

Estudio práctico de la regulación de los contratos de crédito inmobiliario ⁽¹⁾

Antonio A. Longo Martínez
Notario de Barcelona

I. INTRODUCCIÓN:

La Ley 5/2019, de fecha 15 de marzo, reguladora de los contratos de Crédito Inmobiliario (LCCI), con entrada en vigor el 16 de junio de 2019, transpone parcialmente la Directiva 2014/17/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014. Su objeto, es, según su **art. 1**, “establecer determinadas normas de protección de las personas físicas que sean deudores, fiadores o garantes” de los préstamos a que la misma se refiere. Su contenido se estructura en cuatro Capítulos, el primero de los cuales se dedica a las **Disposiciones Generales**, y los siguientes a cada uno de los tres aspectos diferenciados que el Preámbulo anuncia, al decir que: “En primer lugar, contiene **normas de transparencia y de conducta** que imponen obligaciones a los prestamistas e intermediarios de crédito, así como a sus representantes designados, completando y mejorando el actual marco existente de la referida Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre y la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito. En segundo lugar, regula el **régimen jurídico de los intermediarios de crédito inmobiliario** y los prestamistas inmobiliarios, y en tercer lugar, establece el **régimen sancionador** para los incumplimientos de las obligaciones contenidas en la misma”.



La Ley se complementa con el Real Decreto 309/2019, de 26 de abril (RDCCI), publicado en el BOE de 29 de abril de 2019, y cuya Disposición Transitoria Primera establece a su vez que “el desarrollo reglamentario de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, se entenderá realizado por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios en cuanto esta no sea contraria a dicha ley y este real decreto”. Al efecto, el mismo día el BOE publica la Orden ECE/482/2019, de 26 de abril (OMCCI), por la que se modifican la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de

regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios, y la citada Orden EHA/2899/2011, cuyo ámbito de aplicación queda ahora determinado en forma equivalente a la de la LCCI. RDCCI y OMCCI completan la transposición de la Directiva 2014/17/UE.

El art. 1 del RDCCI señala (las letras en negrita son mías) que el mismo “establece los requisitos exigibles para **(a)** la prestación de servicios de asesoramiento y **(b)** para el registro de los prestamistas inmobiliarios; **(c)** las obligaciones de información del prestamista

inmobiliario al prestatario y (d) la utilización de medios telemáticos en la remisión de documentación por el prestamista, el intermediario de crédito inmobiliario o representante designado al notario. Asimismo, determina (e) las características exigibles al seguro de responsabilidad civil profesional o aval bancario de los intermediarios de crédito, y sus condiciones”.

Por su parte, el Preámbulo de la OMC-Cl nos dice que la misma “establece (a) los criterios para la determinación del ejemplo representativo en relación con la información básica que debe figurar en la publicidad de los préstamos inmobiliarios, (b) los requisitos mínimos de conocimientos y competencia exigibles al personal al servicio del prestamista, intermediario de crédito o representante designado y (c) los plazos y términos en que debe facilitarse información al prestatario en el caso de que se trate de un préstamo concedido en moneda extranjera. Asimismo, aunque no sea materia de transposición de la Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrero de 2014, (d) se desarrolla el contenido concreto de la ficha de advertencias estandarizadas, en desarrollo de la habilitación contenida en la letra a) del apartado 2 de la disposición final decimoquinta”.

El conjunto de la regulación supone un reforzamiento, en el ámbito que se define, de los tres controles propios de la contratación con condiciones generales: el control de incorporación o inclusión (también llamado “de transparencia formal”), que se extiende a todas dichas condiciones; el control cualificado o “de transparencia material”, propio en principio de la contratación con consumidores y de aquellas cláusulas que definan el objeto principal del contrato, y el control de abusividad o de contenido del resto de cláusulas, esto es las que no definen dicho objeto principal.

Para la aplicación de dicha regulación, deben tenerse en cuenta, de momento a la espera de otras interpretaciones vinculantes que no deberían tardar y de la doctrina jurisprudencial y registral que sin duda provocará la misma, la Resolución de 16 de mayo de 2019, dictada por la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) en respuesta a consulta del Consejo General de Notariado (CGN), y las Instrucciones de dicho Centro Directivo de 13 y 14 de junio de 2019, así como la Circular 1/2019 del CGN ⁽²⁾.

Sin perjuicio de algunas referencias puntuales al resto de materias, este estudio,



orientado a comentar algunas de las cuestiones que en la aplicación de la nueva regulación pueden plantear mayores dudas, sobre todo en un primer momento, atiende principalmente a los dos primeros Capítulos de la Ley, y a las normas que en relación con el contenido de los mismos se incluyen en sus doce Disposiciones Adicionales, cinco Transitorias y dieciséis Finales, así como en el Real Decreto y Orden Ministerial citados.

II. AMBITO DE APLICACIÓN

A. ÁMBITO TEMPORAL:

Conforme al número 1 de su **Disposición Transitoria Primera**, como regla general la LCCI “no será de aplicación a los contratos de préstamo suscritos con anterioridad a su entrada en vigor”. Sin embargo, en los números siguientes se establecen determinadas excepciones, entre las que destacamos ya la contenida en el número 2, relativa a “*aque- llos contratos celebrados con anterioridad, si son objeto de **novación** o de **subrogación** con posterioridad a su entrada en vigor*”.

Por otra parte, la Disposición Final 3ª de la OMCCI determina, según veremos, una progresiva implantación de la documentación a entregar por el prestamista al cliente, lo que afectará también inicialmente al control que de dicha entrega debe efectuar el notario conforme a lo previsto en el art. 15 LCCI.

B. ÁMBITO SUBJETIVO:

Según el artículo 2.1: “1. Esta Ley será de aplicación a los contratos de préstamo conce-

didados por personas físicas o jurídicas que realicen dicha actividad de manera profesional, cuando el prestatario, el fiador o garante sea una persona física (...)”. Existen en primer lugar, por tanto, unos requisitos específicos en relación a los sujetos intervinientes en el contrato, como prestamista y cliente, para que el mismo quede sujeto a las prescripciones contenidas en la Ley.

1. PRESTAMISTA:

Tiene que tratarse de personas físicas o jurídicas que realicen la actividad de concesión de préstamos de manera profesional, definición propia del “prestamista inmobiliario” que se reitera en el **número 2) del art. 4**, pero que se ve muy ampliada en el último párrafo del art. 2.1, según el cual “se entenderá que la actividad de concesión de **préstamos hipotecarios** se desarrolla con carácter profesional cuando el prestamista, sea persona física o jurídica, intervenga en el **mercado de servicios financieros** con carácter empresarial o profesional o, aun de forma ocasional, con una finalidad exclusivamente inversora”. Se nos ocurren al respecto una serie de cuestiones a la hora de interpretar esta norma:

a) En primer lugar, hay que atender al hecho de que al hablar en ese párrafo final del art. 2.1 de los “préstamos hipotecarios” podría entenderse excluido el segundo de los grupos de préstamos al que como vamos a ver se aplica la LCCI, el de la letra b) del art. 2.1, referido a los préstamos inmobiliarios

sin garantía hipotecaria. De ser así, cuando un préstamo de los incluidos en este segundo grupo se conceda de forma ocasional, aunque sea “con una finalidad exclusivamente inversora”, no se debería considerar concedido “con carácter profesional” y por tanto no cabría entenderlo sujeto a las previsiones de la LCCI.

b) Por otra parte, debe tenerse en cuenta que los supuestos de hecho que caen dentro del ámbito de aplicación de la LCCI –que a diferencia de lo que disponía la Orden de 28 de octubre de 2011, no se aplica exclusivamente a las entidades de crédito– podrían coincidir con los que han venido siendo objeto de regulación en la Ley 2/2009, de 31 de marzo, cuyo art. 1.1 se refería “a la contratación de los consumidores con aquellas personas físicas o jurídicas (en adelante, las empresas) que, de manera profesional, realicen cualquiera de las actividades que consistan en: a) La concesión de préstamos o créditos hipotecarios bajo la forma de pago aplazado, apertura de crédito o cualquier otro medio equivalente de financiación...”. Para evitar ese “solapamiento normativo” –en términos del Preámbulo de la LCCI– la **Disposición Final Novena** de la misma modifica dicho artículo, que pasa a hablar de “la concesión de préstamos o créditos hipotecarios, **distintos a los previstos en el artículo 2.1.a) y b) de la Ley 5/2019**, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, bajo la forma de pago aplazado, apertura de crédito o cualquier otro medio equivalente de financiación...”.

En consecuencia, la Ley 2/2009 resultará ahora aplicable únicamente a los préstamos **hipotecarios** en los que no se de ninguna de las condiciones subjetivas ni objetivas de la LCCI; esto es, a aquéllos que, concedidos de manera **profesional** por personas físicas o personas jurídicas distintas de una entidad de crédito, reúnan alguna de las siguientes características:

1. que el prestatario sea una persona jurídica (o una entidad sin personalidad jurídica) consumidora ⁽³⁾, y no existan personas físicas como fiadores o garantes; o bien

2. que la hipoteca recaiga sobre inmueble no residencial (a expensas de lo que se comentará sobre la cuestión relativa a la naturaleza del inmueble al hablar del ámbito objetivo de aplicación de la LCCI), y el préstamo no tenga la “finalidad inmobiliaria” del art. 2.1.b).

Los prestamistas profesionales que no sean una entidad de crédito, un establecimiento financiero de crédito o una sucursal en España de una entidad de crédito deberán haberse inscrito en el registro previsto en el **art. 42.1 LCCI**, previo cumplir los requisitos que se establecen en el art. 5 del RDCCI. La ley señala que “*el reconocimiento y el registro de los prestamistas inmobiliarios que operen o vayan a operar exclusivamente dentro del ámbito territorial de una Comunidad Autónoma corresponderá a la autoridad competente designada en cada Comunidad Autónoma, en el marco del Capítulo I de la Ley 2/2009, de 31 de marzo*”, regulando la Disposición Adicional Segunda del RDCCI la cooperación del Banco de España con dichas autoridades.

Parece necesario detenerse en la caracterización que la Ley hace para considerar que la actividad se desarrolla con carácter profesional, pues, de faltar alguno de los elementos de dicha caracterización el préstamo no quedaría sujeto a la misma, y hay que entender que tampoco a la ley 2/2009. En este sentido, la norma presupone, en primer lugar, una intervención “**en el mercado de servicios financieros**”, por lo que habría que empezar por determinar si una operación entre dos sujetos que no se han sometido a criterios de oferta y demanda para fijar el precio del servicio se puede realmente entender como tal, o si cabe una interpretación de este requisito que deje fuera del ámbito de aplicación de la ley tales supuestos.

Y a continuación, que esa intervención se realice “**con carácter empresarial o profesional**”, o bien “**de forma ocasional**”, pero “**con una finalidad exclusivamente inversora**”.

1. En cuanto a la primera posibilidad, decir que la actividad se desarrolla con carácter profesional cuando se interviene “**con carácter empresarial o profesional**”, constituye una aparente redundancia que únicamente puede entenderse si se interpreta como necesaria para contraponerla al segundo supuesto (el de la intervención “ocasional”), pero que llevaría a excluir de este primero a quienes no resulten profesionales o empresarios de ese “mercado de servicios financieros”. No se daría este requisito, por tanto, cuando el profesional de otro sector o mercado, pongamos el promotor inmobiliario, financia a un cliente, por ejemplo aceptando un aplazamiento

de pago, que como veremos es una de las formas de préstamo a que se refiere la ley en el art. 4.3 ⁽⁴⁾.

2. El segundo supuesto es el de la intervención “**de forma ocasional**”, al margen por tanto de esa actuación empresarial o profesional, pero “**con una finalidad exclusivamente inversora**”. Tampoco aquí encajaría el ejemplo puesto, porque cuando el promotor inmobiliario financia al comprador no lo hace con esa “finalidad exclusivamente inversora”, sino directamente ligada y subordinada a la venta del inmueble.

Pero habrá casos en los que el análisis resultará más complicado. Anticipándonos al mismo, habría que decidir:

a) Si al hablar la LCCI de la concesión de préstamos “**aun de forma ocasional**” ya el primer préstamo que reúna los elementos que comentamos queda sujeto a la misma (y si la respuesta positiva –de ser la correcta– cabe trasladarla también a los préstamos que siguen sujetos a la Ley 2/2009, de 31 de marzo), o si puede considerarse vigente y aplicable aquí la doctrina de la DGRN según la cual para la sujeción a dicha Ley 2/2009 se entendía suficiente –pero al mismo tiempo, también necesario– que el prestamista hubiera concedido “**simplemente dos préstamos**” (Res. de 11/07/2016, 02/09/2016, 26/07/2017).

En este sentido, parece razonable la opinión expresada en el documento de orientación de calificaciones registrales ⁽⁵⁾ elaborado por la Comisión de Asuntos Doctrinales del Colegio de Registradores y fechado en 3 de julio de 2019, según el cual la expresión “aun de forma ocasional” debe entenderse referida no tanto a la concesión aislada de un solo préstamo o crédito, sino a la sucesiva concesión de los mismos, aunque no con la suficiente frecuencia para poder alcanzar la consideración de habitual como categoría mercantil.

b) Sobre la interpretación correcta del requisito “**finalidad exclusivamente inversora**”. Si seguimos a la RAE cuando define el verbo *invertir* como “emplear, gastar, colocar un caudal”, todo préstamo constituye una inversión. Por tanto, la búsqueda del supuesto excluido por la norma por no tener esa finalidad “exclusivamente inversora” debería hacerse probablemente por una de estas dos vías: asimilando la misma a la búsqueda de un beneficio, o centrándonos en el hecho de que esa finalidad sea, como señala aquella, “exclusiva”.



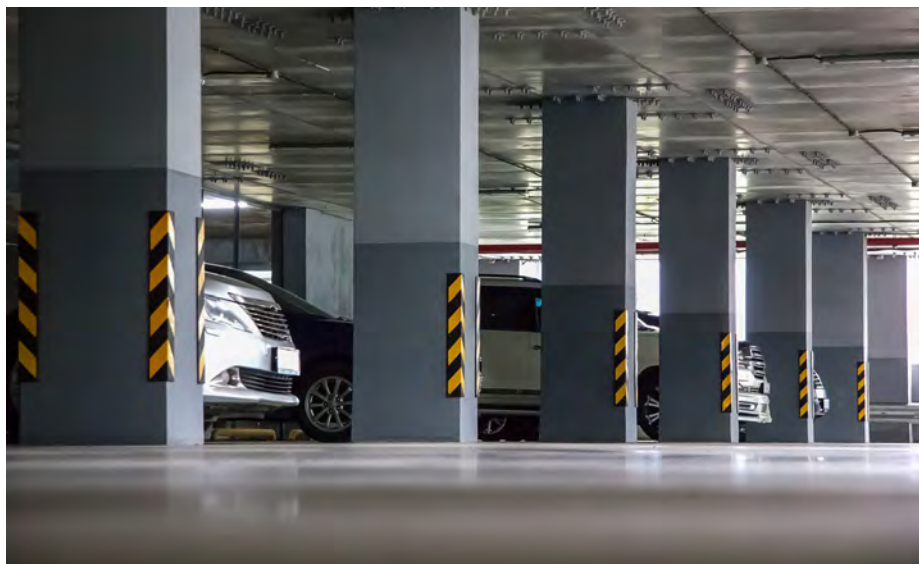
- Desde el primer punto de vista, no tendría finalidad inversora el préstamo sin interés (por otra parte, excluido en todo caso del ámbito de aplicación de la Ley según el art. 2.4). Pero, ¿qué ocurre con aquéllos en que el interés puede considerarse meramente remuneratorio o compensatorio de la no disponibilidad del capital por el prestamista durante el plazo pactado, sin pretensión de obtener un beneficio real? De admitir que tampoco los mismos tienen dicha finalidad inversora, ¿cuándo podría entenderse que estamos ante tal caso? ¿Cuando el interés esté referenciado a un índice oficial? ¿A cuál: IPC, interés legal del dinero...?

- Y si atendemos a que la sujeción a lo previsto en la LCCI se predica en relación a los préstamos ocasionales de finalidad *exclusivamente* inversora, quizá quepa excluir aquéllos en que con los mismos se busca ayudar al familiar o amigo prestatario, sin perjuicio de no renunciar a obtener una determinada rentabilidad.

Lo cierto es que de la solución que se dé a las dudas planteadas puede depender que la hipoteca, como garantía de deudas dinerarias entre particulares, quede o no reducida a hipótesis residuales: en primer lugar, por la amplitud del concepto de préstamo a que se refiere la ley ("pago aplazado, crédito u otra facilidad de pago similar", art. 4.3); en segundo lugar, por las dificultades que para tales particulares llevaría el cumplir con todos los requisitos que como vamos a ver establece la ley.

2. CLIENTES:

Ha de tratarse de personas físicas que sean deudores, fiadores o garantes (**art. 1** y **art. 2.1**). La intervención de una persona física, en cualquiera de dichas posiciones contractuales, determina la concurrencia de este requisito subjetivo de aplicabilidad de la ley. El Preámbulo anticipa lo que aparentemente habría de ser una regla general –que luego resulta no ser tal– según la cual no es preciso que se trate de un consumidor, es decir, persona que actúe fuera del ámbito de su actividad empresarial o profesional. Así, recuerda que si bien la normativa europea se refiere a los créditos celebrados con consumidores, también incluye la posibilidad de ampliar el ámbito de aplicación a no consumidores, y añade que "la presente Ley extiende su régimen jurídico a todas las personas



físicas, con independencia de que sean o no consumidores. Esta ampliación de la esfera subjetiva de protección de la Ley frente a la Directiva sigue la línea tradicional de nuestro ordenamiento jurídico de ampliar el ámbito de protección a colectivos como los trabajadores autónomos. Así se configura el ámbito de aplicación de la vigente normativa de transparencia en materia de créditos hipotecarios que se regula en el Capítulo II del Título III de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios".

Ciertamente, el art. 2.4 de la OM de 28 de Octubre de 2011, antes de su reforma por la OMCCI, establecía que "cuando el cliente actúe en el ámbito de su actividad empresarial o profesional, las partes podrán acordar que no se aplique total o parcialmente lo previsto en esta orden, con la excepción de lo establecido en el Capítulo II del Título III". Este, relativo a los préstamos y créditos hipotecarios, se aplicaba, en principio y por tanto, siempre, incluso cuando el cliente actuaba en el ámbito de su actividad empresarial o profesional. Sin embargo, la doctrina jurisprudencial derivada de la sentencia del Pleno de la Sala 1ª del TS, nº 367/2016, de 3 de junio de 2016, reiterada, entre otras, en las sentencias nº 41/2017, de 20 de enero de 2017, 8/2018, de 10 de enero de 2018, y 1226/2019, de 11 de abril, señaló que no procede el control de abusividad ni el control de transparencia cualificado de las condiciones generales incluidas en contratos con adherentes no consumidores⁽⁶⁾. Doctrina que, sin embargo, hay que entender ahora superada para los contratos de crédito inmobiliario por el nuevo régimen legal

aplicable, salvo para aquéllos en los que, como vamos a ver, se exige expresamente que el cliente persona física tenga la condición de consumidor.

C. ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN:

1. SUPUESTOS INCLUIDOS Y EXCLUIDOS:

1.1. SUPUESTOS INCLUIDOS POR EL TIPO DE NEGOCIO JURÍDICO: PRÉSTAMOS O CRÉDITOS

El **art. 2.3** señala expresamente que las referencias que se realizan a los préstamos se entenderán realizadas indistintamente a préstamos y créditos. Pero el **art. 4.3** contiene una definición del contrato de préstamo de mayor amplitud, sustancialmente equivalente a la que se incluía en el art. 1 de la Ley 2/2009: "el contrato mediante el cual un prestamista concede o se compromete a conceder un préstamo a un prestatario incluido en el ámbito de aplicación del artículo 2, en forma de **pago aplazado, crédito u otra facilidad de pago similar**".

Esta extensión alcanzaría por tanto a otros supuestos, más allá del préstamo o crédito, a los que habrá que prestar atención, como el simple reconocimiento de deuda.

1.2. SUPUESTOS INCLUIDOS POR LA GARANTÍA Y POR LA FINALIDAD

Por lo demás, para que al préstamo –con la amplitud vista– le sea aplicable la nueva ley debe estar incluido al menos en uno de

los dos grupos que se detallan en las letras a) y b) del art. 2.1, las características principales de los cuales se relacionan, respectivamente, con la existencia de garantía real, y con el destino "inmobiliario" de la financiación concedida:

a) *préstamos con garantía hipotecaria u otro derecho real de garantía sobre un inmueble de uso residencial. A estos efectos, también se entenderán como inmuebles para uso residencial aquellos elementos tales como trasteros, garajes, y cualesquiera otros que sin constituir vivienda como tal cumplen una función doméstica.*

b) *préstamos cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, siempre que el prestatario, el fiador o garante sea un consumidor.*

Sin embargo, determinar la aplicabilidad o no de la regulación al concreto supuesto de hecho resulta más complicado de lo debido. En primer lugar, porque frente a esta inicial tipificación general, la ley contiene después disposiciones específicas que parecen no referirse a ambos grupos, sino a uno u otro. De hecho, y como señalábamos más arriba, ya en el mismo artículo 2.1 se aprecia un tratamiento aparentemente distinto, cuando, al considerar determinadas operaciones 'ocasionales' como préstamos concedidos en ejercicio de una actividad "profesional", se refiere a los hipotecarios, lo que podría llevar a entender no incluido el préstamo ocasional del segundo grupo. Tampoco parece, como veremos, que la

comprobación por el notario de los requisitos de transparencia material y autorización del acta regulada en el art. 15 se prevea con carácter general, sino únicamente con relación a los préstamos con garantía hipotecaria del primer grupo, cuestión a la que haremos referencia más adelante. Y, del mismo modo, cuando en el art. 25 se establece un régimen imperativo del interés de demora, se hace referencia a su aplicabilidad a los préstamos hipotecarios sobre inmueble residencial, sin incluir a los del art. 2.1.b).

En otros casos, el problema es que la disposición particular modifica alguna de las características definidoras del grupo de préstamos al que en principio parece referirse. Así, en el art. 24, sobre vencimiento anticipado, la naturaleza residencial del inmueble, característica según el art. 2.1 solo de los préstamos con garantía hipotecaria, se incorpora también a los préstamos "de finalidad inmobiliaria", respecto de los que, en cambio, desaparece el requisito relativo a la condición de consumidor que la norma general de dicho artículo exige para este tipo de préstamos.

En principio, con arreglo a esa tipificación inicial, para que un préstamo encaje entre los definidos en el primero de los grupos (art. 2.1.a), resulta irrelevante la finalidad del mismo y la condición de consumidor, o no, del cliente; en el segundo (art. 2.1.b), por el contrario, lo irrelevante es la existencia o no de garantía hipotecaria, pero debiendo el cliente ser un consumidor. Que en ese primer grupo el legislador únicamente incluya a los préstamos con garantía hipotecaria de

inmueble "residencial" explica alguna norma que podría llegar a confundir, como la contenida en el **art. 22.1** de la LCCL, según la cual *"los contratos de préstamo regulados en esta Ley se formalizarán en papel o en otro soporte duradero. En caso de que estén garantizados con hipoteca constituida sobre un inmueble de uso residencial situado en territorio nacional, deberán formalizarse en escritura pública, pudiendo adoptar el formato electrónico conforme a la legislación notarial"*. El legislador menciona el préstamo hipotecario sobre inmueble de uso residencial porque es el único que contempla por razón de la garantía, sin que, obviamente, ello excluya la necesidad de formalización en escritura de cualquier otro préstamo con garantía hipotecaria, tanto si por tener la finalidad inmobiliaria a que se refiere el art. 2.1b) cae dentro del ámbito de aplicación de la ley, como si no.

La distinción entre los dos grupos de préstamos que recoge el art. 2.1 LCI es **similar** a la que se contenía en la **Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre**, cuyo art. 19 hablaba de préstamos con hipoteca sobre *vivienda* y aquellos "cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre *terrenos o edificios construidos o por construir*". La diferencia es que la Orden situaba la distinción dentro del Capítulo II del Título III, que regulaba las "Normas relativas a los créditos y préstamos hipotecarios"; de modo que en uno y otro caso se trataba de préstamos con garantía hipotecaria, resultándoles a ambos aplicables las disposiciones contenidas en dicho Capítulo.

Por el contrario, cualquier préstamo de consumo no garantizado con hipoteca, incluidos los que tenían esa "finalidad inmobiliaria", quedaba fuera del ámbito de aplicación de dichas disposiciones y aparentemente sujeto, dada la remisión contenida en el art. 33 de la Orden, a lo previsto en la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo. Pero solo aparentemente, porque el art. 3 de dicha ley, siguiendo lo previsto en la Directiva 2008/48/CE (art. 2.2.b), excluye de su ámbito de aplicación precisamente a esos "contratos de crédito cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir", lo cual provocaba que los mismos, si como decimos no estaban garantizados con hipoteca, no se beneficiaran de las normas de protección de una normativa ni



de la otra; sin olvidar que, aunque hubieren quedado sujetos a la Ley 16/2011, el artículo 5.5 de la misma prevé, con relación a los contratos de crédito al consumo cuyo importe total sea superior a 75.000 euros, una aplicación parcial que excluye, por ejemplo, el derecho de desistimiento que reconoce su art. 28.

Ahora, y en sintonía con el contenido de la LCCI, la OMCCI rectifica (Art. Segundo, números Cuatro y Cinco) el ámbito de aplicación de las normas contenidas en el Capítulo II del Título III de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, para hacerlo coincidir con el determinado en el art. 2 LCI. Consecuencia de todo ello es que a partir de la entrada en vigor de la ley, y siempre que el cliente sea un consumidor, el préstamo que, **sea cual sea su importe y aún sin garantía hipotecaria**, tenga esa "finalidad inmobiliaria" (*adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir*), quedará sujeto a las disposiciones de la misma, si bien ya hemos adelantado la duda, sobre la que volveremos, acerca de si les resulta aplicable el control notarial de transparencia que regula el art. 15.

Por lo demás, se plantean con relación a ese segundo grupo de préstamos de "finalidad inmobiliaria" del art. 2.1 b), y a la vista de la redacción de la norma, varias cuestiones, cuya respuesta, no siempre sencilla, incidirá a la hora de resolver sobre su aplicabilidad en casos como, por ejemplo, los de préstamos no hipotecarios a personas físicas relacionados con la adquisición (o conservación) de inmuebles no residenciales (un local o una nave industrial), cuando efectivamente el propósito no es, al menos enteramente, empresarial o profesional; o el de la fianza prestada por persona física en un préstamo empresarial, al que luego dedicaremos un apartado.

a) La primera cuestión, antes comentada, es que, según hemos visto, para que a estos préstamos les sea aplicable la normativa que estudiamos es necesario que el prestatario, el fiador o el garante **sea un consumidor**, requisito que no se exige para los préstamos hipotecarios.

Como sabemos, con arreglo al art. 3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, tienen la condición de consumidor las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial,



empresarial, oficio o profesión. Es por tanto ese propósito el elemento decisivo de la calificación en cada caso concreto del cliente como consumidor, sobre la base de una interpretación de dicho concepto que, en principio, debe hacerse "de forma restrictiva, en relación con la posición de la persona en un contrato determinado y con **la naturaleza y la finalidad** de este, y no con la situación subjetiva". Así resulta de las STJUE 25 de enero de 2018 y 14 de febrero de 2019 ⁽⁷⁾, citadas por el Tribunal Supremo en la sentencia 1226/2019, de 11 de abril de 2019. En la misma, el Tribunal Supremo destaca que es necesario que tal propósito no tenga en sí mismo naturaleza empresarial, de modo que el hecho de que una persona física actúe al margen de su actividad empresarial o profesional *habitual* no atribuye a la misma la condición de consumidor si la finalidad de la operación sí tiene tal naturaleza empresarial, aunque no encaje en la habitual de tal persona; razón por la que rechaza la condición de consumidora de una profesional (traductora) que hipoteca su vivienda para financiar la instalación de un negocio de hostelería.

Ahora bien, con relación a aquellos contratos con doble finalidad, en los que el deudor destina parte del importe a consumo y parte a su actividad profesional, tal criterio restrictivo resulta claramente matizado al señalar el Considerando 12 de la Directiva 2014/17/UE sobre CCI que "si dichas actividades comerciales o empresariales, o dicha profesión, son tan limitadas que **no predominan** en el contexto

general del contrato, dicha persona debe ser considerada un consumidor". Y siguiendo esta idea a sensu contrario, la sentencia del Tribunal Supremo 1385/2017 de 5 abril 2017 señala que si el uso profesional no fue marginal o residual, sino **preponderante**, no queda amparado el préstamo por la normativa protectora de los consumidores.

b) Respecto a qué debe entenderse por "**conservar derechos de propiedad**" inmobiliaria como finalidad del préstamo, parece que la interpretación literal es la correcta: no se trata de la conservación material del inmueble, sino de los derechos sobre el mismo (aunque quizá la propiedad no debiera ser el único). Así, vemos cómo el Considerando 15 de la Directiva ⁽⁸⁾, en un breve desarrollo de los tipos de contrato a los que es de aplicación la misma, tras mencionar a los créditos GARANTIZADOS mediante bienes inmuebles, se refiere a "los contratos de REFINANCIACIÓN u otros contratos de crédito que ayuden al propietario de la totalidad o de una parte de un bien inmueble a CONSERVAR derechos sobre bienes inmuebles o fincas". La refinanciación se presenta como el prototipo de estos préstamos, que deben permitir al prestatario evitar a través suyo la pérdida de la propiedad, a lo mejor embargada por la imposibilidad de atender el pago de cualquier deuda anterior. La no inclusión aquí de los préstamos que tengan como objeto financiar la ejecución de obras de conservación material ⁽⁹⁾ vendría apoyada por el hecho de que el mismo Considerando cita también más adelante entre los créditos a los que debe aplicarse



la Directiva a los **garantizados** destinados a la **renovación** de bienes inmuebles para uso residencial. El requisito de que estén garantizados les sitúa en el primer grupo, el de los “préstamos con garantía hipotecaria residencial”; de otro modo, tales créditos quedarían fuera del ámbito de la Directiva, como expresamente señala después el Considerando 18, que desvincula así el concreto concepto de “renovación” de la idea de “conservación de derechos de propiedad” ⁽¹⁰⁾.

c) Por otra parte, debe resolverse **de qué tipo ha de ser el inmueble** cuya propiedad se quiere adquirir o conservar. Así como en relación a los préstamos que incorporen garantía real la norma es clara al referirse a inmuebles “de uso residencial”, no existe esta concreción cuando se refiere a préstamos “cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles”, que, en principio, podrían por tanto ser también no residenciales. Lo cual, además de resultar coincidente con lo previsto en el anterior art. 19 de la OM de 28 de Octubre de 2011, encontraría apoyo en la propia Directiva, que en su Considerando 13 nos dice que “*si bien la presente Directiva regula los contratos de crédito que están relacionados de manera exclusiva o predominante con bienes inmuebles de uso residencial, ello no impide que los Estados miembros hagan extensivas a otros bienes inmuebles las medidas adoptadas de conformidad con la presente Directiva para proteger a los consumidores en relación con los contratos de crédito, ni que regulen de otro modo dichos contratos*”.

Sin embargo, mientras que la extensión subjetiva de la aplicabilidad de la Ley a los no consumidores, también prevista como posibilidad en la Directiva y aplicada por el legislador español a los préstamos del art. 2.1.b), es anunciada y argumentada por el legislador español en el Preámbulo, no ocurre lo mismo en cuanto a esta posible extensión objetiva a los inmuebles no residenciales que parece darse en el caso de los préstamos del art. 2.1.b). Por el contrario, el Preámbulo alude constantemente a las referencias que en la Directiva se hacen al destino residencial del inmueble ⁽¹¹⁾; como también sorprende que, frente a lo dispuesto en los artículos 1 y 2 al determinar con carácter general el objeto y ámbito de aplicación de la ley -distinguiendo con claridad entre los dos tipos de préstamos ya mencionados, y exigiendo solo en cuanto al primero de ellos la naturaleza residencial del inmueble- el **art. 24**, al regular, de modo imperativo, el vencimiento anticipado, se refiera como veremos a ese uso residencial tanto para uno como para otro grupo de préstamos.

En la Resolución de 16 de mayo de 2019, dictada en respuesta a una consulta del Consejo General del Notariado (que no hacía referencia a esta cuestión concreta), la Dirección General de los Registros y del Notariado parece asumir esta limitación del ámbito de aplicación de la ley a los inmuebles residenciales, al señalar que esta (punto 2) “supone importantes novedades en la concertación de préstamos *destinados a la financiación de inmuebles de carácter residencial*”, aunque más tarde, al hablar del

acta notarial que regula el art. 15, nos dice (punto 5) que la misma será “la piedra de toque sobre la que ha de girar la concertación de préstamos hipotecarios *sobre bienes inmuebles en España*”.

Si la extensión del ámbito objetivo de aplicación de la ley supone un beneficio para el cliente, por el incremento de protección que conlleva, parece que -sin perjuicio de que solo en los casos de inmueble residencial resulten aplicables normas concretas como la del art. 24 en relación al vencimiento anticipado- a la espera de una interpretación más contundente habría que entender incluidos entre los supuestos de este segundo grupo todos los préstamos que tengan la finalidad reseñada en el art. 2.1.b), con independencia de la naturaleza del inmueble, y sin que ello signifique necesariamente la aplicación a los mismos de las normas de control de transparencia de los arts. 14 y 15 ⁽¹²⁾.

1.3. SUPUESTOS EXPRESAMENTE EXCLUIDOS

Se recogen en el **art. 2.4**, que se refiere a seis supuestos, de los que los cinco primeros presentan condiciones específicas que hacen que la inversión, en términos de búsqueda de beneficio económico, no exista o no constituya la finalidad exclusiva del prestamista, lo que justificaría la no aplicabilidad de la ley, aun cuando en principio tales supuestos encajaren en alguno de los tipos del art. 2.1:

a) *concedidos por un empleador a sus empleados, a título accesorio y sin intereses o cuya Tasa Anual Equivalente sea inferior a la del mercado, y que no se ofrezcan al público en general,*

Hay que tener en cuenta, no obstante, que en este tipo de préstamos es frecuente establecer las condiciones aplicables a partir del momento en que el prestatario deje de tener la condición de empleado, condiciones que normalmente se ajustarán a criterios de mercado. De ser así, deberíamos plantearnos si el supuesto encaja en el previsto en la norma como excluido, a lo que se responde afirmativamente en el documento FAQCGN (número 19) sobre la base de que la previsión de un endurecimiento de las condiciones económicas si se produce por cese de la relación laboral constituye “una cláusula *“rebus sic stantibus”* que no muta la naturaleza de la operación y

que parece perfectamente compatible con la definición legal”.

b) **concedidos sin intereses y sin ningún otro tipo de gastos**, excepto los destinados a cubrir los costes directamente relacionados con la garantía del préstamo,

c) **concedidos en forma de facilidad de descubierto** y que tengan que reembolsarse en el **plazo de un mes**,

d) **resultado de un acuerdo alcanzado ante un órgano jurisdiccional**, arbitral, o en un procedimiento de conciliación o mediación,

e) **relativos al pago aplazado, sin gastos, de una deuda existente**, siempre que no se trate de contratos de préstamo garantizados por una hipoteca sobre bienes inmuebles de uso residencial, o

Plantea dudas el caso de esta letra e), que incluirá un supuesto de hecho relativamente frecuente, cual es el reconocimiento de deuda con acuerdo para el pago de la misma. Si el aplazamiento de pago es efectivamente, a los efectos de la ley, una forma de préstamo (art. 4.3), pero el art. 2.4 ya excluye en su letra b) la aplicabilidad de la misma a los contratos de préstamo “concedidos sin intereses y sin ningún otro tipo de gastos, excepto los destinados a cubrir los costes directamente relacionados con la garantía del préstamo”, hay que preguntarse por la razón de esa expresa referencia añadida al supuesto del préstamo “relativo al pago aplazado, sin gastos, de una deuda existente”; sentido que habrá que buscar en ese último requisito negativo, que de concurrir actuaría como contraexcepción, reconduciendo a la aplicabilidad de la ley al supuesto de hecho: “siempre que no se trate de contratos de préstamo garantizados por una hipoteca sobre bienes inmuebles de uso residencial”.

Tal requisito o característica (la garantía hipotecaria sobre inmueble residencial) podría teóricamente referirse a la actual operación de aplazamiento de pago –insistimos, una forma de préstamo ex art. 4.3- o a la deuda existente. En el primer caso, el supuesto no excepcionado de la aplicabilidad de la ley sería el del **préstamo garantizado por una hipoteca sobre bien inmueble de uso residencial, consistente en un acuerdo relativo al pago aplazado, sin gastos, de una deuda existente**. Sin embargo, el sometimiento a la ley de este supuesto con-



tradiría la excepción previamente recogida en la letra b) del mismo artículo 2.4, relativo, en general, a los préstamos sin intereses y sin ningún otro tipo de gastos. Por contra, si la garantía de hipoteca sobre inmueble residencial debe entenderse en referencia a la deuda existente, el supuesto no excepcionado sería el del **préstamo relativo al pago aplazado, sin gastos, de una deuda existente derivada de un préstamo hipotecario sobre inmueble residencial**; lo cual resultaría coherente con la aplicabilidad de la ley a los supuestos de novación de tales préstamos, aplicación que procederá incluso si la novación consiste en un aplazamiento de pago sin gastos.

Si esta es la interpretación correcta, habrá que entender en cambio no aplicable el régimen de la LCCI cuando la deuda existente tiene cualquier otro origen, aunque su aplazamiento de pago se garantice ahora con hipoteca de inmueble residencial, siempre que el mismo se estipule sin gastos. Lo cual, por otra parte, significaría, caso de que dicha deuda tenga origen en un préstamo de “finalidad inmobiliaria” de los de la letra b) del art. 2.1, que, pese a la regla general, que veremos, de aplicación de la ley a las novaciones sin distinción entre los dos tipos de préstamos a que se refiere dicho artículo, este caso concreto de novación no quedaría sujeto a esta regulación.

El último supuesto del art. 2.4 es el que hace referencia a la hipoteca inversa:

f) **hipoteca inversa** en que el prestamista:

i) **desembolsa un importe a tanto alzado o hace pagos periódicos u otras formas de desembolso crediticio a cambio de un importe derivado de la venta futura de un bien inmueble de uso residencial o de un derecho relativo a un bien inmueble de uso residencial**, y

ii) **no persigue el reembolso del préstamo hasta que no se produzcan uno o varios de los acontecimientos previstos en la disposición adicional primera de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, salvo incumplimiento del prestatario de sus obligaciones contractuales que permita al prestamista la rescisión del contrato de préstamo**.

La regulación de la hipoteca inversa pasa ahora a estar incluida en un nuevo Capítulo II bis introducido en el Título III de la Orden EHA/2899/2011 por el Artículo Segundo, número Catorce de la OMCCI. El Preámbulo de esta justifica dicha medida en la necesidad de “eliminar todo atisbo de inseguridad jurídica sobre el mantenimiento del régimen actual de protección de este producto” que pudiera derivarse del hecho de que una parte del régimen de dicha figura, contenido en la citada Orden EHA/2899/2011, estaba basado en remisiones a disposiciones de la misma que regulaban los préstamos hipotecarios y que ahora han perdido vigencia con la aprobación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, que no se aplica a las hipotecas inversas.

2. TRANSMISIÓN CON SUBROGACIÓN

La **Disposición Adicional Sexta** señala que “Las disposiciones previstas en esta



Ley serán de aplicación a los supuestos de **subrogación de deudor en la obligación personal** cuando la misma se produzca con ocasión de la **transmisión del bien hipotecado** y a los de **novación modificativa del contrato de préstamo**. Y ello, como veíamos al principio, se producirá, con arreglo a la **Disposición Transitoria Primera, número 2**, incluso en relación a *“aquellos contratos celebrados con anterioridad si son objeto de novación o de subrogación con posterioridad a su entrada en vigor”*.

Por lo que se refiere al supuesto de subrogación pasiva o de deudor, que aquí comentamos, y aunque, como vemos, la Disposición Transitoria no establece distinción entre tipos de préstamo, habrá que entender preferente la norma que se contiene en la Disp. Ad. Sexta y que, al referirse a la *“transmisión del bien hipotecado”*, remite al primero de los grupos mencionados anteriormente, *“préstamos con garantía hipotecaria residencial”*, que constituye en realidad el que con más probabilidad puede presentar dicho pacto. Es cierto que la D.A. 6ª no exige el destino residencial del inmueble, pero no tendría sentido circunscribir la aplicación de la ley con carácter general a los préstamos hipotecarios sobre inmueble residencial, y extenderla a cualquier otro tipo de inmuebles si la posición contractual deudora se asume por subrogación en un préstamo anterior. En todo caso, queda excluido el caso –mucho menos habitual– de transmisión con subrogación del comprador en un préstamo de los del *“segundo grupo”*, esto es, aquél que, sin estar garantizado hipotecariamente, tuvo en su momento

como objeto adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles.

Estaríamos por tanto, cuando la transmisión es por título de compraventa, ante el supuesto del primer párrafo del art. 118 de la Ley Hipotecaria, según el cual *“en caso de venta de finca hipotecada, si el vendedor y el comprador hubieren pactado que el segundo se subrogará no sólo en las responsabilidades derivadas de la hipoteca, sino también en la obligación personal con ella garantizada, quedará el primero desligado de dicha obligación, si el acreedor prestare su consentimiento expreso o tácito”*. Pero la aplicabilidad de la ley en tal caso –que incluiría la previa comparecencia del comprador ante el notario a fin del otorgamiento del acta que regula el artículo 15– exige que con anterioridad a la compraventa el acreedor haya mostrado su intención de aceptar la subrogación, pues de otro modo no puede exigirse al mismo el cumplimiento de las obligaciones de información y entrega de documentación que integran su *“deber de transparencia”*. De hecho, la entrega de la Ficha Europea de Información Personalizada (FEIN) prevista ahora en la LCCI, una vez adquiera la condición de oferta vinculante, debe entenderse como un auténtico consentimiento anticipado a esa subrogación, que además haría innecesaria, a mi entender, la comparecencia del acreedor hipotecario en la escritura de transmisión, salvo, claro está, que exista además una novación de condiciones que quiera recogerse en dicha misma escritura.

En principio, lo anterior no quiere decir que no sea posible que las partes convengan una subrogación en la deuda hipotecaria sin contar –o antes de contar– con el consentimiento del prestamista (y aun sin su conocimiento), pues, con independencia del riesgo que pueda implicar ⁽¹³⁾, la asunción de la deuda pendiente por el comprador es siempre un acuerdo posible entre las partes sobre la forma de pago, total o parcial, del precio. Esta posibilidad, sin embargo, hay que entenderla ahora sujeta, tratándose de transmisiones empresariales, a lo previsto en la **Disposición Adicional Séptima** de la LCCI, según la cual *“el empresario que, con ocasión de la transmisión de un inmueble hipotecado, vaya a pactar con el comprador la subrogación de éste en la obligación personal de un préstamo inmobiliario sujeto a esta Ley, debe comunicarlo al prestamista con al menos 30 días de antelación a la fecha de la firma prevista, al objeto de que el*

prestamista pueda realizar el necesario análisis de su solvencia y dar cumplimiento a los requisitos de información precontractual y el resto de las obligaciones exigidas en esta Ley y su desarrollo reglamentario, dando tiempo al potencial prestatario a buscar alternativas de financiación hipotecaria”. No tratándose de transmisiones empresariales, hay que entender que sí cabe la transmisión con pacto de subrogación sin necesidad de esa comunicación previa, pacto al que, a falta del necesario consentimiento del acreedor, no sería aplicable la ley, como tampoco lo será cuando el comprador retiene el importe correspondiente al saldo pendiente de la obligación garantizada, sin subrogación en esta y a los exclusivos efectos del posterior pago al acreedor, por cuenta del vendedor y a fin de cancelar la hipoteca ⁽¹⁴⁾.

Se plantea en todo caso la cuestión de cuál es el alcance de la aplicabilidad de la LCCI que predica la Disp. Ad. Sexta, y si la misma implica la necesidad de adaptar en su caso el contenido del contrato a las limitaciones que impone ahora la ley en relación a determinadas cláusulas contractuales.

La DGRN, entre otras en Resolución de 9 de octubre de 2015, señala, respecto de las escrituras de modificación de préstamos o créditos hipotecarios realizadas en el marco de la Ley 2/1994, que solo es necesaria la adaptación de todas sus cláusulas a las distintas reformas legislativas que se hubieran aprobado desde el otorgamiento de la correspondiente escritura de constitución *“respecto de aquellos tipos de cláusulas que sean objeto expreso de la modificación, por cuanto el mandato legal va dirigido a las escrituras constitución de hipoteca”*. Del mismo modo, en relación a las cláusulas de intereses que el Código de Consumo de Cataluña declaró abusivas en su art. 251-6, añade que ni este ni ninguna norma de naturaleza estatal exige la actualización de las correspondientes escrituras de constitución que las contuvieran. Deberá resolverse por tanto ahora si esa exigencia sí resulta incluida en los términos genéricos de la Disp. Ad. Sexta LCCI (*“Las disposiciones previstas en esta Ley serán de aplicación...”*) y si hay que considerar que la aplicación prevista en la misma tiene carácter global y obliga a esa adaptación.

Es cierto que la referencia que para el caso específico de transmisión empresarial hace la Disp. Ad. Séptima al *“necesario análisis*

sis de **solvencia** y cumplimiento de los requisitos de **información precontractual** y **resto de las obligaciones** exigidas en esta Ley y su desarrollo reglamentario” quizá apoyara la conclusión de una aplicación limitada a las normas de transparencia material. Y también que la Disp. Trans. Primera, n.2, relativa a los préstamos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de la ley, señala que “en particular, el prestamista deberá informar al prestatario en los términos señalados en el artículo 14 de aquellos contenidos que hayan sido objeto de modificación respecto de lo contratado inicialmente”. Pero no parece que ello permita sin más concluir a favor de una interpretación restrictiva de la aplicabilidad de la ley, puesto que, de una parte, una obligación “en particular” no excluye otras (“el resto”, a que se refiere la Disp. Ad. Séptima); de otra, esa obligación de información se refiere a una modificación de contenidos que no tiene por qué ser exclusivamente la convencionalmente pactada –podría incluir, precisamente, la impuesta por el carácter imperativo de las normas a aplicar– y, como decíamos, viene introducida tras una norma genérica que, de modo similar a la de la Disp. Adic. Sexta, indica que “las previsiones de esta Ley resultarán de aplicación...”.

Por lo demás, la transmisión con subrogación se puede producir, obviamente, en virtud de negocios distintos de la compraventa, que habrá que entender sujetos a la regulación si reúnen los requisitos necesarios. En principio, no se reunirán dichos requisitos, por ejemplo, en el caso de aportación de finca hipotecada a una sociedad, pero sí en el de donación de la misma a una persona física. Habrá casos en que la cuestión plantee más dudas, como por ejemplo la disolución de condominio o la liquidación de la sociedad conyugal, que, aparentemente, no deberían verse sometida a los requerimientos de la LCCI si el adjudicatario ya era deudor del préstamo, como se señala en el documento FAQCGN (número 20).

3. NOVACIÓN MODIFICATIVA

La Disp. Ad. 6ª y la Disp. Trans. 1ª, 2 se refieren también, junto con la subrogación, a la novación modificativa, si bien en este caso no existe referencia alguna que concrete la aplicabilidad de la ley a los supuestos de préstamo con garantía hipotecaria, por lo que podría entenderse que se extiende también a los del segundo grupo, es decir, a la novación modificativa de prés-



tamos o créditos que tuvieron como objeto adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles (con las dificultades que detectar dicha circunstancia puede llegar a presentar), aunque no exista garantía hipotecaria, e incluso de aquéllos que se hubieren otorgado antes de la entrada en vigor de la ley.

En relación al alcance de la aplicabilidad de la LCCI, nos remitimos a lo comentado en el apartado anterior al hablar de la subrogación pasiva ⁽¹⁵⁾.

Al supuesto específico de novación que suponga un cambio de interés variable a fijo se refieren, de una parte, el **art. 23.6**, limitando la compensación por amortización anticipada (amortización que no se entiende bien por qué se asocia a tal supuesto de novación); de otra, la **Disposición Adicional Novena**, que señala que para el cálculo de los honorarios notariales de la escritura correspondiente se aplicará lo dispuesto en la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, lo que podría significar la aplicación del arancel correspondiente a los «Documentos sin cuantía» previsto en el número 1 del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre ⁽¹⁶⁾. Curiosamente, aunque la Disposición Adicional Novena se titula “Honorarios notariales y registrales en la subrogación o en la novación modificativa de préstamos hipotecarios por cambio de tipo de interés variable a fijo”, la norma no contiene a continuación disposición alguna relativa a los honorarios registrales.

4. SUBROGACIÓN DE ACREEDOR

La subrogación de acreedor, en tanto que supondrá también –en principio– una novación objetiva, quedará incluida entre los supuestos a que se refiere la Disposición Adicional Sexta, y ello tanto si el préstamo inicial es anterior o posterior a la entrada en vigor de la misma. Desde este punto de vista, valdría también aquí lo indicado respecto del alcance de la aplicabilidad de la LCCI al hablar de la subrogación pasiva. El supuesto, sin embargo, presenta diferencias que acaban por inclinar a mi juicio la interpretación a favor de una aplicabilidad global, en tanto que para el nuevo acreedor la operación constituye una concesión de préstamo *ex novo*, cuya sujeción al nuevo régimen legal no creo que deba verse limitada a las obligaciones de transparencia en relación a las cláusulas objeto de modificación, sino que alcanzaría a todo el contenido del contrato, que podría haber de adaptarse en consecuencia a lo previsto en la LCCI.

De modo expreso, la ley se refiere a la subrogación acreedora con relación a tres cuestiones:

- en primer lugar, para modificar (**Disposición Final Tercera**) el art. 2 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, relativo al procedimiento de subrogación, destacando entre los cambios operados la sustitución del derecho de la entidad primitiva a enervar la subrogación por la posibilidad de “ofrecer al deudor una modificación de las condiciones de su préstamo, en los términos



que estime convenientes”; lo que significa que el deudor no va a estar obligado a mantener su préstamo en dicha entidad, aunque esta le iguale las condiciones que le ofrece otra.

- de otra parte, para regular la compensación a favor del prestamista subrogado por los gastos que soportó con ocasión de la concesión del préstamo. Así, señala el número 1 del art. 14 (ubicación que no parece muy adecuada, al referirse dicho artículo a las “normas de transparencia en la comercialización de préstamos hipotecarios”) que “si durante el periodo de duración del préstamo se produjesen una o varias subrogaciones de acuerdo con la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, el prestamista subrogado deberá ser reintegrado por el prestamista subrogante en la parte proporcional del impuesto y los gastos que le correspondieron en el momento de la constitución del préstamo al subrogado conforme a los apartados anteriores”, señalando a continuación el modo de calcular el importe de dicha compensación.

- por último, para “bonificar” la subrogación que suponga un cambio de interés variable a fijo, de la misma forma comentada antes para la novación: limitando la comisión de amortización anticipada a la pérdida financiera que pudiera sufrir el prestamista, con el máximo del 0,15 por ciento del capital reembolsado anticipadamente, y solo si dicha subrogación tiene lugar durante los 3 primeros años de vigencia del contrato de

préstamo (art. 23.6); y determinando en la ya citada Disp. Ad. Novena los honorarios notariales por remisión a la ley 2/94, de 30 de marzo.

5. REFERENCIA A LA GARANTÍA PRESTADA POR PERSONA FÍSICA EN PRÉSTAMO EMPRESARIAL

Cuando es la concurrencia de un fiador o garante, persona física, la que determina la aplicabilidad de la ley a un contrato entre un prestamista y un prestatario persona jurídica –contrato que a falta de dicha concurrencia no quedaría sujeto a la ley- se plantea la cuestión del alcance de esa aplicabilidad. Parece claro que la relación jurídica entre el prestamista y la persona física fiador o garante quedará sujeta a todas las prescripciones contenidas en la ley, en su caso cumplidos los requisitos y con las matizaciones o excepciones que la misma establece en función del tipo o categoría de contrato del art. 2.1, según lo apuntado más arriba –entre tales requisitos, la necesidad, si se trata de aquellos préstamos en que así lo exige la ley, de confirmar la condición de consumidor de dicho fiador o garante. Sin embargo, la relación entre prestamista y prestatario que no es persona física, y que por tanto queda fuera del ámbito de aplicación de la ley, no debería ver alterada dicha circunstancia –con el consiguiente beneficio para el deudor en cuanto a determinadas condiciones financieras, beneficio claramente no previsto por el legislador- por el hecho de aparecer las obligaciones de dicho deudor garantizadas con una fianza o hipoteca a la que sí le resulte aplicable aquélla. La DGRN

ha tratado de esta cuestión en las recientes Resoluciones de 13 y 27 de junio de 2019, señalando que desde un punto de vista registral el control de abusividad o contenido, en cuanto al contrato de garantía, debe circunscribirse como regla general a sus concretas cláusulas, pero no extenderse a las cláusulas específicas del contrato principal de préstamo garantizado, a las que le será aplicable la normativa que corresponda en atención, igualmente, a la condición de sus partes contratantes. En el supuesto de hecho el garante era consumidor, y de ahí esa referencia al control de abusividad o contenido, pero el criterio de sometimiento del contrato principal a la normativa correspondiente en función de la condición de los contratantes debería llevar también a esa no aplicación de la LCCI cuando el prestatario no es persona física, aunque sí lo sea el garante. Ello con independencia –salvo en los préstamos “de finalidad inmobiliaria del art. 2.1.b”- de que dicho garante sea o no consumidor, condición que no se requiere para los préstamos del art. 2.1.a (préstamos con garantía hipotecaria de inmueble residencial), y de que, de no serlo, no proceda tampoco en relación al mismo el control de abusividad o contenido.

No obstante, y con relación a aquellos casos (los del art. 2.1.b) en los que la ley sí exige la condición de consumidor en la persona física para entender el supuesto de hecho comprendido dentro de su ámbito de aplicación, hay que tener en cuenta que para decidir si en un préstamo a favor de una persona jurídica con un fiador o hipotecante no deudor persona física esta tiene o no esa condición de consumidor al criterio interpretativo de orden finalista que antes veíamos como necesario (el propósito ajeno a una actividad empresarial o profesional) se le añade otro, que es la no vinculación del garante con la sociedad deudora ⁽¹⁷⁾. De los Autos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de noviembre de 2015, C-74/15 (asunto Tarcau) y de 14 de septiembre de 2016, C-534/15 (asunto Dumitras) resulta confirmado que la Directiva de 1993 sobre cláusulas abusivas puede aplicarse a tales contratos, «cuando la persona física actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional y **carezca de vínculos funcionales** con la citada sociedad». Así ha sido declarado también por el Tribunal Supremo en su Sentencia número 1901/2018, de 17 de mayo, y por la DGRN, que en la Resolución de 31 de octubre de 2017 entendió no aplicable el



control de abusividad si la persona física que garantiza la deuda de la sociedad tiene la condición de socio, administrador o apoderado de la misma ⁽¹⁸⁾.

Cuando, por el contrario, el garante persona física sí tiene la condición de consumidor porque no solamente no actúa por razón de su actividad empresarial o profesional sino que además carece de vínculos funcionales con la sociedad prestataria, debe decidirse cuáles son los efectos y límites de la cláusula de garantía. En este sentido, las repetidas RDGRN de 13 y 27 de junio de 2019 han señalado que con arreglo a la jurisprudencia del TJUE el aval prestado no es nulo *per se* ⁽¹⁹⁾, añadiendo, como más arriba se adelantaba, que el control registral de abusividad o contenido debe limitarse a sus concretas cláusulas, sin extenderse a las específicas del contrato principal ⁽²⁰⁾: “una cosa es que en el momento de aplicarse el aval o la garantía que fuere, determinada cláusula del contrato de préstamo no le sea aplicable al avalista o al hipotecante de deuda ajena; y otra bien distinta, que se deniegue la inscripción de tal cláusula cuando la misma sí es aplicable a los prestatarios e incluso a los hipotecantes de deuda ajena, porque tal denegación, al ser la inscripción de la hipoteca constitutiva, privaría de la posibilidad de accionar esa cláusula frente a las indicadas personas”.

Ahora bien, la RDGRN de 27 de junio pasado contiene una importante matización al referirse a la inscripción de la cláusula de cobertura hipotecaria de los intereses de demora. No pudiendo dichos intereses superar respecto del consumidor el remuneratorio más dos puntos (el supuesto de hecho es anterior a la LCCI), y siendo el remuneratorio pactado fijo al 3,95%, el interés de demora estipulado en el contrato al 9%, válido respecto del prestatario no consumidor e inscribible a efectos obligacionales, “no podrá ser objeto de cobertura hipotecaria, la cual debe limitarse a aquel tipo máximo de interés moratorio que es susceptible de afectar al hipotecante consumidor, que en este caso es del 5,95%J”.

III. NORMAS DE PROTECCIÓN AL PRESTATARIO: EL ACTA NOTARIAL PREVIA AL OTORGAMIENTO DEL CONTRATO

Las normas de protección al prestatario vienen establecidas en el Capítulo II de la



Ley, del que nos interesa ante todo la Sección 1ª, Disposiciones Generales, que comprende los arts. 5 a 15 e incluye preceptos directamente relacionados con el control de incorporación o de transparencia formal y con el control cualificado o de transparencia material. Sin embargo, ya antes, en el **art. 3**, se contiene una norma básica a la hora de aplicar aquéllas, relativa al “*Carácter irrenunciable*” de las disposiciones de esta Ley y las contenidas en sus normas de desarrollo, las cuales “*tendrán carácter imperativo, no siendo disponibles para las partes contratantes salvo que la norma expresamente establezca lo contrario*”. En consecuencia, se añade, “*serán nulos de pleno derecho los actos realizados en fraude de lo dispuesto en esta Ley, de conformidad con lo previsto en el artículo 6 del Código Civil, y en particular la renuncia previa de los derechos que esta Ley reconoce al deudor, fiador, garante o hipotecante no deudor*”.

La parte más importante de la regulación contenida en la citada Sección 1ª es, desde el punto de vista notarial, la destinada a las obligaciones vinculadas al principio de transparencia material (**arts. 10 y 14**) y el control de las mismas (**art. 15**). Por lo demás, se regula el modo de cumplir con una serie de principios genéricos referentes a la actuación en la actividad de concesión de préstamos inmobiliarios (**arts. 5 y 9**), a su publicidad (**art. 6**) y a la evaluación de la solvencia del potencial prestatario (**arts. 11 y 12**), incluyéndose asimismo normas sobre la TAE (**art. 8**), inscripción en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación (**art. 7**), y tasación de la finca (**art. 13**).

Las disposiciones de la Ley han sido complementadas y/o desarrolladas en el RDCCI y en la OMCCI. Así, el primero incluye, en sus artículos 6 a 10, normas relativas a la información que debe facilitarse al prestatario **durante la vigencia del préstamo**, o a los sucesores del prestatario, fiador o garante al fallecimiento de su respectivo causante, mientras que los artículos 11 y 12 se refieren a los medios telemáticos para la remisión de documentación por el prestamista al notario, regulando, respectivamente, los principios y requisitos técnicos (**art. 11**) y el procedimiento de remisión (**art. 12**). Por su parte, en la OMCCI se modifica (Artículo Primero) la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios, y en el Artículo Segundo la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, en los aspectos señalados al principio de este estudio y que, en su mayor parte, se comentan a lo largo del mismo.

Antes de centrarnos en las obligaciones de transparencia material, comentaremos lo dispuesto en los artículos 7 y 13 de la Ley, antes citados.

A. DEPÓSITO DE FORMULARIOS EN EL REGISTRO DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

Las obligaciones del contratante predisponente que han de ser objeto del control de transparencia formal tienden a garantizar la posibilidad de conocimiento (no el



efectivo conocimiento) por el adherente de las condiciones generales y cláusulas pre-dispuestas, las cuales, además de cumplir los requisitos de *perceptibilidad, comprensibilidad y concreción* en su redacción⁽²¹⁾, deben ser entregadas o resultar accesibles por dicho adherente. Al respecto, el **art. 7**, titulado “**Obligaciones de transparencia en relación con los contratos**”, impone ahora a los prestamistas la obligación, en relación a “*las cláusulas contractuales utilizadas en los contratos de préstamo inmobiliario que tengan el carácter de condiciones generales de la contratación*”, de inscribir las mismas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación previsto en el artículo 11 de la Ley 7/1998, de 13 de abril –más correctamente, depositarlas, como resulta luego del art. 11.2 LCGC, modificado por la Disp. Final Cuarta de la LCCI- así como la de tenerlas disponibles en su página web, y, si no disponen de ella, en sus establecimientos abiertos al público. Esta obligación se reitera en el **art. 14.6**, según el cual “*las empresas prestamistas deberán tener a disposición de las personas prestatarias los formularios de las condiciones generales de la contratación que utilicen, conforme a lo establecido en el artículo 7*”. La amplitud de los términos utilizados (“préstamo inmobiliario”) llevaría a entender, dado que todo préstamo puede tener la finalidad inmobiliaria a que se refiere el art. 2.1.b, que dicha obligación se extendería a las condiciones generales de cualquier tipo de préstamo o “forma de pago aplazado, crédito u otra facilidad de pago similar”. Sin embargo, cuando como complemento de dichas normas la **Dis-**

posición Final Cuarta modifica la Ley de CGC lo hace introduciendo en su art. 11.2 un párrafo conforme al cual “*los formularios de los préstamos y créditos hipotecarios comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, deberán depositarse obligatoriamente por el prestamista en el Registro antes de empezar su comercialización*”. De nuevo, por tanto, la referencia aquí al ámbito hipotecario puede plantear dudas en relación al alcance de la obligación en relación a esos préstamos del art. 2.1.b, y llevar a entender que, a pesar de que el art. 7 hable de “préstamos inmobiliarios”, la obligación de depósito que en el mismo se establece solo alcanza a los garantizados con hipoteca.

Esta parece ser la interpretación que hace la Instrucción dictada sobre esta materia por la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de junio de 2019, que si bien no trata expresamente la cuestión, sí se refiere continuamente a los préstamos hipotecarios. Con arreglo a dicha Instrucción, el prestamista habrá de depositar en el Registro de Condiciones Generales esos formularios, bien por modelos de contrato, bien por cláusulas ordenadas por materias u otro criterio. Aunque tanto notario como registrador de la propiedad habrán de hacer una verificación formal de tal depósito, añade el Centro Directivo que “no debe ser obstáculo para la formalización e inscripción del contrato de préstamo hipotecario que entre las cláusulas del mismo se encuentren insertadas algunas que se apartan de las condiciones generales que

se han depositado, precisamente porque por su especialidad propia no constituyen condiciones generales, sino condiciones particulares, o bien pactos que han sido objeto de negociación individual”. En todo caso, se descarta la calificación registral “de la eventual discordancia de alguna de las cláusulas de la escritura con las condiciones generales depositadas, por aplicación de la nueva redacción que al art. 258.2 de la Ley Hipotecaria se le ha dado por la Ley 5/2019”, al que se hará referencia más tarde al hablar del control de cláusulas abusivas.

Por lo demás, la obligación que se impone puede llevar a una simplificación de las minutas utilizadas en estos contratos, que podría llegar a ser aún mayor si el legislador utiliza la previsión de desarrollo reglamentario contenida en la **Disposición Final Decimoquinta**, que en su letra d) se refiere al “*establecimiento de un modelo de contrato de préstamo con garantía hipotecaria y de medidas que favorezcan su utilización, que será voluntaria para las partes*”.

B. TASACIÓN DE LOS INMUEBLES

El **art. 13**, relativo a la “tasación de los bienes inmuebles”, prevé que esta sea efectuada “*por una sociedad de tasación, servicio de tasación de una entidad de crédito regulados por la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, y/o profesional homologado conforme al Real Decreto 775/1997, de 30 de mayo y a la disposición adicional décima de esta Ley, independiente del prestamista o del intermediario de crédito inmobiliario*”. La mencionada **Disposición Adicional Décima** anuncia que “*el Gobierno aprobará en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta norma el régimen de homologación de aquellos profesionales que puedan realizar tasaciones de conformidad con lo previsto en el artículo 13 de esta Ley*”.

La exigencia de que la tasación se ajuste a la normativa que se detalla “independientemente del prestamista o del intermediario de crédito inmobiliario” parece que deja sin aplicación la doctrina de la DGRN contenida en Resolución de 14 de septiembre de 2016, según la cual, siendo exigible la tasación, tratándose de hipotecas constituidas a favor de sujetos distintos de los mencionados en el artículo 2 de la Ley 2/1981 no lo era el que la misma fuese realizada por entidad de tasación.



En todo caso, la novedad más relevante de la LCCI en relación a la tasación de la finca es la modificación que la **Disposición Final Primera, número 3**, introduce en el **art. 129 de la Ley Hipotecaria**, tras la cual este señala ahora, en relación al procedimiento o venta extrajudicial, que «el valor en que los interesados tasan la finca para que sirva de tipo en la subasta no podrá ser distinto del que, en su caso, se haya fijado para el procedimiento de ejecución judicial directa, **ni podrá en ningún caso ser inferior al valor señalado en la tasación que, en su caso, se hubiere realizado en virtud de lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario**». Como señala Emma Rojo en las páginas de “notariosyregistradores.com”, dado que no existe una modificación paralela en relación al procedimiento de ejecución directa, y que por lo tanto el art. 682.2 LEC sigue exigiendo que el valor de tasación para subasta no sea inferior, en ningún caso, al 75 por cien del valor señalado en la tasación, el pacto de utilización de ambos procedimientos exigirá ahora que el valor de tasación para el de ejecución judicial directa tampoco sea inferior al de la tasación realizada conforme a lo previsto en la Ley de regulación del mercado hipotecario.

C. CONTROL DE TRANSPARENCIA MATERIAL

Como decíamos, resultan de especial interés las previsiones contenidas en los artículos 10, 14 y 15, titulados, respectivamente, “Información precontractual de los préstamos inmobiliarios” (**art. 10**), “Normas de transparencia en la comercialización de préstamos inmobiliarios” (**art. 14**) y “Comprobación del cumplimiento del principio de transparencia material” (**art. 15**). A través de las mismas el legislador introduce en la normativa aplicable a estos contratos el *deber de transparencia* a que se refiere la jurisprudencia (STS de 8 de septiembre de 2014) y regula ese control de transparencia material, desarrollado también por la jurisprudencia europea y española en base al art. 4.2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas. Dicho control se extiende únicamente, en principio, a las cláusulas definitorias del objeto principal del contrato y de la equivalencia entre precio y prestación; cláusulas que, por aplicación de dicho artículo 4.2, no quedan sometidas al control de abusividad ⁽²²⁾.

Podemos decir que, con arreglo a los citados artículos, la Ley impone una serie de

obligaciones a la entidad financiera (art. 14.1), al prestatario (art. 15.1), y al propio notario (art. 15.2), y que del cumplimiento de todas dichas obligaciones deberá quedar constancia en un acta notarial previa al otorgamiento de la escritura de préstamo o crédito (aunque en principio solo si se trata de los “préstamos con garantía hipotecaria residencial” a que se refiere la letra a) del art. 2.1).

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que la mayoría de las obligaciones del prestamista en esta etapa precontractual se imponen también a otras figuras que pueden intervenir en la misma, como son los **intermediarios de crédito inmobiliario** y sus **representantes designados** ⁽²³⁾. Dicha imposición lo es en unos casos con carácter cumulativo, a cumplir por todos ellos, pero en otros con carácter alternativo, por lo que, teóricamente, la obligación podría ser cumplida por uno u otro; y esto último es precisamente lo que parece ocurrir en relación a la documentación a entregar al prestatario según el art. 14: “*El prestamista, intermediario de crédito o su representante designado, en su caso, deberá entregar al prestatario o potencial prestatario, con una antelación mínima de diez días naturales respecto al momento de la firma del contrato, la siguiente documentación: (...)*”. Ello pese a que, según previamente establece el art. 10.1, el primero de esos documentos, la FEIN, habrá de haber sido entregado, por “*el prestamista Y, SI HA LUGAR, el intermediario de crédito o su representante designado*”.

1. OBLIGACIONES DEL PRESTAMISTA

El **art. 14. 1** se refiere a la puesta a disposición del prestatario de determinada documentación ⁽²⁴⁾, obligación que debe estudiarse desde el punto de vista del **plazo** y **modo** de cumplimiento, y del **contenido** de la aquélla.

1.1. En cuanto al **PLAZO** para la entrega, señala el art. 14.1 que la documentación deberá entregarse con una antelación mínima de **diez días naturales** respecto al momento de la firma del contrato.

1.2. En relación con el **MODO** de realizar esa entrega, no se determina en la regulación de forma expresa si debe tratarse de una entrega física o puede ser telemática, pero es importante lo dispuesto en el último párrafo de dicho art. 14.1, según el cual “*esta documentación,*

junto a la manifestación firmada por el prestatario, en la que declare que ha recibido la documentación y que le ha sido explicado su contenido, deberá remitirse también al notario elegido por el prestatario a los efectos de lo dispuesto en el artículo siguiente. La remisión de la documentación se realizará por medios telemáticos seguros cuyas especificaciones se determinarán reglamentariamente, que deberán cumplir las siguientes exigencias mínimas: el sistema deberá permitir al Notario una comprobación fehaciente de la fecha en que se incorporaron a la aplicación, para su puesta a disposición del mismo Notario, los citados documentos firmados por el prestatario”. Se exige por tanto la firma de dichos documentos por el prestatario, y, dado que no se dice otra cosa, habrá que entender que se trata de una firma manuscrita, que este habrá de estampar en un ejemplar de cada uno de aquéllos; ejemplar que, junto con un documento específico en el que el prestatario confirme que le ha sido efectuada esa entrega y explicado el contenido de la documentación, se incorporará, digitalizada, a la aplicación legalmente prevista.

El RDCCI regula en sus artículos 11 y 12 los principios, requisitos técnicos y el procedimiento de remisión al notario, regulación de la que destacamos ahora, y por lo que a continuación se dirá, los siguientes puntos:

– en primer lugar, que, al igual que la entrega al prestatario, la remisión al notario podrá ser hecha, a través de los medios telemáticos previstos, por el prestamista, intermediario de crédito o representante designado (art. 12.1);

– en segundo lugar, que “corresponderá a la Dirección General de los Registros y del Notariado la inspección de las plataformas empleadas por el prestamista, intermediario de crédito o representante designado y los notarios, en particular a los efectos del cumplimiento por las mismas de los requisitos establecidos” (art. 11.3).

El Proyecto de ley preveía que la remisión se efectuaría mediante la interconexión de las plataformas de la entidad financiera y del Consejo General del Notariado. La redacción definitiva de la Ley no recoge esa previsión y ha suscitado las dudas de si, pese a hablar de “remisión”, lo que se regula es una habilitación al Notario para el acceso a la aplicación en la que se haya efectuado esa incorporación, y de si dicha

aplicación puede ser la propia del prestamista, intermediario de crédito o representante designado. Estas dudas son resueltas por la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resolución de fecha 16 de mayo de 2019, en respuesta a una consulta formulada por el Consejo General del Notariado, señalando (punto 14) que la remisión implica que la información “se desplaza desde la plataforma o aplicación informática que esté utilizando el Banco, intermediario financiero o representante del mismo a la plataforma o aplicación que esté utilizando el notario. Queda, pues, desde ese momento, bajo el control propio y exclusivo del notario, puesto que se ha consumado la remisión, sin que el Banco pueda ya tener acceso a los documentos electrónicos o información que ha remitido, por ejemplo para alterarlos. En consecuencia, esos documentos e información habrán debido quedar alojados bien en una plataforma notarial distinta de la del Banco, o bien en el ordenador del notario, pero en todo caso desligándose conceptual y físicamente en términos absolutos de la plataforma de la entidad financiera”. Hay otro argumento de peso para que la DGRN resuelva de esta manera, y es que uno de los requisitos del sistema previsto legalmente es que debe permitir al Notario una **comprobación fehaciente de la fecha** en que se incorporaron los documentos firmados por el prestatario (art. 14.1 LCCI y 11.1 RDCCI), y, como señala la Resolución, esa comprobación fehaciente “solo es posible (y solo será tal) cuando la incorporación a la aplicación queda bajo la fe pública notarial”.

Sobre la posibilidad de que el prestamista decida efectuar la remisión –y actuaciones a que la misma dará lugar– por medio de una plataforma de gestión en lugar de una propia, señala la Resolución (punto 22) que deberá aquél haber conferido un poder suficiente, la acreditación del cual podría hacerse en la práctica normal mediante remisión de una copia autorizada electrónica de la escritura de poder por el mismo sistema empleado para el resto de la documentación e información.

1.3. En cuanto al **CONTENIDO**, la documentación a que se refiere el art. 14.1 y cuya entrega al prestatario el notario deberá comprobar, dejando constancia de ello, es la siguiente:

a) La **Ficha Europea de Información Personalizada (FEIN)** regulada en el art.

10 de la Ley, que la viene a definir como el documento por medio del cual la entidad financiera ofrece al prestatario **“la información personalizada que necesite para comparar los préstamos disponibles en el mercado, para evaluar sus implicaciones y para tomar una decisión fundada sobre la conveniencia de celebrar o no un contrato de préstamo”**. Y añade que su entrega deberá hacerse **“sin demora injustificada una vez que el prestatario haya dado la información necesaria sobre sus necesidades, situación financiera y preferencias, y con suficiente antelación, que nunca será inferior a diez días naturales, respecto del momento en que el prestatario quede vinculado por cualquier contrato u oferta de préstamo”**.

De acuerdo con ello, en ese primer momento la FEIN cumpliría una función de información y ofrecimiento, pero sin vincular a la entidad, ni por supuesto al prestatario. Pero no existe en esta fase intervención notarial que deba confirmar su entrega ni el cumplimiento de un plazo. Esa intervención aparece en el momento en que la FEIN haya adquirido, como señala el art. 14.1, **“la consideración de Oferta Vinculante para la entidad durante el plazo pactado hasta la firma del contrato que, como mínimo, deberá de ser de diez días”**. De lo cual parece deducirse:

1. Por un lado, que para que se produzca esa conversión de la FEIN en Oferta Vinculante es preciso que exista un “pacto” entre las partes en relación al plazo que se dan para la firma del contrato. La existencia de tal pacto se entendería probada por la suscripción del documento por ambas partes, que deberá haberse realizado con la antelación señalada en la norma. Pero no parece necesario que dicho documento incluya una expresa referencia a la vinculación de la entidad, puesto que, existiendo ese pacto, tal vinculación viene impuesta legalmente (“tendrá” la consideración de oferta vinculante, dice la norma).

2. Por otro lado, que ese plazo pactado hasta la firma del contrato no puede ser inferior, pero sí superior, a los diez días.

Como vemos –y aunque es probable que la entrega de la FEIN coincida en la práctica con la suscripción de la misma por el prestatario, y por tanto con su conversión en Oferta Vinculante⁽²⁵⁾– teóricamente existen dos plazos, el de entrega de la FEIN y el de vinculación para la entidad.

Uno y otro tienen como momento final de cómputo el día en que el prestatario quede vinculado por el contrato (otorgamiento de la escritura), pero, no teniendo por qué coincidir en su duración –puesto que tanto para uno como para otro el plazo señalado en la ley se prevé como “mínimo”⁽²⁶⁾– podrían tener un diferente momento inicial, si la FEIN se ha entregado con una antelación de más de diez días, pero no se ha firmado por el prestatario (ni por tanto “pactado” en la misma el plazo para el otorgamiento de la escritura) hasta un momento posterior.

Ambos plazos son de días naturales, conforme al art. 5.2 CC, aunque ello solo se especifique en relación al del art. 10. En el cómputo, de acuerdo con el citado art. 5 CC y como recuerda la Circular de CGN 1/2019, se excluye el día de entrega.

El Anexo I de la Ley recoge el contenido de la FEIN de modo pormenorizado, incidiendo en las obligaciones económicas que el contrato conlleva para el prestatario, en particular en los supuestos de interés variable⁽²⁷⁾.

La Disposición Transitoria Cuarta de la misma arrastra una previsión que el retraso en la aprobación y publicación de la Ley dejó sin contenido práctico y según la cual hasta el 21 de marzo de 2019 los prestamistas podían seguir utilizando la Ficha de Información Personalizada (FIPER) prevista en el artículo 22 y el anexo II de la Orden EHA/2899/2011, así como la Ficha de Información Precontractual prevista en el artículo 21 y en el Anexo I de dicha Orden⁽²⁸⁾. Posteriormente, la Disposición Final Tercera de la OMCCI estableció que la obligación de facilitar la FIPER subsistía hasta el día 16 de junio de 2019.

b) El segundo documento a entregar al prestatario, según el art. 14.1, es la **Ficha de Advertencias Estandarizadas (FIAE)** cuyo contenido normalizado recoge el **Anexo II de la Orden de 2011**, modificado a tal fin por la OMCCI. También aquí existe, no obstante, en la citada Disposición Final Tercera de la OMCCI una norma especial de derecho transitorio que prevé su entrada en vigor a los tres meses de la publicación en el BOE, esto es, el 29 de julio de 2019, hasta cuya fecha habrá que entender no exigible la FIAE.

Con arreglo al citado art. 14.1, la FIAE deberá hacer referencia, en su caso, a los siguientes puntos:



1. los índices oficiales de referencia utilizados.

Hay que tener en cuenta que la utilización de dichos índices oficiales NO ES obligatoria, lo que reconocen expresamente los arts. 14.5 (al decir que los mismos podrán ser aplicados por los prestamistas “sin perjuicio de la libertad contractual”) y 21.2 (que regula los requisitos que ha de tener el índice de referencia).

Siguen teniendo la condición de tipos de interés oficiales los recogidos en el art. 27 de la OM de 28 de Octubre de 2011.

2. los límites mínimos en el tipo de interés aplicable (“cláusula suelo”). Se trata, claramente, de un error, puesto que el art. 21 incluye un número 3 según el cual “en las operaciones con tipo de interés variable no se podrá fijar un límite a la baja del tipo de interés”. Así lo confirma el Anexo II de la Orden de 2011 al no incluir este punto dentro del contenido normalizado de la FiAE.

El citado artículo 21 de la Ley, en su número 4, zanja también la posibilidad de una interpretación desnaturalizadora del contrato de préstamo, al confirmar que “El interés remuneratorio en dichas operaciones no podrá ser negativo”.

3. la regulación del vencimiento anticipado del préstamo como consecuencia del impago, y los gastos derivados de ello (estipulación que tiene ahora nuevos límites, a los que nos referiremos).

4. la distribución de los gastos asociados a la concesión del préstamo.

En relación a dichos gastos, la ley incluye en el número 14.1.e) una distribución imperativa de los correspondientes a cada una de las partes, según la cual el prestatario asumirá los gastos de tasación, mientras que el prestamista asumirá los de (i) gestoría, (ii) los aranceles notariales de la escritura matriz y (iii) los de inscripción, así como (iv) el impuesto de AJD, dada la remisión que se hace a la normativa tributaria aplicable. Los aranceles notariales relativos a las copias de la escritura los satisfará quien las solicite, aunque según la Disposición Adicional Octava “el notario autorizante de una escritura de préstamo sujeto a la presente Ley entregará o remitirá telemáticamente al prestatario sin coste copia simple de aquella”, a cuyo efecto deberá constar en la escritura una dirección de correo electrónico del prestatario.



Con relación al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, la **Disposición final segunda** de la LCCI modifica el Texto Refundido de la Ley 1/1993, de 24 de septiembre, para confirmar la inaplicabilidad en beneficio del prestamista de los beneficios fiscales y exenciones subjetivas concedidos por dicha u otras leyes, al declarar que los mismos «no serán aplicables en las operaciones en las que el sujeto pasivo se determine en función del párrafo segundo del artículo 29 del Texto Refundido, salvo que se dispusiese expresamente otra cosa».

5. Finalmente, la FiAE deberá hacer referencia, en su caso, a que se trata de un **préstamo en moneda extranjera**.

La ley dedica el **art. 20** a regular dichos préstamos, que previamente el **art. 4.27** define como aquéllos la moneda de los cuales no sea:

- la del Estado miembro en que *resida* el prestatario; o
- aquella en la que el prestatario, en el momento de la formalización del contrato, *tenga los activos o reciba los ingresos* con los que reembolsar el préstamo

Es decir, que un préstamo en euros puede ser a estos efectos considerado como “préstamo en moneda extranjera” si se concede a un ciudadano no residente en la Zona Euro (un ciudadano residente en Gran Bretaña, por ejemplo) y que no vaya a reembolsar el préstamo con activos que tenga o con ingresos que reciba en euros.

Y la particularidad de estos préstamos – que deberá constar en la FEIN y en el contrato según el art. 20.5- radica en el derecho del prestatario a convertirlo a una de esas monedas (art. 20.1), si bien el prestatario que NO sea consumidor podrá, en lugar de ese derecho, pactar con la entidad un sistema de limitación del riesgo de fluctuación del tipo de cambio (art. 20.2). Obviamente, esta última regla no debe excluir la posibilidad del prestatario consumidor de pactar dicho sistema, sin perjuicio de que siga teniendo la opción de conversión a que se refiere el número 1. De hecho, el art. 20.5 dice que si el contrato no contiene (luego podría contener) disposiciones destinadas a limitar el riesgo de tipo de cambio a que está expuesto el prestatario a una fluctuación del tipo de cambio inferior al 20 por ciento, la FEIN deberá incluir un ejemplo ilustrativo de los efectos que tendría una fluctuación del tipo de cambio del 20 por ciento.

Los números 3 y 4 del artículo 20 regulan la obligación de información periódica a suministrar durante la vigencia del préstamo cuando es en moneda extranjera, obligación que desarrolla el art. 31 de la Orden de 28 de octubre de 2011, en la redacción que le da la OMCCI.

c) Además de la FEIN y la FiAE, en caso de tratarse de un préstamo a tipo de interés variable, el art. 14.1 c) exige la entrega de un **documento separado** con una referencia especial a las cuotas periódicas a satisfacer por el prestatario en diferentes escenarios de evolución de los tipos de interés, información que el artículo 26.2 de la Orden



de 28 de octubre de 2011, en la redacción dada por la OMCCI, señala que deberá tener en cuenta los índices máximos, medios y mínimos que el índice de referencia haya experimentado durante los últimos veinte años (antes quince).

Asimismo, dicho artículo de la OMCCI amplía ahora esta obligación de información a la relativa a las posibilidades de cobertura frente a las variaciones del interés, “y todo ello teniendo además en cuenta el uso o no de índices oficiales de referencia”.

d) Se deberá entregar también una **copia del proyecto de contrato**, cuyo contenido deberá ajustarse al de los documentos referidos en las letras anteriores e incluirá, de forma desglosada, la totalidad de los gastos asociados a la firma del contrato.

Señala Ricardo CABANAS en ‘El Notario del Siglo XXI’, nº 84, que “cualquier discrepancia entre las condiciones ofertadas en la FEIN y el texto del contrato, impide cerrar el acta con resultado positivo, y consiguientemente el otorgamiento de la escritura de préstamo. No hay posibilidad alguna de que el interesado se conforme y acepte el otorgamiento con esa ausencia o discrepancia. Será necesario dar marcha atrás y empezar de nuevo el proceso”.

e) Se habrá de facilitar “Información clara y veraz de los **gastos** que corresponden al prestamista y los que corresponden al prestatario”, con arreglo al desglose al que antes hacíamos referencia, siendo lo lógico que no se exija para ello un documento inde-

pendiente a la propia FIAE, en la que, como veíamos, ya deberá constar la distribución de los gastos asociados al préstamo.

f) cuando el prestamista requiera una póliza de seguro en garantía del cumplimiento de las obligaciones del contrato de préstamo, de daños, o cualquier otro previsto en la normativa del mercado hipotecario, deberán ser objeto de entrega las **condiciones de las garantías**.

Hay que tener en cuenta que, frente a la prohibición general de “prácticas de venta vinculada de préstamos” que se establece en el **art. 17.1**, el número 3 de dicho artículo excepciona el caso de los seguros en garantía del cumplimiento de las obligaciones del contrato de préstamo, el de daños respecto del inmueble hipotecado y el resto de seguros previstos en la normativa del mercado hipotecario, si bien el prestamista deberá aceptar pólizas alternativas de aquellos proveedores que ofrezcan condiciones y prestaciones equivalentes ⁽²⁹⁾. En este caso, según la norma, “la aceptación por el prestamista de una póliza alternativa, distinta de la propuesta por su parte, no podrá suponer empeoramiento en las condiciones de cualquier naturaleza del préstamo” ⁽³⁰⁾.

g) por último, se refiere este art. 14.1 a la **advertencia** de la **obligación de recibir asesoramiento** del notario que elija el prestatario para la autorización de la escritura de préstamo; advertencia que, pese a la dicción literal de la norma, puede estar incluida en alguno de los documentos indicados, pareciendo la FEIN el más idóneo.

2. OBLIGACIONES DEL PRESTATARIO

La obligación impuesta por la ley al prestatario es, por tanto, la de comparecer ante el Notario, de cara a resolver las cuestiones que le plantee la operación y recibir el asesoramiento e información pertinentes. El Preámbulo de la Ley señala, efectivamente, que el conocimiento de las consecuencias de aquello a lo que se obliga es un derecho, pero también un deber del prestatario, y como tal configura el **art. 15.1** tal comparecencia: “durante el plazo previsto en el artículo 14.1, el prestatario **habrá de comparecer** ante el notario por él elegido a efectos de obtener presencialmente el asesoramiento descrito en los siguientes apartados”. Sin embargo, y como adelantábamos más arriba, no parece que esa obligación, y con ella la relativa al otorgamiento del acta notarial, alcance a todos los préstamos mencionados en el art. 2 al determinar el ámbito de aplicación de la ley, cuestión a la que luego nos referiremos.

La comparecencia ante el notario (que el **art. 15.4** extiende “a toda persona física que sea **fidora o garante** del préstamo”), deberá tener lugar dentro de los **diez días naturales anteriores** al momento de la firma del contrato (art. 14.1), exigiendo más adelante el **número 3 del art. 15** que sea “**como tarde el día anterior al de la autorización de la escritura** pública del contrato de préstamo”. En la Comisión de Economía del Congreso se introdujo en este punto una mención a la posibilidad de comparecencia por quien “**represente al prestatario a estos efectos**”. A mi juicio, hay que entender que los “efectos” a los que se refiere la ley no son específicamente los de otorgamiento del acta, sino los del contrato de préstamo. La Circular 1/2019 del Consejo General del Notariado (CGN), señala que “la Ley, de acuerdo con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, concibe la contratación del préstamo hipotecario como un proceso “in itinere” compuesto por diversas etapas, publicidad y comercialización, e información precontractual, como pasos previos a la definitiva prestación del consentimiento por medio de la escritura pública correspondiente”. No parece razonable por ello que al otorgamiento del acta, enmarcada en ese proceso con el objeto de facilitar el asesoramiento complementario para que el prestatario pueda confirmar las consecuencias jurídicas y económicas del contrato, comparezca un representante del mismo, si no es dicho representante quien luego



ha de otorgar la escritura. Pero no es esta la opinión expuesta por el CGN en la citada Circular, según la cual “será indiferente que se comparezca mediante representación en el acta de información precontractual y no en la escritura de préstamo con garantía real hipotecaria, o viceversa”.

Cuesta compartir esta postura, más si recordamos lo que la Dirección General de los Registros y del Notariado sentó en Resolución de 22 de enero de 2015 acerca de la expresión manuscrita regulada en el hoy derogado art. 6 de la Ley 1/2013: *“dirigiéndose la exigencia de la manifestación a aseverar la comprensión del contenido y consecuencias de la cláusula por parte del prestatario y siendo esta capacidad de tipo personal, diferente para cada individuo y dependiente de distintos factores que afectan asimismo a cada persona, sólo podrá ser cada interesado quien declare sobre su propio grado de comprensión”*. Añadiendo después que *“es cierto, como dice el recurrente, que tampoco se puede configurar a priori como un acto personalísimo, por lo que podría admitirse la posibilidad de que el poder contuviera un mandato expreso al respecto autorizando la contratación de una hipoteca aun cuando contuviera el tipo de cláusulas a que se refiere el artículo 6 de la Ley 1/2013, cuyo alcance, no obstante, debería admitir conocer y comprender el poderdante para que de este modo no se eluda indirectamente el requisito legal de la manifestación manuscrita”*.

Con arreglo a esta doctrina, por tanto, el apoderado que la Dirección General admitía es más bien un *nuntius* que da a conocer la manifestación de voluntad o de comprensión de su principal en base a la información “cuyo alcance, no obstante, debería admitir conocer y comprender el poderdante”. Aplicar esta doctrina al sistema que ahora se diseña haría inviable el apoderamiento, si tenemos en cuenta que esa manifestación de comprensión se prevé posterior al asesoramiento notarial que constituye también el objeto del acta ⁽³¹⁾. Pero, en cualquier caso, el legislador admite la representación (hay que entender que se refiere a la voluntaria), de modo que existiendo la misma será el apoderado quien reciba ese asesoramiento y quien, en ejercicio de esa *“capacidad de tipo personal, diferente para cada individuo”* de que habla la Dirección General, declarará *“sobre su propio grado de comprensión”*, lo que le habilitará para culminar en nombre y representación del prestatario ese “proceso in itinere”, prestan-

do el consentimiento negocial en la escritura de préstamo. No parece, en cambio, que si habiendo comparecido un apoderado al otorgamiento del acta es posteriormente el prestatario quien otorga personalmente la escritura, pueda extraerse del total proceso, en relación a dicho prestatario, la misma presunción de un adecuado conocimiento y comprensión de las consecuencias jurídicas y económicas del contrato ⁽³²⁾.

Distinto es el caso si el prestatario ha otorgado personalmente el acta y la escritura la otorga posteriormente en su nombre un apoderado, pues todos los trámites del control de transparencia material se habrán actuado personalmente con el contratante.

Dado que la finalidad de esta comparecencia es que “el notario pueda extender el acta”, como señala el art. 15.3, se deduciría que si no hay tal comparecencia no podrá autorizarse la misma, lo cual en principio aparenta ser bastante lógico. Sin embargo, más tarde el número 5 nos dice que *“si no se compareciese para recibir el asesoramiento en el plazo señalado en el apartado 3, el notario expresará en el acta esta circunstancia”*, lo que también habrá de hacerse *“si no quedara acreditado documentalmente el cumplimiento en tiempo y forma de las obligaciones previstas en el artículo 14.1”*. Por lo tanto, hay que concluir que siempre que el notario haya recibido la documentación del art. 14.1 –en la forma que señala el último párrafo de dicha norma– este deberá autorizar un acta relativa a la operación en cuestión, aunque sea de mera incomparecencia del prestatario, o, de no resultar completa dicha documentación, de constancia del incumplimiento de las obligaciones de entrega de la misma por el prestamista. Y así lo confirma el RDCCI, según luego veremos.

Por lo demás, hay que recordar lo dispuesto en el art. 3 de la Ley, al principio comentado, que determina el carácter imperativo de la regulación y la nulidad de *“la renuncia previa de los derechos que esta Ley reconoce al deudor, fiador, garante o hipotecante no deudor”*. Con anterioridad a la publicación de la Ley, la posibilidad de reconocer eficacia a un contrato de préstamo en el que no se hubiere cumplido con las obligaciones de información precontractual en los términos previstos legalmente fue reconocida –con matices, pero incluso con cita de jurisprudencia del TJUE– en la Resolución de la DGRN de 19 mayo 2017

(BOE 9-6-17), y, respecto del plazo de ante-lación en la entrega de dicha información, también la Dirección General de Dret i Entitats Jurídiques de la Generalitat de Catalunya, en Resolución de 12 julio 2017 (DOGC 24-7-17), admitió la renuncia al mismo si el consumidor reconocía expresamente haber dispuesto de tiempo suficiente para el análisis y estudio de las condiciones económicas y financieras ofrecidas. Estas posibilidades deben descartarse ahora.

3. OBLIGACIONES DEL NOTARIO: EL ACTA NOTARIAL

El art. 15.2 desarrolla las obligaciones del notario con relación al control de transparencia material, obligaciones de cuyo cumplimiento deberá dejar constancia en esa nueva acta que se regula. El art. 11.1.b) del RDCCI confirma que será el mismo notario autorizante del acta el que luego autorice la escritura de préstamo hipotecario (sin perjuicio de eventuales supuestos de sustitución) ⁽³³⁾.

3.1. FUNDAMENTO: EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA MATERIAL

Antes de entrar en el examen de la regulación legal referente a dicha acta, resulta conveniente, de una parte, recordar, aunque sea esquemáticamente, algunos rasgos definidores del control de transparencia material según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y, de otra, acudir al Preámbulo de la Ley para interpretar la intención del legislador al introducir esta acta en el proceso de contratación del préstamo.

El Tribunal Supremo ha declarado que el control de transparencia material “tiene por objeto que el adherente **conozca o pueda conocer con sencillez** tanto la ‘carga económica’ que realmente supone para él el contrato celebrado, como la carga jurídica” (STS de 9 de mayo de 2013) y salvaguardar “la adecuada elección del consumidor en aquello cuya determinación se confía al mercado y la competencia” (STS de 23 de diciembre de 2015). Dicho control “se proyecta de un modo objetivable sobre el cumplimiento por el predisponente de este especial **deber de comprensibilidad real** en el curso de la oferta comercial y de su correspondiente reglamentación seriada” (STS de 8 de septiembre de 2014) y requiere “que la información suministrada permita al consumidor tener un **conocimiento real**

y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar (su obligación de pago) en la economía del contrato” (STS de 25 de marzo de 2015).

En línea con esta jurisprudencia, en el Preámbulo de la ley se habla del “objetivo de garantizar que el prestatario tenga a su disposición la **información necesaria para que pueda comprender en su integridad la carga económica y jurídica del préstamo que va a contratar y que, por lo tanto, se pueda considerar cumplido el principio de transparencia en su vertiente material**”. Se nos indica en primer lugar, de este modo, cómo se cumplen para el legislador las obligaciones relacionadas con ese principio de transparencia material: mediante la puesta a disposición del prestatario de la información necesaria para que pueda comprender la carga económica y jurídica del préstamo. Para conseguir dicho objetivo, sigue diciendo el Preámbulo, la detallada regulación de la fase precontractual “se complementa atribuyendo al notario la función de **ASESORAR IMPARCIALMENTE al prestatario, aclarando todas aquellas dudas que le pudiera suscitar el contrato, y de COMPROBAR que tanto los plazos como los demás requisitos que permiten considerar cumplido el citado principio de transparencia material, especialmente los relacionados con las cláusulas contractuales de mayor complejidad o relevancia en el contrato, concurren al tiempo de autorizar en escritura pública el contrato de préstamo o crédito hipotecario**”. Se detallan ya aquí los dos aspectos de la labor notarial: el notario comprueba que concurren los requisitos de entrega de información precontractual que permiten considerar cumplido el citado principio de transparencia material, y asesora y aclara las dudas del prestatario para ayudarle a comprender la carga económica y jurídica del contrato. Y se concluye: “De ese modo, **se constituirá prueba en beneficio de ambas partes —prestamista y prestatario— de que el primero ha cumplido con su obligación de entregar en los plazos previstos dicha documentación y el segundo podrá ejercer el derecho, que presupone también la existencia de un deber, a conocer las consecuencias de aquello a lo que se obliga**”.

Nada de lo anunciado en el Preámbulo supone en sí mismo novedad alguna en relación a la función desempeñada por el notario con anterioridad a la entrada en vigor de la ley. La verdadera novedad radica en la constancia que habrá de dejarse en un acta

previa a la autorización de la escritura, lo cual deberá facilitar, y en cierto modo obligar, al prestatario a esa necesaria reflexión, suficientemente fundada, sobre el alcance de las obligaciones a asumir.

3.2. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Como hemos venido comentando, la regulación no resulta suficientemente clara con relación a si el acta notarial que regula el art. 15 LCCI es exigible en los dos grupos de préstamos a que se refiere el art. 2.1 o, como entendemos, únicamente al de la letra a) del mismo. Conforme al art. 22.2, “en la contratación de **préstamos regulados por esta Ley, el Notario no autorizará su elevación a escritura pública si no se hubiere otorgado el acta prevista en el artículo 15.3**”, citando así el documento notarial propio de los préstamos hipotecarios, pero no necesariamente de los que no cuentan con dicha garantía. En el mismo sentido, la letra g) del art. 14.1, al imponer al prestamista la necesidad de advertir al prestatario de su obligación de recibir ese asesoramiento notarial personalizado se refiere al supuesto en el que “esté previsto que el préstamo se formalice **en escritura pública**”, al igual que el art. 15.7 habla de la inserción de una reseña identificativa del acta “en la escritura pública de préstamo”. También el art. 15.2, al referirse al contenido, habla de “un acta notarial previa **a la formalización del préstamo hipotecario**”. Finalmente, la norma contenida en la **Disposición Final Sexta** de la Ley, que modifica el régimen sancionador de los notarios (norma que por su naturaleza obliga a una interpretación restrictiva del supuesto de hecho a que se refiere), considera infracción muy grave “el incumplimiento del período de información precontractual obligatorio previo a la autorización de la escritura en los **préstamos y créditos hipotecarios sobre vivienda residencial y de levantar el acta previa a su formalización en los términos previstos en la Ley**”. La conclusión sería que dicha acta está prevista únicamente para dichos préstamos, los del art. 2.1.a), y no procederá en los del art. 2.1.b), incluidos en el ámbito de aplicación de la ley por razón de su finalidad de adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, salvo que, además, estén garantizados con hipoteca, y la misma recaiga sobre inmueble residencial. Y hay que decir que el hecho de que la LCCI establezca un distinto régimen para uno y otro grupo de presta-

mos tiene sentido si atendemos al principal elemento diferencial entre los mismos, que no es desde luego el tipo de documento en que se formalizan, sino la hipoteca que es característica de los primeros. Se diría que al legislador le preocupa más el riesgo de pérdida del inmueble asociado a la garantía real y que ese inmueble pueda ser la vivienda de su propietario, y menos cuando no existe esa garantía y el inmueble tiene a lo mejor otra naturaleza. Y ello explicaría que se establezca un régimen de protección “cualificado” en el primer caso, y “ordinario” en el segundo.

Esta conclusión restrictiva del ámbito de aplicación del acta del art. 15 parece confirmarse en la Resolución de la DGRN de 16 de mayo de 2019, antes citada, en la cual, después de referirse al régimen de protección previsto en la Directiva, nos dice que “4. La Ley 5/2019 amplía este ámbito ⁽³⁴⁾ en algunos casos, especialmente en relación a la concertación de **préstamos hipotecarios sobre elementos residenciales**, siendo esencial el cumplimiento del principio de transparencia material, para cuya comprobación la ley ha querido contar de forma específica con la función notarial, como eje principal. 5. En efecto en relación con los **préstamos garantizados con hipoteca sobre bienes inmuebles de uso residencial**, el artículo 15 de la ley establece en su párrafo 1º...” ⁽³⁵⁾.

No obstante lo anterior, lo cierto es que existe un tipo de préstamos al que esta limitación de la exigencia del acta a los supuestos de hipoteca sobre inmueble residencial podría producir un empeoramiento respecto de la protección legalmente brindada con anterioridad, y es el caso de los préstamos “**con finalidad inmobiliaria y garantía hipotecaria de inmueble no residencial**, incluidos entre aquéllos a los que se refería anteriormente el art. 19 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, y a los que resultaba aplicable el control de transparencia notarial previsto en el art. 30 de la misma. Esta circunstancia -unida al hecho de que en la propia Resolución se incluya, junto a las menciones de los puntos transcritos, la referencia ya vista al acta notarial como “la piedra de toque sobre la que ha de girar la concertación de **préstamos hipotecarios sobre bienes inmuebles en España**”- hace necesaria una interpretación más clarificadora sobre el ámbito de aplicación de los artículos 14 y 15 LCCI. A la espera de la misma, no hay que descartar que la no



derogación del art. 30 de la OM de 2011 implique que el mismo siga aplicándose ahora a los préstamos de finalidad inmobiliaria del art. 2.1.b) LCCI.

Ello, de una parte, significaría que se mantuviera el nivel de protección que bajo el régimen anterior definido en dicha OM se regulaba con relación a dichos préstamos “de finalidad inmobiliaria” garantizados con hipoteca de inmueble no residencial, extendiéndolo además ahora a los que no estuvieran garantizados; de otra, explicaría por qué dicho art. 30 no ha sido derogado. En este sentido, no parece razonable buscar la causa de esta sorpresiva sobrevivencia únicamente en la aplicabilidad de dicho artículo a la “hipoteca inversa” (el nuevo art. 32 Septies de la OM, efectivamente, así lo prevé con relación a esta figura), cuando se ha destinado una nueva Sección para regular la misma precisamente con el argumento, expuesto en el Preámbulo de la OMCCI, de “eliminar todo atisbo de inseguridad jurídica sobre el mantenimiento del régimen actual de protección de este producto”: si el art. 30 resultare aplicable únicamente a la hipoteca inversa habría de haber sido en esa sección en la que se hubiere ubicado ⁽³⁶⁾.

Pero al mismo tiempo, hay que preguntarse si la vigencia del art. 30 supone su aplicación también a los préstamos del art. 2.1.a), para los que la LCCI diseña un sistema de protección que tiene en el acta del art. 15 esa “piedra de toque” a que se refiere la Resolución citada. Se diría que no, y muchos de los puntos que regula dicho art. 30, como el derecho a examen del proyecto de contrato, resultan superados y subsumidos en el contenido del acta. Pero existen otros que la regulación del acta –que además se sitúa todavía en la fase precontractual- no contempla y que podría ser necesario cumplir en el acto del otorgamiento, momento al que se refiere la regulación contenida en dicho artículo.

3.3. FINALIDAD Y CONTENIDO

El art. 15.2 LCCI regula las dos obligaciones, comprobación de los requisitos de información precontractual y asesoramiento, de cuyo cumplimiento deberá el acta dejar debida constancia, aunque lo hace con referencias un tanto desordenadas, que solo en el RDCCI encuentran mejor acomodo. Sistematizando dicha regulación, puede entenderse que su cumplimiento implica:



a) Verificar “la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 14.1”. En último término, comprobar que el prestamista ha cumplido las obligaciones que se le imponen en dicho artículo, esto es:

a.1. que ha entregado al prestatario **toda la documentación** a que dicho artículo se refiere, con el contenido previsto para cada documento.

a.2. que dicha entrega se ha hecho con una **antelación no inferior a los diez días** naturales previos al del otorgamiento de la escritura.

Ordinariamente, la FEIN no indicará un día concreto, sino una fecha límite para el otorgamiento de la escritura, que marcará el plazo máximo de vigencia de aquélla como Oferta Vinculante. Acreditada la entrega de la documentación, será la fecha de dicha entrega la que determinará a su vez cuándo puede otorgarse la escritura, una vez transcurridos los diez días señalados en la norma, debiendo por tanto comprobarse que esa primera fecha posible está dentro del plazo máximo de vigencia de la Oferta Vinculante ⁽³⁷⁾.

a.3. y que ha remitido al notario (mediante su incorporación a la aplicación informática), junto con un ejemplar de dicha documentación, la “**manifestación**” firmada por el prestatario a la que se refiere el art. 14.1 en su último párrafo, “**en la que declare** que ha recibido la documentación y que le ha sido explicado su contenido”.

b) Informar y asesorar al prestatario, exigiendo en este punto la norma:

b.1. que se proporcione por el notario una **información** individualizada –nunca genérica- **sobre cada una de las cláusulas específicas** recogidas en la FEIN y en la FIAE (art. 15.2. c, primera parte);

b.2. que se haga constar (art. 15.2. b) “**las cuestiones planteadas por el prestatario y el asesoramiento prestado por el notario**”.

3.3.1. VERIFICACIÓN DE LA DOCUMENTACIÓN

El acta, por tanto, presenta dos partes claramente diferenciadas en cuanto a su objeto, y, en principio, también en cuanto al orden en que deben practicarse las diligencias correspondientes. Así, el art. 15.2 indica que el notario, “**en caso de que quede acreditado su cumplimiento** (verificación), **hará constar en un acta notarial previa a la formalización del préstamo hipotecario (...)**”; de modo que esa verificación parece anterior incluso a la autorización misma del acta. Y también el RDCCI seguiría esta línea, si atendemos a lo dispuesto en el art. 12.1 (letras d, e, y f), que regula una comprobación de la información remitida que, de resultar negativa, requiere de una comunicación al remitente para su subsanación, producida la cual es cuando se autorizará el acta.

Pero la comprobación, según el RDCCI, se extiende (art. 12.1,c) no solo a “**la validez y corrección de la información comunicada**” sino también a “**el número de documento de**



identidad del prestatario”, señalando previamente (art. 12.1,b) que el mismo “comparecerá, personalmente o debidamente representado, de conformidad con el artículo 15.3 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, exhibiendo ante el notario de su elección un documento de identidad expedido a tal fin por autoridad competente”. Se introduce aquí, por tanto, una comparecencia que no es –o puede no ser– la que ordinariamente se produciría para la autorización del acta, puesto que según el art. 12,d), si el notario “constata la concurrencia de errores o carencias en materia de **identificación o información**” no habrá tal autorización, sino que procederá a esa comunicación al prestamista para su subsanación, añadiendo la norma que no se iniciará “el plazo de diez naturales a que se refiere el artículo 14 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, hasta que la incidencia quede subsanada”.

Es cierto que la letra f) del mismo artículo prevé la autorización del acta –previa la señalada comprobación o validación y el preceptivo asesoramiento– “en el día y hora en que haya concertado la cita con el prestatario, **sea en el mismo momento en que se haya extraído la información o sea para una fecha posterior**”. De ahí se deduce la posibilidad de efectuar en un solo acto la extracción de la documentación remitida, su comprobación y validación y el asesoramiento al cliente. Pero –con independencia de si se considera o no conveniente esa concentración de actuaciones– eso no quita que en caso de apreciar, una vez extraída la información, la existencia de esos “errores o carencias en materia de identificación o

información” no se pueda autorizar el acta, debiendo por tanto el cliente comparecer de nuevo posteriormente... y una tercera vez cuando haya que otorgar la escritura.

Por eso cabe preguntarse por el sentido de esa comparecencia inicial, que la antes citada Resolución de la DGRN de 16 de mayo de 2019 vincula al derecho de elección de notario, constatando, sin embargo (puntos 10 y 37), que dicha elección puede ser efectuada acudiendo a la notaría, o bien comunicándose con el notario por cualquier otro medio seguro que elija, fuera del ámbito de influencia de la entidad financiera, por ejemplo, **por medios telemáticos** “sometidos al control notarial, ya que a través de ella se da inicio a lo que será una actuación notarial” (38). En consecuencia, la validación del documento de identidad del prestatario se puede producir “(15) cuando se persona en la notaría que elija, o bien cuando realice la comunicación con la misma en el contexto digital señalado”.

Solventada la cuestión de la identificación, queda claro, por lo que a la verificación de la documentación se refiere, que es el cliente quien confirma su entrega por el prestamista, en el plazo legalmente previsto. El notario solo puede comprobar la incorporación de dicha documentación a la aplicación, y que entre la misma se incluye la citada “manifestación firmada” del prestatario en la que reconoce dicha entrega. A partir de ahí, es de esperar que, no solo la entrega en sí, sino también la incorporación a la aplicación informática, tenga una fecha que respete la antelación legalmen-

te prevista, puesto que en el sistema que se regula es esto lo único que va a quedar acreditado fehacientemente (39), a expensas de una confirmación expresa por el cliente en el acta.

En relación con el plazo de entrega, el art. 14.1 LCCI habla de “una antelación mínima de diez días naturales respecto al momento de la firma del contrato”, pero dado que el acta no se autoriza en ese momento, sino necesariamente antes, la antelación que la fecha de entrega habrá de cumplir, y a la que habrá de hacer referencia el acta –aun cuando al otorgarse esta no se haya cumplido la misma– es respecto del día previsto para la firma del contrato, o, como decíamos antes, respecto del último de los días posibles para ello, de acuerdo con el plazo de vigencia de la Oferta Vinculante. Ello hay que ponerlo además en relación con las consecuencias que la norma prevé para el caso de que la “verificación” por el notario sea negativa, en cuyo caso se debe proceder igual que si el prestatario no comparece: “el notario expresará en el acta esta circunstancia” (art. 15.5), señalando la norma a continuación que “en este caso, no podrá autorizarse la escritura pública de préstamo”. Como decíamos, la verificación notarial es siempre anterior a la autorización de la escritura, y de hecho el prestatario puede comparecer a otorgar el acta en cuanto reciba la documentación y esta haya quedado incorporada a la plataforma. De ahí que sí deba poder autorizarse la escritura, dentro del plazo de vigencia –inicial o prorrogado– de la Oferta Vinculante, cuando ya se haya cumplido la antelación prevista en la norma, aunque en el momento de otorgarse el acta no hayan transcurrido todavía los diez días naturales desde la entrega.

3.3.2. INFORMACIÓN Y ASESORAMIENTO

De ser positiva la verificación, el notario lo hará constar así (art. 15.2. a), y deberá facilitar al prestatario esa información individualizada sobre cada una de las cláusulas específicas recogidas en la FEIN y en la FIAE, haciendo constar asimismo (art. 15.2. b) “**las cuestiones planteadas por el prestatario y el asesoramiento prestado**”.

Es cierto que el art. 15.2 concluye señalando en su letra c) que “**igualmente, y en presencia del notario, el prestatario responderá a un test que tendrá por objeto concretar la documentación entregada y la información suministrada**”. Y esa es una



referencia que induce a confusión, pero que hay que interpretar atendiendo a cuál ha sido la evolución de la norma en su tramitación legislativa. Así, vemos cómo en el Proyecto de ley el art. 13.2.b -15.2.b en el texto definitivo- al referirse a “las cuestiones planteadas por el prestatario y el asesoramiento prestado por el notario”, añadía: “A este respecto deberán recogerse las pruebas realizadas por el prestatario de entendimiento de diversos ejemplos de aplicación práctica de las cláusulas financieras, en diversos escenarios de coyuntura económica, en especial de las relativas a tipos de interés y en su caso de los instrumentos de cobertura de riesgos financieros suscritos con ocasión del préstamo”; pero esta parte de la norma ha desaparecido en la redacción definitiva, y con ella el sentido de la referencia a un “test” que no parece que sea ahora el instrumento adecuado para la finalidad con que se relaciona de “concretar la documentación entregada y la información suministrada”, únicas cuestiones que por tanto habrán de ser objeto del mismo ⁽⁴⁰⁾.

No existe en consecuencia sometimiento del prestatario a ningún tipo de “examen” por parte del notario, cuyas obligaciones al respecto son, como siempre ha hecho, informar y resolver dudas, pero sin haber de poner al prestatario en situación de tener que demostrar que ha comprendido, realmente, la carga jurídica y económica del contrato. Probablemente, el discurrir del legislador, en un contexto social de extrema sensibilidad sobre esta materia, y vistas las consecuencias que a todos los niveles ha tenido la desmesurada judicialización de la misma, haya evolucionado desde la intención inicial de eliminar cualquier posibilidad de reclamación basada en la falta de comprensión por el prestatario del alcance real de sus obligaciones, a una posición, mucho más razonable y ajustada a los rasgos definidores del control de transparencia material, centrada en garantizar que dicho consumidor ha dispuesto de todos los elementos necesarios para conocer ese alcance. A mi juicio, de lo que se trata es de que el conjunto de información y explicaciones recibidas permitan a ese “consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz” del que habla sistemáticamente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (vg., STJCE 20-09-2017, sobre hipotecas multidivisas) y al que también se refiere la jurisprudencia del Tribunal Supremo (vg., STS 22-11-2017, sobre IRPH) formarse una opinión fundada

sobre las consecuencias del contrato⁽⁴¹⁾; sin que ello sea en absoluto contradictorio con esa “asistencia especial al otorgante necesitado de ella” a que se refiere el art. 147 del Reglamento Notarial.

Atendiendo al tenor literal de la norma, cabría incluso preguntarse si cuando la misma se refiere a “las **cuestiones** planteadas por el prestatario y el **asesoramiento** prestado por el notario” ese asesoramiento aparece vinculado a que el prestatario plantee efectivamente tales cuestiones. No creo que sea así. Sin perjuicio de que de existir las mismas el notario haya de dar unas explicaciones particulares para intentar resolverlas, en todo caso habrá de facilitar, como veíamos, una “información individualizada –nunca genérica- sobre cada una de las cláusulas específicas recogidas en la FEIN y en la FIAE”, lo que supondrá una participación activa por su parte a fin de posibilitar el entendimiento por el prestatario, adelantándose a dar respuesta a la mayor parte de las cuestiones que normalmente podrían llegar a plantearse.

3.3.3. APERTURA, DESARROLLO Y CIERRE DEL ACTA

Como se decía más arriba, del art. 15.5 LCCI se desprende que habrá que autorizar el acta incluso en caso de que el cliente no comparezca a recibir el asesoramiento o de que no resulte positiva la verificación demandada. Teniendo en cuenta lo cual, y también la necesidad, en caso de una inicial verificación negativa, de una comunicación al prestamista para la subsanación de la incidencia detectada, parece razonable pensar en un acta que se inicie una vez el notario se descargue la documentación, y que refleje a partir de ahí por diligencia las actuaciones correspondientes, de comprobación, de comunicación de incidencias y subsanación en su caso, y de comparecencia y asesoramiento finalmente; y eso es lo que efectivamente indica la Resolución de la DGRN de 16 de mayo de 2019, que alude a las actas “de control o verificación” a que se refiere el art. 198.3 del Reglamento Notarial, e indica que el notario iniciará el acta, y abrirá número de protocolo, en la fecha correspondiente a la primera actuación ⁽⁴²⁾.

A partir de ahí, y en relación a las comunicaciones previstas, señala la Resolución (punto 11, reiterado en puntos 25, 26 y 27) que las mismas constituyen un traslado o testimonio del contenido de la diligencia

extendida en el acta que se firma electrónicamente por el notario, y deben obligatoriamente realizarse de conformidad con la legislación notarial y la técnica de sus traslados (copia o testimonio, aun electrónicos) por el canal previsto, cumpliendo lo previsto a tal efecto en la ley 24/2001 de 27 de diciembre (artículo 17bis de la Ley del Notariado). Y a la consulta de si cabe sustituir a voluntad del notario la remisión circunstanciada en extracto prevista tanto en la LCCI como en el RDCCI por una copia simple electrónica, indica (29) que “la contestación debe ser claramente positiva”.

Autorizada el acta, el art. 12.1 f) RDCCI señala que el notario notificará “a través de medios telemáticos seguros al prestamista, intermediario de crédito o representante designado el resultado positivo o negativo” de la misma, procediéndose entonces, en el primer caso, a concertar la cita para el otorgamiento de la escritura de préstamo. Si por el contrario se tratara “de un acta de contenido negativo, el notario comunicará de forma extractada sus circunstancias y reiterará al prestamista, intermediario de crédito o representante designado su derecho a obtener copia simple electrónica de la misma”. El acta tendrá contenido negativo de no haber sido posible la verificación y/o el asesoramiento. Lo primero puede producirse porque no pueda confirmarse la entrega de toda la documentación precisa con la antelación necesaria, y también si existe algún problema con la identificación del cliente; cualquiera de dichas circunstancias impedirá además el asesoramiento. La ley, por otra parte, se refiere al supuesto de falta de comparecencia, que, aunque en ocasiones cabrá englobar en el de problemas con la identificación -si el cliente no comparece, no se le habrá podido identificar, y por tanto no habrá sido posible ese aspecto de la verificación- también puede ser un supuesto específico, si se han completado ambos aspectos –con una comparecencia inicial a efectos meramente identificativos y de elección de notario, o con una elección no presencial, en ambos casos todavía sin haber practicado el asesoramiento- y el día previsto para dicho asesoramiento el cliente no comparece. Cualquiera de estas hipótesis suponen, como decíamos, que el acta tendrá un resultado negativo. En principio, no caben otros si efectivamente ha habido esa verificación –documental y de identificación- y se ha facilitado al cliente por el notario la información y asesoramiento exigibles; no procede, como venimos co-

mentando, una calificación por el notario del grado de comprensión por el cliente. Ahora bien, el art. 15.6 LCCI señala que el acta “**hará prueba (...) de la manifestación de que el prestatario comprende y acepta el contenido de los documentos descritos**”, lo que parece que impediría considerar cerrada el acta con contenido positivo a falta de esa manifestación expresa⁽⁴³⁾. Y esto podría llegar a plantear problemas en el hipotético –y previsiblemente excepcional– caso de que, a pesar de los esfuerzos puestos al tiempo de prestar el asesoramiento, el cliente mantenga dudas que no le permitan hacer dicha manifestación. Volveremos sobre este punto en el apartado siguiente.

Por lo demás, y en relación al derecho a obtención de copia simple electrónica del acta a que se refiere este art. 12.1 f) RDCCI, decir que tal derecho viene además expresamente reconocido, y extendido a ambas partes, en el número 3 del mismo art. 12, según el cual “*si el prestamista o el prestatario solicitara la remisión de copia electrónica simple o autorizada del acta a que se refieren los artículos 14 y 15 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, o de la escritura, el notario deberá realizar obligatoriamente dicha remisión cumpliendo los requisitos y procedimientos previstos en la normativa específica*”. Mientras la posibilidad de remisión de una copia electrónica simple no plantea dudas, habrá que esperar a esa “normativa específica” para atender a los requisitos y procedimiento de remisión de la copia electrónica autorizada. Recordemos, en cualquier caso, que con relación a la escritura la Disposición Adicional Octava de la ley, ya comentada, señala que el notario entregará o remitirá telemáticamente al prestatario sin coste copia simple de aquella.

3.4. EFICACIA Y VALOR PROBATORIO. RESPONSABILIDAD DEL NOTARIO

3.4.1. EN RELACIÓN A LA VERIFICACIÓN

Respecto de la primera parte del acta, relativa a la verificación de la entrega de documentación por la entidad financiera, el Preámbulo señala que mediante el acta “**se constituirá prueba en beneficio de ambas partes –prestamista y prestatario– de que el primero ha cumplido con su obligación de entregar en los plazos previstos dicha documentación...**”. Pero lo que el texto legal, contenido en el ya citado **número 6 del**

art. 15, dice es que “*Conforme al artículo 17 bis apartado 2.b) de la Ley del Notariado y el artículo 319 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, el contenido del acta se presumirá veraz e íntegro, y hará prueba del asesoramiento prestado por el notario y de la manifestación de que el prestatario comprende y acepta el contenido de los documentos descritos, a efectos de cumplir con el principio de transparencia en su vertiente material*”.

No se refiere por tanto a la entrega de la documentación por el prestamista, cuestión sobre la que, según hemos visto, el acta dejará constancia en cuanto a lo que el prestatario haya manifestado y el notario haya podido comprobar al acceder a la plataforma informática correspondiente, sin que la norma del art. 15.6, al hablar de su valor probatorio, añada nada.

3.4.2. EN RELACIÓN AL ASESORAMIENTO

Por lo que se refiere al asesoramiento e información al prestatario, la literalidad del transcrito art. 15.6 podría hacer entender que el acta hará prueba, mediante la manifestación del notario, de que el prestatario comprende el contenido de los documentos, como si la misma incluyera esa suerte de dictamen pericial a que el proyecto parecía referirse al incluir las citadas “pruebas de entendimiento”, pero que no es lo que finalmente se regula. De otra parte, en el proyecto de ley, el art. 13.2 incluía una letra d) según la cual en el acta debía hacerse constar “*la manifestación manuscrita y firmada por el prestatario, en la que declare que ha recibido, con una antelación mínima de siete días, los documentos descritos en el artículo 12.1, así como que comprende y acepta su contenido y que entiende los riesgos jurídicos y económicos de la operación*”. El texto legal definitivo ha trasladado dicha manifestación firmada (no dice que haya de ser manuscrita, como se mencionaba en el proyecto) a la fase precontractual en la que no existe todavía intervención notarial (art. 14.1 in fine), y ha suprimido como objeto de la misma la referencia a la comprensión y aceptación de los riesgos jurídicos y económicos de la operación. Pero de ahí no puede derivarse otra pretensión que la de posponer tal manifestación, tal como recoge el art. 15.6, al momento en que por parte del notario le haya sido facilitado el asesoramiento previsto con carácter general, y el que el prestatario necesite de modo particular, sin que ello altere la autoría de

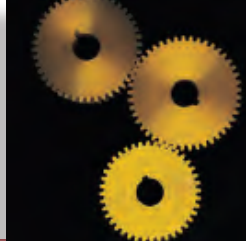
dicha manifestación, que hay que seguir entendiendo que corresponderá al prestatario.

Sin embargo, podría ocurrir, como decíamos antes, que ese prestatario, a pesar de la información y asesoramiento notarial, mantuviera dudas que le impidieran realizar en el acta esa manifestación de comprensión. Como también es posible que esas dudas queden despejadas posteriormente, y hayan desaparecido al tiempo de otorgar la escritura, que es cuando en definitiva se presta el consentimiento negocial. Por ello, creo que la norma no acaba de acertar en este punto. El acta notarial debe **garantizar la comprensibilidad** por el cliente, mediante la información y asesoramiento, y **coadyuvar a la comprensión real**, de modo que, siendo esta algo totalmente subjetivo, pueda presumirse –que no garantizarse⁽⁴⁴⁾– con relación a ese consumidor medio, del hecho objetivo de haberse cumplido con los requerimientos propios de los principios de transparencia formal y material. No parece necesario para ello, pudiendo por el contrario resultar perturbador en casos como el indicado, exigir esa manifestación de comprensión real ya en el acta.

3.4.3. LA RESPONSABILIDAD DEL NOTARIO

Todo ello obliga a analizar el sentido de la norma que se contiene en el art. 15.7, según la cual “*En la escritura pública de préstamo el notario autorizante insertará una reseña identificativa del acta a la que se refieren los apartados anteriores. En dicha reseña se expresará el número de protocolo, notario autorizante y su fecha de autorización, así como la afirmación del notario bajo su responsabilidad, de acuerdo con el acta, de que el prestatario ha recibido en plazo la documentación y el asesoramiento previsto en este artículo*”.

Como decíamos más arriba, será el mismo notario que autoriza el acta el que después autorizará la escritura. Ello, sin embargo, no excluye que en determinados supuestos, como los de sustitución, no exista esa coincidencia. Y, en todo caso, es al notario que autoriza la escritura al que se dirige la norma del art. 15.7; norma que podría suscitar dudas, pues esa afirmación, “*bajo su responsabilidad*”, de que “*el prestatario ha recibido en plazo la documentación y el asesoramiento previstos*” no puede hacerse sino, tal como también se señala, “*de*



acuerdo con el acta”, lo que en definitiva traslada la cuestión a lo que conste en esta. Por ello, entiendo que, con independencia de las obligaciones existentes en orden a la autorización del acta previa, cuyo alcance acabamos de comentar, la responsabilidad a que se refiere este número 7 es, esencialmente, la que se deriva de la necesidad, en todo caso, de confirmar el previo otorgamiento de dicha acta, tal como resulta más adelante del art. 22.2 al señalar que “En la contratación de préstamos regulados por esta Ley, el Notario no autorizará su elevación a escritura pública si no se hubiere otorgado el acta prevista en el artículo 15.3”, añadiendo a continuación, en sintonía con dicha regla, que “los registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles no inscribirán ninguna escritura que se refiera a préstamos regulados por esta Ley en la que no conste la reseña del acta conforme al artículo 15.7”, lo cual de otra parte confirma la no necesidad de aportación del acta al Registro.

Sí es posible, no obstante, y como hemos comentado, que al tiempo del otorgamiento del acta no se haya cumplido todavía con el plazo de antelación legalmente previsto en orden a la entrega de la documentación. En este caso, deberá el notario autorizante de la escritura confirmar, por sí mismo, que en el momento de otorgarse esta sí se ha cumplido ya ese plazo.

3.5. COMPATIBILIDAD CON LA NORMATIVA CONTENIDA EN EL CÓDIGO DE CONSUMO DE CATALUÑA

Debe tenerse en cuenta que los supuestos de hecho regulados en la LCCI coincidirían con los que regula el Código de Consumo de Cataluña si se trata de préstamos CON GARANTÍA hipotecaria sobre VIVIENDA en los que el cliente (deudor, hipotecante o garante) sea una PERSONA FÍSICA CONSUMIDORA. Faltando alguna de dichas premisas no se produce ese conflicto o duplicidad de regulaciones; así:

a) Atendiendo al ámbito SUBJETIVO:

1. En caso de PERSONA FÍSICA NO CONSUMIDORA, se aplicará únicamente la LEY ESTATAL;

2. En caso de PERSONA JURÍDICA CONSUMIDORA, se aplicará únicamente el CÓDIGO DE CONSUMO;



3. Mientras que el caso de PERSONA JURÍDICA NO CONSUMIDORA queda FUERA DE LA REGULACIÓN, tanto de una como de otra normativa

b) Atendiendo al ámbito OBJETIVO, el Código de Consumo no se aplica, aunque tengan como finalidad adquirir o conservar derechos sobre bienes inmuebles:

1. A los préstamos con garantía hipotecaria sobre OTRO TIPO DE INMUEBLE, no residencial

2. A los QUE NO ESTÉN GARANTIZADOS con hipoteca

La DGRN trató esta de esta cuestión en **Resolución de 9 de marzo de 2016**, y posteriormente en la **Resolución de 14 de julio de 2017**, señalando ⁽⁴⁵⁾:

a) De una parte, la compatibilidad de ambas normativas, porque la regulación catalana:

1. supone únicamente un reforzamiento de la protección al consumidor;

2. no supone una alteración del contrato de préstamo ni de las acciones por incumplimiento o resolución, que son de competencia exclusiva estatal.

b) De otra parte, la aplicabilidad a la norma catalana de los criterios de interpretación de la norma estatal, que permitirían la renuncia del consumidor a recibir la información precontractual con la antelación legalmente prevista, posibilidad que la Direcció General

de Dret i Entitats Jurídiques admitió también, con ciertos matices, en la **Resolución de 12 de Julio de 2017**.

Se trata de determinar, una vez publicada la Ley, si puede mantenerse esa compatibilidad entre ambas normativas y, en su caso, qué alcance tiene, en particular en relación a la actuación notarial. En todo caso, debe descartarse que la eventual prevalencia de la normativa estatal tenga su apoyo en una supuesta competencia exclusiva para la transposición de las directivas europeas, la cual no está en sí misma reservada al Estado, según tiene repetidamente declarado el Tribunal Constitucional ⁽⁴⁶⁾, entre otras en la sentencia 54/2018, de 24 de mayo, en la que precisamente se anulan algunos preceptos del Código de Consumo ⁽⁴⁷⁾.

La LCCI contiene sobre este particular dos precisiones:

1. Establece en primer lugar la **Disposición final novena** de la Ley (“Titulo competencial”) que la misma “se dicta al amparo de lo establecido en el **artículo 149.1. 6º, 8º, 11º y 13º de la Constitución Española que atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre legislación mercantil, procesal, hipotecaria**⁽⁴⁸⁾, ordenación de los registros e instrumentos públicos, **bases de la ordenación de crédito, banca y seguro, y bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, respectivamente**”.

2. A su vez, la **Disposición adicional quinta** de la nueva Ley (“Desarrollo

autonómico”) señala que *“Sin perjuicio del desarrollo de la **legislación básica estatal** que realicen las comunidades autónomas en el ejercicio de las competencias asumidas estatutariamente, **la información precontractual a facilitar a los prestatarios debe ser homogénea, en aras de la unidad de mercado, de tal forma que puedan valorar adecuadamente las diferencias entre unas ofertas y otras en todo el territorio español, por lo que la normativa autonómica deberá respetar los modelos normalizados de información que se establezcan por la normativa básica, y no podrá exigir adicionar documentación complementaria que pueda producir confusión en el prestatario y distorsione el objeto de la normativa básica de transparencia.**”*

Esta misma argumentación competencial fue ya utilizada por el legislador en la Disposición Final Cuarta de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. Desde este punto de vista, por tanto, se diría que cualquier conclusión a la que se hubiere llegado bajo la vigencia de la citada Orden Ministerial (y aquí entrarían las expuestas en su día por la DGRN), debería poderse mantener una vez publicada la Ley, cuestión que sin embargo es necesario confirmar, dado el distinto alcance de una y otra normativa. En este sentido, y como nos recuerda DE LA QUADRASALCEDO ⁽⁴⁹⁾, si bien respecto del resto de competencias reservadas sobre lo básico en los demás apartados del art. 149.1 CE la interpretación es que al Estado le corresponde establecer un «común denominador normativo dirigido a asegurar, de manera unitaria y en condiciones de igualdad, los intereses generales a partir del cual pueda cada Comunidad Autónoma, en defensa de sus propios intereses, introducir las peculiaridades que estime convenientes y oportunas, dentro del marco competencial que en la materia le asigne su Estatuto» (STC 34/2013, de 14 de febrero), en el caso de las bases de la planificación general de la actividad económica *“para la doctrina del Tribunal Constitucional ya consolidada, bajo la competencia reservada al Estado en el art. 149.1.13 CE se ampararía su competencia para realizar una «ordenación general de la economía»*, que haría posible «la intervención del Estado a través de medidas económicas en sectores materialmente atribuidos a la competencia de las Comunidades Autónomas», con la in-

tención de conseguir fines de una amplitud tal como el mantenimiento de la unidad de mercado o de la «unidad económica», «alcanzar los objetivos de la economía general o sectorial», o la necesidad de incidir en principios rectores de la política económica y social ⁽⁵⁰⁾. Estos criterios, en referencia de los cuales cita el autor, entre otras, la STC 31/2010 sobre la constitucionalidad del Estatuto de Cataluña, son reiterados en la ya citada sentencia TC 54/2018, de 24 de mayo.

A la vista de todo lo cual, y aunque quizá podrían encontrarse argumentos para defender una interpretación distinta ⁽⁵¹⁾, hay que entender que si bien las CCAA tienen competencia de desarrollo en relación a la información precontractual a suministrar por las entidades financieras (y así lo reconoce la LCCI en su D.A.5ª), dicha información es solo una parte de un régimen de protección del consumidor que debe entenderse de aplicación general en todo el territorio del Estado, y una de cuyas bases está constituida por la intervención notarial, en los términos en que viene prevista en la Ley.

Sin embargo, la posible compatibilidad entre ambas normativas, reconocida por la DGRN bajo el régimen anterior a la ley, obliga a intentar resolver algunas cuestiones ⁽⁵²⁾:

1. Así, parece que será necesario dejar constancia en el acta de que la información suministrada por el notario al cliente incluye la referencia a aquellos puntos a que se refiere el **art. 123-10.2 CConsumo**, vengán o no previstos en la documentación entregada (consecuencias de la eventual fluctuación del precio de mercado, posibilidad de exigir ampliación de garantía, arbitraje de consumo y demás mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos...).

2. El argumento del reforzamiento de la protección del consumidor, utilizado en su momento por la DGRN para entender aplicable el plazo de cinco días hábiles a que se refiere dicho artículo, no podría mantenerse una vez que la Ley establece ahora un plazo de diez días.

3. Sí subsiste el plazo de antelación de 14 días hábiles con que debe ser entregada la FIPER según el **art. 262-4.1**, no anulado (pues no fue impugnado) por la STC 54/2018, de 24 de mayo, que sí anuló ese mismo plazo, previsto en el art. 262-6, en

relación a la oferta vinculante. Sin embargo, dado que la LCCI concreta la obligación de verificación a la documentación que se entrega a partir del momento en que la FEIN (antigua FIPER) pasa a tener la consideración de oferta vinculante, habría que preguntarse si, con independencia de cuándo haya sido entregada la FEIN, lo que el notario habrá de confirmar es que la misma ha sido suscrita por el cliente e incorpora ya un plazo para el otorgamiento de la escritura –en definitiva: ha adquirido esa condición de oferta vinculante– con la antelación de diez días naturales que marca el art. 14.1.

4. De hecho, dado lo resuelto en su día por la DGDIEJ en Resolución de 12-7-2017, parece que el plazo de 14 días para la entrega de la FIPER o FEIN puede ser objeto de renuncia por el cliente si hace constar que ha dispuesto de suficiente tiempo de análisis y estudio de las condiciones económicas y financieras ofrecidas por la entidad prestamista con los días transcurridos desde la entrega de la documentación hasta el día de la firma.

Ahora bien, esa renuncia, a la vista de lo establecido en el **art. 3** de la LCCI, no podrá suponer en ningún caso que el plazo que media entre la conversión de la FEIN en oferta vinculante, una vez firmada aquélla y pactada la fecha de otorgamiento de la escritura, sea inferior, en relación a dicha fecha, a los diez días naturales que señala ahora la LCCI.

IV. LÍMITES LEGALES A DETERMINADAS CONDICIONES FINANCIERAS

A. COMISIÓN DE APERTURA (Art. 14.4)

El número 4 del art. 14 incluye ya una primera limitación legal a las condiciones financieras del contrato de préstamo, al decir que *“si se pactase una comisión de apertura, la misma se devengará una sola vez y englobará la totalidad de los gastos de estudio, tramitación o concesión del préstamo u otros similares inherentes a la actividad del prestamista ocasionada por la concesión del préstamo. En el caso de préstamos denominados en divisas, la comisión de apertura incluirá, asimismo, cualquier comisión por cambio de moneda correspondiente al desembolso inicial del préstamo”*.

La norma no es enteramente nueva, puesto que ya la recogió, para los presta-



mos hipotecarios sobre vivienda, la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios en el apartado 4 de su anexo I, y también La Ley 2/2009, de 31 de marzo, en su art. 5.2.b. El ámbito de aplicación previsto en la LCCI determinará, sin embargo, que dicha norma se aplique ahora no solo a los préstamos hipotecarios sobre vivienda, a que se referían dichas normas, sino a todos los que se definen en el art. 2.1 de la Ley.

Hay que recordar que, tras algunas sentencias de Audiencias Provinciales en otro sentido, el TS ha declarado recientemente que la cláusula que establece la comisión de apertura, como parte integrante del precio, no es abusiva si supera el control de transparencia (Sentencia núm. 44/2019, de 23 de enero de 2019) ⁽⁵³⁾.

B. COMISIONES POR REEMBOLSO ANTICIPADO (Art. 23)

El art. 23 de la Ley regula el reembolso anticipado del préstamo como un derecho del prestatario, que la ley extiende a todos los contratos, exista o no pacto al respecto, sujeto únicamente, si así se prevé en el contrato, a un preaviso de cómo máximo un mes (n. 1) y que comporta la obligación del prestamista de facilitar al prestatario que se plantee dicha opción, en el plazo máximo de tres días hábiles, la información necesaria para evaluarla (n. 2).

Su ejercicio lleva asociado (n. 3) el derecho a la reducción “del coste total del préstamo que comprenderá los intereses y los costes correspondientes al plazo que quedase por transcurrir hasta el momento de su extinción”, en particular –y sin excluir por tanto que pueda haber otros costes asociados cuyo reintegro el deudor pudiera exigir- la parte proporcional de la prima del seguro que se hubiere contratado en su caso con carácter “accesorio” al préstamo, esto es, ofrecido por el prestamista al prestatario junto con el contrato de préstamo, para cubrir los riesgos que pudieran afectar a su capacidad de reembolso. Ello, obviamente, salvo que el prestatario decida mantener dicho seguro

Los números 4 a 8 del artículo se destinan a regular los límites a la comisión que el prestamista puede cobrar al prestatario en caso de amortización anticipada, total o parcial, y lo hacen siguiendo un esquema



inspirado en la regulación de la “compensación por riesgo de tipo de interés” contenida en el art. 9 de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, si bien configurando las dos opciones del art. 9.4 de esta como límites conjuntos para su cálculo, de modo que no podrá exceder: ni del importe de la pérdida financiera que sufra el prestamista, calculada según se determina en la ley, ni de un determinado porcentaje máximo sobre el capital amortizado, que se fija también legalmente y que varía en función de si el préstamo es a interés variable o fijo:

1. La llamada “pérdida financiera” se calcula (n.8) proporcionalmente al capital reembolsado y resulta de **restar**:

- Al **Valor presente de mercado** del préstamo [igual a la suma de

a) El valor **actual** de las cuotas pendientes de pago hasta la siguiente revisión del tipo de interés

b) El valor **actual** del capital pendiente que quedaría en el momento de la revisión de no producirse la cancelación anticipada

Actualizaciones que se realizan aplicando el **tipo de interés de actualización** pactado en el contrato –de entre los que el Ministerio de Economía publicará- al plazo restante hasta la siguiente revisión]

- El **Capital pendiente** en el momento del reembolso anticipado

Esta regulación se complementa con lo dispuesto en la OMCCI, que modifica el art.

28 de la Orden de 28 de octubre de 2011 para señalar que a efectos del cálculo de la pérdida financiera “se considerarán índices o tipos de interés de referencia, los tipos Interest Rate Swap (IRS) a los plazos de 2, 3, 4, 5, 7, 10, 15, 20 y 30 años que publicará el Banco de España y a los que se añadirá un diferencial. Este diferencial se fijará como la diferencia existente, **en el momento de contratación de la operación**, entre el tipo de interés de la operación y el IRS al plazo que más se aproxime, en ese momento, hasta la siguiente fecha de revisión del tipo de interés o hasta la fecha de su vencimiento. 2. Se aplicará el tipo de interés de referencia de los anteriores que más se aproxime al plazo del préstamo que reste desde la cancelación anticipada hasta la próxima fecha de revisión del tipo de interés o hasta la fecha de su vencimiento”. Es importante destacar que según dicha norma “el diferencial así calculado **se incorporará al documento contractual**”.

Según determina la OMCCI, este pasa a ser, asimismo, el índice o tipo de referencia para el cálculo de la “compensación por riesgo de tipo de interés” regulada en la Ley 41/2007, y que sigue siendo aplicable a los préstamos anteriores a la LCCI en que se hubiere pactado la misma.

2. Por otro lado, los **porcentajes** que respecto del capital amortizado no puede superar la comisión por reembolso anticipado son:

2.1. En préstamos a INTERÉS VARIABLE (n.5), uno u otro de los dos siguientes, **alternativamente**:



a) 0,15 %, por durante los **5** primeros años de vigencia

b) 0,25 %, por durante los **3** primeros años de vigencia

Debiendo tenerse en cuenta, en todo caso, la norma contenida en el **n.6**, según la cual parece que estos límites ceden, de modo imperativo, cuando la amortización anticipada se produce en alguno de los supuestos previstos en dicho número, que son los de “**NOVACIÓN DEL TIPO DE INTERÉS aplicable o de SUBROGACIÓN DE UN TERCERO en los derechos del acreedor, siempre que en ambos casos suponga la aplicación durante el resto de vigencia del contrato de un tipo de interés fijo en sustitución de otro variable**”. En cualquiera de estos casos, la compensación o comisión no podrá superar la pérdida financiera, con el límite del 0,15 % del capital reembolsado anticipadamente, y ello solo si tal novación o subrogación se produce durante los 3 primeros años de vigencia del contrato de préstamo, pues transcurrido ese plazo el prestamista no podrá exigir compensación alguna.

No se acaba de entender, sin embargo, la inclusión aquí del supuesto de novación. Si bien en caso de subrogación acreedora siempre habrá una amortización anticipada que, de producirse dentro de los 3 primeros años de vigencia del contrato inicial, puede provocar que por aplicación de lo dispuesto en este número 6 la entidad primitiva vea reducida la comisión en su caso pactada, los supuestos de novación no in-

corporan –o no tienen por qué incorporar– amortización alguna ⁽⁵⁴⁾.

2.2. En los préstamos a INTERÉS FIJO (**n.7**), los porcentajes máximos de la comisión por reembolso anticipado son los dos siguientes, que hay que entender que **pueden ser cumulativos**:

a) 2 %, por durante los **10** primeros años de vigencia,

b) 1,5 %, por durante el **resto** del plazo.

Con arreglo a la norma general de irretroactividad que consagra la Disposición Transitoria Primera de la Ley, estos límites no serán de aplicación a los contratos suscritos con anterioridad a su entrada en vigor, que mantendrán por tanto las comisiones o compensaciones que en su caso se hubieren pactado. Sin embargo, al señalarse en el número 2 de dicha Disposición Transitoria que “*no obstante, las previsiones de esta Ley resultarán de aplicación a aquellos contratos celebrados con anterioridad si son objeto de novación o de subrogación con posterioridad a su entrada en vigor*”, queda por resolver la cuestión –ya planteada más arriba al hablar de la aplicabilidad de la ley a los supuestos de subrogación y novación– de si caso de que en el contrato objeto de novación o subrogación existan comisiones superiores a las aquí marcadas, deben las mismas ajustarse a partir de ese momento a los límites señalados ahora en la Ley.

Existe por otro lado en el número 3 de la citada Disp. Trans. una norma específica en

relación a la facultad de reembolso anticipado, según la cual “*cualquiera que sea el momento en el que se hubiera celebrado el contrato, el prestatario siempre tendrá derecho de reembolso anticipado en el supuesto previsto en el apartado 6 del artículo 23*”, lo que implicará que aun cuando el contrato inicial celebrado antes de la entrada en vigor de la ley no previera la facultad de reembolso anticipado (si fuera posterior ya hemos visto que dicha facultad viene atribuida *ex lege*), en los contratos de préstamo a interés variable el prestatario siempre va a poder efectuar dicha amortización cuando la misma se produzca en el marco de una subrogación por cambio de acreedor –o novación, con las dudas antes expresadas respecto de este supuesto– con el objeto de aplicar durante el resto de vigencia del contrato un tipo de interés fijo. Dado que al no haberse pactado la facultad de reembolso anticipado tampoco habrá prevista en el contrato comisión alguna para tal caso, hay que preguntarse si la entidad primitiva podría exigir la comisión que determina el número 6 del art. 2.

C. CAUSAS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO (Art. 24)

Pendiente, al tiempo de publicarse la ley, de que se dictase por el TJUE la resolución correspondiente en la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo mediante Auto de 8 de febrero de 2017 (posteriormente resuelta mediante la controvertida sentencia de 26 de marzo de 2019), el legislador se adelanta e intenta fijar unos criterios legales que eviten la abusividad de la cláusula ajustada a los mismos.

Así, la ley contiene en el art. 24 –con un redactado que se reproduce, en términos prácticamente idénticos, en un nuevo **art. 129bis** introducido en la **Ley Hipotecaria** por el número **16 de la Disp. Final Primera**– una regulación civil, de carácter imperativo, relativa al vencimiento anticipado, señalando que “*En los contratos de préstamo cuyo prestatario, fiador o garante sea una persona física y que estén garantizados mediante hipoteca o por otra garantía real sobre bienes inmuebles de uso residencial o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir para uso residencial, el prestatario perderá el derecho al plazo, y se producirá el vencimiento anticipado del contrato, si concurren conjuntamente los siguientes requisitos*”, para referirse a con-



continuación al impago, al mínimo impagado y al requerimiento del acreedor. Si bien ese mínimo impagado se vincula en principio a un determinado porcentaje del capital, al indicar la norma que dicho requisito “se entenderá cumplido” cuando se desatienda un número determinado de cuotas, parece en realidad estar manteniendo también el criterio hasta ahora vigente con relación al procedimiento de ejecución hipotecaria directa, aunque aumentando el número de cuotas impagadas. De este modo, podemos decir que los requisitos de la mora como causa de vencimiento anticipado son cuantitativos y formales:

1. CUANTITATIVOS: un **impago** que cancele, en función de cuándo se produzca:

a) Durante la **primera mitad** de la duración del préstamo:

I. Un **3 %** del capital concedido, o bien

II. **doce plazos mensuales** o un número de cuotas equivalente al menos a **doce meses**.

b) Durante la **segunda mitad** de la duración del préstamo:

I. Un **7 %** del capital concedido, o bien

II. **quince plazos mensuales** o un número de cuotas equivalente al menos a **quince meses**.

2. FORMALES: el **requerimiento** al deudor, con concesión de **un mes** de plazo mínimo para el cumplimiento, y **advertencia de reclamación** del total del préstamo en caso de impago.

El número 2 del art. 24 señala que “*las reglas contenidas en este artículo no admitirán pacto en contrario*”. El Preámbulo de la Ley ya adelanta que se sustituye “*el régimen vigente, en el que existía cierto margen a la autonomía de la voluntad de las partes, por normas de carácter estrictamente imperativo*”, y se garantiza que el vencimiento anticipado “*solo pueda tener lugar cuando el incumplimiento del deudor es suficientemente significativo en atención al préstamo contratado*”. Por virtud de dicho carácter imperativo, el pacto contractual que se ajuste a lo dispuesto en la norma queda al margen de cualquier control de abusividad, conforme a lo indicado en el art. 1.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumi-



dores; sin que, por otra parte, sea necesario tal pacto para que se produzca el efecto de vencimiento anticipado legalmente previsto.

Al mismo tiempo, puede aparentar ser consecuencia de la imperatividad de la regulación el que, en los préstamos a que se refiere el art. 24, hubiera que entender como único posible supuesto de vencimiento anticipado, en perjuicio del deudor, la mora del mismo, lo que excluiría otros ahora habituales, como los relacionados con la disminución de la solvencia del deudor o el incumplimiento de otras obligaciones. Sin embargo, no es lo que literalmente dice la norma (que impone un supuesto específico de vencimiento anticipado, en relación al cual no admite pacto en contrario, pero no dice que sea el único), y, de hecho, la propia LCCI contempla otro posible supuesto en su **art. 11.4**, relativo a la obligación de evaluar la solvencia del potencial prestatario, al señalar que “*La incorrecta evaluación de la solvencia no otorgará al prestamista la facultad de resolver, rescindir o modificar ulteriormente el contrato de préstamo, salvo que se demuestre que el prestatario ha ocultado o falsificado conscientemente la información*”. Tampoco podrán los prestamistas resolver, rescindir o modificar el contrato de préstamo en detrimento del prestatario debido a que la información facilitada por el prestatario antes de celebrarse dicho contrato fuera **incompleta**”.

En todo caso, y respecto del concreto supuesto regulado en el art. 24, los términos de la regulación no parecen permitir

estipular límites que superen los marcados, aun cuando ello redundaría en beneficio del deudor. Por lo que se refiere a la posibilidad de que el vencimiento anticipado sea “dispensado” por el acreedor, concediendo al deudor un plazo mayor para saldar la deuda, queda amparada de facto por el hecho de que esa inmediatez del efecto legal está sujeta a un requerimiento específico y formal, por lo que no se producirá el vencimiento anticipado mientras dicho requerimiento no se produzca, sin que quepa considerar tal la simple reclamación de las cuotas impagadas si no se incluye, a modo de declaración de voluntad resolutoria, la advertencia de que, de no ser atendido aquél, se reclamará el reembolso total adeudado del préstamo.

Esta regulación se complementa con la modificación que se introduce en el ámbito procesal en relación a la posibilidad del acreedor de reclamar el total importe de la deuda pendiente mediante el procedimiento de ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados regulado en el Capítulo V del Título IV de la LEC. Como sabemos, hasta ahora el art. 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tras la modificación introducida por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, establecía que “*podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equiva-*

lente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución y en el asiento respectivo”.

Este artículo es ahora objeto de nueva modificación mediante el **número 2 de la Disp. Final Quinta** de la Ley, quedando redactado como sigue: «Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses en los términos en los que así se hubiese convenido en la escritura de constitución y consten en el asiento respectivo. Siempre que se trate de un préstamo o crédito **concluido por una persona física** y que esté garantizado mediante **hipoteca sobre vivienda o cuya finalidad sea la adquisición de bienes inmuebles para uso residencial**, se estará a lo que prescriben el artículo 24 de la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario y, en su caso, el artículo 129 bis de la Ley Hipotecaria». Como vemos, existe una doble novedad:

– de una parte, desaparece, como regla general, la necesidad de ese impago mínimo que había establecido la Ley 1/2013;

– de otra, como excepción a dicha regla general, y por virtud de la remisión que se hace al art. 24 de la Ley, se exige tal impago –en la cuantía mínima que ahora se incrementa– cuando se trate de **“préstamo o crédito concluido por una persona física y que esté garantizado mediante hipoteca sobre vivienda o cuya finalidad sea la adquisición de bienes inmuebles para uso residencial”**.

Pero hay que advertir de nuevo que no existe una total identidad entre las normas que determinan con carácter general el ámbito de aplicación de la ley, las que señalan dicho ámbito en relación a la regulación civil del vencimiento anticipado, y las que lo hacen a efectos procesales, según se puede apreciar en el siguiente cuadro:

ART. 2.1 LCCI	ART. 24 LCCI	ART. 693.2 LEC
... cuando el prestatario, el fiador o garante sea una persona física y dicho contrato tenga por objeto:	... cuyo prestatario, fiador o garante sea una persona física y que	... concluido por una persona física
<p>a) La concesión de préstamos con garantía hipotecaria u otro derecho real de garantía sobre un inmueble de uso residencial.</p> <p>b) La concesión de préstamos cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, siempre que el prestatario, el fiador o garante sea un consumidor.</p>	<p>estén garantizados mediante hipoteca o por otra garantía real sobre bienes inmuebles de uso residencial</p> <p>o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir para uso residencial</p>	<p>y que esté garantizado mediante hipoteca sobre vivienda</p> <p>o cuya finalidad sea la adquisición de bienes inmuebles para uso residencial</p>

Esa falta de identidad se produce, como vemos, en los siguientes elementos del supuesto de hecho que respectivamente se regula:

– por un lado, en cuanto al **cliente**, porque el art. 693.2 LEC se refiere al contrato “concluido

por” una persona física, sin especificar si ello incluye a prestatario, fiador o garante, tal como resulta de los arts. 2.1 y 24, o solo al primero;

– por otro, en relación a los préstamos **“con finalidad inmobiliaria”** del art. 2.1

b), en dos puntos: (i) no incluyéndose expresamente en el art. 693.2 LEC a los préstamos que tengan como objeto “conservar” derechos de propiedad (hablando solo de adquisición); (ii) refiriéndose ese mismo art. 693.2 LEC, como también el art. 24, a ese grupo de préstamos cuando tenga como objetos inmuebles residenciales, cosa que no hace el art. 2.1 b), en el que, por el contrario, lo que sí se exige es que el cliente sea un consumidor.

Lo cual puede significar, de no acabar imponiéndose una deseable interpretación armonizadora, que haya:

– préstamos sujetos al régimen legal general, pero no al de vencimiento anticipado del art. 24 (los del art. 2.1 b si tienen por objeto inmuebles NO RESIDENCIALES);

– préstamos que están en el supuesto inverso, no sujetos al régimen general, pero –aparentemente– sí al de vencimiento anticipado del art. 24 (los del mismo art. 2.1.b si tienen como objeto un inmueble residencial pero el cliente NO ES UN CONSUMIDOR);

– préstamos sujetos al régimen general, y al de vencimiento anticipado del art. 24, pero respecto de los que no cabe la utilización del procedimiento de ejecución directa para la reclamación de la totalidad de la deuda (los que tienen como finalidad CONSERVAR derechos de propiedad sobre inmuebles, sean o no de uso residencial, y, eventualmente, aquellos que, no teniendo como deudor a una persona física, sí lo es el FIADOR o GARANTE).

Hay que recordar, por otra parte, que junto con la posibilidad a que se refiere el número 2 del art. 693 LEC de vencimiento anticipado y ejecución directa en reclamación de la totalidad de lo adeudado, el número 1 del mismo artículo conserva la de reclamación limitada a las cuotas impagadas, exigiendo –conforme a la modificación introducida por la Ley 1/2013, de 14 de mayo– que *“vencieren al menos tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a tres meses”*. El efecto, cuya importancia no debe pasar desapercibida, lo determina este mismo número 1 en su último párrafo: *“Si para el pago de alguno de los plazos del capital o*

de los intereses fuere necesario enajenar el bien hipotecado, y aún quedaren por vencer otros plazos de la obligación, se verificará la venta y se transferirá la finca al comprador con la hipoteca correspondiente a la parte del crédito que no estuviere satisfecha”⁽⁵⁵⁾.

Finalmente, y en relación a los contratos anteriores a la entrada en vigor de la Ley, decir que la **Disposición Transitoria Primera, número 4** contiene dos normas referentes al vencimiento anticipado, previendo, en primer lugar, que si dichos contratos incluyeren “cláusulas de vencimiento anticipado, será de aplicación lo previsto en el artículo 24 de esta Ley, salvo que el deudor alegara que la previsión que contiene resulta más favorable para él”. De modo que el impago de la deuda solo dará lugar al vencimiento anticipado si se cumplen los requisitos cuantitativos y formales que ahora se establecen por la ley, aunque se hubiere pactado un régimen diferente –incluso ajustado a la normativa anterior– y salvo que el deudor entienda que dicho régimen le es más beneficioso. Sin embargo, si, con arreglo a lo pactado, el vencimiento anticipado ya se hubiere producido al entrar en vigor la Ley, no se aplicará la nueva norma, y ello “se hubiese instado o no un procedimiento de ejecución hipotecaria para hacerlo efectivo, y estuviera este suspendido o no”⁽⁵⁶⁾.

D. INTERESES DE DEMORA (Art. 25)

Al igual que ocurre con el vencimiento anticipado, la ley incluye ahora una regulación civil de los intereses de demora, de naturaleza imperativa, contenida en el art. 25, conforme al cual “en el caso de préstamo o crédito **concluido** por una persona física que esté **garantizado mediante hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial**, el interés de demora **será el interés remuneratorio más tres puntos** a lo largo del período en el que aquel resulte exigible. El interés de demora sólo podrá devengarse sobre el principal vencido y pendiente de pago y no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil”. Regulación que se complementa con la nueva redacción que el párrafo tercero del **art. 114 LH**, recibe, en términos prácticamente idénticos a los de este art. 25, en virtud del **número Dos de la Disposición Final Primera**.

También aquí suscita dudas si el ámbito de aplicación de la norma se limita a los préstamos efectivamente mencionados, lo

que dejaría fuera a ese segundo grupo de préstamos “cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir” (art. 2.1 b), y obligaría además a interpretar si la expresión “concluidos por” solo permite incluir, de entre los préstamos del art. 2.1.a), aquéllos préstamos en que la persona física sea deudora, o también aquéllos en que sea fiador o garante.

De modo similar a lo previsto con relación al vencimiento anticipado, el Preámbulo adelanta el carácter imperativo de la regulación al decir que “se sustituye el anterior régimen de los intereses de demora, en el que únicamente se establecía un límite máximo para cuantificarlos, por un criterio claro y fijo para su determinación”, lo cual, nos dice, “dota de una mayor seguridad jurídica a la contratación” (como indicábamos antes, la imperatividad de la norma deja fuera del control de abusividad la cláusula que se ajuste a la misma). Así, el número 2 del artículo establece que “las reglas relativas al interés de demora contenidas en este artículo no admitirán pacto en contrario”. En consecuencia, frente a lo previsto hasta ahora a efectos hipotecarios por el art. 114 LH (tres veces el interés legal del dinero) y a lo interpretado como límite de la no abusividad por la sentencia del TS 364/2016, de 3 de junio (interés remuneratorio más dos puntos), que han operado como máximos, permitiendo por tanto pactar y aplicar un interés inferior mientras no se superaran aquéllos, esta ley fija ahora un determinado tipo de interés, que hay que entender que no podrá ni reducirse ni excluirse⁽⁵⁷⁾. Todo ello sin perjuicio de que en aquellos casos en que no resulte la norma aplicable al supuesto de hecho, pero concurra en el fiador o garante la condición de consumidor, deba aplicarse en relación a este la limitación que deriva de la citada sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016.

V. CONTROL DE CLÁUSULAS ABUSIVAS

El Proyecto de Ley, con la saludable intención de clarificar el control que ejercen notarios y registradores en relación a las cláusulas abusivas que pudieran contenerse en los contratos sujetos a la misma, modificaba, mediante su Disposición Final Sexta, el art. 84 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, establecien-

do que «Los notarios y los registradores de la propiedad y mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de **cláusulas que sean contrarias a normas imperativas o prohibitivas** o hubieran sido declaradas **nulas por abusivas en sentencia del Tribunal Supremo con valor de jurisprudencia** o por **sentencia firme inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación**». En sintonía con el cual, el art. 258.2 de la Ley Hipotecaria quedaba redactado (en virtud de la Disposición Final Primera. Cuatro del Proyecto de Ley) así: «2. El registrador de la propiedad denegará la inscripción de aquellas **cláusulas de los contratos que sean contrarias a normas imperativas o prohibitivas** o hubieran sido declaradas **nulas por abusivas por sentencia del Tribunal Supremo con valor de jurisprudencia** o por **sentencia firme inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación**».

Una enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Socialista en la Comisión de Economía del Congreso propició, sin embargo, la modificación de la redacción proyectada para el art. 84 TRLDCU, de modo que si bien se confirmaban los términos en que según el Proyecto se debía ejercer la función registral, se introducía por el contrario un segundo párrafo a dicho artículo según el cual «Los notarios en caso de que aprecien que alguna de las cláusulas que se pretendan incluir en el contrato estén incursas en alguna de las situaciones señaladas en el párrafo anterior, informarán de ello a las partes y formularán la correspondiente advertencia legal en caso de que aquellas insistan en su otorgamiento». Finalmente, en el Senado se suprime el apartado Dos de la Disposición Final Octava (Sexta, en el Proyecto de ley) con lo que queda sin modificar el citado art. 84 TRLDCU, que por tanto continúa diciendo, como hasta ahora, que «los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de **cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación**». Sí se mantiene, no obstante, la modificación del art. 258.2 de la LH, en el que se concreta mejor el alcance de la calificación registral, que

deberá excluir de la inscripción las cláusulas de los contratos que sean **contrarias a normas imperativas o prohibitivas** o hubieran sido **declaradas nulas por abusivas por sentencia del Tribunal Supremo con valor de jurisprudencia o por sentencia firme inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación**.

En coordinación con lo anterior, se modifica la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación. Como sabemos, el art. 22 de la misma ya establecía que *“En todo caso en que hubiere prosperado una acción colectiva o una acción individual de nulidad o no incorporación relativa a condiciones generales, el Juez dictará mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la Contratación para la inscripción de la sentencia en el mismo”*. Esta norma es complementada ahora con la modificación, por virtud de la **Disposición final cuarta** de la Ley, del **art. 11** de la citada LCGC, añadiendo al número 4 del mismo una frase en virtud de la cual *«Obligatoriamente se remitirán al Registro de Condiciones Generales las sentencias firmes dictadas en acciones colectivas o individuales por las que se declare la nulidad, cesación o retractación en la utilización de condiciones generales abusivas»*. Similar previsión contiene el **art. 521** de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al que el **número Uno de la Disp. Final Quinta** añade al efecto un nuevo apartado 4.

Finalmente, también el **art. 12 LH** recibe nueva redacción, en el número Uno de la misma Disposición Final Primera:

«En la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración.

Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por la hipoteca, cualquiera que sea la entidad acreedora (antes: “a favor de las entidades a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario”), en caso de calificación registral favorable de las mismas y de las demás cláusulas de trascendencia real (antes, sólo “de las cláusulas de trascendencia real”), se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización.»

De todo ello resulta una clarificación (menor que en el Proyecto, pero clarificación en todo caso) del papel del notario ⁽⁵⁸⁾ y del registrador en el ámbito de las cláusulas abusivas y en general de las condiciones generales de la contratación. Y ello en un doble aspecto:

1. De una parte, la nueva modificación del art. 12 LH elimina los términos restrictivos que dio a dicho artículo la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, que limitaba la calificación registral a las cláusulas de trascendencia real, extendiendo la misma ahora a “las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras”, en sintonía con la interpretación que desde hace ya unos años venía haciendo la DGRN.

2. Al mismo tiempo, sin embargo, las facultades en la apreciación del posible carácter abusivo de una cláusula quedan concretadas –conforme a lo que por otro lado resulta de la normativa reguladora de esta materia, TRLGDCU y LCGC– en los términos del modificado art. 258.2 LH.

Ya hace tiempo que la Circular 1/98 del Consejo General del Notariado indicó claramente que tratándose de “cláusulas que, directamente y sin necesidad de una valoración previa, resulten contrarias a una norma concreta (algunas de las recogidas en la “lista” tienen ese carácter), el notario debe rechazar su incorporación”.

Resumiendo lo otras veces expuesto, en el ámbito de las cláusulas o condiciones abusivas en la contratación con consumidores hay que distinguir:

1. La cláusula que encaja en la **regla general del art. 82'1 TRLGDCU**, cuya abusividad resulta de ser contraria a las exigencias de la buena fe y causar, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones;

2. La cláusula subsumible en algunos de los supuestos específicos regulados en los **arts. 85 a 90 del mismo TRLGDCU**, que recogen un listado de cláusulas abusivas “en todo caso”, esto es, sin necesidad de esa concreta apreciación de ausencia de buena

fe o de desequilibrio en las contraprestaciones a que se refiere la regla general del art. 82'1.

Ahora bien, dichos artículos contienen unos supuestos más claramente definidos que otros, y por eso es habitual hablar de “**lista negra**” y “**lista gris**” de cláusulas abusivas: un ejemplo de cláusula encuadrable en la lista negra es el del art. 90,3: “La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley correspondan al empresario”; mientras que se incluiría en la lista gris, entre otros muchos, el supuesto del art. 87'6, que habla de las estipulaciones que impongan al consumidor “obstáculos onerosos o desproporcionados” para el ejercicio de sus derechos.

3. Por otro lado, una cláusula puede ser abusiva porque así lo ha decretado el juez en **sentencia inscrita en el Registro de CGC**. Es el caso de aquéllas a que se refiere la STS de 16 de diciembre de 2009; por ejemplo, la que en relación a la compensación de la deuda con el saldo de cuentas o depósitos del deudor se incluía en las escrituras de Banco Santander, frente a las que sobre dicha misma materia se incluían en las minutas de Bankinter y BBVA, que el tribunal estimó ajustadas a derecho.

Tenemos por tanto unos supuestos en los que la abusividad viene directamente determinada, y otros en los que lo está de modo indirecto. Solo en el primer caso puede y debe la cláusula en cuestión quedar excluida del contrato y de la inscripción en virtud del filtro notarial y registral respectivamente, quedando cualquier otro supuesto sujeto a la apreciación judicial. Concretando:

a) Habrá una **determinación directa** que impedirá la autorización e inscripción, en dos casos:

1. el primero y más claro sería el de aquéllas cláusulas “**contrarias a normas imperativas o prohibitivas**”. Entre ellas las incluidas en la llamada **lista negra** de los arts. 85 a 90 TRLGDCU (poníamos como ejemplo el del art. 90,3: “La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley correspondan al empresario”), como también las que resulten ahora contrarias al nuevo régimen imperativo recogido en la LCCI, por ejemplo en los comentados artículos 24,

sobre vencimiento anticipado, o 25, sobre interés demora.

Ya hace tiempo que la Circular 1/98 del Consejo General del Notariado indicó claramente que tratándose de “cláusulas que, directamente y sin necesidad de una valoración previa, resulten contrarias a una norma concreta (algunas de las recogidas en la “lista” tienen ese carácter), el notario debe rechazar su incorporación”.

2. el segundo, el de las cláusulas que han sido **declaradas abusivas judicialmente**. Aquí es donde el art. 258.2 LH clarifica la situación anterior, exigiendo para dicha exclusión que la sentencia que así las declare reúna uno de estos dos requisitos:

2.1. que haya sido dictada por el TS y tenga valor de jurisprudencia;

2.2. o bien, si ha sido dictada en otra instancia, que sea firme y esté inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación

La DGRN, en Resolución de 25 de septiembre de 2015, ya rechazaba la inscripción “cuando la nulidad por abusividad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, sin que sea necesario que conste inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación ya que tal exigencia infringiría el «principio de efectividad» de la normativa europea de protección de consumidores; siendo, no obstante necesario, a falta de tal inscripción, que la sentencia judicial proceda del Tribunal Supremo, en cuanto fuente complementaria del derecho (artículo 1 del Código Civil), o responda a un criterio mayoritario y uniforme de los órganos judiciales superiores”. La norma legal viene ahora a coincidir en líneas generales con dicha doctrina, aunque con algún matiz, pues se excluye esa última referencia a la abusividad que resulte de “un criterio mayoritario y uniforme de los órganos judiciales superiores”, con lo que, a falta de inscripción en el RCGC, únicamente la abusividad declarada en las sentencias del TS con valor de jurisprudencia resultará determinante a estos efectos. Aunque no habría sobrado que el legislador lo dispusiera expresamente, entiendo que ese “valor de jurisprudencia” hay que hacerlo extensivo a las sentencias del TS no reiteradas pero dictadas en los recursos de casación en interés de la ley o en unificación de doctrina.

Evidentemente, se trata de un avance en la claridad que debe presidir los criterios de actuación de notarios y registradores, y permite superar algunos de los problemas planteados hasta ahora, por ejemplo el que deriva de redacciones tan genéricas como la incluida en el CConsumo Catalán cuando habla (art. 123-10.3) de aquellas “cláusulas que en otros casos hayan sido declaradas nulas judicialmente por haber estado consideradas abusivas”. Recordemos, sin embargo, que ya una parte importante de la doctrina clásica sobre la materia denunció la inconstitucionalidad, por vulnerar el principio de tutela judicial efectiva, de la pretensión de atribuir eficacia “erga omnes” a las sentencias inscritas en el RCGC, denuncia a la que sumó el Consejo de Estado en su día en relación al Proyecto de Ley de CGC, y el propio Ministerio Fiscal en una circular del año 2010. Parece claro no obstante, que, frente a dicha posición, se intenta hacer prevalecer el principio de “efectividad” que emana de la jurisprudencia del TJUE. A pesar de lo cual, la sentencia del TS 477/2017, de 24 de febrero, recuerda que «los efectos de cosa juzgada (...) se extienden, **subjetivamente**, a las cláusulas utilizadas por las entidades que fueron demandadas en aquel procedimiento, y, **objetivamente**, a las cláusulas idénticas a las declaradas nulas, cuando no se hallen completadas por otras que eliminen los aspectos declarados abusivos»⁽⁵⁹⁾. Habrá por tanto que confiar en la colaboración de los agentes del mercado para facilitar la correcta aplicación de la norma, evitando situaciones de difícil interpretación.

b) Frente a los anteriores supuestos, existirá una **determinación indirecta** en todos los demás indicados, es decir: aquéllos previstos por el TRLGDCU, bien en la **regla general del art. 82'1** (que exige ausencia de buena fe y desequilibrio en las contraprestaciones), bien en la “**lista gris**”, es decir, las cláusulas que, incluidas en la relación de los arts. 85 a 90, requieren la apreciación de conceptos jurídicos indeterminados, como en el ejemplo del art. 87'6 al hablar de “obstáculos onerosos o desproporcionados” o de “plazos de duración excesiva”.

El legislador ha confirmado que ni el notario ni el registrador pueden hacer una interpretación en base a tales criterios para rechazar por abusiva una determinada cláusula. Ese es un control que corresponde en exclusiva a los jueces, tal como ya proclama la Exposición de Motivos de la LCGC.

NOTAS

- (1) Este estudio tiene como base el publicado en la web “notariosregistradores.com” con ocasión de la publicación de la Ley, habiendo sido esta versión actualizada y cerrada a 31 de julio de 2019.
- (2) El CGN ha elaborado asimismo unas notas informativas (NOTASCGN) y “respuestas a preguntas frecuentes” (FAQCGN), de indudable ayuda orientativa.
- (3) La posibilidad de que una persona jurídica tenga la condición de consumidor debe ser objeto de matización en el caso de las sociedades de capital. En este sentido, la reciente sentencia del Tribunal Supremo 307/2019, de 3 de junio, cita en primer lugar los criterios de Derecho comunitario, resumidos por la STJUE de 14 de febrero de 2019, C-630/17 (asunto Anica Milivojevic v. Raiffeisenbank St. Stefan-Jagerberg-Wolfsberg eGen), según la cual “el concepto de consumidor [...] debe interpretarse de forma restrictiva”, añadiendo en relación a lo dispuesto en el art. 4 TRLGDCU, según el cual “son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial”, que “además, tampoco cabe compartir que la actuación de una sociedad de responsabilidad limitada en un ámbito mercantil ofrezca dudas en cuanto a su ánimo de lucro, porque precisamente por tratarse de una sociedad de capital dicho ánimo se presume (arts. 116 CCom y 1 y 2 de la Ley de Sociedades de Capital, en adelante LSC) (...). Igualmente, ha de tenerse presente que el criterio de la mercantilidad por la forma que impone el art. 2 LSC supone que toda sociedad de responsabilidad limitada será siempre mercantil y, por consiguiente, tendrá la consideración de empresario (arts. 1 y 2 CCom), con la correspondiente aplicación de su estatuto jurídico, inclusive el art. 4 TRLGDCU. Puesto que, como también declaró la antes citada sentencia 1377/2007, la sociedad mercantil, al desarrollar una actividad externa con ánimo de lucro, integra una estructura empresarial organizada y proyectada al comercio, completada por capacidades productoras y de mercantilización en su cometido social”.
- (4) Así, señala Ricardo CABANAS en El Notario del Siglo XXI, número 84 que “la profesionalidad está referida a la propia actividad de concesión del crédito, no porque se conceda crédito con ocasión de una actividad profesional diferente, matiz que conviene no descuidar”.
- (5) El documento tiene por título “Calificación registral de cláusulas de créditos y préstamos hipotecarios controvertidas tras la Ley 5/2019, reguladora de los Contratos de Crédito”.

- (6) Para el TS en las condiciones generales insertas en contratos en los que el adherente no tiene la condición legal de consumidor o usuario puede existir abuso de posición dominante, y declararse judicialmente la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del adherente. Pero tal supuesto, cuando reúne los requisitos de incorporación, tiene, en cuanto al control de contenido, el mismo régimen legal que las cláusulas negociadas.
- (7) La STJUE de 14 de febrero de 2019, ya citada en nota ut supra, señala que *“solo a los contratos celebrados fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional, con el único objetivo de satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo, les es de aplicación el régimen específico establecido [...] para la protección del consumidor como parte considerada más débil”*.
- (8) El Considerando 15 de la Directiva señala: *“El objetivo de la presente Directiva consiste en garantizar que todos los consumidores que concluyan los contratos de crédito para bienes inmuebles disfruten de un elevado grado de protección. Procede, por tanto, que se aplique – a los créditos GARANTIZADOS mediante bienes inmuebles, con independencia de la finalidad del crédito, – a los contratos de refinanciación u otros contratos de crédito que ayuden al propietario de la totalidad o de una parte de un bien inmueble a CONSERVAR derechos sobre bienes inmuebles o fincas, – y a los créditos utilizados para ADQUIRIR bienes inmuebles en algunos Estados miembros, incluidos los que no requieren el reembolso del capital, o, salvo si los Estados miembros han establecido un marco alternativo adecuado, a los que tienen como finalidad proporcionar financiación temporal en el lapso de tiempo comprendido entre la venta de un bien inmueble y la compra de otro, – así como a los créditos **garantizados** destinados a la **RENOVACIÓN** de bienes inmuebles para uso residencial”*.
- (9) Sin perjuicio, como dice Ricardo CABANAS (“La nueva Ley reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario”. Diario La Ley, Nº 9379, Sección Doctrina, 18 de Marzo de 2019, Editorial Wolters Kluwer), de que la rehabilitación integral pueda quizá equipararse a la construcción del edificio, y el préstamo que financie la misma entrar en el ámbito de aplicación de la ley por su finalidad, no de conservación, sino de adquisición de ese derecho de propiedad.
- (10) En el Considerando 18 de la Directiva, el legislador europeo hace notar que existe un grupo de consumidores a los que ni esta Directiva ni la 2008/48/CE, de contratos de crédito al consumo, brinda la protección buscada, y son aquellos que suscriben *“contratos de crédito **no garantizados** que tengan por finalidad la **renovación** de un bien inmueble de uso residencial y que entrañen un crédito cuyo importe total **exceda de 75000 EUR**”*. Por ello advierte que tales créditos *“deben entrar en el ámbito de aplicación de la Directiva 2008/48/CE con el fin de asegurar un nivel de protección equivalente a aquellos consumidores, y para evitar un vacío de regulación entre dicha Directiva y la presente Directiva. La Directiva 2008/48/CE debe por tanto modificarse en consecuencia”*. Es obvio que la no inclusión de tales créditos dentro del ámbito de aplicación de la Directiva sobre Créditos Inmobiliarios, deriva de que no se entiende incluidos en ninguno de los dos grupos mencionados: ni están garantizados, ni tienen como finalidad *“adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir”*, lo que evidencia que la *“renovación”* no encaja entre tales supuestos.
- (11) Señala el Preámbulo: *“La Directiva 2014/17/UE establece un régimen específico de protección de las personas consumidoras que tengan la condición de prestatarios, garantes o titulares de garantías en préstamos o créditos garantizados mediante hipoteca sobre bienes inmuebles **de uso residencial**, o cuya finalidad sea la adquisición de bienes inmuebles **de uso residencial**. En la Unión Europea, cuyo derecho goza del principio de primacía frente al derecho nacional, la **vivienda** está reconocida como un derecho fundamental, tal como reconoce expresamente el apartado 65 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de septiembre de 2014, asunto C-34/13, donde con toda contundencia se manifiesta que «En el Derecho de la Unión, el derecho a la **vivienda** es un derecho fundamental garantizado por el artículo 7 de la Carta que el tribunal remitente debe tomar en consideración al aplicar la Directiva 93/13». La normativa europea se refiere a los créditos celebrados con consumidores que estén garantizados mediante hipoteca u otro tipo de garantía, en relación con bienes inmuebles **de uso residencial**...”*.
- (12) No obstante, en el documento FAQCGN antes indicado se indica (punto 2) que *“parece evidente de acuerdo con el contenido de la Directiva atinente a los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, título de la misma, que los terrenos o edificios deben tener como destino esencial inmuebles de uso residencial”*. No se hace referencia al hecho de que la propia Directiva prevé la posibilidad de los Estados miembros de extender a otros inmuebles la aplicabilidad de las medidas de protección que se regulan, algo que por otro lado ya hacía en nuestro derecho la Orden Ministerial de 28 de octubre de 2011 en su artículo 19.
- (13) Podemos recordar el derecho de desistimiento del comprador que no obtenga la financiación pretendida que regula el nuevo artículo 621-49 del Código Civil de Cataluña.
- (14) Por las mismas razones, no se aplicará la ley a los supuestos del segundo párrafo del citado art. 118 LH: *“si no se hubiere pactado la transmisión de la obligación garantizada, pero el comprador hubiere descontado su importe del precio de la venta, o lo hubiese retenido y al vencimiento de la obligación fuere ésta satisfecha por el deudor que vendió la finca, quedará subrogado éste en el lugar del acreedor hasta tanto que por el comprador se le reintegre el total importe retenido o descontado”*.
- (15) Existe un supuesto especial, que es el de la novación que tenga origen en la aplicación del Código de Buenas Prácticas incorporado como Anexo al Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos. Si bien la adaptación necesaria de las cláusulas del contrato a las normas imperativas de la LCCI podría entenderse menos lógica en un supuesto de novación forzosa para la entidad de crédito, podría ser precisamente la consideración de dicha adaptación como favorable para el deudor lo que llevara a interpretarla como una mejora añadida de modo obligado a las contenidas en el citado Código.
- (16) Recordemos que el Real Decreto-Ley 18/2012, de 11 de mayo, sobre saneamiento y venta de los activos inmobiliarios del sector financiero, dispone en su Disposición Adicional Segunda que *“para determinar los honorarios notariales de las escrituras de novación, subrogación o cancelación de préstamos y créditos hipotecarios se aplicará, por todos los conceptos, el número 2.2.f. del arancel de los notarios, tomando como base el capital inscrito o garantizado, reducido en todo caso al 70 por ciento y con un mínimo de 90 euros. No obstante lo anterior, se aplicará el número 7 del arancel a partir del folio quincuagésimo primero inclusive”*. La Instrucción de la DGRN de 31 de mayo de 2012 entendió que dicha norma se aplica a todas las escrituras de novación, subrogación o cancelación de hipoteca, pese a que con la misma no se modificaba expresamente el art. 8 de la Ley 2/1994, que sigue señalando la aplicabilidad del arancel correspondiente a los «Documentos sin cuantía» previstos en el número 1 del Real Decreto 1426/1989. La remisión ahora a la Ley 2/1994 plantea la cuestión de si en los supuestos de subrogación o novación con cambio de interés variable va a volver a ser de aplicación dicho número 1 del Arancel.
- (17) Hay que tener en cuenta que, como nos recuerda la RDGRN de 27 de junio de 2019, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, junto con las tradicionales figuras de garantía del fiador, avalista o del hipotecante de deuda



ajena, considera también como garante a la figura del deudor solidario no beneficiario del préstamo (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17/3/1998, Asunto Dietzinger), es decir, aquellas personas que, aunque no sean los verdaderos destinatarios finalistas del crédito, asumen, sin embargo, directamente el pago del mismo y son parte en el contrato principal de préstamo. Figura a la que será aplicable la doctrina jurisprudencial que excluye la condición de consumidor si existe vínculo funcional con la sociedad prestataria.

(18) Sin embargo, el círculo de personas puede ser mayor. Tratándose de préstamos a sociedades mercantiles, la RDGRN de 27 de junio de 2019 señala que el fiador no pierde la condición de consumidor cuando actúa con fines de derecho privado, “incluso aunque reúna la condición de pariente próximo de los administradores o socios de la mercantil”, con lo que parece que tales parientes sí podrían perderla si no actúan con tales fines. Y así lo entiende la SAP Barcelona 412/2019, de 19 de junio en el caso del hermano del administrador de la sociedad prestataria “en la medida en que las concretas circunstancias del caso apuntan a la existencia de vinculación funcional del mismo con la acreditada”.

En el supuesto resuelto por la sentencia 1964/2018 de la AP de Oviedo, de 29 de junio de 2018, relativo a un préstamo a favor de personas físicas no consumidoras destinado a la construcción y puesta en marcha de un establecimiento hotelero se señala, en cuanto a la fiadora, que en el caso de personas físicas no cabe hablar de vínculo funcional con el prestatario, pero sí puede darse otro tipo de vínculo que se caracterice -como en el caso del funcional- por el interés del fiador en la persona del afianzado y su actividad empresarial, y en los casos de fuerte y estrecho vínculo familiar, éste debe sustituir al funcional que se predica de las sociedades. En el supuesto de hecho, se justifica la existencia de una vinculación de la fiadora con ese destino empresarial del préstamo por tratarse de la hija de los deudores y por haber quedado acreditado que su participación como avalista venía determinada por dos motivos: por la edad de sus padres y porque ella misma iba a participar en el negocio, y de cara a su futura gestión (solicitud de subvenciones, solucionar temas fiscales...) así se consideró conveniente. Todo lo cual permite al Tribunal confirmar la apreciación de la misma como no consumidora.

(19) Será el juez nacional, dice la Dirección General, quien deberá:

- “apreciar la nulidad de la cláusula si considera que no se informó adecuadamente al consumidor, de las consecuencias que lleva, en el caso de impago del avalado, la firma del contrato de garantía, o si, se produce para la entidad financiera una ventaja desproporcionada;

- o puede declarar la cláusula de afianzamiento válida, pero apreciar que no le sean aplicables, la renuncia a los derechos de excusión, orden y división (que suele predisponerse en estos contratos);

- incluso que no le sean aplicables alguna de las cláusulas del contrato de préstamo, como el tipo de interés de demora, la cláusula suelo o las de vencimiento anticipado, en caso de que no se hayan cumplido respecto de las mismas con el avalista los requisitos de transparencia material y las concretas cláusulas se consideren abusivas, aplicando la legislación de consumidores”.

(20) “Así, serían abusivos o contrarios a normas imperativas, el pacto por el que el fiador se obligue a más que el deudor principal (artículo 1826 del Código Civil), el que exonere al acreedor negligente de consentir el beneficio de excusión del fiador en el supuesto de los artículos 1832 y 1833 del Código Civil, o el de renuncia a la extinción de la fianza cuando por algún hecho del acreedor no pueda quedar subrogado en los derechos o hipotecas del mismo (artículo 1852 del Código Civil). Pero como el contrato de aval o de fianza no es inscribible, tal nulidad carecería de efectos registrales.

Igualmente será de aplicación al contrato de garantía o fianza, en el que concurra la condición de consumidor en el garante, toda la normativa relativa a la información precontractual, requisitos de incorporación y transparencia material acerca de la concreta obligación que constituye su objeto, de sus condiciones económicas y de la transcendencia jurídica y económica de las obligaciones que el garante o fiador asume en caso de incumplimiento del deudor principal”.

(21) “El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predisuestas en la contratación bancaria” Luis María MIRANDA SERRANO, InDret 2/2018, Abril 2018.

(22) Nos dice MIRANDA SERRANO (vid. nota superior), que para el TJUE la necesidad, según el art. 4.2 de la Directiva, de que una cláusula se redacte “de manera clara y comprensible”, para quedar excluida de ese control de abusividad, se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que se expongan de manera transparente las consecuencias económicas a cargo del cliente.

(23) El art. 4.5 LCCI define al «Intermediario de crédito inmobiliario» como “toda persona física o jurídica que, no actuando como prestamista, ni fedatario público, desarrolla una actividad comercial o profesional, a cambio de una remuneración, pecuniaria o de cualquier otra forma de beneficio económico acordado, consistente en **poner en contacto**, directa o indirectamente, a una persona física con un prestamista y **en realizar además alguna de las siguientes funciones** con respecto a los

contratos de préstamo a que se refiere el artículo 2.1, letras a) y b):

a) presentar u ofrecer a los prestatarios dichos contratos de préstamo;

b) asistir a los prestatarios realizando los trámites previos u otra gestión precontractual respecto de dichos contratos de préstamo;

c) **celebrar los contratos de préstamo con un prestatario en nombre del prestamista”.**

A su vez, el art. 4.7 señala que es «**Intermediario de crédito vinculado**» “todo intermediario de crédito que actúe en nombre y bajo la responsabilidad plena e incondicional de:

a) un solo prestamista;

b) un solo grupo; o

c) un número de prestamistas o grupos que no representa a la mayoría del mercado”.

Y el art. 4.8 define al «**Representante designado**» como “toda persona física o jurídica que realiza las actividades propias de un intermediario de crédito inmobiliario **en nombre y por cuenta de un único intermediario**, bajo la responsabilidad plena e incondicional de éste”.

Podemos preguntarnos si en la gestoría y en los apoderados de la misma que representan al prestamista en el otorgamiento de la escritura se dan los requisitos que definen alguna de estas figuras. Así lo ha planteado el Consejo General del Notariado en consulta a la Dirección General de los Registros y del Notariado, que en la Resolución de 16 de mayo de 2019 da una respuesta positiva, pero partiendo de que el gestor no es un intermediario de crédito inmobiliario, y encuadrando la figura dentro del “personal” a que se refiere el art. 4.10 como “toda persona física que al servicio de un prestamista, intermediario de crédito inmobiliario o un representante designado intervenga directamente en las actividades reguladas por esta Ley o mantenga contactos con los prestatarios en el transcurso de las actividades reguladas por ella, así como toda persona física que dirija o supervise directamente a tales personas”.

(24) Se trata ya de información personalizada, sin perjuicio de la que con carácter general debe incluirse en la publicidad de los préstamos que pueda ofertar el prestamista. En este punto, la OMCCI mantiene la FIPRE contenida en el Anexo I de la Orden de 28 de octubre de 2011, si bien modifica su contenido.

(25) Lo cual, como señala la magistrada Marta Amelia López Vozmediante en “El Notario del Siglo XXI”, número 84, limita las posibilidades del prestatario de estudiar, comparar, conocer y decidir las implicaciones del préstamo que contrata.

(26) Cuando el art. 14.1 se refiere a la antelación general con la que la entidad debe entregar la documentación (incluida la FEIN), señala que la misma debe ser de diez días naturales “como mínimo”, y cuando a continuación dice que el plazo pactado hasta la firma del

contrato -que determinará el periodo de vinculación para la entidad- deberá de ser de diez días, también añade “como mínimo”. Lo cual quiere decir que tanto uno como otro pueden ser mayores.

- (27) No incluye dicho documento, sin embargo, otra referencia a las comisiones a cobrar por el banco que la que en su caso se hubiere pactado por el reembolso anticipado del préstamo, la cual deberá respetar el límite que establece el art. 23 LCCI; no obstante, de preverse una comisión de apertura sí habrá de detallarse la misma, como elemento determinante de la TAE de la operación.

Por lo demás, conviene recordar, de una parte, que sigue vigente el art. 3.1 de la OM de 28 de Octubre de 2011, con arreglo al cual “Las comisiones percibidas por servicios prestados por las entidades de crédito serán las que se fijen libremente entre dichas entidades y los clientes. Sólo podrán percibirse comisiones o repercutirse gastos por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por un cliente y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos”; de otra, que además de los límites que introduce ahora la ley subsisten otros, como el que para la novación por ampliación de plazo establece el art. 10 de la Ley 2/1994 del 0.10 % del capital pendiente.

- (28) La cuestión fue interpretada por el Consejo General del Notariado en su Circular urgente de 18 de marzo de 2019, indicando que “la aparente antinomia existente entre la Disposición Transitoria cuarta y Disposición Final decimosexta de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, debe en aras de la seguridad del tráfico jurídico, y a los efectos de evitar la imposibilidad de autorizar escrituras de préstamo con garantía real hipotecaria ser resuelta en el sentido indicado en esta Circular”, según la cual “es de aplicación a los contratos de préstamo con garantía real hipotecaria autorizados en el período 22 de marzo a 14 de junio de 2019 la normativa comprendida en la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios y, en especial, las Fichas de Información Precontractual y Personalizada previstas en sus arts. 21 y 22 y Anexos I a IV”.

- (29) El art. 4.25 define como «**prácticas de venta vinculada**» “toda oferta o venta de un paquete constituido por un contrato de préstamo y otros productos o servicios financieros diferenciados, cuando el contrato de préstamo no se ofrece al prestatario por separado”. Frente a las «**prácticas de venta combinada**», que el art. 17.6 permite y que el art. 4.26 define como “toda oferta o venta de un paquete constituido por un contrato de préstamo y otros productos o servicios financieros diferenciados, en particular otro préstamo sin garantía hipotecaria, cuando el contrato de préstamo se ofrezca también al prestatario por separado”. Otra

excepción a la prohibición del art. 17.1 se incluye en el número 4 de dicho artículo en relación a ciertos productos financieros que sirvan de soporte operativo o de garantía a las operaciones de un préstamo. En desarrollo de este artículo, la Orden de 28 de octubre de 2011 incluye ahora un nuevo artículo 32 sexties, introducido por la OMCCI, que señala que “el prestamista podrá vincular el préstamo a la apertura o el mantenimiento de una cuenta de pago o de ahorro, por parte del prestatario, su cónyuge, pareja de hecho, o un pariente por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado de parentesco, siempre que dicha cuenta tenga como única finalidad acumular capital para

- efectuar reembolsos del préstamo,
- pagar intereses del mismo o
- agrupar recursos para obtener el préstamo u
- ofrecer una seguridad adicional para el prestamista en caso de impago”.

- (30) Esta disposición suscita dudas en orden a la admisibilidad de la habitual cláusula de bonificaciones incluida en muchas escrituras de préstamo hipotecario, según la cual la contratación de determinados productos con el prestamista conlleva una reducción del interés aplicable. Si uno de esos productos es el seguro que el prestamista exige para la contratación del préstamo, podría entenderse que la cláusula vulnera la norma, por cuanto la contratación de una póliza alternativa con otra compañía implicaría la pérdida de esa bonificación, y en definitiva un empeoramiento de las condiciones del préstamo. A mi modo de ver, sin embargo, ello solo ocurrirá si la suscripción del seguro con el prestamista aparece efectivamente, como dice la norma, *vinculada* al préstamo, de modo que este solo se ofrezca al cliente junto con la póliza de seguro. Distinto es el caso en el que viniendo el prestatario según el contrato obligado a asegurar determinado siniestro, el cliente puede contratar dicho seguro con otras compañías, limitándose el prestamista a ofrecerle determinadas ventajas si lo hace con el mismo.

- (31) Cabría, en todo caso, un *nuntius* que trasladara la declaración del poderdante de conocer la documentación que contiene la información precontractual, haberla recibido dentro del plazo legalmente previsto, y comprenderla. Pero eso no eludiría el hecho de que el asesoramiento notarial que impone ahora la ley se practicaría en la figura de ese *nuntius*-apoderado.

- (32) Naturalmente, el prestatario puede, por ejemplo, revocar el poder y optar por una comparecencia personal en el otorgamiento de la escritura, pero a mi modo de ver ello debería hacer exigible que se reiteraran con el mismo las diligencias del acta que en su caso se hubieren practicado con el apoderado.

- (33) Se trata de algo que, además de responder a la lógica desde todos los puntos de vista -incluso arancelarios, dado que según el art. 15.8 “el acta donde conste la entrega y asesoramiento imparcial al prestatario no generará coste arancelario alguno” - ya era deducible del art 14.1 de la Ley, al señalar que el notario extraerá del sistema implementado al efecto la documentación para preparar y autorizar el acta y la escritura.

- (34) Entendemos que por “ámbito” la resolución se refiere a ese régimen de protección, pues el ámbito objetivo de aplicación, por lo que se refiere a los préstamos garantizados con hipoteca, es el mismo en la Ley que en la Directiva.

- (35) Frente a esta opinión, en el documento FAQCGN, después de entender limitado el ámbito de los préstamos referidos en el art. 2.1.b) a los que tienen como objeto inmuebles de naturaleza residencial -pese a que la ley únicamente señala esa limitación en relación a los del art. 2.1.a)- se señala al mismo tiempo que “la finalidad de asegurar o reforzar la transparencia material y de reducir por este camino la posible litigiosidad, concurre en ambos supuestos sin que quepa aplicar un diferente estatuto en función de la especie documental, escritura pública o póliza intervenida (...) Según esta interpretación debería acudir al acta notarial cuando estuviera prevista una escritura pública o póliza notarial, en relación a estos casos, de créditos concedidos con la finalidad de adquirir o conservar derechos sobre inmuebles de uso residencial”.

- (36) Por el contrario, que el art. 30 de la OM de 2011 resulte aplicable también a la hipoteca inversa, que queda fuera del ámbito de la LCCI según el art. 2.4 de la misma, podría explicar que aquél mantenga conceptos como el de la FIPER, documento existente todavía en esta figura pero ya no en los préstamos sujetos a la nueva Ley; no explica, sin embargo, que el mismo siga haciendo remisiones a normas derogadas como la del art. 25 de la OM de 2011.

- (37) La Circular 1/2019 del CGN (puntos 19 y 31) entiende posible la ampliación del plazo inicialmente previsto en la Oferta Vinculante, siempre que dentro del mismo se comunique la prórroga por el prestamista y no se introduzcan modificaciones en el contenido de la documentación. No exige para ello -pese a que el art. 14.1 LCCI habla del “plazo pactado”- la constancia de la conformidad del cliente, que en todo caso quedará acreditada con la comparecencia ulterior del mismo para el otorgamiento del acta y/o de la escritura. En todo caso, no habiendo modificaciones en la Oferta Vinculante, puede resultar excesivo e incluso contrario al interés del propio prestatario que a falta de esa prórroga unilat-



eral por parte del prestamista se exija iniciar de nuevo el procedimiento de información precontractual por cualquier retraso respecto del plazo inicialmente fijado.

- (38) Al respecto, la Resolución contiene una serie de puntos de interés añadidos: Así, destaca que “(34) la mención del artículo 126 del Reglamento Notarial conduce a los límites del derecho a la libre elección de notario”; “(35) la inclusión en la plataforma notarial de la totalidad de los notarios en sus más concretas y actualizadas coordenadas de localización en nada impide ni excluye la aplicación del artículo 126 del Reglamento Notarial”; “(37) cualquier sistema que se quiera implantar debe acreditar, **ab initio**, la efectiva conexión con todos y cada uno de los notarios de España y garantizar la posibilidad de designación del notario en el momento y lugar que el consumidor elija, so pena de grave incumplimiento del deber de transparencia material, y de la norma expresa del art. 1 de la Ley”; “(39) se trataría de un sistema que si bien culmina en la comparecencia en la notaría para exhibir el documento de identidad –juicio de identidad conforme a la actual legislación notarial– se inicia de forma personalizada por el prestatario, debiendo reunir la debida garantía desde la perspectiva de la legislación de protección de datos personales”.
- (39) Como se indica en la Resolución de la DGRN de 16 de mayo de 2019, el RDCCI distingue “comprobar fehacientemente la fecha (art. 11.1.d) (obligación del notario) de “acreditar indubitablemente la fecha (art. 11.2.c) (obligación del prestamista, intermediario de crédito o representante designado”.
- (40) El CGN decidió aprovechar la idea del test para elaborar un modelo, de uso obligatorio, cuyo contenido puede considerarse que va ciertamente más allá de ese escueto objetivo, pero ello no atribuye al test otro valor añadido que el de un instrumento más que debe ayudar al propio cliente a confirmar la comprensión de la información que le ha sido suministrada.
- (41) “Lo que el intérprete o el juez hacen por medio del control de transparencia no es mirar el contenido contractual desde el punto de vista de los vicios del consentimiento, desde el punto de vista de lo que subjetivamente sabe el adherente individual, sino que lo miramos objetivamente, desde el punto de vista de lo que puede conocer el adherente medio” (C. BALLUGERA, “El Registro de Cláusulas Abusivas”, notariosregistros.com, 16-01-2019).
- (42) La Circular 1/2019 del CGN, sin negar dicha posibilidad, entiende más adecuado retrasar la autorización del acta al momento en que se produzca la comparecencia, que es cuando el notario puede considerarse efectivamente elegido por el cliente.

- (43) No parece verlo así Ricardo CABANAS, que en “El Notario del Siglo XXI” número 84, escribe: “Cuestión distinta es hasta dónde llega el control del notario respecto de la efectiva comprensión de toda la información recibida... Suprimidas aquellas pruebas en el texto final de la LCCI, la actuación del notario habrá de ajustarse a lo previsto en el artículo 15.4 LCCI, que se limita a establecer como causa de denegación la falta de acreditación documental del cumplimiento en tiempo y forma de las obligaciones del artículo 14.1 LCCI, y la falta de comparecencia para recibir asesoramiento, pues en el acta no prestan un consentimiento contractual. **Cumpléndose ambos requisitos, el acta tendrá resultado positivo y la escritura podría formalizarse, al menos por razón de estos requisitos**”.
- (44) Señala Sergio CÁMARA LAPUENTE en El Notario del Siglo XXI, número 84: “La LCCI como ha quedado aprobada, de forma correcta, no llega a exigir del notario un “juicio” propio sobre la transparencia material: el acta, en este punto de la transparencia, solo dejará constancia, esto es, prueba, de tres hechos: qué documentación se entregó y en qué plazo, qué asesoramiento prestó el notario y qué manifestó el prestatario respecto a la comprensión del contenido contractual (...) **esa acta no podrá constituirse en prueba del auténtico grado de comprensión interna del prestatario, que como hecho perteneciente a la esfera íntima o psicológica del declarante no podrá ser sometido a la fe pública notarial (pudo mentir, pudo creer que lo entendía en ese momento y verificar posteriormente que asimiló erróneamente cierta información o consecuencias)**”. Por eso se antoja desacertada la mención que se contiene en la Resolución de la DGRN de 16 de mayo de 2019 según la cual “(36) corresponde al notario garantizar que en esa fase precontractual el consumidor comprende la carga jurídica y económica del contrato”. Más aun atendiendo a la declaración de la propia DGRN, ya citada en este estudio, contenida en la Resolución de 25 de enero de 2015: “dirigiéndose la exigencia de la manifestación a aseverar la comprensión del contenido y consecuencias de la cláusula por parte del prestatario y **siendo esta capacidad de tipo personal, diferente para cada individuo y dependiente de distintos factores que afectan asimismo a cada persona, sólo podrá ser cada interesado quien declare sobre su propio grado de comprensión**”.
- (45) Decía la DGRN: “por otra parte, **dicho artículo 123-10, número 2, debe considerarse compatible con su homónimo, el artículo 30 de la Orden EHA 2899/2011 nacional, por cuanto supone únicamente un reforzamiento de la protección del consumidor a través de la potenciación de dispositivos correctores de las asimetrías informativas de las partes contratantes, sin que impliquen una alteración del contenido del contrato de préstamo y de las acciones**

por incumplimiento o resolución, las cuales se insertan dentro de la competencia exclusiva estatal (cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional número 157/2009, de 23 de septiembre)”. Y añadía que en el ámbito de los requisitos de información que afectan al contenido de las cláusulas incorporadas al contrato “el artículo 30 de la Orden EHA 2899/2011 constituye la regla general de la actuación notarial, y **sus criterios de interpretación han de aplicarse al artículo 123-10, número 2, del Código de consumo de Cataluña**”, pero concluyendo que **el hecho de que el notario haya cumplido con los requisitos de información y hecho las advertencias a que se refiere la Orden no permite tener por cumplidas las obligaciones que le impone el CConsumo**.

- (46) Por el contrario, nos dice DIEZ PICAZO que “el principio general establecido por la jurisprudencia constitucional es que la pertenencia de España a la Unión Europea no altera el orden interno de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas”. En consecuencia, para decidir cuándo, cómo y dentro de qué límites pueden el Estado y las Comunidades Autónomas transponer directivas, el criterio decisivo viene dado por el orden constitucional y estatutario de distribución de competencias (Luis María DIEZ-PICAZO, “Directivas Comunitarias y Comunidades Autónomas: el Derecho Patrimonial”. Revista de Derecho Político, núm. 44, 1998, págs. 307-322).
- (47) Se dice en dicha sentencia que “En su faceta estrictamente competencial, sobre la ejecución del Derecho europeo, las normas que han de servir de pauta para la resolución de estos conflictos son exclusivamente las de Derecho interno que establecen el orden de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónoma”.
- (48) Realmente, la competencia exclusiva sobre “legislación hipotecaria” no aparece reconocida como tal en la Constitución, sino en los términos que a continuación cita la norma, al referirse a la “ordenación de los registros e instrumentos públicos”.
- (49) Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, “La transposición de las directivas que inciden en la regulación económica: la utilización del título competencial del artículo 149.1.13 CE”, dentro de la obra conjunta «Transposición de directivas y autogobierno. El desarrollo normativo del Derecho de la Unión Europea en el Estado autonómico». (Col.lecció Institut d’Estudis Autonòmics; 85).
- (50) Cita DE LA QUADRA-SALCEDO la opinión de CARMONA CONTRERAS, para quien tras la STC 31/2010, «la facultad autonómica para desarrollar directamente normas europeas que ocupan el espacio normativo reservado a las bases estatales solo resulta constitucionalmente aceptable en tanto que el poder central

no haga uso de su competencia, procediendo a recuperarla. En tal supuesto, la “renacionalización” de las bases trae consigo que las Comunidades Autónomas recuperen el horizonte estatal de lo básico, quedando vinculadas necesariamente su actuación normativa por las disposiciones establecidas con carácter previo por aquéllas».

- (51) A la hora de buscar esos argumentos, parecería que la DGRN, cuando analiza en las Resoluciones antes citadas los mismos preceptos constitucionales a que se refiere la D.F. 9ª de la Ley, hace girar el “**régimen jurídico uniforme de protección de los consumidores y usuarios en el ámbito de todo el Estado**”, alrededor más de la “transparencia formal” que de la “transparencia material”. Así, al señalar que entre las normas básicas de dicho régimen se encuentra “la determinación de los límites de las cláusulas hipotecarias y los **requisitos de transparencia contractual de las mismas para que puedan acceder al Registro de la Propiedad** (ej. artículos 84 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, artículo 114 de la Ley Hipotecaria o artículo 6 de la Ley 1/2013)”. De acuerdo con lo anterior, y con la aceptación por la DGRN –y por la propia Ley– de la competencia autonómica en el ámbito de la regulación de la información en materia de consumidores, podría entenderse que esta alcanza a la que debe prestar el notario, y así resultaría de la citada Resolución de 9 de marzo de 2016, que entendió aplicable la norma de los cinco días hábiles contenida en el artículo 123-10, número 2, del Código de Consumo de Cataluña respecto del plazo de antelación para el suministro de información por el notario.

De hecho, si bien la Disposición adicional quinta de la Ley pretende como veíamos que exista, en aras de la unidad de mercado, una “homogeneidad de la información precontractual” que las CCAA deberán respetar, marca unas pautas que permitirían entender que se está refiriendo exclusivamente a la información a suministrar por los prestamistas a los consumidores (“de tal forma que puedan valorar adecuadamente las diferencias entre unas ofertas y otras en todo el territorio español”).

Pudiendo añadirse a lo anterior que aunque la Constitución reconoce la competencia exclusiva del Estado sobre ordenación de los registros e instrumentos públicos, una cosa es que el Estado pueda decidir cómo deben actuar los notarios, en aquellos casos en que la ley prevé su intervención, y otra que no pueda el legislador autonómico determinar

cuándo es o no preceptiva esa intervención, en el ámbito de sus competencias, en este caso de la información a suministrar al consumidor.

- (52) Las conclusiones que se exponen coinciden en lo sustancial con las que se incluyen en el dictamen encargado por el Colegio de Notarios de Cataluña y elaborado por D. Manuel J. Silva, Socio Consultor de R&J y Abogado del Estado Excedente.
- (53) Señala el TS que “la propia naturaleza del préstamo y de las operaciones necesarias para la concesión del mismo (estudio de la solicitud y gestiones relacionadas con la misma, recopilación y análisis de la información sobre la solvencia del solicitante y de su capacidad para pagar el préstamo durante toda su duración, evaluación de las garantías presentadas, preparación del contrato y suscripción del mismo, entrega del dinero prestado mediante su ingreso en la cuenta del prestatario o en la forma que este designe, etc.) muestran que la etapa inicial del préstamo, esto es, su preparación y concesión, exige de la entidad financiera la realización de una serie de actividades que son de una naturaleza distinta al servicio que supone la disposición del dinero por el prestatario durante la duración del préstamo. Ello justifica que la normativa relativa a esta actividad bancaria prevea la posibilidad de que, además del interés remuneratorio, la entidad financiera pueda cobrar como parte integrante del precio una comisión de apertura”.
- (54) Aunque en la búsqueda de una interpretación que haga comprensible la inclusión del supuesto de novación podamos plantearnos si los límites que se fijan en este número no se refieren a la amortización que se produzca con ocasión de la subrogación o novación en la que se pacte ese cambio de interés variable a fijo, sino a la que, una vez pactado ese cambio, se pueda producir en el futuro, la lógica parece obligar a descartar dicha interpretación, pues no tiene sentido que para facilitar la sustitución de un tipo variable a fijo se impongan al prestamista unos límites de comisión para futuras amortizaciones anticipadas inferiores a los previstos con carácter general para los préstamos a interés fijo.
- (55) Señala el mismo art. 693.1 LEC, en relación a la posibilidad que regula, que “así se hará constar por el Notario en la escritura de constitución y por el Registrador en el asiento correspondiente”. Se ha discutido al respecto si es

necesario para la aplicabilidad de la norma un pacto expreso (que algunas entidades prevén en sus formularios) o si, por comparación con lo señalado en el número 2, que exige en relación al vencimiento anticipado que “se hubiere convenido”, la posibilidad contemplada en este número 1 opera sin necesidad de pacto (véase José Manuel GARCÍA GARCÍA, “Código de Legislación Inmobiliaria, Hipotecaria y del Registro Mercantil”, Tomo I, Octava Edición, págs. 1540-1541, Cívitas 2014).

- (56) Esto significa que una declaración de vencimiento anticipado de un contrato anterior hecha por el acreedor antes de la entrada en vigor de la ley estará sujeta, conforme a la jurisprudencia sobre la materia, a la posible tacha de abusividad de la cláusula que la fundamenta, incluso en caso de un impago como el que la ley ahora señala; por el contrario, esa misma declaración, una vez vigente la LCCL, quedaría amparada por el nuevo régimen imperativo previsto en el art. 24, que queda al margen del control de abusividad conforme a lo indicado en el art. 1.2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas.
- (57) Frente a esta opinión, en el documento FAQCGN se indica (16) que “el prestamista -igual que podría renunciar totalmente al cobro de cualquier pago en concepto de interés de demora, bien en el momento en que estos sean exigibles, bien anticipadamente estipulando que el impago no devengará intereses de demora- puede aceptar que la cuantía devengada por este concepto sea inferior al previsto en la Ley. La prohibición de pacto en contrario se relaciona con la irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al prestatario y, por tanto, no es aplicable cuando el régimen estipulado es más favorable para aquél que el previsto legalmente”.
- (58) “El silencio legal al respecto, no debería interpretarse como un cambio respecto al control de legalidad del notario tal y como está consolidado en la doctrina de la DGRN” (Sergio Cámara Lapuente, en El Notario del Siglo XXI, número 84).
- (59) Añade dicha sentencia que “una interpretación conjunta de los arts. 15, 222.3 y 221 LEC lleva a la conclusión de que la cosa juzgada de la sentencia estimatoria de la acción colectiva afectará únicamente a los consumidores no personados que estén determinados individualmente en la propia sentencia, conforme dispone el art. 221.1-1.ª LEC”.