el mercado en *términos engañosos*, pues los mensajes de *publicidad comercial* que la dan a conocer afirman llanamente que, por medio de la unificación de créditos, el suscriptor puede alcanzar una reducción de la cuota mensual que soportaba en sus deudas anteriores —con frecuencia, esa reducción se cuantifica en un cincuenta por ciento—. Pero tal reducción es, tan sólo, aparente, pues, junto al hecho cierto de que el interés del nuevo crédito hipotecario sea menor que los intereses de los créditos personales o los descubiertos que soportaba el deudor, se oculta que esa reducción se alcanza por la prolongación en el tiempo del plazo de devolución del nuevo crédito hipotecario. No se anuncia, por tanto, que la refinanciación, en definitiva, supone un gasto mayor para quien acude a ella. Se pretende presentar la refinanciación como si fuese un *instrumento de ahorro*, cuando, realmente, por medio de ella, se incurre en un nuevo gasto que, por extenderse a lo largo de un amplio periodo de tiempo, *compromete cara al futuro la solvencia del acreditado*.

Un amplio número de los *intermediarios* que difunden este producto en el mercado operan en una *tierra de nadie*, fronteriza con el ámbito específico de actuación de las *entidades de crédito*, y con el de las *empresas de servicios de inversión*. Es-

tos intermediarios tienen forma, en ocasiones, de simple sociedad de responsabilidad limitada, un capital escasamente superior a los tres mil euros exigidos como cifra de capital mínimo para ese tipo societario y promueven abiertamente la concertación de unos contratos de clausulado presuntamente abusivo, dando publicidad comercial a esos productos en prensa, en televisión, o por medio de páginas *web* (*vid.* los dos artículos publicados en el número 10 de esta revista correspondiente a los meses de noviembre y diciembre de 2006, págs. 15 y ss. y 22 y ss.). Parece que esos intermediarios saben realizar su operativa situándose siempre fuera del alcance de las autoridades supervisoras del mercado del crédito y del mercado de valores. No obstante, con independencia de las dificultades relativas a la aplicación a estos sujetos de la normativa de los mercados financieros, que apuntamos en las líneas inferiores, no cabe duda de que se puede atacar la publicidad comercial que realizan de su operativa, pues se corresponde con el tipo de la *publicidad engañosa* (arts. 3.b, 4 y 5 Ley 34/1988, de 11 de noviembre, general de publicidad, y arts. 25 y ss. de la misma Ley, por cuanto se refiere a las acciones judiciales ejercitables *ad casum*).

La cautela con la que actúan estos intermediarios les permite exonerarse del cumplimiento de los requisitos que deben observar a la hora de su constitución las *entidades de crédito* y las *empresas de servicios de inversión*. Estos requisitos afectan, entre otros aspectos, a la forma jurídica de la entidad —habitualmente, sociedades anónimas especiales—, a la cuantía de su cifra de capital mínimo, a la idoneidad de las personas que tengan una participación significativa en el capital, a la honorabilidad de los administradores y directores, a la adecuación de los medios materiales y de los procedimientos de control interno que garanticen una gestión sana y prudente de su negocio. El régimen específico de acceso a la profesión de estas entidades prevé su inscripción en un Registro especial llevado por el Banco de España o por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, en función de los casos (arts. 85 y 86 RD 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, 30 Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito, y 66.5 Ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de valores).

En efecto, no se puede afirmar que estos intermediarios tengan la condición de *entidad de crédito*, pues la actividad que realizan no es la típica de tales entidades: no captan fondos reembolsables del público ni conceden crédito con esos fondos (art. 1.1 RDLeg. 1298/1986, de 28 de junio, ...

••• sobre adaptación del derecho vigente en materia de entidades de crédito al de la Comunidades Europeas). Ni siquiera se puede decir que su condición sea la de *establecimiento financiero de crédito*. Éstos son entidades de crédito no bancarias, cuya actividad principal consiste en realizar una o varias de las llamadas actividades parabancarias, como es el caso de la concesión del crédito hipotecario y la financiación de transacciones comerciales (vid. DA 1.ª Ley 3/1994, de 14 de abril, por la que se adapta la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria y se introducen otras modificaciones relativas al sistema financiero, y RD 692/1996, de 26 de abril, sobre el régimen jurídico de los establecimientos financieros de crédito). Los intermediarios que nos ocupan no son parte en el contrato de refinanciación hipotecaria, no conceden ni directa ni indirectamente el crédito hipotecario. Su actividad consiste en captar a *deudores* que necesitan urgentemente una refinanciación de sus obligaciones pecuniarias y ponerles en contacto con *inversores* que, concediendo crédito a esos deudores, encuentran un beneficio en el interés del crédito, y lo garantizan por medio de la constitución de una hipoteca inmobiliaria. Quien concibe la operación es el intermediario, pero quien concede el crédito hipotecario para la refinanciación es el inversor. El intermediario es un comisionista, no forma parte del contrato, por lo que no hay en su caso intermediación crediticia típica de las entidades de crédito.

Cabría pensar, entonces, que estos intermediarios desarrollan una actividad específica de las *empresas de servicios de inversión*. El asesoramiento sobre inversión es una de las actividades típicas de las empresas de servicios de inversión. Es una de las denominadas *actividades complementarias* de los servicios de inversión -contemplada expresamente en el artículo 63.2.f de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de valores-. Los intermediarios de los que hablamos prestan tal tipo de asesoramiento a las personas que acuden a ellos, sugiriéndoles que inviertan sus fondos en la concesión de créditos hipotecarios para la refinanciación de deudas. La realización habitual de esta actividad con carácter profesional está *reservada en exclusiva* a las empresas de servicios de inversión cuando se orienta a la inversión en instrumentos financieros (vid. art. 63.4 Ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de valores, en relación con el art. 7 RD 867/2001, de 20 de julio, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión). Esto podría llevarnos a concluir que la actividad desarrollada por los intermediarios en la financiación

crediticia hipotecaria es ilegal por cuanto se refiere a la falta de adecuación de su *status* jurídico, pues no se han constituido como empresas de servicios de inversión. Pero no es así, toda vez que el asesoramiento que prestan a los inversores no recae sobre *instrumentos financieros*. Los contratos de crédito hipotecario difundidos por estos intermediarios no tienen tal condición por no ser negociados en un mercado secundario (vid. art. 2 Ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de valores).

**El uso que se está dando a la refinanciación hipotecaria entraña un gran riesgo, pues es habitual que entre las deudas que se unifican se encuentren tanto las procedentes de gastos de primera necesidad, como los inesperados o incluso los resultantes de una mala administración económica**

Por tanto, la actividad desarrollada por estos intermediarios queda bajo la supervisión de las Direcciones Generales de Consumo. No obstante, nos encontramos ante una operativa que, por un lado, parece situarse intencionadamente en el límite exterior del ámbito específico de supervisión y control disciplinario de las autoridades de los mercados financieros, y, por otro lado, afecta a los intereses que dan razón de ser al grado de rigor y exigencia de la normativa de los mercados financieros. En consecuencia, las actuales *normas de ordenación de los mercados* nos llevan a echar en falta más medios para establecer un control preventivo de la actuación de estos intermediarios.

Por lo que se refiere a la configuración de los contratos promovidos por estos intermediarios, pueden ser atacados desde el punto de vista sustantivo. Pero, de nuevo, las normas que más explícita y directamente sancionan estos contratos, dejan fuera de su ámbito la operativa realizada por estos intermediarios, por lo que será preciso fundamentar en normas de Derecho común la existencia de vicio en estos contratos. Estos intermediarios ponen en contacto a particulares, para que concierten entre sí los contratos de refinanciación crediticia hipotecaria, por lo que, faltando en uno de ellos la condición de profesional o empresario, no son de aplicación las disposiciones contempladas sobre este particular en normas como la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, y la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo.