

Los pilares de un préstamo
responsable en la Ley Reguladora de
los Contratos de Crédito Inmobiliario
(Ley 5/2019, 15 de marzo):
la transparencia del prestamista
y la evaluación de la solvencia
del prestatario

*The pillars of a responsible loan in the
Law Regulating Real Estate Credit
Contracts (Law 5/2019, March 15):
lender transparency and assessment
of borrower solvency*

Por

M.^a MERCEDES ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES
Profesora titular de Derecho civil

RESUMEN: Para que la situación vivida en nuestro país en los últimos años, tras la concesión de créditos inmobiliarios de forma irresponsable, no se vuelva a repetir, es necesario, por un lado, aumentar la información facilitada al cliente para que pueda evaluar si el producto bancario se

ajusta a sus intereses y, por otro, concretar los deberes de las entidades de crédito a la hora de evaluar la concesión de un crédito analizando, entre otros datos, la solvencia del prestatario. Estos han sido los dos objetivos principales de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario.

ABSTRACT: So that the situation experienced in our country in recent years after the granting of real estate credits in an irresponsible way will not be repeated, it is necessary, on the one hand, to increase the information provided to the customer so that it can assess whether the banking product conforms to its interests and, on the other, to specify the duties of credit institutions when assessing the granting of a credit by analysing, among other data, the creditworthiness of the borrower. These have been the two main objectives of Law 5/2019, March 15, Regulatory of Real Estate Credit Contracts.

PALABRAS CLAVE: Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. Préstamo responsable. Información transparente. Verificación de la solvencia del prestatario.

KEY WORDS: Law regulatory of Real Estate Credit Contracts. Responsible loan. Transparent information. Solvency check.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA LEY 5/2019, DE 15 DE MARZO, REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO.—III. LA TRANSPARENCIA DEL PRESTAMISTA.—IV. LA EVALUACIÓN DE LA SOLVENCIA DEL PRESTATARIO.—V. CONCLUSIONES.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Pedir un préstamo siempre ha sido, y seguirá siendo, para una gran parte de la población española, la única alternativa posible a la hora de acceder a una vivienda en propiedad. El elevado importe que representa el precio de una vivienda en nuestros días obliga, a una gran mayoría, a acudir a recursos de financiación externa, fundamentalmente a través de los denominados créditos inmobiliarios, muchos de ellos garantizados mediante un derecho real de hipoteca —créditos hipotecarios— que el prestatario conseguirá devolver, si todo va bien, unos 20 o 30 años después de su constitución.

España ha sido tradicionalmente uno de los países del mundo con un mayor porcentaje de vivienda en propiedad y, si bien es cierto que en los últimos años dicho porcentaje se ha visto reducido, sigue siendo mayor que el de los países de nuestro entorno. En 2008 la crisis financiera, avivada especialmente por la concesión de préstamos inmobiliarios irresponsables, determinó la quiebra del sistema financiero español y tuvo graves consecuencias sociales y económicas para muchas familias que no pudieron hacer frente a sus préstamos, provocando con ello el aumento de los impagos y de las consiguientes ejecuciones hipotecarias junto con una total pérdida de confianza de los ciudadanos en el sector financiero.

Ante los problemas que la crisis financiera había puesto de manifiesto y con el fin de garantizar un mercado interno eficiente y competitivo, se aprobó la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de febrero de 2014 sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial¹. Se trata de establecer un marco jurídico que garantice un mercado interno más transparente, y que proporcione un nivel elevado de protección a los consumidores que celebren este tipo de contratos.

Fueron muchos los que consideraron esta Directiva un instrumento adecuado para contener medidas necesarias para mitigar los problemas económicos y sociales que la burbuja inmobiliaria había ocasionado en algunos países, entre ellos, España. Nuestro ordenamiento jurídico ya había reaccionado parcialmente con diversas normas para intentar paliar los graves problemas causados por el «desenfreno inversor inmobiliario»² pero con la Directiva se esperaban soluciones que impusieran a los Estados miembros un camino a seguir en las regulaciones nacionales para que tales situaciones no volvieran a repetirse. La realidad, sin embargo, fue otra. La Directiva se quedó en «recomendaciones a los Estados» dejando a estos la concreción de las líneas indicadas y el establecimiento de sus propias reglas con la consiguiente decepción, al no conseguir normativizar con decisión las consecuencias de la concesión de créditos irresponsables.

II. LEY 5/2019, REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO

Con un retraso considerable, dadas las incidencias acaecidas en el ámbito parlamentario, la trasposición de la citada Directiva se ha hecho efectiva en España mediante la Ley 5/2019, de 15 de marzo, Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario (LCCI)³.

Esta ley regula tres aspectos diferenciados: en primer lugar, contiene normas de transparencia y de conducta que deben cumplir los prestamistas

e intermediarios del crédito —y sus representantes— relativas a la protección del prestatario y relacionadas con la publicidad, comercialización e información previa de los préstamos inmobiliarios estableciendo la información básica que debe figurar en la publicidad de los mismos así como la que debe proporcionar al prestatario antes, durante y después de la celebración del contrato, además de la correspondiente obligación de la evaluación de la solvencia; en segundo lugar, regula los aspectos relacionados con el propio contrato de préstamo o crédito inmobiliario tales como su forma, contenido, supuestos de vencimiento o reembolso anticipado, así como el régimen jurídico de los intermediarios y prestamistas de crédito inmobiliario y, en tercer lugar, establece el régimen sancionador para los incumplimientos de las obligaciones contenidas en esta norma⁴.

Durante la tramitación de la Ley, se produjeron cambios sustantivos respecto al grado de retroactividad de la norma. El Proyecto de Ley defendía la retroactividad de grado máximo, idea que, de haberse mantenido así en la redacción definitiva, habría supuesto una verdadera conmoción en el mercado financiero y jurídico. Finalmente, gracias a una enmienda transaccional presentada en el Congreso de los Diputados, se acordó, en la disposición transitoria primera, que esta ley no se aplicara a los contratos de préstamo suscritos con anterioridad⁵, si bien añadía, como excepciones a esa irretroactividad, que sí se aplicara de forma imperativa⁶ a los contratos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor, en lo relativo a las cláusulas de comisiones por cancelación anticipada y causas de vencimiento anticipado por impago de cuotas, así como en los supuestos de novación o subrogación posterior⁷.

Por lo que respecta a su ámbito de aplicación hemos de señalar que la LCCI no es una ley general sobre los préstamos hipotecarios, sino que tiene por objeto una modalidad específica de préstamo o crédito identificada como contrato de crédito inmobiliario. Para comprobar si una operación puede ser calificada como tal es necesario que concurren determinados elementos tanto de carácter subjetivo como objetivo. En cuanto a los elementos subjetivos, señalar, por un lado, que el prestamista ha de ser una persona física o jurídica que realice con carácter profesional la actividad de concesión de este tipo de créditos⁸ y, por otro, que al menos uno de los prestatarios, fiadores o garantes sea una persona física⁹. Una vez cumplidos estos requisitos subjetivos, dos son los supuestos en los que podremos clasificar el préstamo como contrato de crédito inmobiliario: en primer lugar, los constituidos con garantía hipotecaria u otro derecho real de garantía sobre un inmueble de uso residencial, y, en segundo lugar, aquellos cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir (art. 2.1 LCCI).

Muchas son las novedades que introduce esta norma respecto al tradicional sistema crediticio español. Todas ellas tienen un objetivo común: reforzar las garantías para los prestatarios en el proceso de contratación y evitar, en última instancia, la ejecución de este tipo de préstamos en vía judicial con la consiguiente pérdida de la vivienda.

Analicemos brevemente en qué consisten estas novedades¹⁰:

1. En cuanto al grado de protección, mientras que la Directiva europea se refería a los créditos celebrados con consumidores garantizados mediante hipoteca u otro tipo de garantía, en relación con bienes inmuebles de uso residencial —entendiendo por consumidores las personas físicas que no actúan en el ámbito de su actividad profesional o empresarial— la LCCI extiende su régimen jurídico a todas las personas físicas, con independencia de que sean o no consumidores (trabajadores autónomos, por ejemplo).

2. Respecto a las obligaciones de los empleados de banca:

— Los prestamistas deberán evaluar en profundidad la solvencia del potencial prestatario, fiador o garante antes de celebrar un contrato de préstamo. Dicha evaluación tendrá debidamente en cuenta los factores pertinentes para verificar la capacidad del cliente para cumplir con las obligaciones derivadas del préstamo, entre otros:

a. La situación de empleo o los ingresos presentes y los previsibles durante la vida del préstamo.

b. Los activos en propiedad, el ahorro, los gastos fijos y los compromisos ya asumidos.

c. El nivel previsible de ingresos a percibir tras la jubilación, en el caso de que se prevea que una parte sustancial del crédito o préstamo se continúe reembolsando una vez finalizada la vida laboral.

— Se prohíbe que los empleados de banca tengan vinculada su remuneración al volumen de créditos aprobados para evitar así incentivos que estimulen una concesión irresponsable de los mismos, tal y como establece el artículo 18 LCCI al señalar *«que la remuneración no dependerá de la cantidad o de la proporción de solicitudes aceptadas»*.

— Se les exige unos conocimientos y competencias sobre el producto ofertado que se concretan en la Orden ECE/482/2019, de 26 de abril, que desarrolla parcialmente la LCCI¹¹. En su artículo 32 se establece que «El personal señalado en los artículos 16.1 y 16.4 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, incluidas las personas físicas registradas como prestamistas, intermediarios de crédito o representantes designados, deberán reunir y mantener en todo momento los conocimientos y competencias necesarios y actualizados

de conformidad con lo previsto en esta sección, cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica que le una con el prestamista, el intermediario de crédito o el representante designado». El artículo 32 bis concreta en qué materias deben tener esos conocimientos¹².

— En los contratos de préstamo inmobiliario que se denominen en moneda extranjera informarán al prestatario de su derecho a convertir el préstamo a una moneda alternativa conforme a lo dispuesto en el artículo 20 de la LCCI. Si se incumple con cualquiera de las exigencias y requisitos previstos en ese artículo se determinará, en favor del prestatario consumidor, la nulidad de las cláusulas multidivisa y se permitirá al prestatario solicitar la modificación del contrato de modo tal que se considere que el préstamo fue concedido desde el principio en la moneda en la que este percibiera la parte principal de sus ingresos.

3. Se refuerza el principio de transparencia en su vertiente material. Con el 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, el banco tendrá la obligación de facilitar al consumidor toda la información sobre la hipoteca al menos 10 días naturales antes de la firma del contrato. Eso incluye (art. 14 LCCI):

- a. La Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN), que tiene carácter de oferta vinculante
- b. La Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE), en la que deben figurar las cláusulas del préstamo, sus posibles riesgos y efectos.
- c. Un documento con simulaciones de cuotas y su variación a lo largo de los años.
- d. Una copia del proyecto del contrato que deberá desglosar todos los costes que implique la firma final.
- e. Una guía clara sobre los gastos que corresponden al banco y al cliente.
- f. Las condiciones de los seguros de daños sobre el inmueble o en garantía del cumplimiento que en su caso se exijan por el prestamista para la concesión del préstamo.
- g. La advertencia del prestamista de que el prestatario ha de recibir asesoramiento personalizado gratuito del notario antes de la firma del contrato.

4. Necesidad de inscripción de los formularios en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación. La ley impone a los prestamistas la obligación de inscribir «las cláusulas contractuales utilizadas en los contratos

de préstamo inmobiliario que tengan el carácter de condiciones generales de la contratación» en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación previsto en el artículo 11 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, así como la de tenerlas disponibles en su página web, y, si no disponen de ella, en sus establecimientos abiertos al público¹³.

5. Respecto a los productos vinculados, la ley prohíbe que el banco obligue al cliente a contratar otros productos (seguros en su mayoría) para acceder a sus hipotecas, pero no está prohibido que la entidad bancaria ofrezca rebajas en el tipo de interés, por ejemplo, a cambio de que se contraten. Existen dos excepciones:

a. Las entidades sí podrán exigir que se contrate seguro del hogar y/o de vida o de protección de pagos, pero el cliente podrá contratarlos con la empresa que quiera sin que ello condicione el interés del préstamo.

b. Se podrá vincular la hipoteca a productos que se demuestre que benefician al cliente, siendo el Banco de España quien los califique como tal.

6. En materia de gastos, el artículo 14.1e) LCCI dispone que los costes de aranceles notariales de la escritura de préstamo hipotecario y de inscripción de las garantías en el Registro de la Propiedad corresponden al prestamista (las copias las asumirá quien las solicite) mientras que los gastos de tasación correrán a cuenta del prestatario. El pago del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados «se realizará de conformidad con lo establecido en la normativa tributaria aplicable», es decir, el prestamista, si se trata de escritura de préstamo con garantía hipotecaria¹⁴, ahora bien, cuestión distinta es quién soportará la carga efectiva de los mismos, que, como todos imaginamos, será, en última instancia, el prestatario.

7. Se fijan límites a los distintos tipos de comisiones.

— Se favorece la subrogación y la novación modificativa de préstamos cuando tengan por finalidad la modificación del tipo de interés variable a uno fijo (art. 23.6 LCCI).

— Será necesario el pacto expreso para cobrar una comisión por la amortización anticipada¹⁵. Como regla general, se establece que en ningún caso la comisión pactada podrá exceder del importe de la pérdida financiera que sufra el prestamista, de conformidad con la fórmula de cálculo prevista en el artículo 23.8 LCCI.

Partiendo de esta regla general, se distinguen una serie de supuestos tasados en que se podrán fijar comisiones de reembolso anticipado dentro de unos límites máximos. Así, en los préstamos a tipo de interés fijo de

hasta un 2% del capital amortizado los diez primeros años de vida y del 1,5% si se decide llevar a cabo posteriormente; a tipo variable, las comisiones máximas serán de hasta el 0,25% durante los tres primeros años (o, alternativamente, al 0,15% durante los cinco primeros años, en función de lo que acuerden las partes) y al 0% después.

— Las comisiones por cambios de tipo de interés o de banco también varían. Si se quiere modificar un préstamo de tipo variable a otro de tipo fijo entre productos de la misma entidad, se podrá aplicar una comisión de hasta un 0,15% como máximo durante los tres primeros años de vida de la hipoteca, pero a partir de ese momento no supondrá gasto alguno. Además, el cliente también podrá llevar libremente su hipoteca a otro banco ya que entre las entidades se establecerá un mecanismo de compensación basado en los intereses cobrados y los pendientes de cobro para evitar el robo de clientes.

— Nueva regulación del vencimiento anticipado del contrato de préstamo y de los intereses de demora, sustituyendo el régimen anterior, en el que existía cierto margen a la autonomía de la voluntad de las partes, por normas de carácter estrictamente imperativo. Dota de una mayor seguridad jurídica a la contratación y 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: se limita al interés remuneratorio más tres puntos porcentuales sobre el principal vencido y pendiente de pago, no pudiendo ser capitalizados en ningún caso.

8. En cuanto a las cláusulas abusivas, nulas o no transparentes y su registro.

Uno de los objetivos de esta Ley es facilitar la transparencia y acabar con la asimétrica posición que ocupan prestamista y prestatario en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios. Para lograr esta finalidad, se introducen una serie de modificaciones, entre las que cabe destacar:

a. La nulidad de las cláusulas no transparentes, de tal forma que el apartado uno de la disposición final cuarta de la LCCI modifica el párrafo segundo del apartado quinto del artículo 5 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, estableciendo que «la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez. Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho». En esta misma línea la disposición final octava de la LCCI modifica el artículo 83 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, disponiendo que «las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho».

b. Se ordena la inscripción, y la remisión de oficio por el Tribunal correspondiente al Registro de Condiciones Generales de Contratación para que se proceda a la misma, de las sentencias firmes por las se declare la nulidad de condiciones generales abusivas en el Registro de Condiciones Generales de Contratación. El caso más claro es el de las cláusulas suelo, aquellas que limitan la rebaja de cuota de la que disfruta el consumidor frente a la caída del Euríbor y que la justicia viene anulando generalizadamente por la falta de transparencia en su comercialización. Aunque hasta ahora se trataba de una condición perfectamente válida si se pactaba, la reforma hipotecaria las prohíbe abiertamente al afirmar que en las operaciones con tipo de interés variable no se podrá fijar un límite a la baja en el tipo de interés si bien matiza que el interés remuneratorio de dichas operaciones no podrá ser negativo (art. 21.3 y 4 LCCI).

9. Respecto al vencimiento anticipado y al número de impagos para proceder al embargo de la vivienda, a partir de la entrada en vigor de la ley, el prestamista no puede iniciar proceso de ejecución hipotecaria hasta que no se alcancen estos límites (art. 24 LCCI):

h. Durante la primera mitad del plazo: hasta que la demora no exceda un 3% del capital concedido o se alcance un equivalente a 12 cuotas impagadas.

i. Durante la segunda mitad del plazo: el porcentaje del capital impagado asciende al 7%, mientras que las mensualidades en demora mínimas son 15.

En todo caso, se exige que el prestamista haya requerido el pago al prestatario, concediéndole un plazo de al menos un mes para su cumplimiento y advirtiéndole de que, de no ser atendido, reclamará el reembolso total adeudado del préstamo.

Dado el volumen de novedades que introduce esta Ley y la imposibilidad de tratarlas de forma conjunta en este trabajo, nos centraremos en las que podríamos catalogar como los pilares de un crédito inmobiliario responsable, esto es, el deber de transparencia del prestamista y la evaluación de la solvencia del prestatario.

III. EL DEBER DE TRANSPARENCIA DEL PRESTAMISTA

La esencia del deber de transparencia material en los contratos de crédito inmobiliario radica en la obligación del prestamista de informar al prestatario, antes de que este se vincule, de las consecuencias económicas y jurídicas

más relevantes del contrato de préstamo. Se convierte así en un instrumento clave para tutelar el interés del prestatario puesto que el cumplimiento de este deber le permite realizar una comparación efectiva entre las distintas ofertas existentes en el mercado y elegir la que mejor se adecúe a sus intereses. Este deber incumbe a todos los contratos de crédito inmobiliario —con independencia de la vía documental en la que se formalicen— y no solo en el momento de formalización de los mismos sino también en los supuestos de subrogación activa y pasiva y en los de novación modificativa¹⁶.

La finalidad perseguida por el deber de transparencia —tutela del interés del prestatario— adquiere especial relevancia en este tipo de préstamos por dos motivos: primero, por la duración de los mismos, y los posibles cambios en las circunstancias personales o económicas del prestatario a lo largo de dicho periodo y, segundo, por las consecuencias que acarrea el impago de las cuotas por parte del prestatario, me refiero, como ya se imaginan, a la correspondiente pérdida de la vivienda a través de los temidos desahucios, y más tratándose, en la mayoría de los casos, de la residencia habitual del prestatario y su familia.

Todo lo expuesto anteriormente justifica, sin lugar a duda, la necesidad de que la información que recibe el prestatario sea objeto de una especial atención y explicación por parte del prestamista sin que sea suficiente una simple mención en el texto de las condiciones generales aplicables al contrato (aunque se destaque dentro de las mismas y por mucho que su redacción se ajuste a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez)¹⁷.

Este deber de transparencia material se ha reforzado en la contratación bancaria a partir de la ya conocida Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013. En ella se resuelve la legalidad de las denominadas cláusulas de interés variable (cláusulas suelo) incluidas por la mayoría de las entidades financieras en los contratos de préstamo hipotecario. Al pronunciarse sobre la abusividad de dichas cláusulas, el Alto Tribunal entendió que las mismas regulan el objeto del contrato de préstamo, cumpliendo así una función definitoria o descriptiva esencial, y que eran abusivas por la falta de transparencia material¹⁸.

Precisamente la Ley 5/2019, de 15 de marzo, regula ese deber de transparencia material en el ámbito de la contratación de créditos inmobiliarios. En concreto, los artículos 14 y 15 LCCI establecen las normas sobre el cumplimiento del mismo, regulando, por un lado, la documentación que ha de entregarse al prestatario y, por otro, la comprobación de que efectivamente se ha cumplido su fin fundamental, es decir, que el contratante conozca la prestación que asume en virtud del contrato. Este procedimiento está supervisado por el notario, quien tiene la función de asesorar al prestatario y de comprobar que ha entendido la carga económica y jurídica del contrato.

Las normas de transparencia bancaria y la protección de los consumidores obligan a definir los instrumentos financieros, es decir, a que se concrete el objeto principal del contrato de préstamo, fundamentalmente, para que los prestatarios comprendan no solo el contenido formal y gramatical de dichas cláusulas, sino su alcance concreto, con un claro objetivo: tomar una decisión fundada y prudente¹⁹.

Pero ese deber de transparencia manifestado en la obligación de información por parte del prestamista en los términos que veremos a continuación debe complementarse con una formación previa del prestatario y con una actitud responsable por su parte.

El artículo 6 de la Directiva regula expresamente la educación financiera de los consumidores afirmando que «los Estados miembros fomentarán medidas que apoyen la educación financiera de los consumidores sobre la responsabilidad en la contratación de préstamos, en particular de los créditos hipotecarios», pero, no alude a los demás agentes de las transacciones crediticias hipotecarias (entidades financieras y poderes públicos) que también están necesitados de dicha formación —falta que ha intentado cubrirse con la regulación que, al respecto, establece la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario—²⁰. Es muy probable que, si esa formación financiera hubiera existido, no se habrían producido las situaciones angustiosas vividas en los últimos años por un sector vulnerable de la población española. En esta línea, la Unión Europea, ya desde 2007, había consignado unos principios básicos para la formación y así fue cómo surgió el sitio web DOLCETA como proyecto de educación financiera²¹. Por otra parte, a nivel nacional, el Banco de España y la CNMV también iniciaron un ambicioso plan de educación financiera²², al que se sumaron entidades públicas (Ministerio de Educación —que incluyó esta formación en la educación secundaria—) y privadas, para potenciar la adquisición de conocimientos básicos en materia financiera. Ahora bien, la dificultad radica en conseguir que estos mecanismos de formación que se han puesto en marcha alcancen los resultados propuestos²³.

Si hay una cosa clara en este tema es que la educación financiera del consumidor debe empezar por una actuación responsable del mismo y no precipitarse a la hora de firmar unos documentos sin comprender su contenido. Debe asegurarse de la cantidad pedida, del tipo de interés aplicable, del plazo para devolverlo, de los riesgos que asume y de sus consecuencias. La disposición adicional tercera LCCI²⁴ relativa a la educación financiera trata de potenciar en el ámbito del crédito inmobiliario la autotutela del prestatario, evitando la ignorancia pero también la avaricia que supone perseguir algo sabiendo que no está en condiciones de alcanzarlo.

La educación financiera supone unos conocimientos previos y genéricos mientras que la información conlleva la puesta a disposición de los datos

necesarios de forma clara, previa y concreta. Por eso, en aquellos casos en los que la primera no existe o es insuficiente, la segunda ha de intentar cubrir esa laguna, y son los bancos los que tienen los datos fundamentales para llevar a cabo una política de información lo más completa posible a sus clientes. De ahí que, el artículo 10 de la LCCI, haga referencia a esa información precontractual personalizada al prestatario para que este pueda comparar entre las distintas ofertas existentes en el mercado y tomar una decisión fundada sobre cuál es la que verdaderamente le conviene²⁵.

Llegados a este punto, a la hora de analizar los supuestos en los que será necesaria dicha información, hemos de acudir a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de diciembre de 2019 en la que se resuelve, entre otras cuestiones, la consulta planteada por el Consejo General del Notariado respecto al ámbito objetivo de aplicación de la Ley 5/2019, en particular a efectos de la delimitación de los supuestos en que es obligatoria la autorización del acta previa de información dirigida a garantizar la transparencia material de la misma, como requisito para la autorización e inscripción de la escritura, en los supuestos del artículo 2.1.b de la ley, cuando se trate de inmuebles de uso no residencial. En la citada Instrucción se concluye, apoyándose en argumentos de distinta índole que «en el supuesto de los préstamos con una persona física consumidora que actúe en concepto de prestataria, fiadora o garante, cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, la Ley 5/2019 será aplicable con independencia de que su destino sea o no residencial»²⁶.

Uno de los fines perseguidos por la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario ha sido, sin lugar a duda, corregir los déficits de información precontractual que tradicionalmente han sufrido los prestatarios hipotecarios. El artículo 14 de esta norma contiene un régimen de información precontractual más riguroso que el exigido por la propia Directiva puesto que, a la obligación de entregar el prestatario, con una antelación mínima de diez días naturales a la firma del contrato, la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN)²⁷ añade el deber de entregar, con la misma antelación, una serie de documentos adicionales:

- a. Una Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE) en la que se informará al potencial prestatario de ciertos riesgos o cláusulas relevantes del contrato²⁸ [art. 14.1b) LCCI].
- b. En el caso de que el préstamo sea a interés variable, un documento con cuadros de amortización simulados en diferentes escenarios de evolución de los tipos de interés.
- c. Una copia del proyecto del contrato. Debe ser un borrador ya personalizado y completo del contrato a firmar cuyo contenido debe ajustarse a lo recogido en la FEIN y en la FiAE.

d. Un documento en el que consten por escrito las condiciones de la póliza del seguro de amortización de capital y del seguro de daños del inmueble objeto de la hipoteca (en el caso de que ambos seguros se exijan como condición del préstamo).

e. La advertencia al prestatario de la obligación de recibir asesoramiento personalizado y gratuito del notario que él elija sobre el contenido y las consecuencias de la información que se entrega.

f. Una información clara y veraz de los gastos que corresponden al prestamista y al prestatario.

A efectos de que el notario elegido por el prestatario pueda comprobar el cumplimiento de estos requisitos y hacerlo constar en el acta a la que se refiere el artículo 15 LCCI²⁹, estos mismos documentos se le deben remitir por medios telemáticos³⁰. Precisamente esta acta notarial previa constituye uno de los aspectos más importantes de la norma para la práctica notarial³¹.

Tras la entrada en vigor de esta Ley el notario no solo verifica el cumplimiento de unos hechos objetivos, como son la entrega de la documentación referida en el artículo 14 LCCI y el asesoramiento recibido por el prestatario sino que, mediante el acta a la que se refiere el artículo 15 LCCI, garantiza la comprensión del contenido del contrato por los prestatarios y la observancia de las obligaciones que el legislador establece para dar cumplimiento al principio de transparencia material³².

Con esta finalidad, una vez que el notario constata que ha recibido toda la documentación preceptiva, el prestatario debe comparecer en la notaría³³, como muy tarde el día anterior a la autorización de la escritura pública, con el propósito de que se levante un acta con los siguientes objetivos:

— Que el notario compruebe que se han cumplido los plazos legalmente previstos de puesta a disposición del prestatario de los documentos obligatorios del artículo 14 LCCI.

— Que se recojan las cuestiones que haya planteado el prestatario y el asesoramiento que le haya prestado el notario.

— Que se haga constar que el notario le ha asesorado de las cláusulas específicas recogidas en la FEIN y en la FiAE de forma individualizada y que, además, en su presencia, el prestatario ha respondido a un test que tiene por objeto concretar la documentación entregada y la información suministrada³⁴.

También debemos preguntarnos si el notario, en este momento del acta previa, debe hacer un control de contenido del contrato de crédito inmobiliario. La Dirección General de los Registros y del Notariado, en su Resolución de 16 de mayo de 2019 se decanta por afirmar que sí debe

efectuar un control de legalidad de las condiciones financieras del préstamo, mientras que algunos notarios defienden que su función debe limitarse a lo que la ley les encomienda, es decir, a un control de la transparencia material, sin que esto sea óbice, lógicamente, para que, si al revisar la condiciones el préstamo, se detectara alguna que contradice lo dispuesto en la LCCI, lo advierta el notario en el acta previa y lo comuniqué al prestamista para que en el otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario subsane dichos defectos, puesto que, en caso contrario, no podrá autorizarse³⁵.

De lo que no cabe ninguna duda, como pone de manifiesto la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de diciembre de 2019, es de que «si el notario hace constar que el prestatario ha recibido la documentación y ha sido informado sobre ella por la entidad y por el propio notario en el acta, necesariamente ha debido comprobar que esa documentación es correcta y completa, y por consiguiente, entre otros varios aspectos, que la FEIN es la que corresponde al préstamo y a sus condiciones. Si no se han cumplido correctamente todas las obligaciones informativas que garantizan la transparencia material en la operación crediticia, y también más en concreto si la FEIN no se correspondiera con el préstamo, por diferir alguna de esas condiciones financieras, el notario deberá denegar la autorización de la escritura. Esa falta de correspondencia debe, no obstante, interpretarse correctamente, esto es, si las condiciones del préstamo son indiscutiblemente mejores (por ejemplo, si el diferencial del préstamo fuera inferior), o si existe una diferencia no en las condiciones propiamente dichas sino en los cálculos subsiguientes (por ejemplo, si por firmarse el préstamo en una mensualidad posterior a la inicialmente prevista la TAE resulta diferente, o el cuadro de amortización se modifica) ello no implica unas condiciones financieras diferentes, y por tanto no impide la autorización de la escritura de préstamo»³⁶.

Cuestión también polémica, en relación con el acta notarial, es la del valor probatorio que se le atribuye a la misma, porque, según cuál sea este, y, sobre todo, si se concibe que hace prueba de la comprensión por el prestatario de la documentación entregada, supondría cerrar el paso de modo casi absoluto a las demandas fundadas en falta de transparencia. Pero la opinión unánime al respecto es que de la literalidad del artículo 15.6 LCCI no se desprende esto puesto que no podemos pretender que un acta notarial dé fe de un hecho interno como es el de la comprensión por el prestatario de las consecuencias económicas y jurídicas de las cláusulas de un contrato. El acta solo puede hacer prueba de los hechos que han acaecido en presencia del notario, esto es, la entrega de la documentación requerida, y el asesoramiento prestado por el propio notario.

A pesar de las dudas y críticas que pueda suscitar el acta, el legislador hace girar todo el sistema de transparencia material sobre ella, como se

deduce de lo dispuesto en el número 5 del artículo 15 LCCI³⁷ y reitera posteriormente el número 2 del artículo 22 del mismo texto legal³⁸. Por si esto fuera poco, la disposición final sexta de esta Ley ha introducido en el régimen disciplinario de los notarios [art. 43. e)] una nueva falta muy grave en caso de «*incumplimiento del periodo 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 labor informativa del notario se completa con la obligación de entregar o remitir telemáticamente al prestatario, sin coste alguno, copia simple del acta. Obligación que tienen también los registradores de la propiedad respecto a la nota simple literal de la inscripción practicada³⁹.

Con todo ello se ha conseguido no dejar la información precontractual —como ocurría hasta ahora— en manos de la entidad financiera sino que se encomienda su control a los notarios. Ahora bien, la efectividad de estas medidas exige garantizar de verdad el principio de libre elección de notario porque aunque en todo caso se presume una actuación correcta e independiente por parte del fedatario público, no resulta conveniente la imposición al prestatario de un determinado notario por parte del prestamista o de la gestoría⁴⁰.

La Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario debería haber establecido claramente la obligación de que la escritura de préstamo hipotecario tuviera que otorgarse ante el mismo notario que hubiera autorizado el acta previa porque el derecho de elección de notario no debe circunscribirse solo al acta de asesoramiento sino que debe alcanzar también a la firma de la escritura. Sin embargo, una lectura del artículo 15.7 LCCI nos hace pensar en la posibilidad de que ambos notarios sean distintos⁴¹.

IV. LA EVALUACIÓN DE LA SOLVENCIA DEL PRESTATARIO

El mercado crediticio español, durante los años de serenidad económica, se caracterizó por una asombrosa facilidad de acceso al crédito. Los préstamos se otorgaban sin evaluar adecuadamente la solvencia del prestatario, ni su capacidad de reembolso, confiando en que el precio de los inmuebles no bajaría sino que siempre se movería al alza, con lo que ello supondría para el caso de una hipotética ejecución⁴². Si a esto añadimos que el beneficio del banco es mayor cuanto mayor es el riesgo del prestatario (porque el tipo de interés será más elevado) podremos comprender fácilmente que la economía creciera de forma adulterada y sustentada por ese sobreendeudamiento masivo de los prestatarios.

Todo lo anterior justifica que la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario se orientara hacia lo que se ha llamado la «humaniza-

ción de la contratación»⁴³, en línea con otras leyes y con las interpretaciones judiciales tanto a nivel comunitario como nacional que se han afianzado en los últimos años. Sin embargo, la doctrina ha criticado la regulación que la LCCI ha hecho sobre la evaluación de la solvencia al considerar que el legislador español se ha limitado a reproducir en el artículo 11 LCCI la indefinición contenida en la Directiva sin aportar nada nuevo⁴⁴.

La evaluación de la solvencia del prestatario ya estaba regulada en el derecho español antes de la publicación de la LCCI. De hecho, la evaluación de la solvencia es una práctica desarrollada por los prestamistas desde hace tiempo —son los primeros interesados en asegurarse la capacidad económica del prestatario— pero ahora, con la LCCI, deja de ser una norma de política interna sobre la gestión de riesgos y se convierte en una auténtica obligación legal que no admite ni renuncia del prestatario, ni sustitución por otro tipo de cautelas.

Un proceso de evaluación rigurosa de la capacidad de pago del prestatario de las obligaciones contractuales es crítico para que el pago asumido sea acorde a las políticas de riesgos de la entidad. La decisión de conceder una operación debe hacerse cumpliendo con los requisitos normativos⁴⁵ y al amparo de la política interna de la entidad financiera. La política crediticia de las entidades financieras son documentos en los que se detallan, entre otros:

- Las responsabilidades y facultades delegadas de los diferentes órganos y personas encargadas de la concesión, modificación, evaluación, seguimiento y control de las operaciones.

- Los requisitos que deberán reunir los análisis y evaluaciones de las operaciones antes de su concesión y durante su vigencia.

- La documentación mínima que deberán contener los diferentes tipos de operaciones para su concesión y durante su vigencia.

- Las actuaciones que deberá llevar a cabo la entidad cuando no se atiendan los pagos en los términos fijados contractualmente.

Esta evaluación consiste en verificar la capacidad del cliente para cumplir con las obligaciones derivadas del préstamo y, para ello, es necesario tomar en consideración una serie de factores que la LCCI cataloga de «pertinentes» y que enumera, de forma no exhaustiva en su artículo 11 al afirmar «[...] entre otros la situación de empleo, los ingresos presentes, los previsibles durante la vida del préstamo, los activos en propiedad, los ahorros, los gastos fijos y los compromisos ya asumidos. Asimismo, se valorará el nivel previsible de ingresos a percibir tras la jubilación, en el caso de que se prevea que una parte sustancial del crédito o préstamo se continúe reembolsando una vez finalizada la vida laboral»⁴⁶.

La concesión responsable de un préstamo hipotecario depende de la superación del informe de evaluación de solvencia del prestatario⁴⁷. Veamos a continuación qué conductas comprende exactamente esta evaluación, no sin antes advertir que las modalidades técnicas de la forma de realizar la evaluación forman parte del libre ejercicio de la libertad empresarial⁴⁸. En primer lugar, el prestamista tiene que acceder a la información económico-financiera del potencial prestatario. La base del informe y los documentos necesarios para evaluar la solvencia tiene que proporcionarlos el solicitante del préstamo, no obstante, desde la presentación de la solicitud de financiación, la empresa prestamista queda habilitada para obtener de las bases de datos de información financiera —como la Central de Información de Riesgos del Banco de España (CIRBE)— informes sobre los riesgos que el solicitante pudiera tener registrados. Concretamente, la entidad podrá acceder a los datos relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias del solicitante⁴⁹.

Del artículo 12.2 LCCI se deduce que el prestatario está obligado a facilitar al prestamista la información que este le requiera y siempre después de haber sido requerido, no antes⁵⁰. Este requerimiento lo podrá hacer el prestamista, el intermediario de crédito o su representante designado, aunque la evaluación de la solvencia competa únicamente al prestamista. Toda la información que facilite el prestatario deberá ir acompañada de las «pruebas» necesarias para poder comprobar su veracidad (art. 12.1 LCCI) y si resultan insuficientes para evaluar su solvencia no le concederá el crédito —posibilidad de la que debe advertir el prestamista al prestatario al solicitarle la información—⁵¹. Ahora bien, la información requerida por el prestamista ha de ser «proporcionada y limitada a lo necesario para realizar un evaluación adecuada de la solvencia» (art. 12.1 LCCI) cualquier otra información no tendrá por qué ser facilitada por el solicitante.

A la pregunta de en qué momento comunica el prestamista al solicitante que tiene que facilitarle esta información, algún sector doctrinal⁵², con el que coincidimos, considera que, obviamente, no puede ser con ocasión de la elaboración de la información personalizada (FEIN) sino que tiene que ser antes, concretamente en la Ficha de Información Precontractual (FIPRE) que contiene la información general sobre los contratos de préstamo.

Una vez conocida la situación financiera, se inicia el proceso de evaluación en sentido estricto conforme a un determinado «procedimiento». La LCCI no regula cuál es ese procedimiento, ni cuáles son sus características generales, se limita a obligar a los prestamistas a disponer de «procedimientos internos específicos» para evaluar la solvencia y a que los revisen periódicamente, dejando constancia de esas revisiones en los registros correspondientes (art. 11.2 LCCI)⁵³. Esa falta de procedimiento legalmente establecido impide averiguar si el prestamista ha cumplido o no con su

obligación de evaluar la solvencia por lo que hubiera sido preferible que el resultado de dicha evaluación dependiera de la relación de ingresos y deudas del prestatario, por ejemplo.

En el supuesto de préstamos con garantía real, el artículo 13 LCCI exige que los inmuebles aportados en garantía sean objeto de una tasación adecuada antes de la celebración del contrato de préstamo. Según este precepto, la sociedad tasadora deberá ser independiente del prestamista e intermediario de crédito⁵⁴ y exige que se utilicen normas de tasaciones fiables y reconocidas internacionalmente⁵⁵.

El artículo 11.3 LCCI dispone que el valor del bien dado en garantía se tendrá en consideración pero no de forma «predominante» sino como un dato más junto con los demás a tener en cuenta en la evaluación de la solvencia. La finalidad de este precepto no es otra que la de evitar la práctica que en años anteriores habían llevado a cabo los prestamistas conforme a la cual al único valor al que atendían era al del inmueble dado en garantía sin tener en cuenta la capacidad de reembolso del prestatario; sin embargo, tras la entrada en vigor de esta ley *«la evaluación de la solvencia no se basará predominantemente en el valor de la garantía que exceda del importe del préstamo o en la hipótesis de que el valor de dicha garantía aumentará, a menos que la finalidad del contrato de préstamo sea la construcción o renovación de bienes inmuebles de uso residencial»*⁵⁶.

Terminada esa labor de evaluación, el prestamista debe elaborar un informe en el que indique si la solvencia del solicitante es positiva o negativa⁵⁷ y con el que acreditará haber realizado la evaluación de la solvencia. Pero la cuestión clave, llegado este punto, es determinar si un resultado negativo de esa evaluación conlleva la prohibición de contratar. Las posturas doctrinales están enfrentadas según la interpretación que se haga del artículo 11.5 LCCI⁵⁸. Algunos autores entienden que no tendría sentido la evaluación de la solvencia si, una vez realizada esta, el préstamo se llevara a cabo con independencia de su resultado por lo que defienden la prohibición de contratar en aquellos casos en los que el prestatario «suspenda» la evaluación⁵⁹.

Otros, sin embargo, consideran que el precepto no impone el deber de denegar el préstamo aunque la evaluación sea negativa. La actuación del prestamista debe tener algún tipo de consecuencia pero «solo en el caso de que el deudor devenga insolvente por razones que ya existían en el momento de la celebración del contrato porque, si verdaderamente hubiera prohibición de contratar, el prestamista respondería incluso cuando el deudor está cumpliendo con sus obligaciones puesto que la violación de una prohibición legal daría lugar a un incumplimiento contractual y a la correspondiente indemnización y sanción administrativa»⁶⁰.

Coincido con los defensores de la prohibición de contratar en el caso de una valoración negativa porque, verdaderamente, donde radica la concesión

de un préstamo responsable es, sin ninguna duda, en el resultado positivo de esa evaluación⁶¹ si bien es cierto que, configurada como una prohibición de contratar, la vulneración de la misma provocaría la nulidad del contrato (art. 6.3 CC) y esto conllevaría una serie de consecuencias negativas para el prestatario que debería demandar al prestamista para provocar la ineficacia del contrato, devolver el préstamo y costear la reclamación de daños y perjuicios al prestamista⁶² (por no hablar de los problemas probatorios del daño y de la falta de responsabilidad del prestatario al aceptar un préstamo sin tener capacidad de reembolso). Por todo ello, algún sector doctrinal⁶³ propone poner el foco en el régimen sancionador del capítulo IV de la LCCI (art. 44 y sigs.) para conseguir un efecto disuasorio efectivo.

Cuestión distinta es probar si el prestamista ha cumplido o no con su obligación, es decir, si ha realizado la evaluación con la diligencia debida⁶⁴. En cualquier caso, conforme al principio de disponibilidad y facilidad probatoria recogido en el artículo 217.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es al prestamista al que le corresponde acreditar que ha cumplido con su obligación evaluando adecuadamente la solvencia del solicitante del crédito.

Si el prestamista no cumple con su obligación de evaluar la solvencia, la LCCI omite toda referencia a las consecuencias que dicho incumplimiento acarrearía para el contrato de préstamo, lo único que prevé son unas sanciones administrativas en los artículos 44 y siguientes. Coincido con los autores que consideran que estas sanciones son insuficientes puesto que no son efectivas ni disuasorias por lo que el régimen instaurado en los artículos 11 y 12 LCCI cae en saco roto al no ir acompañado de unas consecuencias jurídico-civiles para los casos de incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia por parte del prestamista⁶⁵.

Obvia decir que, con independencia de cuál sea el resultado de la evaluación, el prestamista o el prestatario pueden decidir no seguir adelante con el préstamo, como se deduce del artículo 38 de la Constitución —principio de libertad de empresa y de contratación— y del artículo 1255 del Código civil —principio de autonomía de la voluntad de las partes— sin que incurran por ello en ningún tipo de responsabilidad⁶⁶.

Respecto a los supuestos en los que la valoración realizada resulta incorrecta —sea por una mala aplicación del procedimiento interno por parte del prestamista o porque la información obtenida del prestatario fuera incompleta— el prestamista no podrá resolver el contrato por dicho motivo⁶⁷. Cuestión distinta es que el prestatario hubiera falsificado u ocultado de forma voluntaria determinados datos, en ese caso el artículo 11.4 LCCI sí habla de la posibilidad del prestamista de «resolver, rescindir o modificar el contrato»⁶⁸.

Por último, no queremos finalizar este trabajo sin destacar que, como ocurre siempre, cuando las partes contratantes no están en igualdad de con-

diciones, el débil suele salir perjudicado. En la contratación bancaria, y más en concreto en el caso que nos ocupa de contratos de crédito inmobiliario, podemos hablar de un déficit de protección a la figura del prestatario. Los fallos de supervisión bancaria por parte del Banco de España son claros y el servicio de reclamaciones de esta entidad no ofrece una eficaz protección al cliente bancario (recordemos que las resoluciones de este servicio no son vinculantes para las entidades financieras) lo que obliga al prestatario a enfrentarse a la entidad financiera o solo o a través de las asociaciones de consumidores pero con pocas posibilidades de éxito en cualquier caso.

En otros países se ha conseguido atenuar esta desprotección creando organismos específicos para la defensa del consumidor financiero⁶⁹. El objetivo de estas no es otro que controlar que las empresas financieras cumplan las leyes de protección al consumidor. Nuestra LCCI en su disposición adicional primera prevé la creación de una autoridad independiente que garantice la protección y transparencia en la contratación inmobiliaria⁷⁰. Pero esta «entidad de resolución de litigios de consumo» que propone la ley está muy lejos de esos mecanismos diseñados en otros ordenamientos, tanto por su falta de capacidad sancionadora como por la ausencia de un control previo de los contratos celebrados con los consumidores. Por este y otros motivos, coincido con aquellos autores que defienden, desde hace ya tiempo, la necesidad de una reforma, prácticamente integral, del sistema de protección ofrecido al consumidor financiero⁷¹.

V. CONCLUSIONES

I. La Ley 5/2019, de 15 de marzo no hace sino trasponer, con bastante retraso, por cierto, y de forma no muy acertada la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de febrero sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, con la que se pretendía establecer un marco jurídico que proporcionara un nivel adecuado de protección a los consumidores que celebran este tipo de contratos.

II. La LCCI regula tres aspectos diferenciados como son las normas de transparencia y de conducta que deben cumplir los prestamistas para proteger al prestatario, los aspectos relacionados con el propio contrato de crédito y el régimen sancionador para los supuestos de incumplimiento de las obligaciones contenidas en esta norma.

III. Muchas son las novedades que introduce esta norma respecto al tradicional sistema crediticio español y también algunos cambios respecto a lo establecido en la Directiva; en uno y otro caso con un objetivo común: reforzar las garantías de los prestatarios en el proceso de contratación de este tipo de créditos.

IV. Con el fin de poner freno a la oleada de créditos irresponsables concedidos por las entidades financieras hasta no hace muchos años en nuestro país, la LCCI establece lo que podríamos considerar los pilares de un crédito inmobiliario responsable: el deber de transparencia material del prestamista en este tipo de contratos y el deber de evaluar en profundidad la solvencia del potencial prestatario.

V. El deber de transparencia material del prestamista no es sino la obligación de este de informar al prestatario de las consecuencias económicas y jurídicas más relevantes del contrato de préstamo que se dispone a firmar.

VI. Con el fin de garantizar este deber de transparencia material y corregir los déficits de información precontractual que tradicionalmente han sufrido los prestatarios, la LCCI establece, por un lado, qué documentación ha de entregarse al prestatario y, por otro, la obligación del notario de asesorar al prestatario y de comprobar que ha entendido la carga económica y jurídica del contrato, hechos que el fedatario público reflejará en el acta correspondiente.

VII. En cuanto a la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario, podemos afirmar que, con la nueva regulación introducida por la LCCI, esa evaluación deja de ser un mecanismo que busca la protección de la solvencia de la entidad y pasa a ser un mecanismo que persigue la protección del prestatario.

VIII. A la hora de verificar la capacidad del cliente para cumplir con las obligaciones derivadas del préstamo se tendrán en cuenta no solo el valor del bien dado en garantía —créditos hipotecarios— sino otros muchos factores con el fin de evitar la práctica llevada a cabo en años anteriores a la crisis y que ocasionó un sobreendeudamiento del prestatario.

IX. Si nos preguntamos por las consecuencias jurídicas de aquellos casos en los que el prestatario «suspende» la evaluación de la solvencia, mientras que un sector doctrinal se decanta por la prohibición de contratar, otro pone el foco en el régimen sancionador de los artículos 44 y siguientes de la LCCI como medio para disuadir al prestamista de conceder el crédito en estos casos.

X. Difícil resulta, por un lado, probar si el prestamista ha realizado la evaluación con la diligencia debida, al no estar obligado a entregar el informe de evaluación, y, por otro, determinar cuáles son las consecuencias de esta actuación negligente ya que las sanciones establecidas en la LCCI se consideran insuficientes por no ser efectivas ni disuasorias.

XI. Por último, y con el objetivo de superar el déficit de protección que sufre la figura del prestatario, la LCCI prevé la creación de una autoridad independiente que garantice la protección y transparencia en la contratación inmobiliaria pero, la ausencia en nuestro ordenamiento de mecanismos efectivos para ello, hace evidente la necesidad de reformar el sistema de protección ofrecido al consumidor financiero.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES E INSTRUCCIONES

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 8 de junio de 2017
- STS de 15 de noviembre de 2017
- STS de 11 de abril de 2018
- STS de 15 de junio de 2018

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

- RDGRN de 16 de mayo de 2019

INSTRUCCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTROS Y NOTARIADO

- IDGRN de 14 de junio de 2019
- IDGRN de 13 junio de 2019
- IDGRN de 20 de diciembre de 2019

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALBIEZ DOHRMANN, K.J. y MORENO-TORRES HERRERA, M.^a L. (2017) *Los contratos de crédito inmobiliario* Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra.
- ALVAREZ OLALLA, P. (2018). La obligación de evaluar la solvencia en el Proyecto de Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario. *Revista doctrinal Aranzadi civil-mercantil*, núm. 1, 103-116.
- ARROYO AMAYUELAS, E. (2018). Contratos de créditos con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. Sanciones y remedios para el caso de incumplimiento de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario. Working paper 9/2018, Universidad de Barcelona.
- BARRIO DEL OLMO, C.P. (2019). Consulta al Registro de Condiciones Generales de la Contratación: nueva obligación ¿en beneficio de los prestatarios? *El Notario del Siglo XXI*, núm. 86, 56-68.
- CABANAS TREJO, R., MARQUÉS MOSQUERA, C. y RIVAS RUIZ, A. (2019) Guía notarial para la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario. *Cuadernos de Derecho y Comercio* núm. 71, 164-229.
- CÁMARA LAPUENTE, S. (2019). Transparencia material y función notarial en la Ley 5/2019 ¿Control, carga o trampa? *El notario del siglo XXI*, núm 84, marzo-abril [En línea] <https://www.elnotario.es/opinion/9290-transparencia-material-y-funcion>, 8 de junio de 2019.

- CUENA CASAS, M.T. (2019). Préstamo responsable y datos de solvencia patrimonial en la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario. *Actualidad Civil* núm. 9 [En línea] <https://www.laley.es>, 18 de diciembre de 2019.
- (2017). Ficheros positivos de solvencia, privacidad y mercado de crédito. *La prevención del sobreendeudamiento privado. Hacia un préstamo y consumo responsables* (coordinado por Cuena Casas, M. T y Alcañiz Miñano, V.) Thomson-Reuters Aranzadi, 281-416.
- DE LA PEÑA, L. y LÓPEZ FRÍAS, J. (2013). Crédito responsable: un nuevo concepto en nuestro ordenamiento jurídico *Revista de derecho bancario y bursátil*, núm. 130, 48-56.
- DE VIVERO DE PORRAS, C. (2019). El principio de transparencia material. En *Comentarios a la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario* (coordinador José M.^a López Jiménez) Wolters Kluwer, Madrid, 201-231.
- DÍAZ ALABART, S. (2015). Evaluación de la solvencia del consumidor, tasación de inmuebles y consultas de ficheros de solvencia. En *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios* (Directiva 2014/17/UE) Reus, Madrid.
- DÍAZ ALABART, S. y HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M.^a D. (2015). Educación financiera de los consumidores e información sobre el proceso de concesión de créditos. En *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios* (Directiva 2014/17/UE), Reus, Madrid.
- JUAN GÓMEZ, M. (2019) Desgranando la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario: veinte aspectos a considerar. *Actualidad Civil*, núm. 4, 25-34.
- LÓPEZ FRÍAS, M.^a J. (2017). Algunas ideas sobre la necesidad de la educación financiera a tres bandas: consumidores, entidades financieras y poderes públicos. En *Los contratos de crédito inmobiliario* (dirs. Albiez Dohrmann, K.J. y Moreno-Torres Herrera, M.^a L.) Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 173-204.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M. (2019). Consideraciones generales sobre el mercado hipotecario y la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. En *Comentarios a la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario* (coordinador José María López Jiménez) Wolters Kluwer, Madrid, 25-55.
- MARÍN LÓPEZ, J.M. (2019). La obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario. En *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario* (dirigido por Carrasco Perera, A.) Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 211-256.
- (2019). El control de transparencia material. En *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito inmobiliario* (dirigido por Carrasco Perera, A.) Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 257-314.
- MATE SATUÉ, L.C. (2019). Transparencia material en la contratación de los préstamos hipotecarios. *Revista de Derecho Civil*, vol VI, núm. 1 (enero-marzo) Ensayos, 335-360.
- (2019). Transparencia y abusividad de la cláusula de gastos en los préstamos para adquisición de vivienda. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 772, 921-954.
- MEDICIS BERNAL, E. M.^a (2019). Aspectos novedosos de la reciente y aprobada Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario. *La Ley*, núm. 9391 [En línea] <https://www.laley.es> 27 de diciembre de 2019.

- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2017). Transparencia material como superación de la transparencia formal. En *Los contratos de crédito inmobiliario* (directores Albiez Dohrmann, K.J. y Moreno-Torres Herrera, M.^a.L.) Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 403-435.
- SAÉNZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2019). *Los contratos de crédito inmobiliario tras la Ley 5/2019, de 15 de marzo*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- (2019). Control de transparencia material y actuación notarial conforme a la jurisprudencia y la Ley 5/2019 de contratos de crédito inmobiliario. *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, núm. 2 (abril-junio) Ensayos, 235-265.
- SÁNCHEZ GÁLVEZ, F. (2019). Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario. Régimen de transitoriedad. *Diario La Ley*, núm. 9423, disponible [En línea] <https://www.laley.es>
- SÁNCHEZ MACÍAS, J.J. (2019). La ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario desde el análisis económico del Derecho. En *Comentarios a la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario* (coordinador José M.^a López Jiménez) Wolters Kluwer, Madrid, 113-129.
- SERRANO FERNÁNDEZ, M. (2019). El prestatario, el fiador o el garante en la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario. *Revista de Derecho Civil* vol. II, núm. 2, 51-97.
- (2017). Efectos del incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia del deudor ¿Una oportunidad perdida en el Proyecto de Ley Regulador de los Contratos de Crédito Inmobiliario». En *Los contratos de crédito inmobiliario* (directores Albiez Dohrmann, K.J. y Moreno-Torres Herrera, M.^a. L.) Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 381-403.
- SILLERO CROVETTO, B. (2019). Normas de transparencia en la comercialización de préstamos inmobiliarios. Especial referencia a la información precontractual. En *Comentarios a la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario* (coordinador José M.^a López Jiménez) Wolters Kluwer, Madrid, 161-200.
- TORRES RUIZ, S. (2017). La intervención notarial en el control de transparencia material. Antecedentes y comentario al artículo 13 del proyecto de ley regulador los contratos de crédito inmobiliario. En *Los contratos de crédito inmobiliario* (directores Albiez Dohrmann, K.J. y Moreno-Torres Herrera, M.^a.L.) Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 439-457.
- VVAA (2019). *Comentario a la Ley de Contrato de Crédito Inmobiliario*, (dirigidos por Carrasco Perera, A.) Thomson Reuters Aranzadi, Navarra.
- ZUNZUNEGUI PASTOR, F. (2019). Evaluación de la solvencia. Requisitos de conocimientos y competencia. En *Comentarios a la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario* (coord. José M.^a López Jiménez) Wolters Kluwer, Madrid, 232-260.

NOTAS

¹ La Directiva reconoce (en su considerando 3) que «la crisis financiera ha demostrado que el comportamiento irresponsable de los participantes en el mercado puede socavar los cimientos del sistema financiero (...) y puede tener graves consecuencias sociales y económicas».

² 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, Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, Ley 10/2014, de 26 de junio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia bancaria, Orden EHA 2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (modificada por la ECE/482/2019, de 26 de abril, que desarrolla parcialmente la ley de contratos de crédito inmobiliario) Circulares del Banco de España 5/2012, 3/2014 y 4/2016, entre otras.

³ Publicada en el BOE el 16 de marzo de 2019 y en vigor desde el 16 de junio de 2019 (*vacatio legis* de tres meses pensada fundamentalmente para que las entidades bancarias tengan margen suficiente a la hora de adaptarse a los nuevos cambios legislativos). En el preámbulo de esta ley se afirma que «al objeto de la recuperación de la confianza de los prestatarios, se introducen previsiones cuya finalidad es la de potenciar la seguridad jurídica, la transparencia, la comprensión de los contratos y de las cláusulas que los componen, así como el justo equilibrio entre las partes».

Para un análisis más detallado de esta norma *vide* SAÉNZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2019), *Los contratos de crédito inmobiliario tras la Ley 5/2019, de 15 de marzo*, Tirant lo Blanch, Valencia.

⁴ Algunas de sus disposiciones han sido objeto de ulterior desarrollo en el Real Decreto 309/2019, de 26 de abril, donde se precisan, entre otras cuestiones: los requisitos mínimos para poder ofrecer servicios de asesoramiento por parte del prestamista —que constituirá una actividad distinta de la de concesión e intermediación de préstamos inmobiliarios— en desarrollo del artículo 4.20 LCCI; los requisitos para la inscripción en el correspondiente registro de los prestamistas de crédito inmobiliario (en desarrollo del artículo 42 LCCI); la información que debe facilitarse al prestatario durante la vigencia del contrato; los requisitos técnicos de los medios telemáticos que deberán emplearse para la remisión al notario de la documentación establecida en el artículo 14.1 g) LCCI y el procedimiento de remisión al notario de la documentación necesaria para dar cumplimiento al principio de transparencia material contenido en el artículo 15 de dicha Ley.

⁵ En este sentido, *vide* la Instrucción de 14 de junio de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre la firma de operaciones cuya comercialización, oferta y entrega al consumidor de la información se han desarrollado bajo la vigencia de la normativa anterior, formalizándose el préstamo tras la entrada en vigor de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

⁶ Este carácter imperativo comprende todo el articulado de la LCCI al establecer en su artículo 3 que «Las disposiciones de esta Ley y las contenidas en sus normas de desarrollo tendrán carácter imperativo, no siendo disponibles para las partes contratantes salvo que la norma expresamente establezca lo contrario».

⁷ Disposición transitoria primera. Contratos preexistentes.

1. Esta Ley no será de aplicación a los contratos de préstamo suscritos con anterioridad a su entrada en vigor.

2. 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. 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.

3. 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.

4. Para los contratos anteriores a la entrada en vigor de esta Ley en los que se incluyan 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. Sin embargo, no será de aplicación este artículo a los contratos cuyo vencimiento anticipado se hubiera producido con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, se hubiese instado o no un procedimiento de ejecución hipotecaria para hacerlo efectivo, y estuviera este suspendido o no.

⁸ Se entiende que esta actividad se desarrolla con carácter profesional cuando el prestamista, sea persona física o jurídica, interviene en el mercado de servicios financieros con carácter empresarial o profesional o, si haciéndolo de forma ocasional, persigue una finalidad exclusivamente inversora. Además, para poder conceder estos créditos, según dispone el artículo 42 LCCI, es necesario estar inscrito en el registro correspondiente. Se exceptiona de esta obligación a las entidades de crédito, establecimientos financieros de crédito o sucursales en España de una entidad de crédito. Una cuestión que se ha planteado al respecto es si el notario debe controlar si el prestamista está debidamente inscrito, CABANAS TREJO (2019, 167) entiende que sí, seguramente atendiendo a ese papel de supervisor y garante que le atribuye la LCCI.

⁹ Como señala SERRANO FERNÁNDEZ, M. (2019, 81) «el legislador no ha seguido el criterio de la Directiva y fija un ámbito subjetivo más amplio, de tal manera que para ser prestatario no es una condición indispensable que el sujeto tenga la condición de consumidor». Hemos de añadir que se exceptúan, en este sentido, los préstamos con la finalidad de adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir porque en este caso sí es necesario que uno de los prestatarios, fiadores o garantes sea una persona física consumidora.

¹⁰ Para un estudio más detallado de las mismas, vide, MEDICIS BERNAL, E.M.^a (2019); JUAN GÓMEZ, M. (2019, 25).

¹¹ La LCCI establece importantes exigencias de formación para el personal que presta servicios relacionados con la financiación comprendida en el ámbito de aplicación de la ley. Se trata de una exigencia para miles de empleados bancarios y dado el escaso tiempo disponible se han habilitado soluciones prácticas para impedir que se paralizaran durante meses las operaciones sometidas a la nueva normativa. La solución consiste en establecer un régimen transitorio *ad hoc*, conformado por la orden ECE 482/2019, por el cual las personas obligadas tendrían un periodo hasta el 16 de junio de 2020 para obtener los conocimientos requeridos por esta ley, pudiendo hasta entonces prestar sus servicios asistidos por un supervisor. Precisamente la formación de esos miles de profesionales ha sido uno de los grandes retos de la nueva regulación y ha exigido un gran esfuerzo tanto a las entidades de crédito como al propio Banco de España.

¹² Entre las materias sobre las que se podrá exigir conocimientos y competencias —dependiendo del puesto y del título— se encuentran los contratos de préstamos inmobiliarios, implicaciones fiscales, riesgos asociados, protección del prestatario, proceso de adquisición de bienes inmuebles, estimación de los costes y gastos totales, tasación de las garantías, funcionamiento de las notarías y registros de propiedad, mercado de préstamos y vivienda, normas deontológicas, evaluación de la solvencia, información económica y financiera y diseño de préstamos inmobiliarios.

¹³ La Instrucción de 13 de junio de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre el depósito de condiciones generales de la contratación, y el reflejo del mismo en las escrituras de préstamo y en el Registro de la Propiedad, desde la entrada en vigor de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario obliga al notario a comprobar, con ocasión de la escritura de préstamo hipotecario, que las condiciones generales contenidas en dicha escritura han

sido depositadas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, en caso contrario deberá notificarlo al Ministerio de Justicia. *Vide*, en este sentido, BARRIO DEL OLMO, C.P. (2019, 56).

Por su parte, la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de diciembre de 2019, ante la pregunta formulada por el Colegio de Registradores Mercantiles y de la Propiedad sobre la necesidad de que el notario exprese en la escritura de préstamo hipotecario sujeta a la Ley 5/2019 el número identificador del depósito en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación del modelo de contrato de préstamo utilizado o, al menos, algún elemento que permita determinarlo entre los depositados, señala que «en los supuestos en los que el número de identificación de las cláusulas depositadas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación sea indicado por la entidad financiera, el notario, respetando su voluntad negocial, deberá consignarlos en la escritura. No obstante, la carencia de ese reflejo por la entidad financiera no impide la autorización de la escritura ni su inscripción registral, puesto que siempre es posible el cotejo de la escritura con el conjunto de cláusulas depositadas por la entidad financiera, algo que, por lo demás, las modernas herramientas digitales facilitan sobremanera».

¹⁴ El artículo 29 de la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, según la redacción dada por el Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre) considera sujeto pasivo «el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan» pero añade en su párrafo segundo que «cuando se trate de escrituras de préstamo con garantía hipotecaria, se considerará sujeto pasivo al prestamista».

¹⁵ La Dirección General de los Registros y del Notariado en su Instrucción de 20 de diciembre de 2019 valora positivamente la posibilidad de pactar un importe mínimo para la cancelación anticipada, que tradicionalmente se ha incluido en los contratos, y que suele consistir en una cantidad fija, o en un determinado porcentaje del capital pendiente al considerar que «ese pacto tiene un fundamento económico incontestable, por cuanto para el prestamista la tramitación de la cancelación anticipada tiene un coste que no es desdeñable, no solo por el recálculo que hay que hacer de la operación, sino también, muy especialmente, por la información que en tal supuesto debe remitir al prestatario (art. 23.2), por la eventual revisión que puede tener que hacer de los contratos de seguro accesorios al del préstamo, etc.» Por todo ello defiende que «la limitación de tal actuación potencialmente abusiva del prestatario mediante un pacto razonable y proporcionado, sin afectar realmente a la posibilidad de amortizar anticipadamente de forma efectiva la deuda, parece estar justificada, y no contravendría el derecho del prestatario de reembolsar anticipadamente, de forma parcial, su préstamo, tal como lo configura el artículo 23.1 de la Ley 5/2019. La determinación de la proporcionalidad del pacto y del eventual carácter abusivo de las solicitudes de reembolso que pretendieran realizarse en contradicción con el mismo requeriría una valoración de las circunstancias concretas del caso y momento en que ello se plantee, correspondiendo la competencia para realizarla al juez, y no al notario ni al registrador al evaluar o calificar los pactos del contrato».

¹⁶ Respecto a los supuestos de subrogación pasiva, CABANAS TREJO (2019, 182) puntualiza lo siguiente «no en todos los casos en los que haya una transmisión de finca hipotecada con asunción por el adquirente de la deuda garantizada habrá necesariamente que cumplir con las normas de transparencia de esta ley. Es el caso de transmisión hereditaria de finca hipotecada en la que los herederos reciben el inmueble hipotecado y además asumen la deuda garantizada con la hipoteca (siempre que esta fuera responsabilidad de su causante). En estos casos no es necesario cumplir con las normas de transparencia pues la subrogación de los herederos no es tal, en tanto en cuanto lo que estos hacen es asumir las deudas de su causante tal cual existían, y por su parte al prestamista no le cabe la posibilidad de aceptar o no esa subrogación, opera *ex lege*».

¹⁷ En esta línea, *vide*, entre otras, las SSTS de 8 de junio de 2017 y 11 de abril de 2018 en las que el Alto Tribunal establece que no es suficiente para cumplir con el deber de transparencia material que la cláusula aparezca en negrita resaltada en el texto de las condiciones generales.

¹⁸ Esto se dedujo al constatar que faltó información suficientemente clara sobre la existencia y contenido de las mismas, lo que determinó que el adherente no conociera o pudiera conocer con sencillez la carga económica que realmente suponía para él el contrato celebrado.

El Tribunal Supremo en esta y otras sentencias ya citadas ha subrayado que las cláusulas relativas al objeto principal del contrato están sujetas a un control de transparencia adicional, que se suma al mero control formal de incorporación de las condiciones generales al contrato de los artículos 5 y 7 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, al que están sujetas todas la condiciones generales.

Para un análisis detallado de la situación antes y después de la LCCI *vide* MATE SATUÉ, L.C. (2019). Transparencia y abusividad de la cláusula de gastos en los préstamos para adquisición de vivienda. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 772, 921-954.

¹⁹ *Vide*, en este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2017.

²⁰ Recordemos que el artículo 32 de la Orden ECE/482/2019, de 26 de abril (que desarrolla la obligación de formación contenida en la LCCI) establece los conocimientos y competencias que deben reunir los prestamistas a la hora de desempeñar su actividad.

²¹ DOLCETA (*Development of on line Consumer Education Tool for Adults*) es un proyecto *online* de educación para el consumo que cuenta con la participación de 27 países de la UE y la financiación de la Comisión Europea, que ofrece información sobre derechos, servicios y recursos didácticos para un consumo responsable.

²² El sitio web www.finanzasparatodos.com (similar al DOLCETA) Plan de educación financiera que se ha renovado por cuatro años más (2018-2021).

²³ *Vide*, en este sentido, DÍAZ ALABART, S. y HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M.^a D. (2015, 32).

²⁴ «El Ministerio de Economía y Empresa, el Banco de España, las Comunidades Autónomas y los Entes Locales, promoverán medidas de fomento de la educación de los consumidores sobre los riesgos que pueden derivarse de la contratación de préstamos, y la gestión de deudas, en particular en relación con los contratos de préstamo inmobiliario, los derechos que ostentan los consumidores, su forma de ejercicio, las obligaciones que recaen sobre las entidades de crédito, los prestamistas, los intermediarios inmobiliarios y las sociedades de tasación».

²⁵ LA STS de 15 de junio de 2018, dictada en un caso de novación modificativa de un préstamo hipotecario, parte de la idea de que la información precontractual es la que permite realmente comparar ofertas y adoptar la decisión de contratar, de forma que se estima que no puede realizarse una comparación fundada entre las distintas ofertas en caso de que al tiempo de realizar la comparación «el consumidor no puede tener un conocimiento real de la trascendencia económica y jurídica de las cláusulas del contrato ofertado».

²⁶ En esta misma Instrucción la Dirección General de los Registros y Notariado resuelve otras dudas sobre la obligatoriedad del cumplimiento de las obligaciones de información y transparencia que impone la Ley 5/2019, en concreto en los siguientes supuestos:

^{a)} En los de intervención notarial de las pólizas de préstamos personales conferidos con la finalidad de adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, siempre que el prestatario, el fiador o garante sea una persona física consumidora, y en particular en las pólizas de préstamos personales para la reforma o rehabilitación de fincas de uso residencial.

^{b)} En los de subrogación pasiva no empresarial (cuando una persona física se subroga en la posición de otra que es previamente deudora, con o sin simultánea aceptación

por el prestamista de dicha subrogación); en los casos de subrogación entre acreedores (subrogación activa), o en las simples novaciones del préstamo.

²⁷ El contenido y formato de la FEIN viene definido en el Anexo I de la LCCI. Tiene un formato uniforme para toda la Unión Europea y en ella se recogen todas las condiciones financieras relevantes del préstamo inmobiliario ofertado al prestatario por el prestamista. Se trata de una ficha personalizada para cada prestatario en la que se tienen en cuenta sus características personales. Lógicamente, si se trata de una novación modificativa, la FEIN solo recogerá las nuevas condiciones que la entidad prestamista oferte, no la totalidad de las recogidas en el Anexo I.

²⁸ El contenido de la FIAE queda fijado en el Anexo II de la Orden EHA/2899/2011, en la redacción dada por la Orden ECE/482/2019, de 26 de abril, que ha entrado en vigor el 29 de julio de 2019.

²⁹ El artículo 15 LCCI ha sido desarrollado por el artículo 12 del RD 309/2019 y ha sido objeto de interpretación por la Dirección General de Registros y Notariado en su Resolución de 16 de mayo de 2019. El capítulo IV de este Real Decreto, respecto de los medios telemáticos y la remisión de la documentación por el prestamista al notario, establece los principios y requisitos técnicos para ello.

³⁰ En este sentido, *vide* la Instrucción de 14 de junio de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre el uso de las plataformas informáticas de las entidades financieras y gestorías, para la tramitación de la información previa a las escrituras de préstamo hipotecario, en los días siguientes a la entrada en vigor de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

La plataforma notarial SIGNO es la designada por la LCCI para recepcionar la información de las entidades financieras y sus intermediarios al objeto de que el notario controle la fecha de puesta a disposición de la documentación al prestatario así como el contenido de la misma. Esta plataforma, además, permite al prestatario la designación del notario de su elección para la autorización del préstamo.

³¹ Se trata de un acta de presencia que la DGRN, en la Resolución ya citada de 16 de mayo de 2019, ha calificado como de control o verificación y que, conforme al artículo 198.3 del Reglamento Notarial, no requiere unidad de acto ni de contexto y puede ser extendida en un momento posterior. Si no comparece alguna de las personas (prestatario/ fiador/garante) el notario solo podrá extender un acta negativa por incomparecencia, eso sí, lo que no procederá en ningún caso es la presencia del prestamista.

Únicamente se autoriza un acta por operación de préstamo hipotecario aun cuando existan una pluralidad de prestatarios /fiadores/garantes puesto que el notario hará un juicio (positivo o negativo) conjunto acerca del cumplimiento de los requisitos de información precontractual que la LCCI impone al prestamista. El acta será gratuita, tal y como establece el artículo 15.8 LCCI.

³² Ahora bien, debemos matizar dos cuestiones:

— que esta comprobación previa notarial no debe realizarse respecto de todos los préstamos incluidos en el ámbito de aplicación de la LCCI (art. 2) sino solamente respecto de aquellos que estén garantizados con hipoteca inmobiliaria (art. 15.2 LCCI). Además, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de mayo de 2019 ha delimitado aún más el ámbito objetivo del control de transparencia material al circunscribirlo a aquellos préstamos hipotecarios que tengan por objeto un inmueble de uso residencial.

— que el notario debe prestar un asesoramiento exclusivamente jurídico y relativo al contenido de la FEIN y FIAE, en ningún caso se trata de asesoramiento de tipo financiero que implique evaluación económica de la oferta, examen de solvencia del deudor o cuestiones similares.

Para un estudio más detallado de la actuación notarial *vide* SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2019) Control de transparencia material y actuación notarial conforme a la jurisprudencia y la Ley 5/2019 de contratos de crédito inmobiliario. *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, núm. 2 (abril-junio) Ensayos, 235-265.

³³ Esta obligación de comparecencia y las normas de protección al prestatario previstas en la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario se extienden a toda persona física que sea fiadora o garante del préstamo.

³⁴ El Consejo General del Notariado ha elaborado un modelo de test para que sea empleado por todos los notarios de España a fin de dar una cierta uniformidad a esta comprobación, cuyo contenido ha recogido en la Circular 1/2019, de 24 de mayo, el contenido es distinto dependiendo de si el destinatario del test es el prestatario, el fiador o el hipotecante no deudor, y añadiendo determinadas preguntas al modelo general para el caso de préstamo multidivisa.

³⁵ Recordemos que, no obstante haberse comprobado el cumplimiento de transparencia material a través del acta previa, ello no obsta a que en la escritura de préstamo hipotecario el notario efectúe el control de legalidad propio de cualquier actuación notarial (control de abusividad del artículo 84 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y supervisión del cumplimiento de las previsiones de la LCCI —tipo de demora, vencimiento anticipado, reembolso anticipado, tipo de interés variable...).

³⁶ Respecto a la labor del registrador, la mencionada Instrucción añade que «el control notarial del cumplimiento del principio de transparencia material llevado a cabo por el notario no puede ser revisado por el registrador, de modo que este deberá limitarse en su función calificadora a comprobar que, por lo que se expresa en el título presentado, el notario haya ejercido ese control que la ley le encomienda [...] en ningún caso podrá el registrador exigir que se acompañe la Ficha Europea de Información Normalizada —FEIN— (ni deberá en ningún caso incorporarse esta a la escritura) al objeto de poder realizar una comprobación que es responsabilidad —consecuente con la competencia— del notario autorizante».

³⁷ Artículo 15. 5 LCCI: «*Si no quedara acreditado documentalmente el cumplimiento en tiempo y forma de las obligaciones previstas en el artículo 14.1. o si no se compareciese para recibir el asesoramiento en el plazo señalado en el apartado 3, el notario expresará en el acta esta circunstancia. En este caso, no podrá autorizarse la escritura pública de préstamo.*».

³⁸ Artículo 22.2 LCCI: «*En la contratación de préstamos regulados por esta Ley, el notario no autorizará la escritura pública si no se hubiere otorgado el acta prevista en el artículo 15.3. 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.*».

³⁹ Disposición adicional octava de la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario.

⁴⁰ Desde hace tiempo, el notariado reclama la conveniencia de reforzar el derecho de libre elección del notario, tal y como establece el artículo 126 del Reglamento Notarial «*Todo aquel que solicite el ejercicio de la función pública notarial tiene derecho a elegir al notario que se la preste, sin más limitaciones que las previstas en el ordenamiento jurídico, constituyéndose dicho derecho en elemento esencial de una adecuada concurrencia entre aquellos.*»

En las transmisiones onerosas de bienes o derechos realizadas por personas, físicas o jurídicas, que se dediquen a ello habitualmente, o bajo condiciones generales de contratación, así como en los supuestos de contratación bancaria, el derecho de elección corresponderá al adquirente o cliente de aquellas, quien sin embargo, no podrá imponer notario que carezca de conexión razonable con algunos de los elementos personales o reales del negocio.

⁴¹ Por una parte, al exigir hacer constar en la escritura el número de protocolo, notario autorizante y fecha de autorización del acta, y, por otro, al establecer la obligación de que el notario afirme bajo su responsabilidad «*de acuerdo con el acta*» que el prestatario ha recibido en plazo la documentación y el asesoramiento, por lo que la afirmación se realiza por referencia al acta, que puede ser de otro notario.

⁴² En los mismos términos se pronuncian DE LA PEÑA, L. y LOPEZ FRIAS, J. (2013, 48).

⁴³ Término utilizado por SÁNCHEZ GÁLVEZ, F. (2019) disponible [En línea] <https://www.laley.es>, 17 de diciembre de 2019.

⁴⁴ Así, CUENA CASAS, M.T. (2019) al hablar de la LCCI afirma que «el legislador “se olvida” de que lo relevante y auténticamente novedoso del nuevo régimen establecido en la Directiva UE 2014/17 es que la obligación de evaluar la solvencia pasa del ámbito de la ordenación y supervisión bancaria —regulación que siempre ha existido y tiende a proteger la solvencia de la entidad— a ser mecanismo de protección del cliente bancario. Con la nueva regulación europea se pretende responsabilizar a las entidades financieras en la prevención del sobreendeudamiento privado. Este cambio de perspectiva debía haberse producido en la LCCI, cosa que no ha sucedido». CARRASCO PERERA, A.— (en la introducción de la obra colectiva dirigida por él— (2019, 5) se refiere a la LCCI como «macedonia normativa plagada de inconsistencias» que pretende ser una transposición de la Directiva UE 2014/17 pero no se parece a ella.

CUENA CASAS, M. T. (2017, 281-416) en *Ficheros positivos de solvencia, privacidad y mercado de crédito. La prevención del sobreendeudamiento privado. Hacia un préstamo y consumo responsables* (coordinado por CUENA CASAS, M. T. y ALCANIZ MIÑANO, V.) Thomson-Reuters Aranzadi, ya se adelantaba a muchos de los aspectos recogidos posteriormente por la LCCI en lo relativo a evaluación de la solvencia y a la prevención del sobreendeudamiento.

⁴⁵ Las referencias normativas principales las encontramos en la LCCI (arts. 11 y 12) y en las Circulares del Banco de España 5/2012, de 27 de junio, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos y la 4/2017, de 27 de noviembre, a entidades de crédito sobre normas de información financiera pública y reservada y modelos de estados financieros.

⁴⁶ La capacidad de repago está condicionada por multitud de variables que puedan afectar al prestatario durante la vida del contrato de préstamo, de ahí que, el análisis de la solvencia sea un proceso de evaluación multidimensional que tiene en cuenta un abanico amplio de variables que las condicionan. Dicho análisis debería hacer uso de aquellas variables que resulten mayormente determinantes en el comportamiento de pago futuro del prestatario.

⁴⁷ Como señala ÁLVAREZ OLALLA (2018,104) «préstamo irresponsable es el que se concede a un prestatario cuando este no tiene capacidad económica de devolver el préstamo. Ello debido a que el prestamista no ha realizado una correcta evaluación de la capacidad de repago o concede el préstamo a pesar de que el resultado de la evaluación es negativa». A su vez SERRANO FERNÁNDEZ (2017, 338) afirma que el «crédito responsable es el que se otorga después de valorar de forma imparcial y objetiva las necesidades y la situación financiera del prestatario, adecuándose de forma específica a dichas necesidades y situación».

⁴⁸ A este extremo se refiere el artículo 11.2 LCCI que deja margen de actuación a los prestamistas para desarrollar sus propios procedimientos internos, eso sí, siempre bajo la supervisión del Banco de España o de la autoridad competente de cada comunidad autónoma (si se trata de un prestamista que solo opera en el ámbito territorial de esa comunidad) tal y como establece el artículo 43 LCCI. El mismo artículo 11.2 LCCI añade que «el coste de estos procedimientos internos de evaluación no podrá repercutirse al potencial prestatario y deberán ser revisados periódicamente por los propios prestamistas, que mantendrán registros actualizados de dichas revisiones».

⁴⁹ Obligación recogida en el artículo 12.1 párrafo 2.º de la LCCI al establecer que «el prestamista deberá consultar el historial crediticio del cliente acudiendo a la Central de Información de Riesgos del Banco de España, así como a alguna de las entidades privadas de información crediticia en los términos y con los requisitos y garantías previstos en la legislación de protección de datos».

Hay dos tipos de ficheros de solvencia, los positivos, que informan de pasivos asumidos por el deudor y que no han sido incumplidos; y los negativos, que informan de los incumplidos.

En España, como señala CUENA CASAS (2019) «el sistema de información crediticia es muy deficiente. En ocasiones, la única información con la que cuenta el prestamista es con la ofrecida por el propio deudor. Por su parte, la CIRBE ofrece una información limitada (operaciones de riesgo agregado por encima de los 9000 euros) y con un acceso restringido, puesto que solo pueden acceder las entidades financieras y, sin embargo, como ya sabemos, a los prestamistas a los que resulta de aplicación la LCCI no son solo entidades financieras sino todas las personas físicas o jurídicas que, de manera profesional, realicen la actividad de concesión de préstamos.

Hay también oficinas privadas de información crediticia pero en estos ficheros de solvencia patrimonial privados rige el criterio de reciprocidad, de modo que se limita el acceso a la información exclusivamente a las entidades que aportan datos al sistema. En cuanto al acceso a datos presentes en oficinas privadas de información crediticia debemos tener en cuenta la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales. En su artículo 20, regula los sistemas de información crediticia centrándose exclusivamente en los datos negativos o de incumplimiento. Se presume *iuris tantum* lícito el tratamiento de los datos personales relativos al incumplimiento de obligaciones dinerarias cuando se cumplan una serie de requisitos.

⁵⁰ En dicho requerimiento el prestamista le indicará «el marco temporal en el que debe facilitar la información en cuestión» (art. 12.1 LCCI) si no lo hace no podrá concederse el préstamo, sin perjuicio de que se le confíe un nuevo plazo.

⁵¹ Además, el prestamista podrá pedir las aclaraciones que estime oportunas sobre la información recibida, si esto fuera necesario para realizar la evaluación [esto no lo indica expresamente la LCCI pero sí lo hace la Directiva (art. 20.3)].

⁵² MARÍN LÓPEZ, J.M. (2019, 233).

⁵³ Las herramientas de ordenación crediticia (*scorigns/ratings*) que las entidades financieras están utilizando son algoritmos que aglutinan una información multifactorial del cliente y que construyen internamente dichas entidades mediante el uso de técnicas estadísticas utilizando diferentes variables que se consideran relevantes para evaluar la solvencia del cliente. El análisis estadístico se realiza sobre un histórico relevante de datos de clientes y operaciones concedidas por la entidad habiendo podido observar el comportamiento crediticio durante la vida de las operaciones. Mediante la aplicación de técnicas generalmente conocidas como *machine learning* es posible identificar las variables relevante con capacidad explicativa, combinarlas con estructuras más o menos complejas que la dotan de pesos dentro del algoritmo para llegar a una puntuación o *score* que resulta ser una evaluación de la probabilidad que se produzca una situación de falta de solvencia del prestatario.

⁵⁴ Vide la Circular 3/2014, de 30 de julio, del Banco de España, a las entidades de crédito y sociedades y servicios de tasación homologados, por la que se establecen medidas para fomentar la independencia de la actividad de tasación mediante la modificación de las Circulares 7/2010, 3/1998 y 4/2004.

⁵⁵ Al respecto, la disposición adicional décima de la LCCI remite a una regulación posterior por parte del Gobierno que deberá aprobarse en el plazo de seis meses y que versará sobre la homologación de los profesionales que pueden realizar tasaciones de conformidad con lo previsto en el artículo 13 LCCI y, además, el Ministerio de Economía y Empresa evaluará, dentro de ese mismo plazo, la conveniencia de modificar la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, sobre normas de valoración de bienes inmuebles y de determinados derechos para ciertas finalidades financieras, con la finalidad de añadir a las ya previstas otras tipologías de tasación más avanzadas.

⁵⁶ En la Directiva (art. 18.3) se utiliza la expresión «valor del bien inmueble» en lugar de «valor de garantía». Aquella, como señala CARRASCO PERERA (2019, 243) parece más adecuada no solo porque lo que tiene valor no es la garantía sino el bien sobre el que recae y porque, con esa expresión, quedan comprendidos no solo los préstamos garantizados con garantía real sino todos aquellos que tengan por finalidad adquirir o

conservar un inmueble. El nivel mínimo de armonización exigido por la Directiva hace que, a pesar del silencio de la LCCI en este sentido, también se apliquen a estos préstamos —sin garantía real— la regla del artículo 11.3 LCCI.

⁵⁷ Si lo deniega, deberá informar por escrito de los motivos al potencial prestatario y al fiador o avalista, si los hubiere, de ese resultado. Si la denegación se basa en una consulta de una base de datos entregará una copia del resultado y le informará del derecho que tiene a acceder y rectificar, en su caso, los datos contenidos en esa base.

⁵⁸ Artículo 11.5 LCCI «*El prestamista solo pondrá el préstamo a disposición del prestatario si el resultado de la evaluación de la solvencia indica que no es probable que las obligaciones derivadas del contrato de préstamo se cumplan según lo establecido en dicho contrato*».

⁵⁹ Entre otros, DÍAZ ALABART, S (2015, 54); ARROYO AMAYUELAS, E. (2019, 20).

⁶⁰ CUENA CASAS (2019) afirma que lo dispuesto en el artículo 11.5 LCCI «es un mandato para que el legislador imponga consecuencias para el caso de insolvencia del deudor por fruto de ese sobreendeudamiento activo, lo suficientemente efectivas como para que disuadan al prestamista, en el margen de su libertad contractual, de conceder el préstamo cuando el test de solvencia es negativo».

⁶¹ Esta prohibición aparece recogida en el Código de consumo de Cataluña, artículo 263.2 apartado 4, cuando establece expresamente que «el prestamista no puede conceder el préstamo hipotecario si el resultado de la evaluación de la solvencia es negativo». Y es, además, la idea que más se corresponde con una interpretación literal del artículo 18.5 de la Directiva y al 11.5 LCCI.

⁶² Un sector doctrinal entiende que la acción de indemnización de daños no es un mecanismo útil para tutelar al prestatario —ÁLVAREZ OLALLA, P. (2018,114), CUENA CASAS, M. (2019)— y más si tenemos en cuenta las pocas probabilidades que hay de que un prestatario en estado de insolvencia inicie un procedimiento judicial contra el prestamista para exigir responsabilidad civil».

⁶³ MARÍN LÓPEZ, J.M. (2019, 233).

⁶⁴ Recordemos que la LCCI a lo que obliga al prestamista es a informar (por escrito y de forma motivada) de que no concederá el préstamo solicitado, pero no a entregar el informe de evaluación, de ahí la dificultad a la hora de comprobar cómo ha actuado el prestamista.

⁶⁵ MARÍN LÓPEZ (2019, 234) concluye que «la regulación de la evaluación de la solvencia en la LCCI es innecesaria e insuficiente. Innecesaria porque la mayoría de las reglas contenidas en la Ley ya existían en nuestro ordenamiento jurídico, si bien es cierto que la LCCI extiende ahora la obligación de evaluar a los prestamistas que no son entidades de crédito. Y es insuficiente porque no diseña un adecuado sistema de sanciones jurídico-civiles que desincentiven el incumplimiento del prestamista».

⁶⁶ A este extremo se refiere la Directiva (considerando 57) «el hecho de que la evaluación de la solvencia arroje un resultado positivo no debe comportar para el prestamista la obligación de conceder un crédito» pero no lo recoge la LCCI.

⁶⁷ Consideramos que esta solución es la correcta si tenemos en cuenta que el prestamista es un profesional obligado a evaluar la solvencia que debe actuar con la diligencia debida y que, por tanto, será el responsable de las omisiones que el solicitante cometa en la información facilitada.

⁶⁸ MARÍN LÓPEZ (2019, 237) critica el uso de los términos «*modificar y rescindir*». El primero le causa perplejidad y se cuestiona si lo que hay que modificar es el importe del capital prestado tras averiguar que el solicitante ha facilitado datos falsos y su solvencia no era tan elevada. Por lo que respecta al término rescisión, también lo califica de desafortunado pues en puridad no se trata de tal supuesto. La única solución correcta sería la de resolver el contrato ante el incumplimiento por parte del prestatario de su obligación de suministrar la información correcta al prestamista para la evaluación de su solvencia.

⁶⁹ Es el caso de EEUU donde se ha creado la Oficina federal de Protección Financiera del Consumidor (*Consumer Financial Bureau*, CFB) que tiene legitimación procesal para ejercitar las acciones necesarias contra las entidades que no cumplan las normas y además potestad sancionadora.

⁷⁰ Disposición adicional primera. Autoridad independiente para velar por la protección y transparencia en la contratación inmobiliaria. Las quejas y reclamaciones que presenten los potenciales prestatarios, prestatarios o garantes que estén relacionadas con sus intereses y derechos legalmente reconocidos, y que deriven de presuntos incumplimientos de esta Ley, de sus normas de desarrollo, de los estándares o de las buenas prácticas y usos financieros que resulten aplicables, serán resueltas por la entidad de resolución de litigios de consumo en el sector financiero a la que hace referencia la disposición adicional primera de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo.

⁷¹ *Vide*, entre otros, CUENA CASAS (2019).

*(Trabajo recibido el 15-1-2020 y aceptado
para su publicación el 9-3-2020)*