

Cuestiones hipotecarias e instrumentos de previsión. El impacto del Derecho de la Unión Europea

Miriam Anderson
Esther Arroyo
Aduca Aparicio (Dir.)



Cátedra Jean Monnet
Derecho Privado Europeo UB
Programa Erasmus+
Unión Europea



CUESTIONES HIPOTECARIAS E INSTRUMENTOS DE PREVISIÓN

El impacto del Derecho de la Unión Europea

MIRIAM ANDERSON
ESTHER ARROYO AMAYUELAS
ADAUCA APARICIO SANZ
(Dir.s.)

**CUESTIONES HIPOTECARIAS
E INSTRUMENTOS DE PREVISIÓN**
El impacto del Derecho de la Unión Europea

Decanato de los Registradores de la Propiedad, Mercantiles
y de Bienes Muebles de Cataluña

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2021

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

- © Miriam Anderson, Esther Arroyo Amayuelas y Aداuca Aparicio Sanz (dirs.)
- © Decanato de los Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de Cataluña
- © MARCIAL PONS
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
San Sotero, 6 - 28037 MADRID
☎ (91) 304 33 03
www.marcialpons.es
ISBN: 978-84-1381-046-1
Depósito legal: M. 6.166-2021
Diseño de cubierta: ene estudio gráfico
Fotocomposición: JOSUR TRATAMIENTO DE TEXTOS, S. L.
Impresión: ELECÉ, INDUSTRIA GRÁFICA, S. L.
Polígono El Nogal - Río Tiétar, 24 - 28110 Algete (Madrid)
MADRID, 2021



ÍNDICE

	Pág.
ABREVIATURAS	13
PRESENTACIÓN	17
CRISIS HIPOTECARIA Y REACCIÓN INSTITUCIONAL: UNA PERSPECTIVA REGISTRAL , por Fernando P. Méndez	19
I. LA CRISIS HIPOTECARIA	19
1. Presentación.....	19
2. El origen de la crisis hipotecaria	20
3. La alarma social generada por la crisis hipotecaria	24
II. LA REACCIÓN DE LAS INSTITUCIONES	26
1. Referencia a la reacción de diversas instituciones europeas	26
2. La reacción del legislador español.....	27
2.1. La Ley 41/2007, de 7 de diciembre. Consideraciones generales.....	27
2.2. La modificación del art. 12 LH	27
2.3. El reconocimiento de la competencia de los registradores para calificar todas las cláusulas de los contratos de préstamos y créditos hipotecarios.....	29
III. LA REACCIÓN DE LOS TRIBUNALES	32
1. Referencia a las sentencias de los tribunales de instancia	32
2. La STJUE C-415/11, de 14 de marzo de 2013, <i>Aziz</i>	34
3. La STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo	37
4. Referencia a sentencias posteriores.....	40
IV. REFLEXIONES FINALES: UN CAMBIO DE PARADIGMA QUE DIFICULTA EL ACCESO A LA VIVIENDA	41
BIBLIOGRAFÍA	44
JURISPRUDENCIA EUROPEA	45
JURISPRUDENCIA NACIONAL	45
RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL	45

	Pág.
EL CONTROL REGISTRAL DE LAS CLÁUSULAS DE LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS. ALCANCE, PROBLEMÁTICA Y CONSECUENCIAS REGISTRALES DE LA CALIFICACIÓN NEGATIVA, por Ángel Valero Fernández-Reyes	47
I. INTRODUCCIÓN: LA NECESIDAD DE CONTROLES PREVENTIVOS EN LA CONTRATACIÓN INMOBILIARIA CON CONSUMIDORES.....	47
II. FUNCIÓN REGISTRAL Y TRANSPARENCIA MATERIAL DE LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO	50
1. El Registro de Condiciones Generales de la Contratación.....	50
2. El acta notarial de transparencia material y la concordancia entre las condiciones de la FEIN y las cláusulas del préstamo hipotecario escriturado	53
3. La notificación al prestatario del contenido de la nota de despacho	55
III. EL VIGENTE ÁMBITO DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL DE LAS CLÁUSULAS DE LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS.....	56
1. La calificación registral de la legalidad y abusividad de las cláusulas de los contratos de préstamo hipotecario.....	56
2. Algunas cuestiones referidas a las limitaciones contractuales recogidas en la LCCI.....	60
3. La interpretación de la actual redacción del art. 84 TR-LGDCU...	63
IV. PROBLEMÁTICA REGISTRAL EN CASO DE INCUMPLIMIENTO DEL PROCESO DE CONTRATACIÓN, O DE EXISTENCIA DE CLÁUSULAS HIPOTECARIAS DEFECTUOSAS, ILEGALES O ABUSIVAS...	65
1. Doctrina del TJUE sobre la conservación del contrato y la denominada inscripción parcial registral	65
2. La naturaleza del préstamo hipotecario y su repercusión en la inscripción de las hipotecas	67
3. Distintos supuestos de calificación negativa y su tratamiento registral.....	68
4. La subsanación de los defectos puestos de manifiesto por la calificación registral	70
BIBLIOGRAFÍA	73
JURISPRUDENCIA EUROPEA	74
JURISPRUDENCIA NACIONAL	74
RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL	74
LÍMITES A LOS INTERESES MORATORIOS, por Esther Arroyo Amayuelas	77
I. INTRODUCCIÓN	77
II. LA FUNCIÓN DEL INTERÉS	78

	Pág.
III. LOS LÍMITES LEGALES A LA FIJACIÓN DEL INTERÉS. EN PARTICULAR, EL INTERÉS MORATORIO	80
1. El interés legal moratorio como referencia	80
2. El interés legal moratorio como cuantía máxima.....	81
3. Las consecuencias de la anulación de la cláusula abusiva de intereses moratorios.....	83
IV. LA SUSTITUCIÓN DEL CONTROL DE ABUSIVIDAD POR UNA NORMA IMPERATIVA.....	85
V. ¿DE VERDAD NO VA A PODER CONTROLARSE LA ABUSIVIDAD DE LOS INTERESES MORATORIOS?	87
1. El art. 1.2 de la Directiva 93/13 no permite escapar del control judicial en todo caso	87
2. En beneficio del consumidor, las normas son semiimperativas...	91
3. El argumento de la interpretación conforme con el art. 28.2 y 3 de la Directiva 2014/17.....	93
VI. HAY QUE INSCRIBIR LAS CLÁUSULAS DE INTERESES QUE SON LÍCITAS	94
VII. ¿Y SI NI SIQUIERA HAY CLÁUSULA DE INTERESES MORATORIOS?.....	98
VIII. REFLEXIONES FINALES	99
BIBLIOGRAFÍA	100
JURISPRUDENCIA EUROPEA.....	103
JURISPRUDENCIA NACIONAL	103
RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL	103
CONTROL DE OFICIO DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN PROCESOS HIPOTECARIOS: INTERESES MORATORIOS Y VENCIMIENTO ANTICIPADO, por Antonio Recio Córdova	105
I. INTRODUCCIÓN.....	105
II. PRINCIPIOS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE EN MATERIA DE CONSUMIDORES	107
1. Principio de efectividad.....	107
2. Principio de equivalencia.....	107
3. Principio de interpretación conforme.....	108
III. CONTROL DE OFICIO DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS PROCESOS HIPOTECARIOS	108
1. STJUE C-618/2010, de 14 de junio de 2012, <i>Banesto</i>	109
2. Límite al control de oficio de las cláusulas abusivas.....	110
3. Conclusión	112
IV. CLÁUSULA DE INTERESES MORATORIOS.....	113
1. Nulidad de la cláusula de intereses moratorios.....	113

	Pág.
2. Consecuencia de la declaración de nulidad de la cláusula de intereses moratorios	114
3. Conclusión	115
V. CLÁUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO	116
1. Nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado.....	116
2. Consecuencia de la declaración de nulidad de tal cláusula	116
3. Conclusión	120
VI. VALORACIÓN FINAL DE LAS SENTENCIAS DEL TJUE EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES	121
JURISPRUDENCIA EUROPEA.....	122
JURISPRUDENCIA NACIONAL	122
LOS CONTROLES NOTARIALES DE TRANSPARENCIA Y CONTENIDO SOBRE LOS PRÉSTAMOS SUJETOS A LA LEY DE CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO, por Víctor Esquirol Jiménez	123
I. INTRODUCCIÓN	123
II. ¿QUÉ PRETENDE CONSEGUIR LA LCCI CON LA INTERVENCIÓN NOTARIAL?	124
1. Enunciación de los mecanismos de control	124
2. Concepto de control de transparencia	128
2.1. Transparencia formal.....	129
2.2. Transparencia material.....	130
3. Concepto de control de contenido.....	135
3.1. Control de cláusulas contrarias a las normas imperativas y prohibitivas	136
3.2. Control de cláusulas abusivas	137
3.3. Control notarial de contenido	138
4. Breve recapitulación.....	139
III. ¿QUÉ MEDIOS ATRIBUYE LA LEY AL NOTARIO PARA QUE PUEDA LLEVAR A CABO DICHOS CONTROLES?	140
1. Medios en relación con el control de contenido.....	140
2. Medios en relación con el control de transparencia	145
IV. ¿CÓMO DEBE ACTUAR EL NOTARIO PARA CONSEGUIR LA MAYOR SEGURIDAD JURÍDICA EN LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO?	152
1. Actuación del notario en relación con el control de transparencia.....	152
2. Actuación del notario en relación con el control de contenido	155
V. CONCLUSIONES.....	156
BIBLIOGRAFÍA	157
JURISPRUDENCIA.....	159

	Pág.
FÓRMULAS ANTICRÉTICAS PARA FINANCIAR LA DEPENDENCIA, <i>por Miriam Anderson</i>	161
I. INTRODUCCIÓN	161
II. LA PROPUESTA ANTICRÉTICA DEL MERCADO	162
III. LOS PROBLEMAS DERIVADOS DE LA PARCA (Y PARCIAL) REGU- LACIÓN DE LA ANTICRESIS	164
1. La naturaleza de la anticresis	164
2. Las alternativas en caso de incumplimiento. En particular, el carácter potencialmente confiscatorio de la ejecución notarial ca- talana	166
3. La preferencia para el cobro del acreedor anticrético	169
3.1. La preferencia sobre los frutos en la legislación concursal... ..	170
3.2. La preferencia sobre el inmueble gravado	173
IV. UNA ANTICRESIS SIN REALIZACIÓN DE VALOR (Y, POR TANTO, SIN PREFERENCIA PARA EL COBRO), ¿NO SERÁ EN REALIDAD UN USUFRUCTO <i>EN GARANTÍA</i> ?	180
V. LA NORMATIVA DE CRÉDITOS INMOBILIARIOS Y DE CONSUMO Y EL USUFRUCTO EN GARANTÍA	187
VI. REFLEXIONES FINALES	191
BIBLIOGRAFÍA	192
EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA MATERIAL Y EL CONTROL DE SU CUMPLIMIENTO EN LAS HIPOTECAS INVERSAS. DE- FICIENCIAS REGULATORIAS Y PROPUESTAS DE MEJORA, <i>por</i> <i>Rafael Arnaiz Ramos</i>	195
I. INTRODUCCIÓN	195
II. ALCANCE DE LA REGULACIÓN DE LAS HIPOTECAS INVERSAS CONTENIDA EN LA DA 1.ª DE LA LEY 41/2007. LA EXISTENCIA DE HIPOTECAS INVERSAS «ATÍPICAS», O NO REGULADAS EN AQUELLA	196
III. APLICACIÓN A LAS HIPOTECAS INVERSAS DE LA LCCI, REGU- LADORA DE LOS CRÉDITOS INMOBILIARIOS.	201
IV. EL CONTROL DEL CUMPLIMIENTO DEL PRINCIPIO DE TRANS- PARENCIA MATERIAL EN LAS HIPOTECAS INVERSAS	202
V. LA SUJECCIÓN DE LAS HIPOTECAS INVERSAS A UN REQUISITO PREVIO DE ASESORAMIENTO INDEPENDIENTE DEL PRESTA- TARIO	205
VI. DEFICIENCIAS DEL MARCO REGULATORIO ACTUAL	209
VII. CARACTERÍSTICAS DEL MERCADO ACTUAL DE HIPOTECAS IN- VERSAS EN ESPAÑA	212
VIII. PROPUESTAS	213
BIBLIOGRAFÍA	215

	Pág.
LA GARANTÍA EN LA FINANCIACIÓN DE LA COMPRA DE VIVIENDA: ¿HIPOTECA O SEGURO?, por Rafael Sanz Company	217
I. INTRODUCCIÓN. SITUACIÓN DE LA FINANCIACIÓN HIPOTECARIA PARA ADQUISICIÓN DE VIVIENDA EN ESPAÑA.....	217
II. EL SEGURO DE CAUCIÓN COMO ALTERNATIVA A LA HIPOTECA.	220
1. Esquema del funcionamiento del seguro como garantía	221
2. Ventajas para el prestatario	221
3. Ventajas para la entidad financiera	222
4. Características de estas operaciones desde el punto de vista de la valoración del riesgo	223
III. SUJECIÓN A LA LEY 5/2019, REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO	223
IV. CONSECUENCIAS DE LA SUJECIÓN DE ESTAS OPERACIONES A LA LCCI	226
V. GASTOS DE LA INSTRUMENTACIÓN DE UN PRÉSTAMO HIPOTECARIO.....	227
BIBLIOGRAFÍA	229
REFLEXIONES FINALES.....	231

ABREVIATURAS

AAP	Auto Audiencia Provincial.
ACQP	<i>Acquis Principles</i> .
AEB	Asociación Española de Banca.
AHE	Asociación Hipotecaria Española.
AJMB	Auto del Juzgado Mercantil de Barcelona.
AJPI	Auto Juzgado Primera Instancia.
AP	Audiencia Provincial.
apdo.	apartado.
APN	Audiencia Provincial de Navarra.
Art./arts.	Artículo/artículos.
ATJUE	Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
B2C	<i>Business to Consumers</i> (contratos de consumo).
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> (Código civil alemán).
BGH	<i>Bundesgerichtshof</i> (Tribunal Supremo alemán).
BOE	<i>Boletín Oficial del Estado</i> .
CC	Código civil.
CCCat	Código civil de Cataluña.
CCJC	<i>Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil</i> .
CCo	Código de Comercio.
CE	Constitución española.
CECA	Confederación Española de Cajas de Ahorro.
CESL	<i>Common European Sales Law</i> .
Cfr.	Confróntese.
Coord./s.	Coordinador/es.
C2C	<i>Consumer to Consumer</i> (Contratos entre consumidores).
DA	Disposición Adicional.
DD	Disposición Derogatoria.
DF	Disposición Final.
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado.
DGSJFP	Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.
dir./s.	director/es.
DOGC	<i>Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya</i> .
DOUE	<i>Diario Oficial de la Unión Europea</i> .
DT	Disposición Transitoria.
EBA	<i>European Banking Authority</i> .
E. de M.	Exposición de Motivos.
ed./s.	editor/es.
esp.	especialmente.
FD	Fundamento de Derecho.
FEIN	Ficha Europea de Información Normalizada.

FHA	<i>Federal Housing Administration (USA).</i>
FIAE	Ficha de Advertencias Estandarizadas.
FIPER	Ficha Informativa Personalizada.
FIPRE	Ficha de Información Precontractual.
FJ	Fundamento Jurídico.
HECM	<i>Home Equity Conversion Mortgages (USA).</i>
HUD	<i>Department of Housing and Urban Development (USA).</i>
IDIBE	Instituto de Derecho Iberoamericano.
IRPH	Índice de Referencia de Préstamos hipotecarios.
LC	Ley 22/2003, de 9 de julio, <i>Concursal (BOE núm. 164, de 10 de julio de 2003).</i>
LC	Ley Concursal.
LCCI	Ley 5/2019, de 15 de marzo, <i>reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (BOE núm. 160, de 29 de julio de 2002).</i>
LCGC	Ley 7/1998, de 13 de noviembre, <i>de Condiciones Generales de la Contratación (BOE núm. 89, de 14 de abril de 1998).</i>
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, <i>de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000).</i>
LGDCU	Ley 26/1984, de 19 de julio, <i>General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (BOE núm. 176, de 24 de julio de 1984).</i>
LH	Ley Hipotecaria.
LMH	Ley 2/1981, de 25 de marzo, <i>de regulación del mercado hipotecario (BOE núm. 90, de 15 de abril de 1981).</i>
LN	Ley del Notariado.
LRJSP	Ley 40/2015, de 1 de octubre, <i>de Régimen Jurídico del Sector Público (BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2020).</i>
MBS	<i>Mortgage Backed Securities.</i>
n.	nota.
núm.	número.
p./pp.	página/s.
PIB	Producto Interior Bruto.
R.	Resolución.
RN	Reglamento Notarial.
R/RsDGDEJ	Resolución/ones de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas.
<i>RCDI</i>	<i>Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.</i>
RCDP	Revista Catalana de Dret Privat.
RCGC	RD 1828/1999, de 3 de diciembre, <i>por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación (BOE núm. 306, de 23 de diciembre de 1999).</i>
RD	Real Decreto.
<i>RDBB</i>	<i>Revista de Derecho Bancario y Bursátil.</i>
<i>RDC</i>	<i>Revista de Derecho Civil.</i>
RDLeg.	Real Decreto Legislativo.
RDley	Real Decreto Ley.
<i>RDP</i>	<i>Revista de Derecho Privado.</i>
<i>RJC</i>	<i>Revista Jurídica de Catalunya.</i>
<i>RJUAM</i>	<i>Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid.</i>
RN	Reglamento Notarial.
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional.
ss.	siguientes.
SSTJUE	Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo.

STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
TAE	Tasa Anual Equivalente.
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
TR-LC	RDLeg. 1/2020, de 5 de mayo, <i>por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal</i> (BOE núm. 127, de 7 de mayo de 2020).
TR-LGDCU	RDLeg. 1/2007, de 16 de noviembre, <i>que aprueba el texto refundido de la ley para la defensa de los consumidores y usuarios</i> (BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 2007).
TS	Tribunal Supremo.
UE	Unión Europea.
UNECE	<i>United Nations Economic Commission for Europe.</i>
<i>v. gr.</i>	<i>verbi gratia.</i>
<i>Vid.</i>	Véase.
<i>ZEuP</i>	<i>Zeitschrift für europäisches Privatrecht.</i>

PRESENTACIÓN

En la actualidad la Comisión Europea afronta la reforma de la Directiva 2014/17 sobre crédito inmobiliario (*DO L 68*, de 28 de febrero de 2014) en cumplimiento de las normas que prevén su revisión cada cinco años (art. 44 de la Directiva 2014/17). Las organizadoras, con un *background* solo parcialmente coincidente, pensamos que la ocasión era idónea para propiciar un foro en que discutir los aciertos y desaciertos de esa norma y que, además —o, mejor, sobre todo— sirviera para valorar la norma nacional de transposición, esto es, la Ley 5/2019, conocida por sus siglas LCCI. Como el lector ya sabe, a veces la norma europea no ha sido bien incorporada; es lo que sucede, claramente, con la regulación de los intereses moratorios (art. 25), cuya disciplina choca, además, con la Directiva 93/13; otras veces el legislador español ha ido más lejos que la propia Directiva, como muestran las reglas sobre vencimiento anticipado (art. 26) y los deberes de transparencia notarial (art. 15), aunque en este último caso la regulación es discutible. Aun en otras ocasiones se ha dejado pasar la oportunidad de incluir en el ámbito de aplicación de la LCCI lo que la Directiva expresamente excluía, pero sin perjuicio de permitir el *opt-in* a los Estados miembros, que es algo que desde luego hubiera sido deseable en el caso de la hipoteca inversa. La anticresis y el seguro de caución, como alternativas a la hipoteca, merecen ulteriores consideraciones y, muy en particular, por lo que hace a su posible sujeción a la LCCI.

La Directiva 2014/14 tiene un complemento en la Directiva 93/13, a propósito de las cláusulas abusivas del préstamo hipotecario. La norma encuentra su desarrollo en la doctrina de jueces y registradores, que dan cuenta del impacto de la jurisprudencia europea sobre el Derecho procesal español y del control que efectúa la Dirección General sobre la legalidad de lo que se inscribe.

Este libro aborda todos esos temas por parte de la doctrina especializada y desarrolla las conclusiones vertidas en las diversas ponencias que se presentaron en el *webinar* del 16 de noviembre de 2020, organizado por el Decanato de Registradores de Cataluña y la Cátedra Jean Monnet de Derecho Privado Europeo y el Proyecto del Ministerio de Ciencia e Innovación DER2017-82129-R.

No podemos cerrar estas líneas sin agradecer a todos los autores del libro su dedicación, compromiso y conocimientos, al habernos dado una

visión integral de la contratación de crédito garantizado con bienes inmuebles en nuestro ordenamiento. Pese a los incontables obstáculos con que nos enfrentamos todos durante este periodo, este proyecto ha podido salir adelante gracias a su entusiasmo e implicación.

Miriam ANDERSON, Esther ARROYO y Aduca APARICIO
Barcelona, 28 de noviembre de 2020

CRISIS HIPOTECARIA Y REACCIÓN INSTITUCIONAL: UNA PERSPECTIVA REGISTRAL

Fernando P. MÉNDEZ
Registrador de la Propiedad
Profesor Asociado de la Universidad de Barcelona

SUMARIO: I. LA CRISIS HIPOTECARIA: 1. Presentación. 2. El origen de la crisis hipotecaria. 3. La alarma social generada por la crisis hipotecaria.—II. LA REACCIÓN DE LAS INSTITUCIONES: 1. Referencia a la reacción de diversas instituciones europeas. 2. La reacción del legislador español: 2.1. La Ley 41/2007, de 7 de diciembre. Consideraciones generales. 2.2. La modificación del art. 12 LH. 2.3. El reconocimiento de la competencia de los registradores para calificar todas las cláusulas de los contratos de préstamos y créditos hipotecarios.—III. LA REACCIÓN DE LOS TRIBUNALES: 1. Referencia a las sentencias de los tribunales de instancia. 2. La STJUE C-415/11, de 14 de marzo de 2013, *Aziz*. 3. La STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo. 4. Referencia a sentencias posteriores.—IV. REFLEXIONES FINALES: UN CAMBIO DE PARADIGMA QUE DIFICULTA EL ACCESO A LA VIVIENDA.—BIBLIOGRAFÍA.—JURISPRUDENCIA EUROPEA Y NACIONAL.—RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL.

I. LA CRISIS HIPOTECARIA

1. Presentación

Tenemos —no sé si aún podemos decirlo— uno de los sistemas de préstamos y créditos hipotecarios más eficientes de la UE, pues el diferencial del tipo de interés en relación con la inflación ha sido durante mucho tiempo y continúa siéndolo, uno de los menores de la UE, lo que se explicaba, entre otros factores, por la eficiencia de nuestros procedimientos de ejecución hipotecaria, los cuales, a su vez, eran posibles debido, entre otros factores, al sistema registral vigente en nuestro país¹ y, como ya señaló North², el nivel de los tipos de interés mide la calidad institucional

¹ Vid. el «Study on the Financial Integration of European Mortgage Market», de 2003, elaborado por M. OLIVER WYMAN para la *European Mortgage Federation* (http://www.finpolconsult.de/mediapool/16/169624/data/Housing_Finance/Europe/Low_Duebel_Sebag-Montefiori_EMF_Financial_Integration_03.pdf); asimismo la web de la *European Mortgage Federation* (<https://hypo.org/>).

² D. C. NORTH, *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995, pp. 86 y ss.

y esta, a su vez, es la clave del crecimiento y el andamio sobre el que descansa el edificio de la civilización.

Algunas reformas llevadas a cabo como reacción frente a la crisis hipotecaria que estalló en 2008 han tenido como consecuencia procedimientos de ejecución menos ágiles y, hasta cierto punto, aumentado la inseguridad jurídica.

Para comprender la reacción institucional, es preciso hacer un *excur-sus*, por breve que sea, por el origen y desarrollo de la crisis hipotecaria, que se ha extendido a lo largo de la última década, y de la que, poco a poco, vamos saliendo.

2. El origen de la crisis hipotecaria

Como es sabido, España es uno de los países del mundo con mayor endeudamiento privado³: empresas, familias e individuos se han endeudado fuertemente en el pasado reciente, especialmente desde nuestro ingreso en el club del euro, hasta hace poco, en que la tasa de endeudamiento privado ha comenzado a disminuir ligeramente, al tiempo que ha aumentado nuestra tasa de ahorro situándose en máximos históricos ante la incertidumbre reinante⁴.

Una parte de esa deuda privada está directamente relacionada con la fuerte expansión experimentada por el sector de la construcción, especialmente de la residencial, durante ese periodo, que va desde finales del siglo pasado hasta el estallido de la denominada *burbuja inmobiliaria* en 2008. Como consecuencia de la misma, dicho sector llegó a significar el 16 % de nuestro PIB. En el momento actual representa tan solo el 4,8 %, algo más de un punto menos que la media de los países de nuestro entorno.

Dicha expansión se debió a diferentes factores, cuyo análisis queda al margen del objeto de este trabajo, si bien creo necesario hacer referencia a uno de ellos, a mi juicio, decisivo, para explicar el fenómeno: la existencia continuada de tipos de interés muy bajos, incluso de tipos reales de interés negativos, es decir, inferiores a la inflación, lo que incentivó una demanda de crédito acorde con el precio del dinero, precio que no se correspondía con la situación real de nuestra economía.

Si en vez de pertenecer al club del euro hubiésemos tenido una moneda nacional, los tipos de interés de los préstamos hipotecarios no hubieran podido situarse por debajo de nuestro nivel de inflación, lo que hubiera inducido una demanda de crédito mucho menor y mucho más acorde con nuestra situación económica.

³ Puede verse la evolución de la deuda pública en <https://www.epdata.es/datos/deuda-publica-espana-hoy-datos-banco-espana/7/espana/106>.

⁴ Puede verse la evolución de la tasa de ahorro de los hogares españoles en <https://www.epdata.es/datos/tasa-ahorro-hogares-datos-graficos/106>.

En una situación tal, los consumidores dedicaron el crédito, tan fácilmente obtenido, a la adquisición de bienes imposibles de adquirir sin el recurso al mismo, singularmente la vivienda, aunque no solamente la vivienda. Esta sobredemanda, es decir, este exceso de demanda de crédito debido al precio excesivamente bajo del dinero, tuvo como consecuencia un crecimiento paralelo de los precios de la vivienda, por encima de lo que hubieran crecido si el precio del dinero hubiera sido el que correspondía a nuestra situación económica.

A esta situación se la denominó, y aún se le continúa denominando, *burbuja inmobiliaria*. Ahora bien, esta expresión encierra unos sobreentendidos que han dificultado y están dificultando la instrumentación de una política adecuada en relación con el sector inmobiliario, incluido el de la vivienda, un sector fundamental en cualquier economía y no solo en la nuestra, aunque lo haya sido de un modo especial en el pasado reciente.

En primer lugar, es preciso ser conscientes cuando se utiliza esta expresión de que tal fenómeno no se ha producido únicamente en el sector inmobiliario, sino en otros muchos sectores. Invito al lector a que observe cómo durante la «década prodigiosa» el valor de las acciones del IBEX 35 subió lo mismo que el de la vivienda y, sin embargo, no se habla de *burbuja bursátil*, o a que reflexione sobre el hecho de que la deuda de algunas de las empresas del IBEX 35 asciende aproximadamente a la misma cantidad a la que asciende el valor en Bolsa de algunos de nuestros principales bancos, o sobre el hecho de que la deuda de las empresas del IBEX 35 iguala a nuestra deuda pública.

Recuérdese que antes del estallido de la crisis de las *subprime* el Ibx-35 estaba en torno a los 15.000 puntos, mientras que hoy, doce años después, ronda los 7.000. La burbuja bursátil fue, al menos, tan grande como la inmobiliaria. Sin embargo, apenas se ha hablado de ella.

Tal es el efecto devastador de un precio del dinero excesivamente barato⁵. La realidad ha sido que, debido a un exceso de liquidez, en buena parte relacionado con nuestro ingreso en el euro, la economía española ha vivido, toda ella, inmersa en una burbuja crediticia, de la que la burbuja inmobiliaria no es sino una consecuencia más.

En segundo lugar, es preciso ser conscientes de que el comportamiento de los agentes económicos no ha sido irracional, sino racional, de acuerdo con la estructura de incentivos configurada por el precio del dinero disponible, no solamente muy bajo, sino, incluso, negativo en términos reales, es decir, en relación con la tasa de inflación.

En tercer lugar, es preciso ser conscientes de que la existencia de una moneda única en un área económica que no reúne las condiciones para

⁵ Sobre este particular, resulta de especial interés el artículo publicado en *The Economist*, el 18 de noviembre de 2010, «Taking Von Mises to pieces. Why is the Austrian Explanation of the crisis so little discussed?», en <https://www.economist.com/buttonwoods>, con referencias específicas a los casos de España e Irlanda.

ser un área monetaria y que es gestionada de acuerdo con los intereses de las áreas económicas más fuertes, produce información errónea en las áreas económicas más débiles, con las consecuencias que hemos visto y aún peores⁶.

De acuerdo con lo expuesto, muchos individuos y familias pagaron por su casa un sobreprecio y, además, se endeudaron excesivamente, dedicando una parte desproporcionadamente elevada de su renta personal y/o familiar a la amortización del crédito hipotecario solicitado y obtenido para la compra de la vivienda.

La demanda de crédito hipotecario crecía a tal ritmo⁷ —superior al 20 % anual, llegando en marzo de 2006 al crecimiento récord del 27,3 %— que, ya desde el año 2002, el ahorro nacional no bastaba para cubrirla, por lo que las entidades financieras (bancos, cajas y demás entidades de crédito) se vieron obligadas a recurrir a los mercados mayoristas de crédito para obtener recursos monetarios con los que poder satisfacer la demanda interna de crédito hipotecario.

Así, ya en 2006, el 34 % del total crédito hipotecario se había financiado con títulos hipotecarios, y, lo que es aún más significativo, el 64 % de la nueva demanda de crédito hipotecario⁸. En 2007, el saldo total de títulos hipotecarios compuesto por cédulas y activos hipotecarios titulizados se situaba por encima de los cuatrocientos mil millones de euros, un 32 % más que el registrado en octubre del año anterior y representaba el 40 % del saldo hipotecario total. Tal situación, sin embargo, no se consideró excesivamente peligrosa en un entorno de crecimiento sostenido del precio de la vivienda.

Tras dos ejercicios de suave desaceleración, la contratación del crédito hipotecario durante 2007 registró, por primera vez, crecimiento negativo, tanto en importe formalizado como en saldos dispuestos, con respecto a los datos registrados en 2006.

Pero en el verano de 2007 estalló, en Estados Unidos, la crisis de las denominadas hipotecas *subprime* que, posteriormente, se fue extendiendo también a las *prime*, dando lugar a una crisis financiera de proporciones desconocidas desde 1929⁹.

⁶ G. DE LA DEHESA, «Fallos de diseño y de gestión del área euro», *El País Negocios*, 8 de mayo de 2011, donde se hace un excelente resumen de los fallos de diseño y de sus consecuencias, unidos a los fallos de gestión que están contribuyendo a dificultar la salida de la crisis a los países periféricos del área euro.

⁷ Los datos que se citan proceden de la AHE (<http://www.ahe.es/bocms/sites/ahenew/>).

⁸ Vid. el Informe del presidente de la AHE a la Asamblea de dicha Asociación correspondiente al año 2007, en <http://www.ahe.es/bocms/images/bfilecontent/2007/06/27/904.pdf?version=4>.

⁹ Vid. «The Financial Crisis Inquiry Report. Final Report of the National Commission on the Causes of the Financial and Economic Crisis in the United States», enero de 2011, en <https://www.govinfo.gov/content/pkg/GPO-FCIC/pdf/GPO-FCIC.pdf>. También es imprescindible el Informe «Reforming America's Housing Market. A Report To Congress», de febrero de 2011, realizado conjuntamente por el Departamento del Tesoro y el de Vivienda y Desarrollo Urbano de Estados Unidos. Disponible en <https://www.treasury.gov/initiatives/Documents/Reforming%20America%27s%20Housing%20Finance%20Market.pdf>.

Como consecuencia, los mercados mayoristas de crédito entraron en el dique seco y, por tanto, nuestros bancos y cajas no podían seguir obteniendo dinero con el que financiar la demanda doméstica de crédito hipotecario, al tiempo que comenzaban a vencer las deudas que habían contraído para poder seguir prestando dinero, lo que restringió el crédito a promotores y compradores y produjo una contracción económica general y, especialmente, del sector inmobiliario, de la que solo muy recientemente estábamos empezando a salir, contracción que ha generado una crisis financiera interna de grandes proporciones, la reducción del número anual de hipotecas a la quinta parte aproximadamente del número anual de hipotecas de los años punteros de la crisis, con una caída dramática del número de transacciones, así como un aumento del desempleo hasta llegar a cifras desconocidas en nuestro país.

Ello dio lugar a una bajada de los precios de los inmuebles y a un aumento de las ejecuciones hipotecarias, dada la imposibilidad de muchos compradores de atender los pagos de sus créditos.

A principios de este siglo, nuestros reguladores eran conscientes de lo que estaba sucediendo. Sin embargo, procrastinaron. Como dicen los ingleses: ¿quién se atreve a retirar el champán en medio de una fiesta? El coste electoral podía ser excesivo. Además, los ayuntamientos se opusieron a toda propuesta de contención (más rigor en las tasaciones, mayor *loan to value*, etc.), pues el buen momento del mercado inmobiliario era su principal fuente de financiación. Como consecuencia del incumplimiento de sus funciones institucionales, las dos burbujas, la financiera y una de sus burbujas derivadas, la inmobiliaria, continuaron creciendo.

En aquellos años nadie creyó que las operaciones que se estaban realizando fueran contrarias a las directivas, ya vigentes, que regulan los derechos de los consumidores. Ningún prestatario incumplidor lo alegó, ni ningún juez español planteó ninguna cuestión prejudicial o similar.

Muy probablemente, si no hubiera estallado la crisis hipotecaria, tales cuestiones no se hubieran planteado.

La intensa y dramática pérdida de empleos conllevó un también dramático incremento de las ejecuciones hipotecarias, en muchos casos de la vivienda habitual. Concretamente, los datos de estadística judicial en España indican que entre los años 2009 y 2015 se iniciaron 587.995 procesos especiales de ejecución hipotecaria, mientras que en los años anteriores a la crisis las ejecuciones eran estrictamente residuales, como consecuencia de la baja dudosidad hipotecaria: 0,39 % en junio de 2006, según la AHE.

En 2017, como consecuencia de las reformas legislativas llevadas a cabo como respuesta al clima social generado por los impagos, tanto en la UE como en el ámbito doméstico español, y por determinadas sentencias, tanto del TJUE como del TS español, a pesar de que la tasa de dudosidad de las hipotecas destinadas a la adquisición de vivienda, era mayor —4,6 % en el último trimestre de 2016—, el número de ejecuciones

hipotecarias era inferior al de 2006, lo que indica que las medidas normativas y decisiones jurisprudenciales llevadas a cabo estaban consiguiendo su objetivo: dificultar las ejecuciones hipotecarias. Esta tendencia se ha agudizado con la LCCI¹⁰.

En aquellos momentos, además, España seguía siendo el único país de la UE carente de una regulación de las situaciones de sobreendeudamiento, carencia parcialmente regulada a través de la reforma de la legislación concursal y de la denominada Ley de Segunda Oportunidad¹¹.

Si examinamos los datos que ofrece la AHE, observaremos que el índice de dudosidad del crédito a los hogares para la adquisición de vivienda con garantía hipotecaria llegó, en su momento álgido, al 6,3 % en marzo de 2014, para, a partir de ese momento, ir bajando hasta situarse en el 4,6 %, lejos todavía de las tasas de dudosidad previas a la crisis (0,39 % en junio de 2006). En la anterior crisis (1993-1996), el punto de inflexión de la dudosidad hipotecaria fue la tasa del primer trimestre de 1994, cuando alcanzó el 5,54 %, la mayor tasa registrada durante la anterior crisis. La diferencia entre las tasas máximas de dudosidad entre ambas crisis, por lo que respecta al crédito hipotecario destinado a financiar la adquisición de vivienda, es de 6,3 décimas. Conviene subrayar, sin embargo, que, en la crisis reciente, la tasa de dudosidad que afecta a las actividades inmobiliarias en general, lo que incluye el crédito a los promotores, llegó a alcanzar el 38 % en junio de 2014, habiendo descendido hasta el 25,4 % en el último trimestre de 2016, según las estadísticas facilitadas por la AHE.

3. La alarma social generada por la crisis hipotecaria

Sin embargo, durante la anterior crisis, no se produjo una alarma social ni un movimiento similar al que se produjo a partir de 2008 dirigido a la consecución de la denominada «dación en pago» como derecho del deudor para liberarse del pago de una deuda garantizada con hipoteca¹². ¿A qué se debió este cambio? En mi opinión, son varias las causas que contribuyeron al mismo.

En primer lugar, el mayor tamaño del mercado hipotecario. Cuando estalló la crisis en 2008, el mercado hipotecario español era varios órdenes de magnitudes mayor que durante la anterior crisis, hasta el punto de

¹⁰ Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (BOE núm. 65, de 16 de marzo de 2019).

¹¹ Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social (BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015). Sobre este particular, *vid.* mi intervención el 20 de julio de 2011 en la Comisión para la Reforma del Sistema Hipotecario del Congreso de los Diputados. Puede verse en F. P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, «Intervenciones en el Congreso de los Diputados, Comisión de Vivienda y Comisión para la Reforma del Sistema Hipotecario», *RCDI*, núm. 729, 2012, pp. 197-252, esp. pp. 221 y ss.

¹² *Vid.* F. P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, «La limitación imperativa de la responsabilidad hipotecaria a la finca hipotecada: una idea tan seductora como desaconsejable», *Tribuna abierta de Urtía & Menéndez*, núm. 29, mayo de 2011.

que el número de ciudadanos endeudados es mucho mayor, por lo que es mucho mayor el número de ciudadanos que se siente en una situación de riesgo potencial de impago.

En segundo lugar, la mayor duración de la crisis. La crisis que estalló en 2008 no acaba de ser superada y la aparición de la covid-19 la está agravando. Hubo cinco ejercicios de crecimiento negativo y se alcanzó la mayor tasa de desempleo desde que existen estadísticas. Tan solo después de ocho años, en 2016, empezó a crearse empleo, pero de baja calidad y el paro juvenil ha alcanzado niveles dramáticos, afectando a casi la mitad de la población joven. En el momento de redactar estas líneas, el nivel de paro juvenil en España es el más elevado de la UE: un 32,7 %. Este hecho hace que la confianza en el futuro también haya decrecido y que todos los ciudadanos endeudados, aun pudiendo hacer frente a sus deudas, las perciban como especialmente gravosas y, por tanto, vean con simpatía la posibilidad de que se les reconozca el derecho a liberarse de las mismas mediante la entrega del bien hipotecado.

En tercer lugar, existe la percepción de que la crisis que estalló en 2008 se debió, en gran medida, al comportamiento irresponsable de las entidades financieras, de todas ellas, las cuales prestaban dinero en exceso y demasiado barato (a tipos de interés real negativo), incluso a ciudadanos sin capacidad o con dudosa capacidad de reembolso, aspecto este que trata de evitar la citada LCCI. Se percibió como especialmente irresponsable el comportamiento de las cajas de ahorros. Durante más de dos siglos fueron fundamentales para financiar el desarrollo local, provincial y regional español, mientras sus obras sociales aportaban servicios públicos necesarios. La Ley 31/1985, de 2 de agosto, de Regulación de las Normas Básicas sobre Órganos Rectores de las Cajas de Ahorros¹³, intentó «democratizar» sus órganos de gobierno, obligando a que en sus asambleas estuviesen presentes representantes de corporaciones municipales y provinciales, impositores, empleados y la corporación fundadora. Finalmente, la mayoría de los miembros de sus asambleas, consejos y obras sociales terminaron siendo políticos y representantes sindicales. La percepción ciudadana era que debían ser ellas las que debían asumir las consecuencias de su comportamiento, en lugar de los deudores hipotecarios, sin darse cuenta de que, en realidad, lo que estaban diciendo es que el legislador debería transferir la responsabilidad por impago a los contribuyentes como, de hecho, es lo que sucedió en última instancia, pero liberando de ella a los primeros.

La crisis financiera que estalló en 2008 no solo ha afectado a nuestro país sino también a los países de la UE y, en general, a los países desarrollados de un modo especial, si bien se ha focalizado en aquellos países en los que el tamaño del sector inmobiliario en relación con su economía era mayor (España, Irlanda, también Reino Unido) y la financiación dependía en gran medida de los mercados mayoristas de crédito.

¹³ BOE núm. 190, de 9 de agosto de 1985.

II. LA REACCIÓN DE LAS INSTITUCIONES

1. Referencia a la reacción de diversas instituciones europeas

Ante este panorama, las instituciones comenzaron a reaccionar. Así, en el Libro Blanco sobre Integración de los mercados de crédito hipotecario de la UE, en diciembre de 2007¹⁴, la Comisión Europea, decía:

«La Comisión considera que los estados miembros deberían mejorar la eficiencia de los procedimientos de ejecución y los procedimientos de registro. Estos factores incrementan los costes para los prestamistas hipotecarios, elevan la incertidumbre para los inversores acerca de la calidad de la seguridad subyacente y elevan los costes de refinanciación, reduciendo la eficiencia de los proveedores existentes y desanimando la entrada de nuevos proveedores».

En esta misma línea se pronunciaba, en 2012, la Federación Hipotecaria Europea, si bien ya advertía de que, como resultado de las presiones políticas y económicas, la Comisión había variado su focalización, desde la mejora de los procedimientos de ejecución hipotecaria hacia la adopción de medidas para la prevención de la misma:

«Mortgage lenders in the EU are committed to the provision of sustainable long-term access to housing for borrowers. As such, EU lenders grant loans based on the assessment of the borrower's capacity to repay the loan based on his income, and not only on the lender's ability to foreclose in the event of borrower default. In this context, it is important to remember that foreclosure is costly for both lenders and borrowers and preference will always be given to attempts to reach alternative arrangements. However, this does not change the fact that the existence of the mortgage and the lender's ability to foreclose is a cornerstone of the mortgage lending business, which makes mortgage lending a low risk and low cost way of providing housing finance. As a result of political and economic pressures, the Commission has shifted its focus away from measures to increase the efficiency of foreclosure procedures to foreclosure prevention»¹⁵.

El borrador de las recomendaciones contenidas en el Libro Blanco, sin embargo, fue pospuesto *sine die* porque, como reconoció la propia Federación Hipotecaria Europea, todas las medidas dirigidas a racionalizar y acortar los procedimientos de ejecución hipotecaria deberían ser cuidadosamente evaluados, dado el clima político existente, especialmente sensible a estos factores. Entretanto, el documento sobre *Responsible Credit and Debt* anunciado en el Libro Blanco fue publicado el 15 de junio de 2009.

En este clima político fue aprobada la Directiva 2014/17/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero¹⁶, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso

¹⁴ Libro Blanco de la Comisión, de 18 de diciembre de 2007, sobre la integración del mercado europeo de crédito hipotecario [COM (2007) 807].

¹⁵ Puede consultarse en <http://www.hypo.org/Content/default.asp?PageID=433>.

¹⁶ DOUE núm. 60, de 28 de febrero de 2014.

residencial. La Directiva debía ser traspuesta por los Estados miembros antes del 21 de marzo de 2016. En octubre de ese mismo año, la UNECE aprobó el *Geneva UN Charter on Sustainable Housing*. De acuerdo con el mismo:

«Una contabilidad transparente, eficiente y efectiva, procedimientos regulatorios y unas reglas hipotecarias dirigidas a asegurar una disponibilidad apropiada de crédito protegen a los consumidores, refuerza la seguridad de acceder a una casa, aumenta las posibilidades de elección de casa y reduce los riesgos de perderla».

Como puede observarse, entre 2007 y 2014 el clima político y los textos aprobados por diversas instituciones europeas habían variado sustancialmente.

2. La reacción del legislador español

2.1. La Ley 41/2007, de 7 de diciembre. Consideraciones generales

Ante los rumores que, desde el verano de 2006, comenzaron a extenderse en relación a las hipotecas *subprime* norteamericanas y, en consecuencia, en relación con las *Mortgage Backed Securities* (MBS), o títulos hipotecarios de los que formaban parte junto con hipotecas de primera calidad, una parte importante de las cuales habían sido adquiridos por entidades financieras e inversores institucionales europeos, y ante la necesidad creciente de las entidades financieras españolas de acudir a los mercados mayoristas de crédito para poder financiar su actividad hipotecaria, el legislador español reaccionó mediante la Ley 41/2007¹⁷, la cual modificó la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, en el sentido de incrementar la solidez jurídica y económica de los títulos hipotecarios españoles, y hacerlos así más atractivos en el mercado de capitales. Las modificaciones introducidas afectaban a las cédulas hipotecarias, a los bonos hipotecarios y a las entidades de tasación, obligando a estas últimas a aumentar su grado de independencia en relación con las entidades financieras.

2.2. La modificación del art. 12 LH

La Ley 41/2007 introdujo otras medidas. Entre ellas, la modificación del art. 12 LH, al que dio la siguiente redacción:

«En la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe

¹⁷ Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria (BOE núm. 294, de 8 de diciembre de 2007).

máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de estas y su duración.

Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por hipoteca a favor de las entidades a las que se refiere el art. 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, en caso de calificación registral favorable de las cláusulas de trascendencia real, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización».

Esta redacción imposibilitaba, de hecho, la calificación registral de las cláusulas financieras de las hipotecas según el criterio de la DGRN, tal y como interpretó la RDGRN de 24 de julio de 2008¹⁸, la cual entendió que tras la Ley 41/2007, la inscripción en el Registro de la Propiedad debería ser una transcripción de las cláusulas financieras en los mismos términos que resultarían del título, sin poder rechazar ninguna cláusula por abusiva; y ello a pesar de que la Directiva 93/13¹⁹ no requiere la previa declaración judicial de las cláusulas nulas por abusivas. Ello conllevaba, además, la imposibilidad del control judicial de tales cláusulas en el procedimiento especial de ejecución hipotecaria, regulado, básicamente, en los arts. 681-698 LEC y en los arts. 129 y 130 LH.

En efecto, dado que los registradores no podían calificar las cláusulas financieras conforme al nuevo art. 12 LH, el resultado fue que los deudores solo podían impugnarlas en el procedimiento plenario, pues en el de ejecución especial de bienes hipotecados el deudor hipotecario solo podía oponer, entonces, conforme al art. 695 LEC, que la hipoteca inmobiliaria o la obligación garantizada se habían extinguido, o bien, error en la liquidación, o falsedad, lo que exige el inicio de un proceso penal (art. 697 LEC) y, por tanto, en dicho procedimiento los jueces no podían entrar a enjuiciar la legalidad de las cláusulas financieras, ni de ningún otro aspecto distinto al error en el cálculo efectuado para la liquidación de la deuda pendiente o de la falsedad del cálculo alegada por el deudor y seguida de la correspondiente querrela criminal.

Esta modificación suponía un giro copernicano en la situación existente, pues, hasta ese momento, los registradores de la propiedad venían calificando todas las cláusulas hipotecarias, en aplicación de las facultades que les atribuye el art. 18 LH.

La modificación del art. 12 LH, llevada a cabo por la Ley 41/2007 suponía una derogación de estas competencias en relación con las cláusulas financieras de las hipotecas. Suponía que las hipotecas quedaban constituidas (en la hipoteca la inscripción es constitutiva conforme al art. 145 LH) sin supervisión registral alguna de la legalidad de las cláusulas financieras y, derivadamente, que las mismas tampoco podían ser enjuiciadas en el procedimiento de ejecución directa de los bienes hipotecados sino solo en el plenario, una vez finalizada la ejecución y adjudicado, en su caso,

¹⁸ BOE núm. 190, de 7 de agosto de 2008.

¹⁹ DOCE L 95, de 21 de abril de 1993.

el bien hipotecado a un tercero, normalmente protegido por la fe pública registral.

Dado que en el procedimiento de ejecución especial de bienes hipotecados regulado en la LEC y en parte en la LH, solo se permitía alegar como causas de oposición o excepciones las expuestas anteriormente, el deudor podía verse expulsado de su casa hipotecada sin poder alegar ilegalidad alguna en relación con ninguna cláusula financiera en dicho procedimiento de ejecución. Solo una vez desalojado podía iniciar un procedimiento declarativo. La derogación de las facultades calificadoras del registrador, fundamento de la constitucionalidad de dicho procedimiento especial de ejecución²⁰, colocaban al deudor en una situación de indefensión.

Ello suponía, de hecho, una especie de *medievalización* de la justicia en materia hipotecaria. Krugman²¹ comparó lo que estaba sucediendo en Estados Unidos, donde muchas entidades financieras carecían de documentación que justificara su condición de acreedores hipotecarios y basaban sus reclamaciones en declaraciones juradas de las propias entidades, con la situación, propia de la Edad Media, en la que los señores feudales nombraban a los jueces que debían decidir los litigios entre el señor feudal y sus siervos.

En nuestro país, se había llegado a una situación parecida: las entidades financieras redactaban sus modelos de créditos o préstamos hipotecarios, sin que los notarios, los registradores (tras la reforma del art. 12 LH) ni los jueces (en el procedimiento especial de ejecución hipotecaria), pudiesen negarse a inscribir o a dictar sentencia favorable a las entidades financieras, lo que, en muchos casos, implicaba el desalojo del deudor de la finca hipotecada, incluso cuando era su vivienda. Solo en el posterior procedimiento declarativo podía el deudor hacer todo tipo de alegaciones, pero no antes.

2.3. *El reconocimiento de la competencia de los registradores para calificar todas las cláusulas de los contratos de préstamos y créditos hipotecarios*

Las cosas cambian con la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios²², aprobada en plena crisis. Esa ley hizo que la DGRN cambiara su criterio interpretativo del art. 12 LH. En efecto a partir de la RDGRN de 1 de octubre de 2010²³, confirmada después por las de 4 de noviembre y 21 de diciembre de 2010²⁴, 11 de enero de 2011²⁵ y 8 de junio de 2011²⁶,

²⁰ Así, STC 41/1981 de 18 de diciembre (ECLI:ES:TC:1981:41).

²¹ P. KRUGMAN, «The Mortgage Morass», *The New York Times*, 14 de octubre de 2010.

²² BOE núm. 79, de 1 de abril de 2009.

²³ RJ 2010/5273.

²⁴ BOE núm. 38, de 14 de febrero de 2011.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ BOE núm. 156, de 1 de julio de 2011.

la RDGRN rectificó su doctrina anterior y reafirmó la competencia de los registradores para calificar plenamente la legalidad de las cláusulas financieras de los contratos de préstamos hipotecarios, de forma que se les reconoció competencia para denegar la inscripción en el Registro de la Propiedad de las que considerasen ilegales o abusivas.

Por su parte, de acuerdo con la STS de 13 de septiembre de 2013²⁷, los registradores podían volver a calificar las cláusulas financieras. Algo parecido sucedió con las condiciones generales y las abusivas previstas en la legislación de consumidores. En ese momento ya estábamos en plena crisis hipotecaria y diversas SSTJUE habían cambiado el panorama, lo que influyó decisivamente en el cambio de orientación tanto de la DGRN como del TS.

Dado que la evolución legislativa y jurisprudencial en materia de calificación de las cláusulas abusivas de las hipotecas no es el objeto único de este trabajo, me referiré a este asunto brevemente. Baste decir que, entre la entrada en vigor de la Ley 41/2007 y la de la Ley 2/2009, y aún más, hasta la citada STS de 13 de septiembre de 2013, los registradores no calificaron o lo hicieron muy tímidamente, como consecuencia de la citada jurisprudencia de la DGRN, las cláusulas financieras de las hipotecas y, en general, las cláusulas posteriormente consideradas abusivas por la jurisprudencia, lo que facilitó la inscripción y ejecución de hipotecas con cláusulas posteriormente consideradas poco transparentes y/o abusivas por los tribunales. La citada orientación jurisprudencial hacía tambalear los fundamentos que justificaban la constitucionalidad del procedimiento especial de ejecución hipotecaria, ya que privaba al procedimiento de inscripción hipotecaria de su garantía fundamental, cual es la calificación registral.

Toda esta evolución jurisprudencial ha tenido, entre otras consecuencias, la modificación del art. 12 LH por la LCCI. Conforme a la nueva redacción:

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

Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por la hipoteca, *cualquiera que sea la entidad acreedora*, en caso de calificación registral favorable de las mismas y de las demás cláusulas de trascendencia real, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización» (la cursiva es mía).

Y, en general en cuanto a calificación de cláusulas de préstamos hipotecarios en los que el deudor es un consumidor, la jurisprudencia de la DGRN también ha ido evolucionando²⁸, configurando la siguiente posición:

²⁷ ECLI:ES:TS:2013:5706.

²⁸ RRDGRN de 1 de octubre de 2010 (RJ 2010/5273), de 3 de octubre de 2014 (BOE núm. 264, de 31 de octubre de 2014), de 28 de abril de 2015 (BOE núm. 130, de 1 de junio de 2015), y de 25 de septiembre de 2015 (BOE núm. 246, de 14 de octubre de 2015).

a) Si la nulidad por abusividad ha sido declarada mediante resolución judicial firme, el registrador debe rechazar la cláusula sin que sea necesario que conste inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación por ser contraria dicha exigencia al principio de efectividad de la normativa europea de protección de consumidores. Pero si no hay tal inscripción, es necesario que la sentencia judicial proceda del TS, en cuanto fuente complementaría del derecho (art. 1 CC), o responda a un criterio mayoritario y uniforme de los órganos judiciales superiores.

La DA 4.^a LCCI modifica, entre otros, el art. 11.2 y 4 LCGC dándoles la siguiente redacción: «2. En dicho Registro podrán inscribirse las cláusulas contractuales que tengan el carácter de condiciones generales de la contratación con arreglo a lo dispuesto en la presente ley, a cuyo efecto se presentarán para su depósito, por duplicado, los ejemplares, tipo o modelos en que se contengan, a instancia de cualquier interesado, conforme a lo establecido en el apartado 8 del presente artículo. Los formularios de los préstamos y créditos hipotecarios comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, deberán depositarse obligatoriamente por el prestamista en el Registro antes de empezar su comercialización. Adicionalmente, el Gobierno, a propuesta conjunta del Ministerio de Justicia y del Departamento ministerial correspondiente, podrá imponer la inscripción obligatoria en el Registro de las condiciones generales en determinados sectores específicos de la contratación». 4. Serán objeto de inscripción las ejecutorias en que se recojan sentencias firmes estimatorias de cualquiera de las acciones a que se refiere el apartado anterior. Obligatoriamente se remitirán al Registro de Condiciones Generales las sentencias firmes dictadas en acciones colectivas o individuales por las que se declare la nulidad, cesación o retractación en la utilización de condiciones generales abusivas.

b) Cuando el carácter abusivo de la cláusula pueda ser apreciado directamente por el registrador de forma objetiva, sin realizar ningún juicio de ponderación en relación con las circunstancias particulares del caso concreto, bien porque coincidan con alguna de las tipificadas como tales en la denominada «lista negra» de los arts. 85 a 90 TR-LGDCU o bien por vulnerar otra norma específica sobre la materia, como el art. 114.3 LH, respecto de los intereses moratorios en su ámbito concreto de aplicación, con base en la doctrina de la nulidad *apud acta* recogida en la STS de 13 de septiembre de 2013²⁹.

En todos estos supuestos el registrador, como señalan, entre otras, las resoluciones de la DGRN de 5 de febrero de 2014³⁰ y la de 28 de abril de 2015³¹, deberá también rechazar la inscripción de las hipotecas respecto de las que no se acredite el cumplimiento de los requisitos de información y transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, y la forma, normal o reforzada que, en cada caso, el legislador haya elegido para asegurarse del conocimiento por parte de los usuarios de los productos bancarios, del riesgo financiero que comporta el contrato en

²⁹ ECLI:ES:TS:2013:5706.

³⁰ BOE núm. 50, de 27 de febrero de 2014.

³¹ BOE núm. 130, de 1 de junio de 2015.

general o alguna de las singulares cláusulas financieras o de vencimiento anticipado que lo componen

Además de la Ley 41/2007, se adoptaron diferentes medidas, una vez estallada la crisis. Entre otras muchas, y a los efectos que aquí interesan:

a) El Real Decreto Ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa³².

b) El Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos³³.

c) Ley 8/2012, de 30 de octubre, sobre saneamiento y venta de activos inmobiliarios del sector financiero³⁴.

d) Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito³⁵.

e) Real Decreto 1559/2012, de 15 de noviembre, por el que se establece el régimen jurídico de las sociedades de gestión de activos³⁶.

f) Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social³⁷.

g) Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social³⁸.

III. LA REACCIÓN DE LOS TRIBUNALES

1. Referencia a las sentencias de los tribunales de instancia

En el contexto de la crisis comenzaron a aparecer en nuestro país algunas decisiones judiciales que pueden calificarse de sorprendentes. Por ejemplo, el AAP de Navarra de 17 de diciembre de 2010³⁹, el cual inadmitió la pretensión de la entidad bancaria en un procedimiento de ejecución hipotecaria, relativa a la tasación del inmueble, porque era «moralmente rechazable» a pesar de ser ajustada a Derecho según la propia Audiencia: así colocaba su visión moral por encima del Estado de Derecho. Nadie pareció escandalizarse.

Este Auto es una muestra representativa de la forma en la que reaccionaron muchos juzgados de nuestro país. No solo rechaza la pretensión de la entidad ejecutante por razones morales, a pesar de afirmar que se

³² BOE núm. 161, de 7 de julio de 2011.

³³ BOE núm. 60, de 10 de marzo de 2012.

³⁴ BOE núm. 262, de 30 de octubre de 2012.

³⁵ BOE núm. 275, de 15 de noviembre de 2012.

³⁶ BOE núm. 276, de 16 de noviembre de 2012.

³⁷ BOE núm. 116, de 15 de mayo de 2013.

³⁸ BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015.

³⁹ ECLI:ES:APNA:2010:1A.

ajusta a Derecho, sino que, además, adopta la tesis de que la crisis financiera se debió a la mala praxis de las entidades financieras, de las que forma parte la entidad ejecutante. Merece la pena, por ello, transcribir la siguiente parte del Auto:

«Cabe además hacer una pequeña consideración, que podríamos unir con lo ya señalado en relación con el abuso de derecho, en el sentido de que si bien formalmente cabría entender que la actuación del banco se ajusta a la literalidad de la ley y que efectivamente tiene derecho a solicitar lo que ha solicitado, por lo que cabría entender que no existiría el abuso de derecho que se le imputa, pero ello no obstante no deja de plantear una reflexión, cuando menos moralmente intranquilizante, relativa a la razón por la que la parte apelante impugna el Auto recurrido, por considerar que en realidad el valor de la finca subastada y adjudicada materialmente al banco, hoy por hoy, tiene un valor real inferior al que en su día se fijó como precio de tasación a efectos de subasta. Y decimos esto, porque la base de la manifestación de que la finca subastada tiene hoy por hoy un valor real inferior se base en alegaciones como que la realidad del mercado actual ha dado lugar a que no tuviera la finca el valor que en su momento se le adjudicó como tasación, disminución importante del valor que une a la actual crisis económica, que sufre no solo este país sino buena parte del entorno mundial con el que nos relacionamos. Y siendo esto así y en definitiva real la importantísima crisis económica, que ha llegado incluso a que la finca que en su día tasó en una determinada cantidad, hoy en día pudiera estar valorada en menos, no podemos desconocer que ello tiene también en su origen una causa precisa y que no es otra, y no lo dice esta Sala, sino que ha sido manifestado por el presidente del gobierno español, por los distintos líderes políticos de este país, por expertos en economía y por líderes mundiales, empezando por el propio presidente de Estados Unidos, que la mala gestión del sistema financiero del que resultan protagonistas las entidades bancarias, recuérdense las “hipotecas basuras” del sistema financiero norteamericano. // No querernos decir con esto que el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria sea el causante de la crisis económica, pero sí no puede desconocer su condición de entidad bancaria y por tanto integrante del sistema financiero, que en su conjunto y por la mala gestión de las entidades financieras que sean, en definitiva, bancos y otras entidades crediticias y de naturaleza financiera, han desembocado en una crisis económica sin precedentes desde la gran depresión de 1929. // El art. 3 CC, en apartado 1, señala que las normas se interpretarán según la realidad del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas, y ello nos obliga a hacer la presente reflexión, en el sentido de que, no constituirá un abuso de derecho, pero moralmente es rechazable que se alegue para intentar continuar la ejecución la pérdida de valor de la finca que servía de garantía al préstamo, que no se hubiera concedido si no hubiera tenido un valor suficiente para garantizar el préstamo concedido, que fue fijado por la entidad bancaria ahora ejecutante, o cuando menos aceptado, siendo que dicha pérdida de valor es directamente achacable a la crisis económica, fruto de la mala praxis del sistema financiero, que repetimos, aun cuando no quepa atribuirle directa y especialmente al Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, sí que no deja de ser una realidad que forma parte de los protagonistas de dicho sistema financiero, y de ahí que resulte especialmente doloroso, que la alegación que justifica su pretensión, esté basada en unas circunstancias que esencialmente y como vulgarmente se dice, ha suscitado una gran sensibilidad y levantado “ampollas”».

Este Auto no consideraba, sin embargo, que hubiese habido abuso de derecho por parte de la entidad financiera, y se basaba, en el fondo, en un fallo procesal del ejecutante, el cual solicitó una tasación cuyo resultado no impugnó. Sin embargo, la AP de Navarra mantuvo posiciones diferentes posteriormente⁴⁰. En una línea parecida, destaca el AJMB, núm. 3, de 26 de octubre de 2010⁴¹ (el mismo que planteó la cuestión prejudicial que dio lugar a la STJUE C-415/11, de 14 de marzo de 2013, *Aziz*)⁴², que aplicaba analógicamente a las personas físicas la solución prevista en el art. 178.3 LC para las personas jurídicas, con lo que la conclusión del concurso liquidaría sus deudas concursales y los bienes futuros no responderían de las mismas. Por otra parte, el AJPI núm. 44 de Barcelona, de 4 de febrero de 2011⁴³, consideró una pretensión similar a la vista por la Audiencia de Navarra constitutiva de «abuso de derecho». En ambos casos, sin embargo, los juzgadores reconocieron que la pretensión del actor se ajustaba a la literalidad de la norma. Todo ello sugería la existencia de un cierto activismo judicial en torno a la problemática existente. Por aquel entonces, se hallaba extendida la opinión de que el TS acabaría moderando las decisiones sorprendentes que estaban adoptando algunos de los tribunales de instancia.

Este sesgo hermenéutico a favor de los deudores, que señalaban buen número de decisiones de los tribunales de instancia, para sorpresa de buena parte de los analistas, fue confirmándose posteriormente en diversas sentencias del TS y, especialmente, del TJUE, el cual ha tendido a interpretar la legislación europea de protección de los consumidores, especialmente la Directiva 93/13, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, desde una perspectiva, a mi juicio, excesivamente sesgada a favor de los intereses de estos últimos, considerados la «parte débil» de la relación contractual en estos casos, sin considerar las consecuencias negativas que estas decisiones podían tener sobre el conjunto de la sociedad y, por tanto, a medio y largo plazo, sobre los propios consumidores.

2. La STJUE C-415/11, de 14 de marzo de 2013, *Aziz*

Fue la STJUE C-415/11, de 14 de marzo de 2013, *Aziz*⁴⁴, el desencadenante de reformas legislativas posteriores de «protección de los deudores hipotecarios», algunas necesarias y reclamadas con anterioridad, no todas acertadas, así como de sentencias nacionales que han debilitado la posición de las entidades financieras de manera, a mi juicio, no siempre justificada.

⁴⁰ Así, el AAP Navarra de 28 de enero de 2011 (ECLI:ES:APNA:2011:1A). Posteriormente el AAP Navarra de 16 de marzo de 2011 de la misma Audiencia, desestimó el recurso interpuesto por el ejecutante contra el AAP de 17 de diciembre de 2010 (ECLI:ES:APNA:2011:2A).

⁴¹ ECLI:ES:JMB:2010:20A.

⁴² AJMB, núm. 3 de Barcelona, de 2 de mayo de 2013 (ECLI:ES:JMB:2013:21).

⁴³ JUR 201153846.

⁴⁴ ECLI:EU:C:2013:164.

El origen de esta sentencia radica en las dos cuestiones prejudiciales —y la segunda dividida en tres subapartados— que plantea al TJUE el AJMB núm. 3 de las que, a los efectos de esta exposición, interesa la primera, a saber:

«Si el sistema de ejecución de títulos judiciales sobre bienes hipotecados o pignorados establecido en el art. 695 y ss. LEC, con sus limitaciones en cuanto a los motivos de oposición previsto en el ordenamiento procesal español, no sería sino una limitación clara de la tutela del consumidor por cuanto supone formal y materialmente una clara obstaculización al consumidor para el ejercicio de acciones o recursos judiciales que garanticen una tutela efectiva de sus derechos».

En definitiva, el AJMB núm. 3 preguntaba al TJUE si es contrario a la Directiva 93/13 la limitación de las causas de oposición establecidas en el art. 695 LEC en el procedimiento especial de ejecución de los bienes hipotecados, en la medida en que ello puede implicar una vulneración del principio de efectividad. A ello responde el Tribunal recordando que los tribunales nacionales deben apreciar de oficio la existencia de cláusulas abusivas y diciendo lo siguiente:

«Pues bien, de lo expuesto se deduce que, en el sistema procesal español, la adjudicación final a un tercero de un bien hipotecado adquiere siempre carácter irreversible, aunque el carácter abusivo de la cláusula impugnada por el consumidor ante el juez que conozca del proceso declarativo entrañe la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria, salvo en el supuesto de que el consumidor realice una anotación preventiva de la demanda de nulidad de la hipoteca con anterioridad a la nota marginal indicada (§ 57).

A este respecto, es preciso señalar, no obstante, que, habida cuenta del desarrollo y de las peculiaridades del procedimiento de ejecución hipotecaria controvertido en el litigio principal, tal supuesto debe considerarse residual, ya que existe un riesgo no desdeñable de que el consumidor afectado no realice esa anotación preventiva en los plazos fijados para ello, ya sea debido al carácter sumamente rápido del procedimiento de ejecución en cuestión, ya sea porque ignora o no percibe la amplitud de sus derechos (§ 58).

Por consiguiente, procede declarar que un régimen procesal de este tipo, al no permitir que el juez que conozca del proceso declarativo, ante el que el consumidor haya presentado una demanda alegando el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, adopte medidas cautelares que puedan suspender o entorpecer el procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas resulte necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final, puede menoscabar la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva (§ 59).

En efecto, tal como señaló también la abogada general en el punto 50 de sus conclusiones, sin esa posibilidad, en todos los casos en que, como en el litigio principal, se haya llevado a cabo la ejecución de un inmueble hipotecado antes de que el juez que conozca del proceso declarativo adopte una decisión por la que se declare el carácter abusivo de la cláusula contractual en que se basa la hipoteca y, en consecuencia, la nulidad del procedimiento de ejecución, esa decisión solo permite garantizar al consumidor una protección *a posteriori* meramente indemnizatoria, que resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el art. 7, apartado 1, de la Directiva 93/13» (§ 60).

La doctrina central de la STJUE *Aziz* es, a mi juicio, incorrecta porque la legislación española no vulneraba el principio de efectividad de la normativa comunitaria sobre consumidores. El Sr. Aziz podía haber impugnado, durante la vigencia del préstamo hipotecario, antes de dejar de pagar las cuotas, cualquier cláusula que considerara no ajustada a Derecho y, mediante la correspondiente anotación preventiva en el Registro, el principio de efectividad hubiera quedado asegurado. Pero no lo hizo, sino que fue en el proceso de ejecución por incumplimiento, no antes, cuando el juez de lo mercantil —el cual no podía antes, obviamente— planteó la cuestión prejudicial.

La respuesta del TJUE podría —y a mi juicio, debería— haber sido que el deudor había tenido mucho tiempo para alegar el carácter abusivo de cualquier cláusula antes de la ejecución hipotecaria. Sin embargo, estuvo pagando sin impugnar en ningún momento ninguna cláusula por abusiva, a pesar de que podía haberlo hecho.

Por eso, el hecho de que no pudiera alegarla durante el procedimiento de ejecución especial no conllevaba, a mi juicio, una vulneración del principio de efectividad. De haberla alegado antes de iniciado el procedimiento correspondiente, con anotación de la demanda en el Registro de la Propiedad, no podría surgir un tercero protegido por la fe pública registral y, por tanto, el deudor podría recuperar el bien en el correspondiente juicio declarativo. Contrariamente a lo que dice el TJUE, la adjudicación no tiene carácter necesariamente irreversible. El deudor puede evitarlo mediante la presentación de una demanda y su anotación, antes del incumplimiento y de la interposición por el acreedor del correspondiente juicio ejecutivo. Aunque no lo haga, si el adjudicatario no es de buena fe, tampoco queda protegido por la fe pública registral.

Pues bien, el TJUE consideró que, aunque el consumidor disponía de todas estas armas, sin embargo, debían considerarse supuestos residuales porque:

«Existe un riesgo no desdeñable de que el consumidor afectado no realice esa anotación preventiva en los plazos fijados para ello, ya sea debido al carácter sumamente rápido del procedimiento de ejecución en cuestión, ya sea porque ignora o no percibe la amplitud de sus derechos».

Hay que tener en cuenta que, desde que el Sr. Aziz dejó de pagar (junio de 2008) hasta que la entidad financiera inició el procedimiento de ejecución (octubre de 2008), transcurrieron cuatro meses, tiempo suficiente para que el Sr. Aziz pudiera haberse informado de sus derechos y/o iniciado la acción correspondiente solicitando la anotación preventiva de la demanda en el Registro de la Propiedad. Asimismo, desde julio de 2007, en que el Sr. Aziz firmó la escritura de préstamo hipotecario hasta junio de 2008, en que dejó de pagar, tuvo once meses para ello. En total, quince meses, por lo que la afirmación del TJUE no es sostenible. Lamentablemente, el TJUE protegió un comportamiento negligente del deudor, perjudicando injustificadamente al acreedor y, como consecuencia, a todas las entidades financieras, las cuales —no debe olvidarse— no

prestan su propio dinero, sino el de los depositantes y/o el adquirido mediante la emisión de títulos hipotecarios en los mercados mayoristas de crédito.

Sin embargo, la sentencia, en general, fue bien recibida probablemente porque, dada la virulencia de la crisis y su carácter expansivo, la inmensa mayoría de los deudores hipotecarios pensaban que, antes o después, podrían verse en la misma situación que el Sr. Aziz, como consecuencia de la reducción de sus ganancias o, incluso, de la pérdida de su empleo. No obstante, si el consumidor no usa de los derechos que el ordenamiento le reconoce, debe asumir las consecuencias, como cualquier otro sujeto de derecho. En lugar de eso, como consecuencia de la sentencia, se reformó el art. 695 LEC, concediendo al deudor el derecho a alegar como causa de oposición en el procedimiento especial de ejecución hipotecaria «el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible»⁴⁵. La evolución posterior es sobradamente conocida.

Ello, por sí solo, conlleva la ralentización de los procedimientos de ejecución hipotecaria. Además, hemos llegado a la situación en la que la entidad financiera, si la cláusula en la que fundamenta la ejecución es nula por abusiva, según el juez que conoce del procedimiento de ejecución especial, probablemente tendrá que ir a un procedimiento declarativo, lo que ralentiza considerablemente la ejecución y, por tanto, *coeteris paribus*, debería tender a encarecer los tipos de interés para la inmensa mayoría de deudores cumplidores (95,4 %, en el cuarto trimestre de 2016, según la AHE) que contraten en el futuro. En la situación actual (septiembre de 2020) se prevé que la morosidad puede llegar a tasas de dos dígitos como consecuencia de los efectos devastadores de la covid-19.

La modificación del art. 695 LEC, en ese sentido o parecido, era, sin embargo, difícilmente evitable, si se hubiera mantenido la interpretación inicial de la DGRN en el sentido de que los registradores de la propiedad no podían calificar las cláusulas financieras de los préstamos hipotecarios, pues tal interpretación suponía la desaparición de los fundamentos de la constitucionalidad de tal procedimiento.

Como he señalado anteriormente, la STJUE *Aziz*, no solo ha dado lugar a diversas modificaciones legislativas internas, sino que, además, ha condicionado fuertemente la jurisprudencia del TS, así como la de las Audiencias y la de los juzgados de Primera Instancia.

3. La STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo

De las diferentes sentencias habidas desde entonces, una de las más relevantes, aunque no la única relevante, es, a mi juicio, la STS de 9 de

⁴⁵ Dicha reforma fue introducida por la DF 4.ª de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas (BOE núm. 153, de 27 de junio de 2013).

mayo de 2013⁴⁶ sobre cláusulas suelo. La sentencia las declara lícitas, pero considera que, en el caso concreto, no estaban redactadas de un modo suficientemente transparente tratándose de un consumidor, por lo que las declara nulas. El TS parte de un supuesto de hecho erróneo —que solo cabía que los tipos de interés variaran al alza pero no a la baja—, porque las entidades financieras sabían que los tipos iban a bajar. Dice el TS:

«Las cláusulas examinadas, pese a incluirse en contratos ofertados como préstamos a interés variable, de hecho, de forma razonablemente previsible para el empresario y sorprendente para el consumidor, les convierte en préstamos a interés mínimo fijo del que difícilmente se benefician de las bajadas del tipo de referencia (§ 217). La oferta como interés variable, no completada con una información adecuada, incluso cuando su ubicación permite percatarse de su importancia, se revela así engañosa y apta para desplazar el foco de atención del consumidor sobre elementos secundarios que dificultan la comparación de ofertas. El diferencial del tipo de referencia, que en la vida real del contrato con cláusula suelo previsiblemente carecerá de transcendencia, es susceptible de influir de forma relevante en el comportamiento económico del consumidor (§ 218) [...]. Lo elevado del suelo hacía previsible para el prestamista que las oscilaciones a la baja del índice de referencia no repercutirían de forma sensible en el coste del préstamo —recordemos que el BE indica que “estas cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en dichas cuotas”—, de forma que el contrato de préstamo, teóricamente a interés variable, se convierte en préstamo a interés fijo variable exclusivamente al alza» (§ 224).

Economistas como Arruñada y Casas⁴⁷ o Conthe⁴⁸, entre otros, han demostrado que sí cabía una amplia variación a la baja; que, además, la cláusula techo era una garantía realista, con la información disponible en el momento, la cual apuntaba, más bien, una evolución inflacionaria; y, por último, que, si bien las entidades tienen más conocimientos del mercado financiero que un consumidor, no tienen el suficiente como para prever su evolución y que, aunque pudieran preverla (lo que, repito, no es el caso), no está claro que en un entorno tan competitivo pudieran aprovecharse de ello. La sentencia tiene, además, un acusado sesgo retrospectivo: juzga desde el conocimiento de hechos sucedidos *ex post*, mientras que en el momento de la firma era más racional suponer que los tipos subirían que suponer que bajarían y, desde luego, las entidades no previeron ni podían prever la quiebra de Lehman Brothers ni la crisis de la deuda soberana, por ejemplo. Difícilmente podrían haberlo hecho.

El TS, sin embargo, afirma que el prestamista sabía cómo iban a evolucionar los tipos de interés, sin presentar un solo argumento. Simplemente, lo da por sentado. A continuación, a pesar de reconocer que las entidades cumplieron lo dispuesto por la Orden de 5 de mayo de 1994

⁴⁶ ECLI:ES:TS:2013:1916.

⁴⁷ B. ARRUÑADA y P. CASAS-ARCE, «Préstamos hipotecarios y limitaciones al tipo de interés», en J. J. GANUZA y F. GÓMEZ-POMAR, *El mercado hipotecario español: Análisis económico y jurídico*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017, pp. 285-314.

⁴⁸ M. CONTHE, «Cláusulas-suelo: un borrón supremo», *Blog El Sueño de Jardiel*, disponible en <http://www.expansion.com/blogs/conthe/>, 17 de septiembre de 2013.

sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios⁴⁹, afirma que es insuficiente para los consumidores, los cuales requieren un nivel especial de transparencia. Y formula unos requisitos para entender cumplido ese especial. Dice el TS:

«En definitiva, las cláusulas analizadas, no son transparentes ya que:

- a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.
- b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.
- c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.
- d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad —caso de existir— o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.
- e) En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor» (§ 225).

Ello impide que tales cláusulas puedan superar lo que el TS denomina el doble control de transparencia: el de incorporación y el que denomina de claridad, de modo que facilite la comprensión por parte del consumidor.

No parece que sea sostenible afirmar que un contrato de préstamo o crédito debe decir con claridad que el precio del dinero y sus posibles oscilaciones, si el tipo de interés es variable, es un elemento definitorio del objeto principal del contrato, pues ¿qué otra cosa puede ser? No es sostenible afirmar, a mi juicio, que definir el tipo de interés, así como el techo y suelo, cuando es variable, de forma conjunta, dé lugar a falta de transparencia porque el deudor puede interpretar que las cláusulas techo y suelo son contraprestación la una de la otra. ¿Habría que exponerlo en párrafos separados? ¿Habría que afirmar que no son una contraprestación recíproca? ¿Por qué? ¿Qué son simulaciones de escenarios relativamente previsibles en cuanto al comportamiento de los tipos de interés? ¿Y si después la evolución es otra? La conclusión debería ser que, dado que el prestamista sabía cuál iba a ser la evolución, como afirma el TS, si la evolución posterior es distinta, inevitablemente se debería a que el prestamista habría engañado al consumidor. Tampoco es sostenible afirmar que el prestamista da una «excesiva» cantidad de datos que «diluyen» la atención del consumidor, cuando anteriormente se afirma que no se ha dado información suficiente de productos alternativos, bien por no haberlos o porque, a juicio del prestamista, no se adaptan al perfil del consumidor. ¿Podría el juez decir, en este caso, que las alternativas disponibles sí se adaptan y que la falta de información sobre ellas implica una falta de transparencia que da lugar a la nulidad?

⁴⁹ BOE núm. 112, de 11 de mayo de 1994.

En fin, la levedad, los interrogantes y las contradicciones internas de la argumentación que sirve al TS para declarar la nulidad de las cláusulas suelo son muy amplias. En efecto, ninguna entidad financiera puede estar segura de cumplir los requisitos exigidos por el TS en esta sentencia o muy difícilmente. Y ello no es compatible con la seguridad jurídica exigible siempre y, especialmente, en un sector tan sensible.

Posteriormente a la firma de los préstamos, se produjo una acusada bajada de los tipos de interés. Probablemente, se creyó que las cláusulas suelo impidieron a los deudores aprovecharse de la misma. En realidad, la culpa no era de tales cláusulas sino de la elevación que introdujo la Ley 41/2007 de las comisiones bancarias por subrogación, lo que ha dificultado notablemente que los deudores puedan subrogar a un nuevo acreedor en lugar del antiguo, como regula la Ley 2/1994, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios⁵⁰. Nadie elevó la voz de alarma por ello, sin embargo, en su momento. De haberse mantenido los límites fijados a la denominada comisión por desistimiento, anteriores a la reforma de 2007, los deudores podrían haber buscado hipotecas sin cláusulas suelo o más bajas, pero la elevación de los costes por cambio de acreedor lo dificultó notablemente. Finalmente, la LCCI ha abordado esta situación (art. 23).

Muy consciente, no obstante, de los graves efectos que su decisión podía tener para el orden público económico, da la sensación de que el TS intentó compensar su decisión, impidiendo la retroactividad de esta, lo que no era posible conforme al CC, ni conforme al Derecho de la UE, según declaró la STJUE C-154/15, C-307/15 y C-308/1, de 21 de diciembre de 2016, *Gutiérrez Naranjo*⁵¹.

4. Referencia a sentencias posteriores

Tras esta sentencia se han dictado otras sobre diferentes aspectos: vencimiento anticipado⁵², distribución de gastos, índices de referencia en el caso de los préstamos hipotecarios a interés variable, etc., y se han producido diferentes reformas, especialmente de la LH, la LEC o la Ley 2/1994, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios⁵³, entre otras, cuyo análisis no me compete realizar aquí. Finalmente, se ha promulgado la LCCI cuya finalidad esencial, aunque no única, es la trasposición de la Directiva 2014/17, de 4 de febrero, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial⁵⁴.

Toda esta evolución legislativa y jurisprudencial ha tenido como consecuencia una profunda mutación del sistema hipotecario y, por tanto,

⁵⁰ BOE núm. 80, de 4 de abril de 1994.

⁵¹ ECLI:EU:C:2016:980.

⁵² Vid. J. M. DÍAZ FRAILE, «El vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios. Evolución jurisprudencial y nueva regulación legal», en C. del C. CASTILLO MARTÍNEZ (coord.), *La nueva regulación de los contratos de crédito inmobiliario*, Madrid, Wolters Kluwers, 2020, pp. 428-479.

⁵³ BOE núm. 80, de 4 de abril de 1994.

⁵⁴ DOUE L 60, de 28 de febrero de 2014.

del mercado hipotecario español, aspecto este al que me referiré en el siguiente y último epígrafe.

A todo este panorama hay que añadir las medidas adoptadas como consecuencia de la pandemia provocada por la covid-19 dirigidas a la protección de los deudores. Así, se ha posibilitado a las personas físicas o jurídicas en situación de vulnerabilidad económica a causa de la pandemia el aplazamiento en el pago de sus hipotecas o préstamos personales durante un plazo determinado. Inicialmente, a través del Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social de la covid-19⁵⁵, se implementó la aplicación de un periodo de carencia en el capital e intereses exclusivamente para los préstamos destinados a la adquisición de vivienda habitual, que, posteriormente, y por medio del Real Decreto Ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente a la covid-19⁵⁶, se hizo extensible a los inmuebles afectos a una actividad profesional, a las viviendas en situación de alquiler por las que el deudor hubiera dejado de percibir la renta arrendaticia debido al estado de alarma, y, de forma paralela, a los préstamos con garantía personal, incluidos los préstamos al consumo, en los que el deudor hubiera incurrido en una situación financiera delicada a causa de la pandemia. Complementariamente, el sector financiero se ha adherido de forma voluntaria a un acuerdo de moratoria sectorial, regulado en el Real Decreto Ley 19/2020, de 26 de mayo, por el que se adoptan medidas complementarias en materia agraria, científica, económica, de empleo y Seguridad Social y tributarias para paliar los efectos de la covid-19⁵⁷, en el que se amplía el alcance, no solo del plazo de carencia de la amortización de capital (hasta los seis meses en caso de tratarse de un préstamo personal y de un año en caso de préstamo hipotecario), sino también del ámbito de aplicación de los deudores que se pueden beneficiar de las medidas, con criterios más flexibles que los que se fijan en el Real Decreto Ley 8/2020 y Real Decreto Ley 11/2020⁵⁸.

IV. REFLEXIONES FINALES: UN CAMBIO DE PARADIGMA QUE DIFICULTA EL ACCESO A LA VIVIENDA

La Ley de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios, conocida como Ley Azcárate⁵⁹, aún vigente, dispone en su art. 1:

⁵⁵ BOE núm. 73, de 18 de marzo de 2020.

⁵⁶ BOE núm. 91, de 1 de abril de 2020.

⁵⁷ BOE núm. 150, de 27 de mayo de 2020.

⁵⁸ Vid. el Informe de la AHE «Entorno económico-financiero. Actividad Hipotecaria. Cierre del ejercicio 2019 y avance primer trimestre 2020», disponible en <http://www.ahe.es/bocms/sites/ahenew/informes/ahe/archivos/INFORME-ANUAL-ECONOMICO-FINANCIERO-2019-1T2020.pdf>.

⁵⁹ *Gaceta de Madrid*, núm. 206, 24 de julio de 1908.

«Será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquel leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales.

Será igualmente nulo el contrato en que se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada, cualesquiera que sean su entidad y circunstancias. Será también nula la renuncia del fuero propio, dentro de la población, hecha por el deudor en esta clase de contratos».

La filosofía de la Ley Azcárate contra la usura parece bastante acertada: para declarar nulo un préstamo por usurario el interés debe ser «notablemente superior al normal» y, además, «manifiestamente desproporcionado a las circunstancias del caso» o en condiciones tales «que resulte aquel leonino». No basta con eso. Es necesario, además, que haya fundados motivos para estimar que el prestatario lo aceptó por su situación angustiosa, su inexperiencia, o lo limitado de sus facultades mentales.

En los préstamos o créditos hipotecarios concedidos por entidades financieras para la adquisición de vivienda, el interés no era en ningún caso superior al ordinario de mercado como consecuencia del carácter sumamente competitivo del mercado hipotecario español y de la existencia de un procedimiento ágil de ejecución hipotecaria (el denominado procedimiento de ejecución especial o directa de bienes hipotecados), solo posible debido al carácter constitutivo de la inscripción de hipoteca y de las garantías del procedimiento registral, especialmente la calificación registral. Adquirir una vivienda en propiedad tampoco era una urgente necesidad, pues había opciones distintas como el arrendamiento. Al fallar estos presupuestos, aunque el prestatario careciese de experiencia, ello no puede dar lugar a la nulidad conforme a la Ley Azcárate y si tenía las facultades cognitivas limitadas, ello podía dar lugar a la anulabilidad del negocio como consecuencia de la posible existencia de un vicio de la voluntad.

Como consecuencia de la Directiva 93/13, de su interpretación por el TJUE, así como de la legislación nacional sobre condiciones generales de la contratación y derechos de los consumidores, respecto de la cual la citada Directiva establece un nivel mínimo de protección que debe ser respetado por las legislaciones nacionales, las cuales, sin embargo, pueden mejorarlo, así como de la interpretación de dicha legislación por el TS, hemos llegado a una panorama jurídico muy distinto del diseñado por la Ley Azcárate.

Como hemos visto, préstamos hipotecarios concedidos por una entidad financiera a ciudadanos mayores de edad, con facultades cognitivas normales y en pleno uso de las mismas, a unos tipos de interés normales e, incluso, por debajo de la media de los países del entorno de la zona euro, solicitados para la adquisición de una vivienda en propiedad, sin que ello sea una necesidad extrema, aun habiendo cumplido con todos los requisitos de transparencia exigidos por las normativa nacional, pueden

ser declarados nulos por los tribunales, por no ser suficientemente transparentes, esto es por estar redactados de modo que puedan dificultar su comprensión al prestatario-consumidor. Es más, los prestatarios pueden estar cumpliendo el préstamo o crédito hipotecario durante años y si, en un momento dejan de pagarlo, puede alegar la nulidad por abusividad de la cláusula que sirve de base a la ejecución, lo cual, además, debe ser apreciado de oficio por los tribunales, es decir, aunque el prestatario no lo alegue.

En una situación tal, las entidades financieras carecen de seguridad jurídica: cualquier contrato en el que la otra parte sea un consumidor puede ser declarado nulo por un tribunal.

El legislador, por su parte, ha ido legislando muy condicionado por el clima político generado por el aumento de ejecuciones hipotecarias, diversas SSTJUE y el aumento vertiginoso del desempleo como consecuencia de la crisis que estalló en 2008. Así como en, su momento (Ley 41/2007), suprimió controles que nunca debió suprimir y que permitieron prácticas abusivas, con la llegada de la crisis, en lugar de preservar la calidad de los procedimientos de ejecución hipotecaria, reforzando garantías que nunca debieron suprimirse, articulando, paralelamente, una política de vivienda social efectiva, ha introducido dificultades no siempre justificadas en la ejecución hipotecaria sobre la propia vivienda, debilitando los derechos de propiedad de las entidades financieras en relación con las viviendas que se adjudican en los procedimientos hipotecarios, las cuales se ven obligadas a compensar la disminución de la calidad de la garantía elevando los tipos de interés para préstamos y créditos hipotecarios y/o aumentando las exigencias de solvencia en los solicitante de crédito.

«Si se observa la evolución de los tipos de interés desde 2007 hasta 2018, veremos que la posición relativa de los tipos de interés de los préstamos hipotecarios en España ha mejorado, pese a haber dificultado la ejecución hipotecaria, lo que, en principio, resulta sorprendente. No obstante, hay que tener en cuenta que, en esa evolución, influye directamente la política seguida por el Banco Central Europeo, así como el hecho de que, como consecuencia de diferentes normas, las entidades financieras se han visto obligadas a elevar el nivel de solvencia exigible para la concesión de créditos, incluidos los hipotecarios»⁶⁰.

Todo ello ha hecho que los sectores más necesitados hayan sido expulsados del mercado formal del crédito y que la adquisición de una vivienda en propiedad sea un objetivo menos accesible.

También la vivienda en régimen de alquiler está siendo menos accesible. En efecto, el Real Decreto Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda⁶¹ y alquiler ha derogado buena parte de las medidas flexibilizadoras adoptadas por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de vivien-

⁶⁰ Vid. https://hypo.org/app/uploads/sites/3/2019/09/HYPOSTAT-2019_web.pdf, p. 120.

⁶¹ BOE núm. 55, de 5 de marzo de 2019.

das⁶², lo que está dando lugar a una restricción de la oferta de viviendas en régimen de alquiler. Esta disminución de la oferta, por sí sola, produciría *coeteris paribus* un aumento de precios, aumento que se incrementa, como consecuencia del aumento de la demanda de vivienda en alquiler ante las crecientes dificultades para acceder a una vivienda en propiedad. A ello hay que añadir, las medidas temporales adoptadas por el Real Decreto Ley 11/2020, de 31 de marzo, antes referido.

En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Cataluña, hay que añadir las medidas adoptadas por la Ley 11/2020, de 18 de septiembre, de medidas urgentes en materia de contención de rentas en los contratos de arrendamiento de vivienda y de modificación de la Ley 18/2007, de la Ley 24/2015 y de la Ley 4/2016, relativas a la protección del derecho a la vivienda⁶³.

Todo ello contribuye a una restricción de la inversión en viviendas para destinarlas a alquiler, lo que, unido, a la práctica ausencia de construcción de viviendas sociales, está dando lugar a un encarecimiento de los alquileres.

Por todo ello, se ha llegado a una situación en la que tanto la vivienda en propiedad como en alquiler son cada vez más inaccesibles para las capas de la población con menores ingresos o ingresos medios pero decrecientes.

BIBLIOGRAFÍA

- ARRUÑADA, B., y CASAS-ARCE, P., «Préstamos hipotecarios y limitaciones al tipo de interés», en GANUZA, J. J., y GÓMEZ-POMAR, F., *El mercado hipotecario español: Análisis económico y jurídico*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017, pp. 285-314.
- CONTHE, M., «Cláusulas-suelo: un borrón supremo», en *Blog El Sueño de Jardiel*, disponible en <http://www.expansion.com/blogs/conthel/>, 17 de septiembre de 2013.
- DEHESA, G. DE LA, «Fallos de diseño y de gestión del área euro», *El País Negocios*, 8 de mayo de 2011.
- DÍAZ FRAILE, J. M., «El vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios. Evolución jurisprudencial y nueva regulación legal», en CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C. (coord.), *La nueva regulación de los contratos de crédito inmobiliario*, Madrid, Wolters Kluwers, 2020, pp. 428-479.
- KRUGMAN, P., «The Mortgage Morass», *The New York Times*, 14 de octubre de 2010.
- MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., «La limitación imperativa de la responsabilidad hipotecaria a la finca hipotecada: una idea tan seductora como desaconsejable», *Tribuna abierta de Uría & Menéndez*, núm. 29, mayo de 2011.
- «Intervenciones en el Congreso de los Diputados, Comisión de Vivienda y Comisión para la Reforma del Sistema Hipotecario», *RCDI*, núm. 729, 2012, pp. 197-252.

⁶² BOE núm. 134, de 5 de junio de 2013.

⁶³ BOE núm. 258, de 29 de septiembre de 2020.

NORTH, D. C., *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995.

JURISPRUDENCIA EUROPEA

STJUE C-415/11, de 14 de marzo de 2013, *Aziz* (ECLI:EU:C:2013:164).

STJUE C-154/15, C-307/15 y C-308/15, de 21 de diciembre de 2016, *Gutiérrez Naranjo* (ECLI:EU:C:2016:980).

JURISPRUDENCIA NACIONAL

AAP Navarra de 17 de diciembre de 2010 (ECLI:ES:APNA:2010:1A).

AAP Navarra de 28 de enero de 2011 (ECLI:ES:APNA:2011:1A).

AAP Navarra de 16 de marzo de 2011 (ECLI:ES:APNA:2011:2A).

AJMB de 26 de octubre de 2010 (ECLI:ES:JMB:2010:20A).

STS de 9 de mayo de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:1916).

STS de 13 de septiembre de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:5706).

STC de 18 de diciembre de 1981 (ECLI:ES:TC:1981:41).

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

RDGRN de 24 de julio de 2008 (*BOE* núm. 190, de 7 de agosto de 2008).

RDGRN de 4 de noviembre de 2010 (*BOE* núm. 317, de 30 de diciembre de 2010).

RDGRN de 1 de octubre de 2010 (RJ 2010/5273).

RDGRN de 21 de diciembre 2010 (*BOE* núm. 38, de 14 de febrero de 2011).

RDGRN de 11 de enero de 2011 (*BOE* núm. 38, de 14 de febrero de 2011).

RDGRN de 8 de junio de 2011 (*BOE* núm. 156, de 1 de julio de 2011).

RDGRN de 3 de octubre de 2014 (*BOE* núm. 264, de 31 de octubre de 2014).

RDGRN de 5 de febrero de 2014 (*BOE* núm. 50, de 27 de febrero de 2014).

RDGRN de 28 de abril de 2015 (*BOE* núm. 130, de 1 de junio de 2015).

RDGRN de 25 de septiembre de 2015 (*BOE* núm. 246, de 14 de octubre de 2015).

EL CONTROL REGISTRAL DE LAS CLÁUSULAS DE LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS. ALCANCE, PROBLEMÁTICA Y CONSECUENCIAS REGISTRALES DE LA CALIFICACIÓN NEGATIVA

Ángel VALERO FERNÁNDEZ-REYES
Registrador de la propiedad

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LA NECESIDAD DE CONTROLES PREVENTIVOS EN LA CONTRATACIÓN INMOBILIARIA CON CONSUMIDORES.—II. FUNCIÓN REGISTRAL Y TRANSPARENCIA MATERIAL DE LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO: 1. El Registro de Condiciones Generales de la Contratación. 2. El acta notarial de transparencia material y la concordancia entre las condiciones de la FEIN y las cláusulas del préstamo hipotecario escriturado. 3. La notificación al prestatario del contenido de la nota de despacho.—III. EL VIGENTE ÁMBITO DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL DE LAS CLÁUSULAS DE LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS: 1. La calificación registral de la legalidad y abusividad de las cláusulas de los contratos de préstamo hipotecario. 2. Algunas cuestiones referidas a las limitaciones contractuales recogidas en la LCCI. 3. La interpretación de la actual redacción del art. 84 TR-LGDCU.—IV. PROBLEMÁTICA REGISTRAL EN CASO DE INCUMPLIMIENTO DEL PROCESO DE CONTRATACIÓN, O DE EXISTENCIA DE CLÁUSULAS HIPOTECARIAS DEFECTUOSAS, ILEGALES O ABUSIVAS: 1. Doctrina del TJUE sobre la conservación del contrato y la denominada inscripción parcial registral. 2. La naturaleza del préstamo hipotecario y su repercusión en la inscripción de las hipotecas. 3. Distintos supuestos de calificación negativa y su tratamiento registral. 4. La subsanación de los defectos puestos de manifiesto por la calificación registral.—BIBLIOGRAFÍA.—JURISPRUDENCIA EUROPEA Y NACIONAL.—RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL.

I. INTRODUCCIÓN: LA NECESIDAD DE CONTROLES PREVENTIVOS EN LA CONTRATACIÓN INMOBILIARIA CON CONSUMIDORES

Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea corresponde a los jueces nacionales el control global de la contratación bajo condiciones generales con consumidores, estando obligados a apreciar de oficio la transparencia material y el carácter abusivo de todas las cláusulas contractuales comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CEE¹, en cuanto ese control judicial se

¹ SSTJUE C-243/08, de 4 de junio de 2009, *Pannon GSM* (ECLI:EU:C:2009:350); C-618/10, de 14 de junio de 2012, *Banco Español de Crédito* (ECLI:EU:C:2012:349), y C-415/11, de 14 de marzo de 2013, *Aziz* (ECLI:EU:C:2013:164).

considera el medio más adecuado y eficaz para conseguir la protección que persigue dicha Directiva.

A este respecto debe tenerse en cuenta que los controles judiciales de los contratos bajo condiciones generales se producen *a posteriori* e implican una actuación previa del consumidor, a través de una acción declarativa, o del predisponente, en caso de incumplimiento del contrato, mediante el ejercicio, por ejemplo, de la acción ejecutiva hipotecaria. Ahora bien, la complejidad y el dinamismo del tráfico jurídico, mercantil o inmobiliario, exige una tutela preventiva de los derechos de los consumidores, que impida el uso de cláusulas abusivas, tutela que en este ámbito tienen atribuida los notarios y los registradores de la propiedad en cuanto instituciones al servicio de la seguridad jurídica preventiva (art. 9.3 CE) que, como tal, actúan *ex ante*, evitando litigios y situaciones de conflicto con el carácter cautelar propio de su función.

Es por ello que Francisco Orduña² ha manifestado que:

«Una cosa es el irrenunciable derecho al control judicial de las cláusulas abusivas, que además debe ser ejercitado de oficio por los tribunales, y otra, bien distinta, es que dicho control judicial de la abusividad merme o impida la posibilidad de cualquier otro control de legalidad previsto por el sistema normativo, particularmente de los derivados de la tutela preventiva propia de notarios y registradores».

En el mismo sentido María Ángeles Alcalá³ ha puesto de manifiesto que «la exclusión de controles preventivos y la apreciación del carácter abusivo de las contractuales solo por vía judicial sería contraria a la interpretación dada por la STJUE C-243/08, de 4 de junio de 2009, *Pannon*, según la cual:

«El art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que una cláusula contractual abusiva no vincula al consumidor y que, a este respecto, no es necesario que aquel haya impugnado previamente con éxito tal cláusula».

Así, la especial naturaleza de los bienes inmuebles, que excede el mero consumo, hace necesario rodear su contratación de unas especiales garantías de las que no disfrutaban otras adquisiciones, como la intervención y asesoramiento de los notarios en el acto del otorgamiento del contrato de compra o de préstamo hipotecario —escritura pública— y/o el control registral de la legalidad del negocio (art. 18 LH), como requisito previo a la inscripción; cada funcionario dentro de las competencias que, conforme a la respectiva naturaleza de sus funciones, la ley les haya atribuido expresamente.

El fundamento de esta tutela preventiva la encontramos en los propios arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE que disponen que los Estados

² F. J. ORDUÑA MORENO, *Control de transparencia y contratación bancaria*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 93-100.

³ M. A. ALCALÁ DÍAZ, *La protección del deudor hipotecario*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2013, pp. 225-239.

miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre este y un profesional y que también velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.

El hecho de que estos artículos hayan sido interpretados por la doctrina del TJUE en el sentido de que el principio de efectividad de la normativa europea de protección de los consumidores impone como medio más eficaz el control judicial de la eventual abusividad de las cláusulas de los préstamos hipotecarios, no excluye, como se ha manifestado anteriormente, la adopción legislativa de otros medios para lograr el cese del uso de cláusulas abusivas, como puede ser el control preventivo extrajudicial llevado a cabo por notarios y registradores de la propiedad. En realidad, como pone de manifiesto la STS de 13 de septiembre de 2013⁴, relativa a la calificación registral de las cláusulas de los préstamos hipotecarios, haciendo suya la doctrina de la RDGRN de 16 de agosto de 2011⁵, la necesidad de garantizar el principio de efectividad de la normativa de protección de los consumidores implica que la nulidad de las cláusulas abusivas se imponen de una manera inmediata sin necesidad de declaración judicial (nulidad *apud acta*) y que todas las autoridades y funcionarios nacionales, no solo los jueces, deben de abstener de colaborar en la aplicación de tales cláusulas abusivas.

Este criterio se infiere asimismo del último de los Considerandos de la Directiva 93/13/CEE que, referido al art. 7.1 de la misma, afirma que los órganos judiciales y autoridades administrativas deben contar con medios apropiados y eficaces para poner fin al uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; sentido inclusivo de las autoridades administrativas respecto del que también se ha pronunciado la STJUE C-14/83, de 10 de abril de 1984, *Von Colson*⁶.

Pues bien, en este contexto, un control de legalidad registral material de las cláusulas de los préstamos hipotecarios libera al deudor de la necesidad de una actuación proactiva en defensa de sus derechos, sin que se vulneren por ello los derechos del acreedor predisponente porque este siempre puede interponer el correspondiente recurso administrativo o judicial contra la calificación registral (arts. 19 bis y 324 LH) si considera que las cláusulas denegadas se ajustan a la legalidad y, en su caso, lograr la inscripción de las mismas.

Además, la calificación registral facilita la labor judicial en este ámbito, ya que si tenemos en cuenta que el art. 130 LH solo permite la ejecución hipotecaria «sobre la base de los extremos contenidos en el título

⁴ ECLI:ES:TS:2013:5706.

⁵ BOE núm. 248, de 14 de octubre de 2011.

⁶ ECLI:EU:C:1984:153.

que se hayan recogido en el asiento respectivo», extremos que el registrador pone de manifiesto al juez en la preceptiva certificación registral de dominio y cargas del art. 688 LEC con que comienza el procedimiento ejecutivo hipotecario, la posible aplicación de las cláusulas excluidas que pretenda hacer el acreedor, deberá ser rechazada por el juez, no con base en su apreciación de la existencia de abusividad, sino simplemente porque no constan inscritas; limitando su valoración a aquellas cláusulas inscritas que exijan una ponderación de las circunstancias del supuesto concreto.

Este trabajo se va a centrar en el examen de la función que en este ámbito de la tutela o control preventivo corresponde a los registradores de la propiedad tras la reforma llevada a cabo por LCCI (*BOE* núm. 65, de 16 de marzo de 2019)⁷; y en el análisis de las consecuencias registrales derivadas de no haberse seguido el proceso de contratación fijado legalmente o de haberse denegado determinadas cláusulas contractuales del préstamo hipotecario.

II. FUNCIÓN REGISTRAL Y TRANSPARENCIA MATERIAL DE LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO

Una de las finalidades principales de la nueva LCCI ha sido lograr una concesión de préstamos inmobiliarios transparente, para lo que articula, completando y mejorando el marco jurídico de la Orden EHA 2899/2011⁸, un régimen amplio de información precontractual y de obligaciones de transparencia material en relación con estos contratos, que en el ámbito de la tutela preventiva gira en torno a las siguientes actuaciones:

1. El Registro de Condiciones Generales de la Contratación

El Registro de Condiciones Generales de la Contratación está regulado en el art. 11 LGCC⁹ y en el RCGC¹⁰, y se encuentra a cargo de los Registros de Mercantiles y/o de Bienes Muebles. La LCCI trata de potenciar este Registro, como mecanismo que contribuya a favorecer la transparencia y la seguridad jurídica en la contratación de préstamos hipotecarios con consumidores.

Esta transparencia se intenta hacer efectiva, en este ámbito, con dos medidas principales: a) la inscripción o depósito «obligatorio» por parte

⁷ Ley 5/2019 de 15 de marzo, de regulación de los contratos de crédito inmobiliario (*BOE* núm. 65, de 16 de marzo de 2019).

⁸ Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (*BOE* núm. 261, de 29 de octubre de 2011).

⁹ Ley 7/1998, de 13 de noviembre, de Condiciones Generales de la Contratación (*BOE* núm. 89, de 14 de abril de 1998).

¹⁰ Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación (*BOE* núm. 306, de 23 de diciembre de 1999).

de los prestamistas de las condiciones generales utilizadas en los contratos de préstamo hipotecario recogida en el art. 7 LCCI y en el reformado art. 11.2 LCGC (modificado por la DF 4.^a), como requisito previo para su comercialización, y *b*) la remisión de oficio al Registro de Condiciones Generales de la Contratación, para su inscripción, de las sentencias firmes dictadas en acciones colectivas o individuales de nulidad, cesación o retractación en la utilización de condiciones generales abusivas, recogida en los arts. 521.4 LEC (DF 5.^a) y 11.4 LCGC (DF 4.^a).

Centrándonos en el depósito del modelo de contrato de préstamo hipotecario en el RCGC, el mismo produce los siguientes efectos principales:

a) Dota de transparencia a los modelos de contratos de préstamo hipotecario, al ser accesibles a cualquier operador jurídico o ciudadano que puede consultarlos en la web con carácter gratuito o recibirlos vía correo electrónico, ya que al depositarlos se les atribuye un «código de identificación único» para todo el territorio nacional que permite contrastar los modelos con la oferta vinculante.

b) Permite determinar el inicio del plazo de prescripción de las acciones colectivas de cesación y retractación, conforme al art. 19.2 LCGC que afirma:

«No obstante, si las condiciones generales se hubieran depositado en el Registro General de Condiciones Generales de la Contratación, dichas acciones prescribirán a los cinco años, computados a partir del día en que se hubiera practicado dicho depósito y siempre y cuando dichas condiciones generales hayan sido objeto de utilización efectiva».

En cuanto a la cuestión relativa a los efectos anudados a la falta del depósito del modelo utilizado, la exigencia legal de que «el depósito debe realizarse antes de la comercialización del préstamo o crédito a que responda cada modelo», implica que su no depósito constituye un defecto que impide la inscripción del préstamo o crédito hipotecario en el Registro de la Propiedad, y debe ser objeto de calificación registral.

A estos efectos se debe tener en cuenta que, en una interpretación sistemática, el art. 7 LCCI configura expresamente en su título el depósito de los modelos o formularios en el RCGC como «una obligación de transparencia de los contratos», lo que es fundamental porque la DF 8.^a LCCI modifica paralelamente el art. 83.2 TR-LGDCU que ahora dice: «Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos de los consumidores serán nulas de pleno derecho», y ello, a mi juicio, afecta tanto a la falta del acta notarial previa, como a la falta del depósito previo del modelo contractual que sin ella no se puede comercializar.

Como se indica en la Instrucción de la DGRN de 13 de junio del 2019¹¹, los registradores de la propiedad tienen, en primer lugar, la obligación de comprobar la realidad del depósito del concreto modelo de préstamo

¹¹ BOE núm. 142, de 14 de junio de 2019. Esta Instrucción ha sido luego contradicha por diversas resoluciones (p. ej., RRDGRN de 11 de diciembre de 2019, BOE núm. 61; de 10 de marzo de 2020, o de 28 de febrero de 2020, BOE núm. 183, de 3 de julio de 2020), que excluyen el

que se presenta a inscripción, por ser un requisito esencial del negocio jurídico para su contratación, para lo cual el notario autorizante tiene la obligación de indicar «el código de identificación único» del depósito del modelo que le asigna el RCGC o cualquier otro dato que la entidad prestamista le hubiere suministrado para su identificación, en cumplimiento del deber de colaboración y facilitación de datos entre administraciones públicas (art. 141 LRJSP)¹².

A su vez, las condiciones generales recogidas en el contrato escriturado deben de coincidir con las del modelo depositado en el RCGC, por lo que los contratos que difieran en su conjunto del modelo depositado por el prestamista no serán válidos a tenor del citado art. 83.2 TR-LGDCU.

Ese efecto tan drástico del no depósito de las condiciones generales que luego se utilicen en un contrato sujeto a un modelo depositado determinado, hace que el registrador de la propiedad deba también comprobar la coincidencia de las concretas cláusulas suscritas con su correspondiente condición general depositada, denegando su acceso tabular, pero inscribiendo la hipoteca, salvo que tal cláusula afecte a un contenido esencial de la misma. Además, deberá hacer constar tal circunstancia en la nota de despacho del documento que remitirá al prestatario para que tenga conocimiento de las cláusulas de la garantía hipotecaria que no han accedido al Registro, y también deberá comunicarlo al Ministerio de Justicia, a los efectos de lo dispuesto en el art. 24 LCGC.

Ahora bien, esta calificación de concordancia, que, en su caso, debe tener en cuenta la existencia de las alternativas depositadas, no impide el acceso al Registro de las cláusulas que resulten de una negociación individual, porque ya no constituirían una condición general sino particular (art. 23.3 LCGC). Esta condición de cláusula particular negociada, en cuanto el art. 82.2 TR-LGDCU imputa la carga de la prueba al empresario, deberá estar explicitada en la escritura por afirmación del prestatario o resultar claramente del contexto del resto de las cláusulas y, en todo caso, deberá suponer una mejora de las condiciones para el deudor por cuanto no es posible desvirtuar, en perjuicio del consumidor, el contenido de las condiciones de las que hubiere sido informado y se le hubieren ofrecido (art. 29 de la Orden EHA 2899/2011).

No obstante, la citada Instrucción de la DGRN de 13 de junio de 2019¹³, no anuda la denegación de la inscripción en el Registro de la Propiedad de aquellas cláusulas contractuales que presenten diferencias con sus condiciones generales depositadas, por entender que la simple existencia de discrepancia entre la cláusula contractual firmada y la condición general depositada, implica que en principio esa estipulación tiene el carácter de condición particular negociada individualmente; argumento este que no

control registral si ha habido una comprobación notarial del depósito, resoluciones que, dado el carácter vinculante de la Instrucción y a su jerarquía normativa, no deben ser tenidas en cuenta.

¹² Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2020).

¹³ BOE núm. 142, de 14 de junio de 2019.

se comparte por las razones antes expuestas. El único efecto que anuda la DGRN a esta discordancia es la obligación registral, con base en el deber general de colaboración con la Administración y en el art. 24 LCGC, de notificar esta circunstancia al Ministerio de Justicia.

Con este criterio la Instrucción realiza una interpretación no ajustada a derecho de la obligación del depósito de las condiciones generales de los préstamos hipotecarios en el RCGC, al reducirlo a una mera cuestión de transparencia formal o documental, lo que supone no derivar efecto jurídico alguno a las discrepancias entre la condición general predispuesta y la depositada, dejando el control de cualquier discrepancia para una posterior resolución judicial; cuando la finalidad de la LCCI al introducir la obligación previa del depósito en el RCGC de las condiciones generales de los contratos de préstamo hipotecario es la de aumentar las exigencias de transparencia material, en los términos analizados recogidos en el art. 83.2 TR-LGDCU y reforzar la tutela preventiva de los consumidores.

2. El acta notarial de transparencia material y la concordancia entre las condiciones de la FEIN y las cláusulas del préstamo hipotecario escriturado

El estudio del acta de transparencia material, de tramitación exclusivamente notarial, así como de la comprobación de la inexistencia de discrepancias entre las condiciones de la oferta vinculante (FEIN) y el documento contractual finalmente suscrito, es objeto de otro trabajo en esta misma publicación por lo que aquí me limitaré a señalar la actuación registral en relación con estos extremos.

Así, el art. 15 LCCI dispone que, sin perjuicio de las explicaciones adecuadas y de la documentación que el prestamista debe facilitar al prestatario (art. 14 LCCI), este habrá de comparecer ante el notario por él elegido, como tarde el día anterior al de la autorización de la escritura pública del contrato de préstamo, a efectos de obtener presencialmente asesoramiento notarial acerca de las condiciones generales del contrato, y de la verificación por parte del notario sobre la puesta a disposición por el acreedor al prestatario, en los plazos legalmente previstos, de los documentos descritos en el citado art. 14.1; extendiendo acta notarial de todo ello.

Si no quedara acreditado documentalmente el cumplimiento en tiempo y forma de las obligaciones previstas en el art. 14.1 LCCI o si el prestatario no compareciese para recibir el asesoramiento en el plazo señalado en el apartado 3 de dicho artículo, el notario expresará en el acta esta circunstancia. En este caso, no podrá autorizarse ni inscribirse la escritura pública de préstamo hipotecario (art. 22.2 LCCI).

Respecto del valor de este acta notarial, conforme al art. 17 bis, apartado 2.b) LN y el art. 319 LEC, «el contenido del acta se presumirá veraz e íntegro, y hará prueba del asesoramiento prestado por el notario y de la

manifestación de que el prestatario comprende y acepta el contenido de los documentos descritos, a efectos de cumplir con el principio de transparencia en su vertiente material»; pero sin que ello suponga una inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor, o una prueba *iuris et de iure* de su comprensión real, sino que únicamente hace prueba sobre que predisponente y notario han satisfecho *prima facie* las exigencias legales de transparencia.

En la escritura pública del préstamo hipotecario el notario autorizante deberá insertar una reseña identificativa del acta de transparencia a la que se refieren los apartados anteriores. En dicha reseña se expresará el número de protocolo, notario autorizante y su fecha de autorización, así como la afirmación del notario bajo su responsabilidad, de acuerdo con el acta, de que «el prestatario» (también, en su caso, los fiadores y garantes) ha recibido en plazo la documentación preceptiva y el asesoramiento previsto en este artículo (art. 15.7 LCCI).

A estos efectos, frente a la situación anterior¹⁴, la nueva LCCI circunscribe el control registral de transparencia material a que «los registradores de la propiedad [...] no inscribirán ninguna escritura de hipoteca que se refiera a los préstamos regulados en esta ley en la que no conste la reseña del acta notarial conforme al art. 15.7» (art. 22.2 LCCI); por lo que aparentemente la función registral en este ámbito queda limitada a comprobar que el notario ha dejado constancia de dicha reseña.

Lo mismo cabe decir respecto del control de la concordancia entre las cláusulas de la escritura de préstamo hipotecario y las condiciones concretas de la oferta vinculante o FEIN, ya que esa comprobación de la concordancia, que viene impuesta por los arts. 23 y 29 de la Orden EHA 2899/2011, que imponen a la entidad acreedora la obligación de aceptar finalmente las condiciones ofrecidas al cliente en la citada oferta vinculante, sin poder desdecirse de las mismas; ha sido atribuida en exclusiva al notario autorizante por el art. 30.3.a) de la citada Orden.

La cuestión que se plantea registralmente es si el notario autorizante de la escritura de préstamo hipotecario debe hacer expresa mención en esta del hecho de haber comprobado dicha concordancia y de la existencia de la misma o si, por el contrario, la misma ha de presumirse de la mera autorización de aquella escritura.

A este respecto, es cierto que la literalidad del art. 15.7 LCCI no exige la constancia expresa en la escritura de préstamo hipotecario de la fe notarial acerca de la citada concordancia, circunstancia que, dados los efectos de la existencia de divergencias, parece necesaria para poder inscribir la hipoteca; ya que según el nuevo art. 5.5 LCGC y el nuevo art. 83 TR-LGDCU (DDFF 4.^a y 8.^a LCCI) las condiciones incorporadas de modo

¹⁴ RRDGRN de 13 de septiembre de 2013 (BOE núm. 246, de 14 de octubre de 2013); de 5 de febrero de 2014 (RJ 2014/1178); de 28 de abril de 2015 (BOE núm. 130, de 1 de junio de 2015), y de 9 de marzo de 2016 (BOE núm. 83, de 6 de abril de 2016).

no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho, y ello escapará al control registral dado que el acta notarial de transparencia no se va a presentar junto con la escritura de préstamo hipotecario.

No obstante, dado que el art. 15.7 LCCI se refiere a la reseña del acta notarial de transparencia, a la que se circunscribe, y que la comprobación de la concordancia se refiere a un momento posterior, cual es la elaboración y otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario, tal ausencia de la exigencia de indicación en el citado artículo no es argumento en contra de la necesidad de la referida constancia notarial.

Sin embargo, ese es el criterio seguido por la Instrucción de la DGRN de 20 de diciembre de 2019 y diversas resoluciones que de ella derivan¹⁵. No comparto esta tesis dada la trascendencia sustantiva de la citada discordancia, y a que, además, choca con la exigencia, explicitada por la propia DGRN, acerca de la necesidad de constancia en la escritura pública de la indicación de la comprobación notarial del depósito del modelo de contrato de préstamo utilizado, cuando esa obligación de comprobación del depósito, frente a la que ahora tratamos, ni siquiera se encuentra explicitada en norma alguna.

En definitiva, como manifiesta la propia Instrucción de 20 de diciembre de 2019:

«La buena técnica notarial exige que se motive expresa y adecuadamente la decisión de proceder a la autorización de la escritura de préstamo, reseñando, al menos de forma genérica pero clara, los controles sobre la transparencia material que el notario ha realizado con carácter previo a dicha autorización».

Y entre esos controles se incluye el de concordancia entre las condiciones de la FEIN y las cláusulas de la escritura.

3. La notificación al prestatario del contenido de la nota de despacho

Finalmente, en este ámbito de la transparencia, la LCCI, para los préstamos y créditos que se sitúen en su ámbito de aplicación, dota de mayor importancia jurídica a la nota registral de calificación negativa o de despacho parcial que, al denegar o inscribir el derecho real de hipoteca, el registrador debe expedir. Así, tras la citada ley el registrador tiene la obligación de remitir gratuitamente y de forma telemática al prestatario nota simple literal de la inscripción practicada y de la nota de despacho y calificación, con indicación de las cláusulas no inscritas y con la motivación de su respectiva suspensión o denegación, a cuyo fin en la escritura de préstamo hipotecario se hará constar una dirección de correo electrónico del prestatario y garantes para la práctica de estas comunicaciones (DA 8.^a).

¹⁵ RRDGSJFP de 15 de enero de 2020 (BOE núm. 170, de 18 de junio de 2020), y de 20 de febrero de 2020 (BOE núm. 182, de 2 de julio de 2020).

La finalidad de esta obligación registral de notificación es doble, en primer lugar, responder a la necesidad de que el prestatario conozca de primera mano qué cláusulas del contrato de préstamo se han inscrito y le afectan, y cuáles no se han inscrito (o la negativa a la inscripción de la hipoteca), a los efectos de poder oponerse a su aplicación en el procedimiento de ejecución hipotecaria, solicitando su rechazo al juez competente, en aplicación del art. 130 LH que, como ya se ha señalado, dispone que la ejecución hipotecaria solo podrá basarse en el contenido de las cláusulas inscritas.

Y, en segundo lugar, a efectos de transparencia material, la finalidad de la notificación es informar al prestatario de las razones por la que tales cláusulas no inscritas no le vinculan en los términos en que se encuentran redactadas y de esta manera, debidamente informado, pueda accionar contra las mismas en vía declarativa, o consentir libremente y *ex novo* en la modificación de su contenido para posibilitar la inscripción. A este respecto cabe recordar la doctrina de la DGRN acerca de que las notas de calificación no pueden ser mera transcripción de preceptos legales, sino que tienen que contener una explicación somera pero suficiente, de las razones de su rechazo, con el objeto de que sea inteligible para el consumidor qué cláusulas no se inscriben y el motivo de la denegación.

III. EL VIGENTE ÁMBITO DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL DE LAS CLÁUSULAS DE LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

1. La calificación registral de la legalidad y abusividad de las cláusulas de los contratos de préstamo hipotecario

La LCCI ha modificado, en su DF 1.^a, los arts. 12.2 y 258.2 LH en lo tocante a la calificación registral de las escrituras de préstamo hipotecario, la cual, no cabe duda, que ha sido reforzada. Así, el actual art. 12.2 dispone que:

«Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por la hipoteca, cualquiera que sea la entidad acreedora, en caso de calificación registral favorable de las mismas y de las demás cláusulas de trascendencia real, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización».

Esta nueva redacción supone, por un lado, la constatación de la competencia registral en cuanto a la calificación de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios, que había sido negada por la RDGRN de 24 de julio de 2008¹⁶ (y las que siguieron su doctrina) basándose en la redacción anterior del citado artículo¹⁷, aju-

¹⁶ BOE núm. 190, de 7 de agosto de 2008.

¹⁷ Sobre la evolución de la calificación registral y la controversia acerca de la anterior redacción del art. 12.2 LH, *vid.* A. VALERO FERNÁNDEZ-REYES, «La calificación registral de las cláusulas

tando el texto legal al reconocimiento jurisprudencial de la calificación registral, derivado de las SSTs de 16 de diciembre de 2009¹⁸ y de 13 de septiembre de 2013¹⁹; y, por otro lado, también implica que dicha calificación comprende tanto los préstamos hipotecarios concedidos por las entidades de crédito (antes aparentemente excluidas) como por cualquier otro prestamista.

Por su parte, el nuevo art. 258.2 establece que el registrador de la propiedad denegará la inscripción de aquellas cláusulas de los contratos que sean contrarias a normas imperativas o prohibitivas, o hubieran sido declaradas nulas por abusivas por sentencia del TS con valor de jurisprudencia o por sentencia firme inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

Con ello se recoge legalmente el ámbito de extensión de la calificación registral reconocido por la STS de 13 de septiembre de 2013 y su remisión expresa al contenido de la RDGRN de 11 de agosto de 2011²⁰; doctrina que fue desarrollada por otras resoluciones posteriores y sistematizada por las RRDGRN de 28 de abril²¹, de 25 de septiembre de 2015²² y de 30 de noviembre de 2018²³, de las que se hace eco el nuevo texto del citado art. 258.2 LH.

Así el registrador podrá, con carácter general en todo tipo de hipotecas, negar la inscripción de aquellas cláusulas que, con independencia de su validez civil o posible eficacia real, no tengan carácter inscribible por estar expresamente excluido su acceso al Registro de la Propiedad por una norma de naturaleza hipotecaria de carácter imperativo, bien de forma automática o bien por no reunir los requisitos necesarios para su inscripción. Ello ocurre, por ejemplo, con las prohibiciones de disponer, de conformidad con lo previsto en el art. 27 LH, o con los derechos reales o cláusulas relativas a los mismos que no contengan las determinaciones legalmente prescritas, recogidas en los arts. 9 y 12 LH, 51.6 RH, 682 y 693 LEC, etcétera.

Igualmente el registrador podrá rechazar aquellas otras cláusulas que sean contrarias a normas imperativas o prohibitivas expresas y objetivas y, por tanto, nulas de pleno derecho, ya sean estas de carácter específico (p. ej., el pacto comisorio prohibido por el art. 1859 CC o el pacto de vencimiento anticipado por la declaración de concurso prohibido por el art. 61.3 LC), o referenciadas a los principios generales de la contratación (p. ej., el pacto que vulnere de forma objetiva el art. 1256 CC o el

de los préstamos hipotecarios: consecuencias de las recientes decisiones judiciales», en J. E. IRANZO MARTÍN (coord.), *El crédito al consumo: una palanca para la recuperación*, Madrid, Colegio de Economistas de Madrid, 2014, pp. 129-172.

¹⁸ ECLI:ES:TS:2009:8466.

¹⁹ ECLI:ES:TS:2013:5706.

²⁰ BOE núm. 248, de 14 de octubre de 2011.

²¹ BOE núm. 130, de 1 de junio de 2015.

²² BOE núm. 246, de 14 de octubre de 2015.

²³ BOE núm. 306, de 20 de diciembre de 2018.

pacto que excluya o no prevea la facultad de deudor, reconocida en el art. 1129.3 CC, de completar la garantía concedida en caso de menoscabo de la misma). A este respecto debe recordarse que la LCGC es aplicable aunque el adherente (persona física o jurídica) sea un profesional y actúe en el marco de su actividad (art. 3), y que son nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan, en perjuicio del adherente, lo dispuesto en dicha ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva (art. 8.1), sin necesidad de que las mismas tengan la condición de abusivas.

Y, por último, también podrán denegarse las cláusulas que no tengan carácter inscribible por ser puramente obligacionales y no ostenten la condición de cláusula financiera, sin que se pacte tampoco que su incumplimiento genere el vencimiento anticipado de la obligación principal, ni se garantice su importe económico con alguno de los conceptos de la responsabilidad hipotecaria; cláusulas que deben ser depuradas simplemente por esa carencia de eficacia real (art. 98 LH).

Tratándose de préstamos hipotecarios a los que les es aplicable la normativa de protección de los consumidores, adicionalmente se podrán rechazar la inscripción de cláusulas, por razón de abusividad, en cuatro supuestos concretos:

a) Cuando la cláusula sea abusiva por contradecir una norma imperativa expresa en materia de consumo, como el impago necesario para producir el vencimiento anticipado o las normas sobre interés moratorio de los arts. 24 y 25 LCCI.

b) Cuando la nulidad por abusividad hubiera sido declarada por sentencia del TS con valor de jurisprudencia, sin que sea necesario en este caso que conste inscrita en el RCGC, aunque lo suyo es que también se inscriban.

c) Cuando hubieran sido declaradas nulas por abusivas por sentencia firme de órganos jurisdiccionales inferiores inscrita en el RCGC. Si alguna de estas sentencias fuere discrepante con alguna sentencia del TS con valor de jurisprudencia que admitieran la cláusula que se tratare, como es lógico esta prevalecerá sobre aquellas.

d) Cuando el carácter abusivo de la cláusula pueda ser apreciado directamente por el registrador de forma objetiva, sin realizar ningún juicio de ponderación en relación con las circunstancias particulares del caso concreto, porque coincidan con alguna de las cláusulas tipificadas como tales en la denominada «lista negra» de los arts. 85 a 90 TR-LGDCU, con base en la doctrina de la nulidad *apud acta*, que no necesita de la previa declaración judicial de nulidad, recogida en la STS de 13 de septiembre de 2013, y cuya subsistencia tras la reforma ha sido ratificada por la reciente RDGSJFP de 27 de julio de 2020.

Ejemplo de este último supuesto de calificación registral lo encontramos respecto de la abusividad de la cláusula en que la fórmula utilizada para el cálculo de los intereses ordinarios aplique como numerador 365 (año natural) y como denominador 360 (año comercial), porque ello im-

plica, objetivamente, un desequilibrio en perjuicio del consumidor, criterio que ha sido confirmado por la RDGSJFP de 21 de junio de 2019²⁴.

Por último, respecto del controvertido tema de la calificación de las cláusulas de vencimiento anticipado, las cuales tendrán siempre transcendencia real, en la medida que habilitan el ejercicio de la acción hipotecaria y provocan la cancelación de las cargas posteriores por virtud del principio de purga registral (arts. 134 LH y 674 LEC), además de lo ya expuesto en relación a la aplicabilidad general de las normas imperativas y prohibitivas, son también utilizables en el control de legalidad de las mismas, las normas y principios generales del sistema registral español, que se concretan en la exigencia de los siguientes requisitos:

a) Según se infiere de la STS de 16 de diciembre de 2009²⁵ y también de las SSTS de 9 de marzo de 2001²⁶, de 4 de julio de 2008²⁷ y de 12 de diciembre de 2008²⁸, la inscripción y validez de estas cláusulas exige que el vencimiento anticipado no se vincule al incumplimiento de obligaciones accesorias o irrelevantes, sino que debe responder a una causa justificativa adecuada, la cual se encuentre relacionada bien con la obligación principal garantizada a la que debe estar vinculada de alguna manera o con la eficacia del derecho real de hipoteca (su rango, posibilidades de ejecución, etc.), o bien con la conservación de la finca gravada o con las obligaciones inherentes a la misma que puedan constituir cargas preferentes (seguros, gastos de comunidad de propietarios o Impuesto sobre Bienes Inmuebles).

b) Según resulta de la doctrina de la STS de 27 de mayo de 2009²⁹ es necesario que los términos de estas cláusulas de vencimiento anticipado cumplan con el requisito de determinación hipotecaria que es de exigencia ineludible para la eficacia del derecho real de que se trate, sin que la concreción de los elementos que generen o sean susceptibles de generar tal vencimiento pueda dejarse al albedrío de una de las partes contratantes (art. 1256 CC).

c) Según señalan, entre otras, las RRDGRN de 8 de junio de 2011³⁰ y de 3 de octubre de 2014³¹, la especial naturaleza o finalidad de la obligación garantizada influye en la determinación del carácter relevante o no de las distintas cláusulas de vencimiento anticipado pactadas y, en consecuencia, en su inscribibilidad; provocando, igualmente, la exclusión registral de aquellas causas de vencimiento anticipado que sean totalmente ajenas al crédito garantizado y cuya efectividad no menoscabe la garantía real ni la preferencia de la hipoteca. A este respecto es claro que en los préstamos con consumidores debe admitirse el vencimiento anticipa-

²⁴ BOE núm. 170, de 17 de julio de 2020.

²⁵ ECLI:ES:TS:2009:8466.

²⁶ LA LEY 41/77/2001.

²⁷ RJ 2008/3196.

²⁸ ECLI:ES:TS:2008:6858.

²⁹ ECLI:ES:TS:2009:3564.

³⁰ BOE núm. 156, de 1 de julio de 2011.

³¹ BOE núm. 264, de 31 de octubre de 2014.

do por falsedad u ocultación consciente de información sobre solvencia (art. 11.4 LCCI)

2. Algunas cuestiones referidas a las limitaciones contractuales recogidas en la LCCI

Ciñéndonos a la calificación de las escrituras de préstamo hipotecario a las que les es de aplicación la LCCI, lo primero que tiene que calificar el registrador es si este se encuentra incluido dentro del ámbito de aplicación recogido en el art. 2.1 LCCI, y su interpretación llevada a cabo por la Instrucción de la DGRN de 20 de diciembre de 2019³², y, caso de ser así, si se ha cumplido con el proceso de contratación recogido en dicha ley³³ y si las cláusulas respetan sus limitaciones contractuales: prohibición de cláusula suelo (art. 21.3), gastos imputables legalmente al prestamista (art. 11.1), comisiones por subrogación activa, reembolso anticipado o cambio a interés fijo (art. 23), cuantía del interés moratorio (art. 25), o número o cuantía de los impagos necesarios para provocar el vencimiento anticipado (art. 24).

Respecto de aquellas cláusulas que no tengan una limitación legal expresa en dicha ley, se aplicarán los criterios de calificación generales antes expresados, como la aplicación de otras limitaciones legales, por ejemplo, la limitación de comisión por novación del plazo del art. 10 de la Ley 2/1994³⁴; y, en todo caso, respetando el criterio del TS vigente en el momento de la calificación, como ocurrirá con la validez de la comisión de apertura³⁵, o la posibilidad de imputar los gastos del seguro de daños o de conservación del inmueble gravado al prestatario³⁶.

En cuanto a las consecuencias registrales de esa calificación negativa de la inscripción de una o varias cláusulas hipotecarias en préstamos hipotecarios con consumidores o, en su caso, del incumplimiento del proceso de contratación, y la posibilidad de su subsanación, nos remitimos a lo que se expondrá en un epígrafe posterior.

Volviendo a las limitaciones contractuales recogidas en la LCCI, es claro que todas ellas, según expresamente dispone el art. 3 de la misma, tendrán carácter imperativo, no siendo disponibles para las partes contratantes salvo que la norma expresamente establezca lo contrario; pero, entonces, cuál es el alcance de la atribución en su E. de M. del carácter «estrictamente imperativo» solo al contenido concreto de los arts. 24 (vencimiento anticipado por impago) y 25 (intereses moratorios) LCCI;

³² BOE núm. 313, de 30 de diciembre de 2019.

³³ RDGSJFP de 27 de julio de 2020 (BOE núm. 212, de 6 de agosto de 2020).

³⁴ Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios (BOE núm. 80, de 4 de abril de 1994).

³⁵ STS de 23 de enero de 2019 (ECLI:ES: TS:2019:101), cuya legalidad, art. 14.4 LCCI, no ha sido rechazada por la STJUE C-224/19, de 16 de julio de 2020, *Caixabank* (ECLI:EU:C:2020:578).

³⁶ STS de 23 de diciembre de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:5618).

qué diferencia a la limitación de esos dos artículos de la contenida en los demás.

De la RDGRN de 5 de diciembre de 2019 se infiere que mientras que las normas recogidas en los arts. 24 y 25 LCCI, son inamovibles y no admiten pacto en contrario ni siquiera en favor del consumidor; la contenida en los demás artículos de la ley se deben considerar como la fijación de unas cifras máximas y mínimas, según los casos, que no se pueden rebasar, pero que sí admiten pacto contrario en favor del consumidor.

A esa conclusión se llega por el Centro Directivo, fundamentalmente, por la indicación en la E. de M. de que con ello se pretende «sustituir el régimen vigente, en el que existía cierto margen a la autonomía de la voluntad de las partes, por normas de carácter estrictamente imperativo»; «dotar de una mayor seguridad jurídica a la contratación»; y sustituir el anterior régimen de los intereses moratorios «en el que únicamente se establecía un límite máximo para cuantificarlos, por un criterio claro y fijo para su determinación». Respecto de ambos tipos de cláusulas se persigue, en definitiva, impedir la inclusión en el contrato de cláusulas que pudieran ser abusivas, o, por mejor decir, que pudieran ser objeto de control judicial de abusividad, pues el mismo se excluye respecto de las normas nacionales imperativas (art. 1.2 de la Directiva 93/13).

La crítica a esta doctrina de la DGRN es objeto de un trabajo específico en este libro, por lo que aquí me limitaré a señalar que, independientemente del juicio valorativo que de ella tenga cada registrador, en aras a la seguridad jurídica deberá respetarla en el ejercicio de su función. Ahora bien, ello no implica que en todo caso que concurra como prestatario una persona física y que el inmueble hipotecado tenga carácter residencial, el interés moratorio deba ser necesariamente el resultado de la adición de tres puntos al interés remuneratorio pactado, sino que debe entenderse que ello es así, únicamente cuando sea aplicable, también estrictamente, la LCCI y más en concreto la norma recogida en su art. 25, y lo mismo cabe decir del art. 24 y su norma sobre el vencimiento anticipado en caso de impagos.

Así, tal limitación contractual no será aplicable en los supuestos de excepción de aplicación de la LCCI recogidos en su art. 2.4, como ocurre en el supuesto de los préstamos concedidos por un empleador a sus empleados a título accesorio [art. 2.4.a)], de los préstamos concedidos sin intereses y sin ningún otro tipo de gastos, por parte de un proveedor a su cliente persona física [art. 2.4.b)], o de la denominada hipoteca inversa [art. 2.4.f) LCCI].

Aunque en tales supuestos de excepción concurriera el ámbito de aplicación del nuevo art. 114.3 LH, que establece también que el interés de demora será el interés remuneratorio más tres puntos porcentuales, sin que se admita pacto en contrario, «en el caso de préstamo o crédito concluido por una persona física que esté garantizado mediante hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial»; esta limitación tiene distinto carácter y alcance de la contenida en el art. 25 LCCI.

Así, el ámbito del art. 114.3 LH (y el del art. 129 bis LH respecto al vencimiento anticipado) debe interpretarse en sus estrictos términos, lo que implicaría que es aplicable cualquiera que sea el carácter de las personas físicas prestatarias (consumidor, profesional o empresario), porque el artículo no distingue, pero también respecto de los préstamos concedidos por acreedores no profesionales, porque el artículo no lo exige; siempre que el inmueble hipotecado tenga un uso residencial.

Pero, desde otra perspectiva, al igual que a los supuestos de los arts. 114.3 y 129 bis LH, no les son aplicables las excepciones del art. 2.4 LCCI, entiendo que tampoco les es aplicable el carácter de norma «estrictamente imperativa» de la prohibición del pacto en contrario a que alude la E. de M. de la LCCI, pues esta circunscribe ese carácter a los supuestos de aplicación de la misma, y se refiere en concreto a los artículos de la Sección 3.^a del Capítulo II, es decir, a los arts. 24 y 25 LCCI.

En cuanto al alcance del contenido de esos artículos de la LH, entiendo que lo más coherente es entender que mientras que en el supuesto de los arts. 24 y 25 LCCI, el tipo de interés moratorio o el plazo de impagos necesarios para provocar el vencimiento anticipado, son imperativos, fijos e inamovibles, como ya ha señalado la citada RDGSJFP de 5 de diciembre de 2019; en el supuesto de los arts. 114.3 y 129 bis LH, ese tipo de interés moratorio o número de impagos operarían como un valor de máximo, que si admitiría aquellos pactos que beneficiarían al prestatario³⁷.

Y ello se justifica porque en esos supuestos no opera la necesidad de un régimen de exclusión de la autonomía contractual en materia de intereses de demora o vencimiento anticipado, con el fin de evitar cualquier discusión sobre la transparencia o abusividad de la cláusula, porque ya no estamos estrictamente en una relación entre un profesional y un consumidor, ya que esa situación puede no darse, como ocurre en el caso de acreedor no profesional de la concesión de créditos, el de prestatario trabajador autónomo, o en el supuesto de préstamos sujetos a Convenios colectivos sindicales.

En definitiva, en tales supuestos de excepción no se encuentra justificado el carácter estrictamente imperativo de la norma porque «el préstamo pertenece a un segmento del mercado de crédito determinado, que difiere, por su naturaleza y riesgos, de los créditos hipotecarios estándar y que requiere, por tanto, un planteamiento adaptado» (cdo. 17 de la Directiva 2014/17)³⁸.

Además, esta posibilidad de pactar o aplicar un interés moratorio inferior al resultante de adicionar tres puntos al interés remuneratorio pactado, recogido en el citado art. 25 LCCI o, eventualmente, el art. 114.3 LH, es extensible a todo supuesto excluido de la aplicación de la LCCI, entre los que se pueden señalar los siguientes:

³⁷ RDGSJFP de 5 de abril de 2020 (BOE núm. 206, de 30 de julio de 2020).

³⁸ Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrero, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial (DOUE L 60, de 28 de febrero de 2017).

a) El supuesto de aplicación del Real Decreto 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos (Código de Buenas Prácticas)³⁹, por cuanto su regulación (interés moratorio igual al interés ordinario más dos puntos) debe entenderse como un régimen especial de aplicación preferente (art. 4).

b) El supuesto de la denominada moratoria hipotecaria legal aprobada por el Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo⁴⁰, que excluye expresamente, en favor del consumidor, el régimen general (transparencia material y limitaciones contractuales) de la LCCI.

c) El supuesto de la denominada moratoria hipotecaria convencional sectorial regulada en los arts. 6 a 8 del Real Decreto Ley 19/2020, de 26 de mayo⁴¹, que no incluye los pactos de que tratamos entre los prohibidos (art. 7.9).

3. La interpretación de la actual redacción del art. 84 TR-LGDCU

Según el art. 84 TR-LGDCU, los notarios y los registradores de la propiedad y mercantiles no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el RCGC. Pero la literalidad de este artículo contiene ciertas divergencias con el ordenamiento jurídico vigente, lo que hace que deba ser interpretada de forma sistemática, siguiendo el criterio fijado en la STS de 13 de septiembre de 2013.

Así, en primer lugar, el principio de conservación del contrato, no obstante la nulidad de alguna cláusula contractual (art. 83 TR-LGDCU), implica que no sea posible, como regla, el rechazo de la autorización o de la inscripción de la escritura de préstamo hipotecario, por el simple rechazo de una cláusula por abusividad (con el matiz que se verá para la inscripción). A este respecto, es doctrina reiterada del TJUE la subsistencia e inscripción del contrato sin las cláusulas nulas de pleno derecho si el contrato puede subsistir sin ellas⁴².

En otro aspecto, debe tenerse en cuenta que el respectivo ámbito competencial de notarios y registradores de la propiedad antes expuesto, no se ajusta a la asimilación que resulta de los términos literales del citado art. 84 TR-LGDCU.

³⁹ Real Decreto 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos (BOE núm. 60, de 10 de marzo de 2012).

⁴⁰ Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social de la covid-19 (BOE núm. 73, de 18 de marzo de 2020).

⁴¹ Real Decreto Ley 19/2020, de 26 de mayo, por el que se adoptan medidas complementarias en materia agraria, científica, económica, de empleo y Seguridad Social y tributarias para paliar los efectos de la covid-19 (BOE núm. 150, de 27 de mayo de 2020).

⁴² SSTJUE C-488/11, de 30 de mayo de 2013, *Asbeek Brusse y de Man Garabito* (ECLI:EU:C:2013:341); C-26/13, de 30 de abril de 2014, *Kásler y Káslené Rábai* (ECLI:EU:C:2014:282), y C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, de 21 de enero de 2015, *Unicajabanco y Caixabank* (ECLI:EU:C:2015:21).

Así, en relación al notario, como ya señalaron las SSTS (Sala Contencioso-administrativa) de 20 de mayo⁴³ y de 8 de julio de 2008⁴⁴, salvo los casos en que una norma con rango de ley disponga expresamente otra cosa, no puede denegar cláusulas concretas porque no existe recurso alguno contra tal decisión⁴⁵, y la posibilidad de defensa es básica para poder producir ese efecto; sino que solo puede advertir a las partes de la posible abusividad o falta de transparencia de determinadas cláusulas del contrato [arts. 129.2.f) LH y 194 RN]. Además, tal posibilidad también debe rechazarse porque implica la privación al acreedor de su derecho a obtener la prioridad registral respecto a todas las estipulaciones, lo que puede frustrar la definitiva concesión del crédito. Solo en el caso de falta de acta notarial de transparencia, el art. 22.2 LCCI autoriza expresamente al notario a no autorizar la escritura de préstamo hipotecario.

En este sentido María Ángeles Alcalá⁴⁶ ha señalado que «la normativa legal vigente no permite una interpretación extensiva sobre el control de legalidad de los notarios, de la que deriva la ausencia de una competencia específica de estos en el control de cláusulas abusivas en créditos hipotecarios», «sin que la habilitación legal pueda extraerse de los arts. 2, 17 bis y 24 LN ya que no contemplan la posibilidad de denegación de la intervención notarial por la valoración de la legalidad del acto o negocio (STS de 20 de mayo de 2008 y SAN de 5 de marzo de 2013)»; circunstancia que no ha cambiado con la nueva ley que se comenta.

Por su parte, el registrador de la propiedad tiene atribuido la función de denegar el acceso al Registro de la Propiedad de las cláusulas contractuales contrarias a la ley o abusivas (con el ámbito expuesto en los epígrafes anteriores), con el efecto de la exclusión de su ejecutividad (art. 130 LH), siendo su decisión susceptible de los recursos (gubernativo y judicial) regulados en los arts. 322 a 328 LH y concordantes del RH, con lo que la tutela judicial efectiva de ambas partes queda salvaguardada. Igualmente se haya salvaguardado el derecho del acreedor a la prioridad registral ya que tal circunstancia se encuentra prevista en el art. 322 LH, que permite la práctica de asientos posteriores, evitando así la paralización del tráfico, sin que ello impida en su día la inscripción de la cláusula suspendida o denegada, para el caso que se recurra la calificación y se estime la impugnación.

⁴³ STS (Sala 3.ª) de 20 de mayo de 2008, por la que se declara la nulidad de diversos apartados del art. 1 del Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, por el que se modifica el Reglamento de la organización y régimen del Notariado, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944, y los artículos del Reglamento Notarial a que se refieren (BOE núm. 145, de 16 de junio de 2008).

⁴⁴ ECLI:ES:TS:2008:4815.

⁴⁵ Solo se preveía recurso contra la negativa notarial a autorizar los instrumentos públicos (no cláusulas concretas) en el último párrafo del art. 145 RN, derogado por STS de 20 de mayo de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:2176), junto con otros párrafos del mismo artículo.

⁴⁶ M. Á. ALCALÁ DÍAZ, *La protección...*, pp. 225-239.

IV. PROBLEMÁTICA REGISTRAL EN CASO DE INCUMPLIMIENTO DEL PROCESO DE CONTRATACIÓN, O DE EXISTENCIA DE CLÁUSULAS HIPOTECARIAS DEFECTUOSAS, ILEGALES O ABUSIVAS

1. Doctrina del TJUE sobre la conservación del contrato y la denominada inscripción parcial registral

Es doctrina reiterada del TJUE que, una vez que se declara el carácter abusivo de una cláusula y, por tanto, su nulidad (art. 83 TR-LGDCU), el juez nacional debe, con arreglo al art. 6.1 de la Directiva 93/13, dejar sin aplicación esa cláusula con el fin de que no produzca efectos vinculantes para el consumidor, salvo si este se opone a ello y se aquieta a su aplicación⁴⁷; sin que el juez tenga la facultad de moderar dicha cláusula ni de integrar el contrato con una norma de Derecho supletorio nacional, salvo, en su caso, en beneficio exclusivo de la persona consumidora⁴⁸.

En consecuencia, debe considerarse que una cláusula declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener ningún efecto frente al consumidor. Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula⁴⁹.

Por otra parte, como ya se ha expuesto anteriormente, la ineficacia de la cláusula o cláusulas abusivas y/o deficitaria de información, que determina que las mismas se tengan por no puestas, no impide que el contrato siga siendo obligatorio entre las partes en los mismos términos, siempre que ese contrato pueda subsistir sin dichas cláusulas (art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE⁵⁰ y art. 83 TR-LGDCU)⁵¹, como ocurriría cuando la cláusula afectada de ineficacia recayere sobre un elemento esencial del contrato que determine su subsistencia, o incluso sobre la totalidad del mismo.

La consecuencia aparentemente lógica a efectos registrales de esa construcción jurisprudencial, dentro del ámbito de la calificación registral antes expuesto, según cierta doctrina hipotecarista, sería que el registrador de la propiedad en estos casos lo que tiene que hacer es inscribir la hipoteca, denegando la cláusula nula por abusiva o *contra legem*, y también denegar la parte correspondiente del derecho real de hipoteca (concepto

⁴⁷ SSTJUE C-618/10, de 14 de junio de 2012, *Banco Español de Crédito* (ECLI:EU:C:2012:349), y C-70/17 y C-179/17, de 26 de marzo de 2019, *Abanca Corporación Bancaria y Bankia* (ECLI:EU:C:2019:250).

⁴⁸ SSTJUE C-154/15, C-307/15 y C-308/15, de 21 de diciembre de 2016, *Gutiérrez Naranjo* (ECLI:EU:C:2016:980).

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (BOE núm. 95, de 21 de abril de 1993).

⁵¹ SSTJUE C-26/13, de 30 de abril de 2014, *Kasler* (ECLI:EU:C:2014:282), y C-482/13, de 21 de enero de 2015, *Unicaja* (ECLI:EU:C:2015:21).

de responsabilidad hipotecaria o cláusula de ejecución especial), sin dar pie a rectificación alguna del título antes de su inscripción. Así afirman, en una interpretación puramente consumerista, que la cláusula nula y tenida por no puesta no puede sanarse *a posteriori*, ya que según el art. 1208 CC la novación es nula si la obligación primitiva es nula, sin que las excepciones legales a esa regla sean aplicables a la contratación con consumidores.

Pero, en mi opinión, esta conclusión es errónea, ya que parte de la consideración del préstamo e hipoteca como dos realidades distintas y casi independientes, en la que la hipoteca, como accesoria, debe seguir todos los avatares del préstamo sin más; pero esta concepción ha sido superada claramente por la STS de 11 de septiembre de 2019⁵² a la que me referiré luego.

Esta forma de actuar chocaría con la normas de la LH (arts. 19 bis y 322 LH) y la doctrina de la DGRN⁵³, seguidas generalmente en la práctica registral diaria, que señala que el registrador para poder inscribir el préstamo hipotecario sin cláusulas que afecten a la delimitación del derecho real de hipoteca o a los procedimientos de ejecución especial pactados por las partes, debe expedir nota de calificación negativa o con defectos y dar a la partes la posibilidad de rectificar (o si se quiere novar o modificar) las cláusulas afectadas de tacha, partes que deberán bien proceder a tal rectificación del título (en los términos que se expondrán) o bien consentir expresamente la inscripción parcial de la hipoteca sin esos pactos financieros y/o de transcendencia real. Solo aquellas cláusulas defectuosas que no afecten a la delimitación del derecho real de hipoteca podrán ser excluidas de oficio por parte del registrador.

Cómo conciliar estas dos formas de actuar, aparentemente contradictorias, es lo que se analizó y determinó en las RRDGRN de 19 de octubre de 2016⁵⁴ y de 19 de mayo de 2017⁵⁵, y en la más reciente de 27 de julio de 2020⁵⁶, lo que pasaba ineludiblemente por considerar, antes de que lo hiciera el TS, que en el préstamo hipotecario no nos encontramos ante dos contratos independientes sino ante una unidad negocial inescindible, lo que permite el mantenimiento de la forma de operar registral en materia de inscripción parcial.

Esta íntima relación entre préstamo e hipoteca se manifiesta en el tráfico hipotecario, según señalaban dichas resoluciones, en el hecho que, normalmente, se condiciona mediante pacto la eficacia del préstamo o

⁵² ECLI:ES:TS:2019:2761.

⁵³ RRDGRN de 18 de noviembre de 2013 (*BOE* núm. 303, de 19 de diciembre de 2013); de 18 de febrero de 2014 (*BOE* núm. 76, de 28 de marzo de 2014); de 12 de septiembre de 2014 (*BOE* núm. 242, de 6 de octubre de 2014); de 30 de marzo de 2015 (*BOE* núm. 92, de 17 de abril de 2015); de 7 de octubre de 2015 (*BOE* núm. 259, de 29 de octubre de 2015); de 20 de junio de 2016 (*BOE* núm. 175, de 21 de julio de 2016); de 14 de septiembre de 2016 (*BOE* núm. 241, de 5 de octubre de 2016); de 19 de septiembre de 2017 (*BOE* núm. 247, de 13 de octubre de 2017), y de 12 de diciembre de 2018 (*BOE* núm. 3, de 3 de enero de 2019).

⁵⁴ *BOE* núm. 273, de 11 de noviembre de 2016.

⁵⁵ *BOE* núm. 137, de 9 de junio de 2017.

⁵⁶ *BOE* núm. 212, de 6 de agosto de 2020.

crédito a esa inscripción de la hipoteca. Así, unas veces la inscripción (y/o el rango de la hipoteca) es condición para la entrega del dinero o la disposición del crédito, otras veces se constituye como una condición suspensiva del contrato mismo, y otras veces, la mayoría, como una causa de vencimiento anticipado de la obligación de restitución.

2. La naturaleza del préstamo hipotecario y su repercusión en la inscripción de las hipotecas

La STS de 11 de septiembre de 2019 (núm. 463) considera que el préstamo hipotecario constituye una institución unitaria e inescindible, y señala expresamente, como fundamento de esta concepción, que:

«Aunque en el contrato de préstamo hipotecario se incluyen dos figuras jurídicas diferentes, el préstamo (contrato) y la hipoteca (derecho real), ambas son inescindibles y conforman una institución unitaria».

Y por ello debe ser tratado jurídicamente de forma distinta al préstamo o crédito ordinario, así añade que:

«Como estableció la Sentencia 1331/2007, de 10 de diciembre, el crédito garantizado con hipoteca (crédito hipotecario) no es un crédito ordinario, ya que está subsumido en un derecho real de hipoteca, y por ello es tratado jurídicamente de forma distinta».

A partir de esa afirmación de la naturaleza unitaria o compleja del contrato de préstamo hipotecario en el Derecho español, el TS concluye que si bien en nuestro ordenamiento jurídico la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado no comporta la desaparición completa de las facultades del acreedor hipotecario:

«Resulta evidente que conlleva la restricción de la facultad esencial del derecho de hipoteca, que es la que atribuye al acreedor el poder de forzar la venta de la cosa hipotecada para satisfacer con su precio el importe debido (art. 1858 CC). En particular, en un contrato de préstamo hipotecario de larga duración, la garantía se desnaturaliza, pierde su sentido».

Y añade que:

«En el préstamo hipotecario, la causa del préstamo y la causa de la hipoteca están entrelazadas y no pueden fragmentarse, pues atañen tanto a la obtención del préstamo por el consumidor en condiciones económicas más ventajosas, como a la garantía real que tiene el prestamista en caso de impago».

Con base en esas premisas, concluye el TS que no puede subsistir un contrato de préstamo hipotecario de larga duración si la ejecución de la garantía resulta ilusoria o extremadamente dificultosa», y que:

«Parece claro que, si el contrato solo fuera un préstamo, la eliminación de la cláusula de vencimiento anticipado no impediría la subsistencia del contrato (criterio confirmado por la STS de 19 de febrero de 2020 —núm. 106—). Pero si es un negocio jurídico complejo de préstamo con una garantía hipotecaria, la supresión de la cláusula afecta a la garantía y, por tanto, a la economía del contrato y a su subsistencia».

Pues bien, si el préstamo hipotecario no puede subsistir sin la cláusula de vencimiento anticipado por impago de cuotas, porque sin ella no se puede ejecutar la hipoteca en la forma convenida; con más razón no podrá subsistir si la hipoteca no se puede inscribir, dado que por el carácter constitutivo de la inscripción de hipoteca (art. 1875 CC), si la hipoteca no está inscrita no es posible accionar directamente contra las fincas que se querían afectar y, según la citada sentencia, el préstamo no es que se transforme en personal sino que se extingue por falta de la causa o fundamento de su celebración para ambas partes contratantes, salvo que el acreedor renuncie a la garantía (art. 1129.2 y 3 CC). Y semejante problema se plantea respecto de la no inscripción de la responsabilidad hipotecaria respecto de alguno de los conceptos financieros garantizados (intereses ordinarios o moratorios, comisiones, etc.).

La clave de la cuestión, por tanto, es que la inscripción de la hipoteca y la consiguiente posibilidad de su ejecución (art. 130 LH) es esencial para la subsistencia del préstamo hipotecario, y dado que ello perjudica al consumidor que tendría que devolver de una sola vez todo lo recibido, tal circunstancia posibilita el procedimiento de rectificación del título antes de la inscripción de la hipoteca que se defiende en este trabajo y que es el aplicado mayoritariamente en la práctica registral.

A partir de este criterio nos tenemos que plantear la forma de subsanar esos defectos en los préstamos hipotecarios con consumidores. Pues bien, esa subsanación exige conciliar las normas hipotecarias con las peculiaridades de la normativa de protección de los consumidores; lo que exige que deba tener lugar por parte del prestatario consumidor, siguiendo la jurisprudencia del TJUE acerca de las novaciones, de forma libre, adecuadamente informada, *ex novo* y cumpliendo los requisitos de transparente.

3. Distintos supuestos de calificación negativa y su tratamiento registral

Se pueden distinguir dos supuestos generales distintos de calificación registral negativa de los préstamos hipotecarios:

Primero, el supuesto de incumplimiento de todo o parte del proceso de contratación (depósito del modelo en el RCGC, información precontractual por parte del prestamista y acta notarial de transparencia material), se ajusten o no a la legalidad sus cláusulas concretas, ya que por afectar el defecto a todas las condiciones generales del contrato, todas se deben tener por no puestas; lo que plantea el problema de si la subsanación de los defectos calificados implica una novación extintiva de la obligación o esta puede ser meramente modificativa. Esta situación se suele dar cuando ha existido una incorrecta apreciación acerca de la no inclusión del préstamo dentro del ámbito de la LCCI⁵⁷.

⁵⁷ Así, RDGSJFP de 27 de mayo de 2020 (BOE núm. 172, de 5 de junio de 2020).

Segundo, el supuesto en que se ha seguido el proceso legal de contratación, pero en el cual alguna o algunas de sus cláusulas son nulas o ininscribibles, en cuyo caso existe una obligación válida, y la rectificación o novación afectaría solo a algún aspecto o elemento de la misma, por lo que no cabe duda que sí sería admisible que la novación fuere meramente modificativa. Es el supuesto habitual de la calificación registral negativa.

Para el primer supuesto, la RDGRN de 19 de mayo de 2017⁵⁸, en un caso en que en el otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario se habían incumplido los deberes de información y transparencia material establecidos en la Ley 2/2009⁵⁹, afirmaba que en caso de no seguirse el procedimiento de contratación impuesto por la regulación sectorial aplicable en materia de préstamos hipotecarios con consumidores (hoy constituida fundamentalmente por la LCCI), y los especiales deberes de información que la misma impone, la eficacia del contrato en sí mismo o de una concreta cláusula, según la amplitud del incumplimiento, se verá comprometida ya que para entender que las cláusulas no negociadas se han incorporado al contrato, en este caso de préstamo hipotecario, es necesario respetar todos los trámites del indicado proceso de contratación, de tal forma que el adherente haya tenido oportunidad real de conocerlas de manera completa al tiempo de la celebración del contrato (art. 7 LCGC).

Las consecuencias del incumplimiento de estas normas de incorporación y transparencia se detallan en el art. 5.5.II LCGC (redactado por la DA 4.^a LCCI) y en el art. 83.2 LGDCU (añadido por la DF 8.^a LCCI), ambos del mismo contenido, y que establecen que las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho.

Es por ello que el art. 22.2 LCCI, antes expuesto, dispone que en la contratación de préstamos regulados por la LCCI, el notario no autorizará la escritura pública si no se hubiere otorgado el acta prevista en el art. 15.3. Añade que los registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles no inscribirán ninguna escritura que se refiera a préstamos regulados por esta ley en la que no conste la reseña del acta conforme al art. 15.7. A este respecto, la reciente RDGSJFP de 18 de junio de 2020⁶⁰ ha señalado que el acta notarial a que se refiere el art. 15 LCCI no es una exigencia de forma del contrato de hipoteca como título inscribible, sino un requisito ineludible del proceso de contratación de hipotecas en garantía de préstamos sujetos a la citada ley. Es decir, el incumplimiento de los requisitos de información y transparencia material previas al contrato, produce como sanción, la posible nulidad o ineficacia del contrato, que será parcial, si la información deficitaria solo afectara a alguna condición general, o bien total del contrato de préstamo, si la omisión de la información afectare

⁵⁸ BOE núm. 137, de 9 de junio de 2017.

⁵⁹ 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 (BOE núm. 79, de 1 de abril de 2009).

⁶⁰ BOE núm. 209, de 3 de agosto de 2020.

a todas las condiciones del contrato, como ocurriría si se omite por el acreedor el suministro de la información precontractual o la entrega de la oferta vinculante o no se verifica el acta notarial de transparencia material y asesoramiento, en cuyo caso impediría la inscripción de la escritura de préstamo hipotecario en su conjunto.

Respecto del segundo supuesto, el de no inscripción de determinadas cláusulas del préstamo hipotecario, por la razón que ello fuera de entre las expuestas, también se deberá rechazar la inscripción del derecho real de hipoteca si las mismas afectasen a elementos delimitadores de la hipoteca, a sus procedimientos especiales de ejecución o a elementos vinculados con la eficacia orgánica del contrato (p. ej., cláusula de vencimiento anticipado por impago); siendo necesario el consentimiento expreso de las partes para la práctica de una inscripción parcial de la hipoteca (arts. 19 bis y 322 LH).

4. La subsanación de los defectos puestos de manifiesto por la calificación registral

Como se ha explicado en los epígrafes anteriores, aunque el contrato de préstamo hipotecario con consumidores se perfecciona con la firma de la escritura pública, su consideración, puesta de relieve por la STS de 11 de septiembre de 2019⁶¹, como una institución unitaria e inescindible que no puede subsistir si el derecho real no se inscribe; provoca que el contenido concreto del contrato de préstamo o del derecho real de hipoteca que lo garantiza, hasta el momento de su efectiva inscripción, pueda alterarse mediante la subsanación-modificación de aquellos defectos cometidos en el otorgamiento que impidan su inscripción y sean puestos de manifiesto por el registrador en su nota de calificación⁶², lo que supone una información importante y trascendente para el consumidor; razón por la cual su suministro al mismo ha sido reforzado por la DA 8.^a LCCI.

Es decir, en tales supuestos, la calificación registral posibilita un nuevo acuerdo entre partes y *ex novo* pactar una mejora de la cláusula suspendida, y el consumidor con pleno conocimiento de causa y adquiriendo una posición dominante, puede prestar un consentimiento libre e informado a una cláusula concreta o, en su caso, al conjunto del contrato, posibilitando, desde el conocimiento de su no vinculación, su ratificación, modificación favorable o el rechazo a mantener la cláusula denegada por abusiva, no obstante los defectos formales o sustantivos que se hubieran puesto de manifiesto; en cuyo momento (el de otorgamiento de la escritura de subsanación) el asesoramiento e información notarial, o el otorgamiento del acta notarial de transparencia omitida, cobra también un importante valor.

⁶¹ ECLI:ES:TS:2019:2761.

⁶² RRDGRN de 16 de octubre de 2016 (BOE núm. 273, de 11 de noviembre de 2016) y de 19 de mayo de 2017 (BOE núm. 137, de 9 de junio de 2017).

A este respecto, la antes citada RDGRN de 19 de mayo de 2017⁶³, señaló que:

«Atendiendo a las particularidades de la normativa de protección de los consumidores [...] también podrá paliarse ese riguroso efecto (nulidad de la cláusula), en primer lugar, si se acredita por el acreedor o el deudor reconoce que ha existido una auténtica negociación respecto de las cláusulas afectadas y, en segundo, lugar, cuando el propio prestatario libre e informadamente consienta o se aquiete respecto a la aplicación de la cláusula o cláusulas abusivas, porque en tal caso esa nulidad queda convalidada; [...] el registrador de la propiedad, aunque no sea juez, tampoco puede rechazar la prestación expresa del consentimiento, por parte del deudor (Sentencias de 4 de junio de 2009, asunto *Pannon*; y de 21 de febrero de 2013, asunto *Banif Plus Bank*), a unas determinadas condiciones contractuales a las cuales se adapta *a posteriori* una oferta vinculante; si ese consentimiento se otorga después de haber sido informado adecuadamente por la nota de calificación registral de la no vinculación para él de esas cláusulas o del contrato en su conjunto. Piénsese, además, que, en caso contrario, el efecto que se produce, es decir, la obligación de restitución de todo el dinero recibido, el cual puede haberse invertido en la finalidad para la que se pidió, resultaría perjudicial para el deudor al impedir la subsistencia del contrato».

En este sentido, la reciente STJUE C-452/18, de 9 de julio de 2020, XZ *c. Ibercaja Banco SA*, en la que se debate sobre el fallo de la STS de 11 de abril de 2018⁶⁴ sobre el alcance de la novación, manifiesta que:

«28. Por tanto, debe admitirse, de forma análoga y tal como observó fundamentalmente el abogado general en los puntos 39 a 42 de sus conclusiones, que un consumidor pueda renunciar a hacer valer el carácter abusivo de una cláusula en el marco de un contrato de novación mediante el que este renuncia a los efectos que conllevaría la declaración del carácter abusivo de tal cláusula, siempre y cuando la renuncia proceda de un consentimiento libre e informado».

En esas Conclusiones del abogado general Sr. Henrik Saugmandsgaard Øe, a que se remite la STJUE, se admite expresamente que el derecho del consumidor a renunciar a la protección que le brinda la Directiva (y las respectivas normas nacionales) puede hacerse tanto en sede judicial como contractualmente con posterioridad a la celebración del contrato; si bien añade que tal contrato de novación se encontrará, igualmente, sujeto al control judicial que deberá comprobar, especialmente, si las cláusulas de ese contrato han sido negociadas individualmente o, por el contrario, impuestas por el profesional y, en este último caso, si se han cumplido los imperativos de transparencia, equilibrio y buena fe que se derivan de la Directiva 93/13/CEE.

En cuanto a la forma de subsanación de los defectos señalados en la calificación puede ser (si así se pacta expresamente, como ocurrió en el supuesto analizado por la RDGRN de 19 de mayo de 2017)⁶⁵ una novación

⁶³ Vid. RDGSJFP de 27 de julio de 2020 (BOE núm. 212, de 6 de agosto de 2020).

⁶⁴ ECLI:ES:TS:2018:1238.

⁶⁵ BOE núm. 137, de 9 de junio de 2017.

extintiva, sea o no transaccional, del contrato, sustituyendo la obligación primitiva por una nueva en que sí se cumplan todos los requisitos legales, tanto formales como sustantivos y, adicionalmente, liberar al prestatario de las consecuencias perjudiciales que esa novación tiene para él, sin exigirle la restitución automática de las cantidades recibidas sino reemplazando la misma por una devolución periódica en los mismos términos en que originariamente se habían pactado o en los que se pacten *ex novo*, manteniendo el contenido jurídico del contrato con la única salvedad de la acomodación de aquellas cláusulas que no se ajusten a las limitaciones contractuales contenidas en la LCCI.

No obstante, la RDGSJFP de 27 de julio de 2020⁶⁶ ha considerado, en criterio que comparto, que no existe inconveniente en que la subsanación se realice también mediante una mera novación modificativa. Precisamente porque el incumplimiento de las normas de transparencia comporta un déficit de consentimiento informado de los prestatarios, esta falta puede ser objeto de confirmación o convalidación si tales consumidores, conociendo la causa de la nulidad, y su no vinculación por la calificación registral, aprueban no obstante el contrato primitivo.

Así, en los casos de nulidad parcial de alguna cláusula del contrato de préstamo hipotecario, las más recientes SSTs de 13 de septiembre de 2018⁶⁷ y de 17 de diciembre de 2019⁶⁸, señalan respecto de la nulidad de una cláusula suelo que:

«Sin perjuicio que la cláusula afectada se tenga por no puesta, no debe impedir que el consumidor, en el ejercicio de la autonomía privada de la voluntad, libremente y con conocimiento de lo que hacía, fruto de una negociación, convenga con el empresario la sustitución de aquellas cláusulas (nulas por falta de transparencia) por otra que ya no adolece de ese defecto, ni constan sea fruto de un consentimiento viciado. Con ello no se merma el principio de efectividad del art. 6.1 de la Directiva, pues la cláusula originaria afectada por el defecto de falta de transparencia se tiene en todo caso por no puesta. La única que puede operar es la cláusula posterior, negociada entre las partes».

En cuanto al carácter de esa modificación o sustitución de cláusulas, sigue afirmación dicha sentencia, que no será propiamente una novación extintiva, sino una modificación de un elemento que incide en el alcance de una relación obligatoria válida, razón por la cual no se ve afectado por el art. 1208 CC.

En los casos de autorización del contrato de préstamo hipotecario sin que se haya seguido el procedimiento de contratación legal ni el acta notarial de transparencia, lo que afectaría a todas las condiciones generales del contrato, parecería, a primera vista, que el contrato de préstamo hipotecario en su conjunto sería nulo por infracción de norma imperativa, pero se trata de una sanción que objetivamente perjudica al

⁶⁶ BOE núm. 212, de 6 de agosto de 2020.

⁶⁷ ECLI:ES:TS:2018:3098.

⁶⁸ ECLI:ES:TS:2019:3923.

consumidor dados los efectos radicales que a la falta de transparencia señalan los arts. 5.5 LCGC y 83.2 TR-LGDCU, antes expuestos. Por tanto, atendiendo a una interpretación de las normas nacionales a la luz de la Directiva 93/13/CEE y de la jurisprudencia del TJUE antes citada, en tanto en cuanto las mismas deben ser aplicadas en el sentido de que no impongan al consumidor el resultado de la anulación total del contrato en contra de sus intereses; debe concluirse que, aunque el contrato no sea inscribible en tales supuestos, no puede ser nulo en su conjunto, «porque la nulidad siempre cursaría en daño para el consumidor, al no poderse transformar automáticamente en un supuesto de nulidad parcial»⁶⁹ respecto de cláusulas concretas con subsistencia del resto del contrato.

En definitiva, en tales supuestos, por tanto, subsiste el contrato, si esa es la voluntad convalidante del consumidor (art. 1208 CC), expresada *ex novo*, libre e informadamente, sobre la vinculación de las cláusulas no transparentes, en una nueva escritura pública y con otorgamiento, en su caso, del acta notarial de transparencia. Es decir, la situación se reconduce al supuesto anteriormente expuesto para la nulidad parcial, en que la novación puede ser modificativa, en cuanto el mantenimiento de las condiciones particulares implica una obligación válida en sus elementos esenciales de cuantía, interés ordinario y plazo de amortización, aunque incompleta; y con la obligatoria sustitución de aquellas condiciones generales opuestas a la normativa aplicable que fueren indispensables, entre las cuales puede haber cláusulas necesarias por afectar a la eficacia orgánica del contrato de préstamo hipotecario, como, por ejemplo, la de vencimiento anticipado en los términos a que se refiere la STS de 11 de septiembre de 2019⁷⁰.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCALÁ DÍAZ, M.^a Á., *La protección del deudor hipotecario*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2013, pp. 225-239.
- CARRASCO PERERA, Á., «Funciones notariales en la comprobación de la transparencia y en la titulación del contrato», *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2019, pp. 315-364.
- ORDUÑA MORENO, F. J., *Control de transparencia y contratación bancaria*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 93-100.
- VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Á., «La calificación registral de las cláusulas de los préstamos hipotecarios: consecuencias de las recientes decisiones judiciales», en IRANZO MARTÍN, J. E. (coord.), *El crédito al consumo: una palanca para la recuperación*, Madrid, Colegio de Economistas de Madrid, 2014, pp. 129-172.

⁶⁹ A. CARRASCO PERERA, «Funciones notariales en la comprobación de la transparencia y en la titulación del contrato», *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Reuters-Aranzadi, 2019, pp. 315-364.

⁷⁰ ECLI:ES:TS:2019:2761.

JURISPRUDENCIA EUROPEA

- STJUE C-14/83, de 10 de abril de 1984, *Von Colson* (ECLI:EU:C:1984:153).
STJUE C-243/08, de 4 de junio de 2009, *Pannon GSM* (ECLI:EU:C:2009:350).
STJUE C-618/10, de 14 de junio de 2012, *Banco Español de Crédito* (ECLI:EU:C:2012:349).
STJUE C-415/11, de 14 de marzo de 2013, *Aziz* (ECLI:EU:C:2013:164).
STJUE C-488/11, de 30 de mayo de 2013, *Asbeek Brusse y de Man Garabito* (ECLI:EU:C:2013:341).
STJUE C-26/13, de 30 de abril de 2014, *Kásler y Káslené Rábai* (ECLI:EU:C:2014:282).
STJUE C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, de 21 de enero de 2015, *Unicaja-banco y Caixabank* (ECLI:EU:C:2015:21).
STJUE C-154/15, C-307/15 y C-308/15, de 21 de diciembre de 2016, *Gutiérrez Naranjo y otros* (ECLI:EU:C:2016:980).
STJUE C-70/17 y C-179/17, de 26 de marzo de 2019, *Abanca Corporación Bancaria y Bankia* (ECLI:EU:C:2019:250).
STJUE C-224/19, de 16 de julio de 2020, *Caixabank* (ECLI:EU:C:2020:578).

JURISPRUDENCIA NACIONAL

- STS de 9 de marzo de 2001 (LA LEY 4.177/2001).
STS (Sala 3.ª) de 20 de mayo de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:2176).
STS de 8 de junio de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:3196).
STS (Sala 3.ª) de 8 de julio de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:4815).
STS de 12 de diciembre de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:6858).
STS de 27 de mayo de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:3564).
STS 792/2009, de 16 de diciembre de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:8466).
STS de 13 de septiembre de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:5706).
STS de 23 de diciembre de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:5618).
STS de 11 de abril de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1238).
STS de 13 de septiembre de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:3098).
STS de 23 de enero de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:101).
STS de 11 de septiembre de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:2761).
STS de 17 de diciembre de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:3923).

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

- RDGRN de 24 de julio de 2008 (*BOE* núm. 190, de 7 de agosto de 2008).
RDGRN de 11 de agosto de 2011 (*BOE* núm. 248, de 14 de octubre de 2011).
RDGRN de 16 de agosto de 2011 (*BOE* núm. 248, de 14 de octubre de 2011).
RDGRN de 18 de noviembre de 2013 (*BOE* núm. 303, de 19 de diciembre de 2013).
RDGRN de 13 de septiembre de 2013 (*BOE* núm. 246, de 14 de octubre de 2013).
RDGRN de 12 de septiembre de 2014 (*BOE* núm. 242, de 6 de octubre de 2014).
RDGRN de 5 de febrero de 2014 (RJ 2014/1178).
RDGRN de 18 de febrero de 2014 (*BOE* núm. 76, de 28 de marzo de 2014).
RDGRN de 28 de abril de 2015 (*BOE* núm. 130, de 1 de junio de 2015).
RDGRN de 25 de septiembre de 2015 (*BOE* núm. 246, de 14 de octubre de 2015).
RDGRN de 7 de octubre de 2015 (*BOE* núm. 259, de 29 de octubre de 2015).
RDGRN de 9 de marzo de 2016 (*BOE* núm. 83, de 6 de abril de 2016).

RDGRN de 20 de junio de 2016 (*BOE* núm. 175, de 21 de julio de 2016).
RDGRN de 14 de septiembre de 2016 (*BOE* núm. 241, de 5 de octubre de 2016).
RDGRN de 16 de octubre de 2016 (*BOE* núm. 273, de 11 de noviembre de 2016).
RDGRN de 19 de mayo de 2017 (*BOE* núm. 137, de 9 de junio de 2017).
RDGRN de 19 de septiembre de 2017 (*BOE* núm. 247, de 13 de octubre de 2017).
RDGRN de 30 de noviembre de 2018 (*BOE* núm. 306, de 20 de diciembre de 2018).
RDGRN de 12 de diciembre de 2018 (*BOE* núm. 3, de 3 de enero de 2019).
RDGRN de 13 de junio de 2019 (*BOE* núm. 142, de 14 de junio de 2019).
RDGRN de 20 de diciembre de 2019 (*BOE* núm. 313, de 30 de diciembre de 2019).
RDGRN de 11 de diciembre de 2019 (*BOE* núm. 60, de 10 de marzo de 2020).
RDGSJFP de 15 de enero de 2020 (*BOE* núm. 170, de 18 de junio de 2020).
RDGSJFP de 20 de febrero de 2020 (*BOE* núm. 182, de 2 de julio de 2019).
RDGSJFP de 28 de febrero de 2020 (*BOE* núm. 183, de 3 de julio de 2020).
RDGSJFP de 27 de mayo de 2020 (*BOE* núm. 172, de 5 de junio de 2020).
RDGSJFP de 18 de junio de 2020 (*BOE* núm. 209, de 3 de agosto de 2020).
RDGSJFP de 27 de julio de 2020 (*BOE* núm. 212, de 6 de agosto de 2020).
RDGSJFP de 5 de abril de 2020 (*BOE* núm. 206, de 30 de julio de 2020).
RDGRN de 30 de marzo de 2015 (*BOE* núm. 92, de 17 de abril de 2015).

LÍMITES A LOS INTERESES MORATORIOS*

Esther ARROYO AMAYUELAS

Catedrática de Derecho Civil

Titular de la Cátedra Jean Monnet de Derecho Privado Europeo

Universitat de Barcelona

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA FUNCIÓN DEL INTERÉS.—III. LOS LÍMITES LEGALES A LA FIJACIÓN DEL INTERÉS. EN PARTICULAR, EL INTERÉS MORATORIO: 1. El interés legal moratorio como referencia. 2. El interés legal moratorio como cuantía máxima. 3. Las consecuencias de la anulación de la cláusula abusiva de intereses moratorios.—IV. LA SUSTITUCIÓN DEL CONTROL DE ABUSIVIDAD POR UNA NORMA IMPERATIVA.—V. ¿DE VERDAD NO VA A PODER CONTROLARSE LA ABUSIVIDAD DE LOS INTERESES MORATORIOS?: 1. El art. 1.2 de la Directiva 93/13 no permite escapar del control judicial en todo caso. 2. En beneficio del consumidor, las normas son semiimperativas. 3. El argumento de la interpretación conforme con el art. 28.2 y 3 de la Directiva 2014/17.—VI. HAY QUE INSCRIBIR LAS CLÁUSULAS DE INTERESES QUE SON LÍCITAS.—VII. ¿Y SI NI SIQUIERA HAY CLÁUSULA DE INTERESES MORATORIOS?—VIII. REFLEXIONES FINALES.—BIBLIOGRAFÍA.—JURISPRUDENCIA EUROPEA Y NACIONAL.—RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL.

I. INTRODUCCIÓN

La existencia y la cuantía de los intereses con función indemnizatoria en el préstamo o crédito hipotecario y el control de la autonomía de la voluntad en su fijación son cuestiones que han tenido ocupados a los tribunales españoles desde hace más de un lustro y, en las que, con mayor o menor fortuna, también ha debido terciar el TJUE haciendo valer la primacía del Derecho europeo y la interpretación del Derecho nacional de conformidad con el mismo. Esta es una problemática que aquí no se explicará con la extensión que merece¹, aunque sí que se abordará el al-

* Una versión de este trabajo se publicará en el *Libro Homenaje al Profesor Juan Roca Guillamón* (Aranzadi, 2021, en prensa). La contribución forma parte de las actividades de la Cátedra Jean Monnet de Derecho privado europeo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona y también se enmarca en el Proyecto DER2017-82129-P y los estudios llevados a cabo en el seno del Grupo consolidado de investigación de la misma Universidad (2017 SGR 151).

¹ Para el análisis, entre otros, M. CARBALLO FIDALGO, «La protección sustantiva del deudor hipotecario. Especial consideración a los intereses de demora y al vencimiento anticipado del crédito», en M. CARBALLO FIDALGO (coord.), *Sobreendeudamiento de consumidores. Estrategias para garantizar una segunda oportunidad*, Barcelona, J. M. Bosch ed., 2019, pp. 105-141, esp. pp. 117-

cance de las distintas intervenciones tendentes a limitar los intereses moratorios y, en particular, la decisión de imponer una cuantía fija con carácter imperativo en los arts. 25 LCCI² y 114 LH. Algunas resoluciones de la DGRN (hoy DGSJFP) han impedido la inscripción de cláusulas que no reflejaban el interés moratorio legal de tres puntos añadidos al remuneratorio, sino otro inferior³, aunque, afortunadamente, con el paso del tiempo, esa doctrina ha sido rectificada y la DGSJFP ha acabado aceptando la semiimperatividad de las normas en beneficio del consumidor. Como se explicará, esta última decisión es la adecuada, aunque esa interpretación correctora no soluciona completamente la deficiente percepción que tiene el legislador español de la finalidad y alcance de algunas directivas europeas.

II. LA FUNCIÓN DEL INTERÉS

Del interés se puede hablar en un doble sentido: económico y jurídico. Desde el punto de vista económico, no es más que un porcentaje (tasa o tipo) sobre una cantidad de dinero (capital), que se identifica con el precio del dinero (frutos o rendimientos). Ese porcentaje interesa jurídicamente porque se aplica a las deudas pecuniarias con una triple función: indemnizatoria, remuneratoria y penal⁴. En el art. 1108 CC, el legislador prevé la existencia de intereses moratorios y su fijación supletoria (art. 1108 CC), sea cual sea la fuente de la obligación (contractual, cuasicontractual o extracontractual). Es una norma específica para las obligaciones pecuniarias que se integra en las disposiciones sobre respon-

122; I. GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Artículos 83, 85.6 TR-LGDCU», en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, 2.^a ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2015, pp. 1145-1173 y pp. 1226-1240, esp. pp. 1162-1173 y 1237-1239; H. DÍEZ GARCÍA, «Intereses moratorios en los préstamos hipotecarios: interpretación del art. 114.III LH y de la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley 1/2013 tras la STJUE de 21 de enero de 2015 (entre lo ilegal y lo abusivo)», en S. DÍEZ ALABART (dir.), *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios*, Madrid, Reus, 2015, pp. 299-344.

² Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (*BOE* núm. 65, de 16 de marzo de 2019).

³ Las resoluciones aludidas son las RRDGRN de 5 de diciembre de 2019 (*BOE* núm. 49, de 26 de febrero de 2020); de 19 de diciembre de 2019 (*BOE* núm. 63, de 12 de marzo de 2020); de 15 de enero de 2020 (*BOE* núm. 170, de 18 de junio de 2020), y de 28 de enero de 2020 (*BOE* núm. 170, de 18 de junio de 2020). Conviene precisar que, a los efectos de responsabilidad hipotecaria, los límites pueden ser distintos, en el bien entendido de que nunca se garantizarán más intereses de los que puedan devengarse en el plano obligacional. Así, J. GÓMEZ GÁLLIGO, «Limitación de los intereses de demora», en F. J. ARANGUREN URRIZA *et al.* (dirs.), *Estudios sobre la ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario*, Madrid, Reus, 2020, pp. 203-241, esp. p. 214; J. M.^a MARTÍN FABÁ, «Límites a los intereses de demora», en Á. CARRASCO PERERA (dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*, Cizur Menor, Aranzadi, 2019, pp. 637-669, esp. p. 655. *Vid.* RRDGSJFP de 5 de marzo de 2020 (*BOE* núm. 183, de 3 de julio de 2020); de 11 de junio de 2020 (*BOE* núm. 31, de 31 de julio de 2020); de 14 de julio de 2020 (*BOE* núm. 211, de 5 de agosto de 2020), y de 28 de julio de 2020 (*BOE* núm. 212, de 6 de agosto de 2020).

⁴ Sobre el distinto fundamento y función de los intereses, F. BADOSA COLL, *Dret d'Obligacions*, Barcelona, Barcanova, 1990, pp. 178-182.

sabilidad contractual (arts. 1101-1108 CC). El precepto considera que el interés legal es suficiente para cubrir el daño emergente y el lucro cesante porque ese es, teóricamente, un interés objetivo, sobre todo desde que se abandonó la regla del interés fijo, que era el 6 % en la redacción del art. 1108.2 CC 1889.

Esos porcentajes fijos irían cambiando, hasta que el CC permitió finalmente un interés flexible. Fue el 5 % anual, según el art. 1 de la Ley de 2 de agosto de 1899 (*vid.* Manresa Navarro, José María, «Artículos 1108-1109», *Comentarios al Código Civil español*, VIII, 2.^a ed., Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1907, pp. 102-108, esp. pp. 104-106); el 4 % anual, según el art. 1 de la Ley de 7 de octubre de 1939; el 6 % anual, según la Ley de 14 de marzo de 1856 (art. 8) (*vid.* Gutiérrez Fernández, Benito, *Códigos o Estudios Fundamentales sobre el Derecho Civil Español, Tratado de las Obligaciones*, V, Madrid, Librería de Sánchez, 1869, pp. 186 ss.; facsímil Lex Nova, 1984). La DD de la Ley 24/1984, de 26 de junio, sobre modificación del tipo de interés legal del dinero (BOE núm. 158, de 3 de julio de 1984) derogó el párrafo 2.º del art. 1108 CC y fijó un interés flexible, variable (art. 1), que se correspondía con el tipo básico del Banco de España vigente al día en que comenzara el devengo de aquel, salvo que la Ley de Presupuestos Generales del Estado estableciera uno distinto. Luego, la DA 5.^a de la Ley 13/1994, de 1 de junio, generalizó que el interés legal del dinero se determinaba en la Ley de Presupuestos Generales del Estado; y aún la DA 6.^a2 de la Ley 65/1997, de 30 de diciembre, añadió que el gobierno, atendiendo a la evolución de los tipos de interés de la Deuda Pública, podía revisar el tipo de interés fijado en el ejercicio por la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

El art. 1108 CC no deja claro si el interés pactado es uno con función indemnizatoria *ad hoc* o si más bien es el remuneratorio pactado el que también cumple esa función⁵, pero en cualquier caso el precepto es indicativo de la compatibilidad de ambas funciones. La función remuneratoria del interés es propia del contrato de préstamo y es compatible con la indemnizatoria; pero esta última función, y también la penal, son generales para cualquier tipo de obligación pecuniaria.

⁵ Admiten que si las partes hubieran previsto un interés remuneratorio, lo cual no es solo posible (art. 1755 CC) sino también lo más habitual, es ese interés el que seguiría devengándose una vez constituido el deudor en mora, si bien entonces cumpliría la función indemnizatoria de los daños causados al acreedor por no recibir a tiempo el capital, J. M. RUIZ RICO, «Art. 1108 CC», en M. ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XV-1, Madrid, Edersa, 1984, pp. 752-847, esp. pp. 816-817; M. ORDÁS ALONSO, *El interés de demora*, Cizur Menor, Aranzadi, 2004, pp. 48-52; X. BASOZÁBAL ARRUE, *Estructura básica del préstamo de dinero*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 73; P. ÁLVAREZ OLALLA, «Artículo 1108 CC», en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 2.^a ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2006, pp. 1332-1335, esp. p. 1334. Por el contrario, defiende que el pacto en el art. 1108 CC alude a los intereses con función indemnizatoria, J. M.^a MIQUEL GONZÁLEZ, comentario a PANTALEÓN PRIETO, «Más sobre la integración del contrato tras la anulación de la cláusula abusiva de intereses moratorios», *Blog El Almacén de Derecho*, 7 de julio de 2015 (<https://almacenederecho.org/mas-sobre-la-integracion-del-contrato-tras-la-anulacion-de-la-clausula-abusiva-de-intereses-moratorios/>) (última consulta: 7 de abril de 2020); L. Díez PICAZO, «Artículo 1108 CC», en C. PAZ-ARES *et al.* (dirs.), *Comentario del Código Civil*, 2.^a ed., Madrid, Ministerio de Justicia, 1993, pp. 62-64, esp. p. 63.

III. LOS LÍMITES LEGALES A LA FIJACIÓN DEL INTERÉS. EN PARTICULAR, EL INTERÉS MORATORIO

En España ni el Código Civil ni el Código de Comercio imponen límites a la función indemnizatoria (arts. 1108 CC y 316 CCo) o remuneratoria (arts. 1755 CC y 315 CCo) del interés. En este último caso, tanto la existencia como la cuantía del interés se deja a la voluntad de los contratantes (arts. 1740.3 y 1755 CC). El contrato civil de préstamo es causalmente neutro y, en principio, gratuito si no se pacta lo contrario, a diferencia del mercantil, que es causalmente oneroso, si bien se exige para ello el requisito formal de la escritura (arts. 314 y 315.1 CCo). En ambos casos, se deja un amplio recorrido a la autonomía privada. La autonomía de la voluntad también está permitida en el art. 1108 CC, donde el intervencionismo del legislador solo se refleja en la fijación legal supletoria del interés moratorio. Sin embargo, la legislación especial en materia de intereses moratorios en los préstamos hipotecarios ha evolucionado en otro sentido.

1. El interés legal moratorio como referencia

En el art. 1108 CC, el interés legal es una referencia, pero el legislador no limita la cuantía; eso es algo que, en su caso, corresponderá a los tribunales. Dicho de otro modo, las partes pueden estipular tasas más altas si no superan los límites de la abusividad o de la usura. Por consiguiente, la utilidad del tipo de interés legal es limitada; no lo sería si el pacto estuviera prohibido. Los límites de la usura rigen tanto para los intereses remuneratorios como para los moratorios. La STS de 2 de octubre de 2001 no considera aplicable la Ley de 23 de julio de 1908, sobre la usura, al interés moratorio, por entender que este no tiene la naturaleza de interés real⁶. Sin embargo, no puede dudarse de que el interés, como fruto del dinero que es, tiene distintas funciones jurídicas y que una de ellas, como ya se ha dicho, es la indemnizatoria, además de la remuneratoria o penal. Por consiguiente, un interés abusivo, en sí mismo considerado e independientemente de su función, también puede convertir el préstamo en usurario. El abuso es una desproporción que tanto puede darse en la cuantía de los intereses remuneratorios como en la indemnización o en ambas acumuladas⁷.

⁶ RJ 2001/7141. Para otras sentencias en la misma línea, con las que está de acuerdo, *vid.* V. MÚRTULA LAFUENTE, «Cuestiones actuales sobre los intereses remuneratorios y de demora en los préstamos hipotecarios», en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (ed.), *Vivienda e Hipoteca*, Madrid, Tecnos, 2018, pp. 449-548, esp. p. 503. Sobre el tema, *vid.* también I. GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Artículo 85.6 TR-LGDCU», en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentario...*, pp. 1234 y ss.

⁷ J. M.^a MIQUEL GONZÁLEZ, «Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios», *RJUAM*, 1, 2013, pp. 223-242, esp. p. 246. Además, M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, «El contenido financiero del préstamo y la protección del deudor hipotecario: algunas cuestiones actuales», *RCDI*, 708, 2015, pp. 605-644, esp. pp. 630-631. En la jurisprudencia, SSTS de 7 de mayo de 2002 (RJ 202/40459); de 22 de febrero de 2013 (RJ 2013/11609), y de 2 de diciembre de 2014

2. El interés legal moratorio como cuantía máxima

Con ocasión de la crisis económica y financiera y para aliviar la situación de las personas que habían contratado un préstamo hipotecario para la adquisición de su vivienda habitual y que no podían hacer frente a sus obligaciones, el legislador puso límites a la autonomía de la voluntad en forma de cuantía máxima de los intereses moratorios. Así, para todos los contratos de crédito o préstamo garantizados con hipoteca inmobiliaria sobre la vivienda habitual, en los que el deudor se encontrara en el umbral de exclusión previamente definido en la norma y que solicitara la aplicación del Código de Buenas Prácticas, el art. 4.1 del RD Ley 6/2012, había previsto el incremento de 2,5 puntos sobre el interés remuneratorio convenido⁸:

«En todos los contratos de crédito o préstamo garantizados con hipoteca inmobiliaria en los que el deudor se encuentre situado en el umbral de exclusión, el interés moratorio aplicable desde el momento en que el deudor acredite ante la entidad que se encuentra en dicha circunstancia, será, como máximo, el resultante de sumar a los intereses remuneratorios pactados en el préstamo un 2,5 % sobre el capital pendiente del préstamo».

Parece que al establecer un segundo porcentaje sobre una segunda cantidad distinta (la cantidad impagada) los intereses remuneratorios quedan absorbidos por los moratorios. Sin embargo, otra forma de ver las cosas sería que, en realidad, los intereses remuneratorios subsisten con la función que le es propia mientras no se devuelva el capital y, por consiguiente, los moratorios serían el 2,5 % de la cantidad impagada. Así, si durante ese periodo hubiera mora o incumplimiento por impago de los deudores protegidos, la suma no equivaldría a los intereses indemnizatorios debidos, sino al total de intereses de toda la operación. Esa suma respetaría la diferencia entre las funciones de los respectivos intereses: remuneratoria sobre el capital, e indemnizatoria sobre lo impagado.

Luego, en ese mismo contexto de crisis económica y financiera, la Ley 1/2013 añadió un tercer párrafo al art. 114 LH, en relación con los intereses de demora de los préstamos garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda y para financiar su adquisición⁹. Los

(RJ 2014/6872). También en Italia, el art. 1815 CC, reformado por la Ley de 7 de marzo de 1996, n. 108, se ha considerado tradicionalmente aplicable a los intereses moratorios pero no sin dudas y, recientemente, la *Sezione I Civile* ha dictado una interlocutoria, de 22 de octubre de 2019, n. 26946 con el fin de solicitar al presidente de la Sección que el Pleno se pueda pronunciar al respecto.

⁸ RD Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos (BOE núm. 60, de 10 de marzo de 2012).

⁹ Crítica, con razón, la incorrecta ubicación sistemática del párrafo 3.º del art. 114 LH, que solo se refiere a los intereses «a efectos hipotecarios», M. ANDERSON, «¿Un modelo distinto de propiedad para la vivienda?», en E. LAUROBA LACASA (dir.) y J. TARABAL BOSCH (coord.), *El Derecho de propiedad en la construcción del Derecho privado europeo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 389-413, esp. p. 403.

intereses no podían ser entonces superiores a tres veces el interés legal del dinero¹⁰:

«Los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y solo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el art. 579.2.a) LEC».

Esta redacción solo trataba de los intereses moratorios y obviaba cualquier consideración sobre los intereses remuneratorios. La Ley 1/2013 también reformó el RD Ley 6/2012 antes mencionado, con el fin de sustituir la tasa legal de referencia por el interés remuneratorio y añadir que el margen sería de solo dos puntos¹¹:

«En todos los contratos de crédito o préstamo garantizados con hipoteca inmobiliaria en los que el deudor se encuentre situado en el umbral de exclusión, el interés moratorio aplicable desde el momento en que el deudor solicite a la entidad la aplicación de cualquiera de las medidas del código de buenas prácticas y acredite ante la entidad que se encuentra en dicha circunstancia, será, como máximo, el resultante de sumar a los intereses remuneratorios pactados en el préstamo un 2 % sobre el capital pendiente del préstamo».

Con la misma técnica empleada por el RD Ley 6/2012, también ahora el art. 25.1 LCCI y el nuevamente modificado párrafo 3.º del art. 114 LH por la LCCI establecen que el préstamo o crédito concluidos por una persona física, garantizado mediante hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial (nótese que ya no importa que sirva «para adquirir la vivienda habitual»), genera un interés de demora de tres puntos porcentuales añadidos al interés remuneratorio, a lo largo del periodo en el que aquel resulte exigible, sobre el capital vencido y pendiente de pago. Así, según el art. 25.1 LCCI (el art. 114.3 LH tiene idéntica redacción):

«En el caso de préstamo o crédito concluido por una persona física que esté garantizado mediante hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial, el interés de demora será el interés remuneratorio más tres puntos porcentuales a lo largo del periodo en el que aquel resulte exigible. El interés de demora solo podrá devengarse sobre el principal vencido y pendiente de pago y no podrán [sic] ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el art. 579.2.a) LEC».

El precepto ofrece distintas lecturas: una, literal, es que, puesto que la norma solo alude al interés moratorio, no excluye que persista el interés

¹⁰ Art. 3.Dos de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social (BOE núm. 116, de 15 de mayo de 2013).

¹¹ Art. 8.4 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social (BOE núm. 116, de 15 de mayo de 2013). C. BALLUGERA GÓMEZ, «Tope máximo de intereses de demora», *RDC*, 1, 2014, pp. 103-120, esp. pp. 115-117, entiende que ese plus del 2 % solo se puede aplicar una vez sobre el importe total del capital pendiente en mora. Es decir, que se calcula de una sola vez y para ello es necesario que el deudor se encuentre en mora al menos durante un año.

remuneratorio pactado. Así, el interés con función indemnizatoria (el remuneratorio más tres puntos) todavía debería sumarse al remuneratorio pactado. En esa línea, otra lectura más favorable al deudor es que el interés indemnizatorio es de solo tres puntos sobre la cuantía del interés remuneratorio, pero hay que convenir que el precepto dificulta mucho esa interpretación. Si es la que se pretendía, está muy mal redactado. Ambos planteamientos parten de la idea antes expresada de que el interés remuneratorio debe subsistir mientras el prestatario no devuelva el dinero, una vez declarado vencido el préstamo, porque mientras el deudor continúe gozando (ahora ya ilícitamente) del mismo, la relación de préstamo subsiste, siquiera como situación posesoria *de facto*¹².

En cualquiera de esos dos análisis, los intereses mantienen la función respectiva que les es propia y solo se discute la cuantía de los moratorios. Pero si resulta que mientras el deudor no devuelve el capital vencido la función remuneratoria debe persistir y, además de la restitución del capital y (en su caso) los correspondientes intereses remuneratorios, el acreedor todavía debe poder obtener una indemnización por el retraso (ex art. 1096.1 CC), entonces el riesgo es que esa acumulación de funciones y cuantías conduzca a una notoria abusividad y desproporción¹³. Por eso es frecuente entender que un préstamo vencido solo genera intereses moratorios¹⁴. Si ese fuera el caso, entonces desaparecería la función remuneratoria de los intereses sobre el capital vencido y solo se tendría en cuenta su cuantía para calcular la de los que deben subsistir en la única función posible, que es la de indemnización. Por tanto, el art. 114.3 LH señalaría la absorción de los intereses remuneratorios por los moratorios; indicaría que de aquellos solo importa su cuantía, una vez desaparecida su función.

3. Las consecuencias de la anulación de la cláusula abusiva de intereses moratorios

Las distintas interpretaciones tienen consecuencias naturalmente también distintas en la hipótesis de que se anule la cláusula no negociada de intereses moratorios. El TS ha terciado en la cuestión, pero de modo poco

¹² Á. SERRANO DE NICOLÁS, «Crisis hipotecaria: Una crónica de la muerte anunciada de la hipoteca inmobiliaria como derecho de realización del valor, en su actual configuración», *Estudios en homenaje a José Luis Mezquita del Cacho*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2013, pp. 218-271, esp. p. 220; Á. CARRASCO PERERA, «Interés remuneratorio y límites de abusividad en intereses moratorios al consumo. Crítica de la doctrina del Tribunal Supremo», *Publicaciones jurídicas CESCO*, 21 de diciembre de 2015, pp. 1-8, esp. p. 9, disponible en <https://previa.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/35/27.pdf> (última consulta: 3 de marzo de 2020).

¹³ La admisibilidad del pacto de intereses remuneratorios de los plazos anticipadamente vencidos ha sido cuestión discutida y frecuentemente ha venido condicionada por las circunstancias del caso concreto. Sobre el particular, *vid.* I. GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Artículo 85.6 TR-LGDCU», en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentario...*, pp. 1230-1231; F. PERTÍNEZ VILCHEZ, «Artículo 85 TR-LGDCU», en S. CÁMARA LAPUENTE (dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Madrid, Colex, 2015, pp. 788-828, esp. pp. 818-819.

¹⁴ Así, A. DOMÍNGUEZ LUELMO, «Artículo 114 LH», en A. DOMÍNGUEZ LUELMO (dir.), *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, Cizur Menor, Aranzadi, 3.^a ed. (2.^a en Aranzadi), 2019, pp. 1227-1261, esp. p. 1257.

claro. Como se sabe, la doctrina del TS es que la cláusula de intereses moratorios que suma a los intereses remuneratorios más de dos puntos debe ser anulada por abusiva —de eso se tratará luego—¹⁵ pero eso no es un obstáculo para que el préstamo vencido continúe produciendo intereses remuneratorios.

Lo dijo por primera vez, para los préstamos personales, la STS de 22 de abril de 2015 (RJ 2015/1360): «La abusividad de la cláusula del interés de demora implica la supresión de la misma y, por tanto, la supresión de los puntos porcentuales de incremento que supone el interés de demora respecto del interés remuneratorio. Este se seguirá devengando porque persiste la causa que motivó su devengo, la entrega del dinero al prestatario y la disposición por este de la suma entregada, y la cláusula del interés remuneratorio no resulta afectada por la abusividad del interés de demora. Pero el incremento del tipo de interés en que consiste el interés de demora ha de ser suprimido, de un modo completo, y no simplemente reducido a magnitudes que excluyan su abusividad»¹⁶.

Se preservan y mantienen, así, las distintas funciones de los intereses¹⁷. Con todo, no queda claro si eso es lo que el TS pretendía realmente. La afirmación del TS según la cual es preciso eliminar el recargo o el exceso que supone el interés de demora sobre el remuneratorio ha dado pie a entender, a pesar de que el propio TS insista en lo contrario, que se modera la cláusula de intereses moratorios; o, en otra versión, que cuando la cláusula de intereses moratorios se anula, la función remuneratoria del tipo pactado muta a una función indemnizatoria del incumplimiento, lo cual equivale a una integración del contrato. Las diversas interpretaciones han recibido valoraciones igualmente distintas en la doctrina española¹⁸. Y, aunque ya se sabía que la moderación no era posible, porque solo atiende a los intereses del predisponente; y el propio TS afirmara también que el TJUE prohibía la interpretación integradora, que da poder al juez para reemplazar la regla anulada por otra que tenga en cuenta los intereses de ambos contratantes, esta última prohibición estaba me-

¹⁵ Sobre el particular, *vid. infra* epígrafe III.

¹⁶ Además, SSTS de 7 de septiembre de 2015 (RJ 2015/3976), y de 8 de septiembre de 2015 (RJ 2015/3977). Luego, para los préstamos con garantía real, SSTS de 23 de diciembre de 2015 (RJ 2015/5714); de 18 de febrero de 2016 (RJ 2016/619), y de 3 de junio de 2016 (RJ 2016/2300).

¹⁷ J. M.^o DÍAZ FRAILE, «Intereses de demora en los préstamos hipotecarios. La jurisprudencia del Tribunal Supremo y su compatibilidad con el Derecho comunitario (a la luz de las conclusiones del abogado general del TJUE Sr. Nils Wahl, presentadas el 22 de marzo de 2018)», *RDC*, 2, 2018, pp. 293-320, esp. pp. 308-310.

¹⁸ Para las críticas, Á. CARRASCO PERERA, «Interés remuneratorio...», pp. 1-8; X. BASOZÁBAL ARRUE, «Límites imperativos en materia de condiciones financieras del préstamo», en M. ESPEJO LERDO DE TEJADA y J. P. MURGA FERNÁNDEZ (dirs.), *Vivienda, Préstamo y Ejecución*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, pp. 425-470, esp. pp. 459-460; M. CARBALLO FIDALGO, «La protección...», p. 122; F. PERTÍNEZ VILCHEZ, *La nulidad contractual en la jurisprudencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 182 y 185; A. DOMÍNGUEZ LUELMO, «Artículo 114 LH», en A. DOMÍNGUEZ LUELMO (dir.), *Comentarios...*, p. 1258. En sintonía con esa jurisprudencia, C. MARTÍNEZ ESCRIBANO, «El problema de las cláusulas abusivas en los intereses moratorios de los préstamos personales», *RDBB*, 140, 2015, pp. 293-323, esp. pp. 321-322; F. PANTALEÓN PRIETO, «De nuevo sobre los intereses moratorios abusivos en contratos de préstamo», *Blog El Almacén de Derecho*, 26 de septiembre de 2018 (<https://almacenederecho.org/de-nuevo-sobre-los-intereses-moratorios-abusivos-en-contratos-de-prestamo/>) (última consulta: 25 de abril de 2020).

nos clara¹⁹. La STJUE C-96/16 y C-94/17, de 7 de agosto de 2018, *Banco Santander/Banco Sabadell* hubiera podido pronunciarse sobre si el razonamiento del TS equivalía a moderar la cláusula o a integrar el contrato, pero no lo especificó y, de acuerdo con la cuestión prejudicial planteada por el propio TS, se limitó a señalar que la nulidad de la cláusula de intereses moratorios no arrastraba la de los intereses remuneratorios por ser distintas sus funciones en el contrato²⁰. Una vez validada su doctrina, el TS la ha seguido aplicando normalmente²¹.

IV. LA SUSTITUCIÓN DEL CONTROL DE ABUSIVIDAD POR UNA NORMA IMPERATIVA

Como se acaba de adelantar, en contratos con consumidores, las cláusulas de intereses moratorios son condiciones generales de la contratación o cláusulas no negociadas y, por consiguiente, son susceptibles de control de contenido. En particular, según el Anexo 1, letra e) de la Directiva 93/13, pueden ser consideradas abusivas las cláusulas que tengan por objeto imponer una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor que no cumpla sus obligaciones. En la STS de 25 de abril de 2015 (luego generalizada) el TS estableció que el único parámetro para juzgar la abusividad de la cláusula de intereses moratorios era la cuantía²². Eso implicaba prescindir de otras circunstancias, según lo establecido en art. 4.1 de la Directiva 93/13, como la cuantía del capital prestado, el plazo otorgado para la devolución, el momento en que el deudor deja de pagar o se declara vencido el préstamo; si se capitalizan o no los intereses, si estos se deben sin necesidad de reclamación, si se imputan otros gastos de reclamación, o, en fin, si el deudor puede perder la vivienda habitual. Sin embargo, el parámetro se ajustaba a lo literalmente previsto en el art. 85.6 TR-LGDCU, según el cual: «[L]as cláusulas [...] serán abusivas y, en todo caso, las siguientes: [...] Las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones». Es así, aunque, para este tipo de cláusula, esa forma de proceder pueda parecer discutible.

¹⁹ Admiten la interpretación integradora, A. I. RUIZ ARRANZ, «Restitución derivada de la nulidad de las condiciones generales de la contratación en contratos con consumidores», *InDret*, 1, 2020, pp. 1-145, esp. pp. 87-90; F. PANTALEÓN PRIETO, «Más sobre la integración del contrato tras la anulación de la cláusula abusiva de intereses moratorios», *Blog El Almacén de Derecho*, 7 de julio de 2015 (<https://almacenederecho.org/mas-sobre-la-integracion-del-contrato-tras-la-anulacion-de-la-clausula-abusiva-de-intereses-moratorios/>). En Alemania, la practica el BGH. Vid. N. JANSEN, «Art. 6:204: Effects of Unfair Contract Terms», en N. JANSEN y R. ZIMMERMANN (eds), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford, Oxford University Press, 2018, pp. 971-977, esp. pp. 975-976. En contra, F. PERTÍÑEZ VILCHEZ, *La nulidad...*, p. 171.

²⁰ STJUE C-96/16 y C-94/17, de 7 de agosto de 2018, *Banco Santander/Banco Sabadell* (§§ 76-79).

²¹ Así, SSTS de 28 de noviembre de 2018 (RJ 2018/5101); de 31 de enero de 2019 (RJ 2019/247); de 11 de enero de 2019 (RJ 2019/20), y de 24 de abril de 2019 (RJ 2019/1577).

²² SSTS de 22 de abril de 2015 (RJ 2015/1360); de 18 de febrero de 2016 (RJ 2016/619); de 3 de junio de 2016 (RJ 2016/2300), y de 14 de noviembre de 2019 (RJ 2019/5165).

El CESL, que tanto prevé una *grey list* (art. 85) como una *black list* (art. 84) de cláusulas abusivas en los contratos B2C, sin embargo incluye en la primera las cláusulas que: «*Requiere a consumer who fails to perform obligations under the contract to pay a disproportionately high amount by way of damages or a stipulated payment for non-performance*» [art. 85.e)]. Con prácticamente el mismo contenido, antes, el art. 6:305 (1) e) ACQP también formaba parte de una lista indicativa de cláusulas presuntamente abusivas. *Vid.* también DCFR II-9:410 (1) e); y Propuesta de Directiva sobre los derechos de los consumidores [COM (2008) 614, Anexo III, letra c)].

El TJUE consideró que era perfectamente posible la elaboración de un criterio jurisprudencial que respondiera al objetivo de proteger a los consumidores y vino a decir que, si ese criterio tuviera fuerza de ley, cabría dentro de lo previsto por el art. 8 de la Directiva 93/13²³. Además, entendió que, aunque el TS hubiera establecido una presunción de abusividad, no parecía que dicha jurisprudencia privara al juez nacional de la posibilidad de declarar abusiva una cláusula que no respondiera a ese criterio²⁴. Eso suponía un varapalo a la doctrina del TS que, todo lo contrario, pretendía establecer una regla vinculante para los tribunales inferiores (si no querían verse contradichos en casación) con el fin de garantizar la seguridad jurídica.

Por eso, a la vista del margen de discrecionalidad que todavía era posible, el legislador decidió intervenir para evitar ulteriores conflictos. Así, según la E. de M. IV.11 de la LCCI:

«Por último, esta sección aborda la nueva regulación [...] de los intereses de demora, sustituyendo el régimen vigente, en el que existía cierto margen a la autonomía de la voluntad de las partes, por normas de carácter estrictamente imperativo [...]. Del mismo modo dota de una mayor seguridad jurídica a la contratación, y se sustituye el anterior régimen de los intereses de demora, en el que únicamente se establecía un límite máximo para cuantificarlos, por un criterio claro y fijo para su determinación. [...] Se persigue impedir la inclusión en el contrato de cláusulas que pudieran ser abusivas y, a la vez, robustecer el necesario equilibrio económico y financiero entre las partes».

Para los préstamos contraídos con posterioridad a la entrada en vigor de la LCCI, o que sean objeto de novación o de subrogación después, y siempre que cuenten con garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles para uso residencial, el legislador impone un interés moratorio que consiste en sumar tres puntos al remuneratorio (art. 25 LCCI y DT 1.^o 1 y 2 LCCI; art. 114.3 LH). Es un interés que persigue desincentivar el incumplimiento, sin ni siquiera tener en cuenta la imputabilidad al deudor.

²³ STJUE C-96/16 y C-94/17, de 7 de agosto de 2018, *Banco Santander/Banco Sabadell* (§§ 69-70).

²⁴ STJUE C-96/16 y C-94/17, de 7 de agosto de 2018, *Banco Santander/Banco Sabadell* (§§ 61 y 67). Aboga por que en el juicio de abusividad el juez tome como criterio referencial los intereses moratorios del resto de países de la Eurozona, V. MÚRTULA LAFUENTE, «Cuestiones actuales...», p. 531, pero a la vista de los distintos criterios que hace servir cada país esa no es tarea fácil. *Vid.* algunos ejemplos alejados entre sí en el § 497.4 BGB (Alemania), el art. 120-quinquiesdecies del *Testo Unico Bancario* (Italia); el art. VII.147/23 § 1 y § 2 *Code Economique* (Bélgica); el art. L 313-50 a 52 y R. 313-26, 28 *Code de la Consommation* (Francia).

Conviene recordar que TS partía de la misma premisa —aun cuando el margen del interés era inferior en un punto— y que el TJUE entendió compatible su jurisprudencia con la Directiva 93/13, solo si no impedía a los jueces de instancia declarar abusivo un interés inferior²⁵. Aunque desde luego el rol del TS no es el del legislador, conviene tener en cuenta ese dato a la hora de analizar la compatibilidad del art. 25 LCCI (y art. 114.3 LH) con la Directiva 93/13.

V. ¿DE VERDAD NO VA A PODER CONTROLARSE LA ABUSIVIDAD DE LOS INTERESES MORATORIOS?

La cuantía de los intereses moratorios viene ahora establecida en una norma de naturaleza imperativa, que no admite pacto en contrario (art. 25.2 LCCI; nuevo art. 114.3.III LH). Sin embargo, una norma imperativa *de alcance general* (para cualquier contrato) que perjudicara a los consumidores sería contraria a la Directiva 93/13 y, por consiguiente, el legislador nacional no podría excluir el control de abusividad de la cláusula que la reprodujera. Precisamente porque no puede excluirse, deberá proyectarse igualmente sobre cláusulas que prevean intereses más bajos, que sin duda deben admitirse a pesar de la prohibición legal expresa. Así que, si la pretensión del legislador no puede mantenerse, continuará siendo el juez quien, al final, diga si las cláusulas (incluso las aparentemente más beneficiosas) son o no abusivas.

1. El art. 1.2 de la Directiva 93/13 no permite escapar del control judicial en todo caso

En opinión del legislador, los nuevos arts. 25 LCCI y 114 LH dotan de una mayor seguridad jurídica a la contratación, porque sustituyen el criterio consistente en establecer un límite o techo legal de intereses moratorios, que deja cierto margen a la autonomía de la voluntad, por un criterio claro y fijo de determinación, que persigue impedir la inclusión en el contrato de cláusulas que pudieran ser abusivas. Ya se ha dicho que, según el legislador, parece llegado el momento de robustecer el necesario equilibrio económico y financiero entre las partes, frase que parece condensar la crítica a lo que debía parecerle un insoportable desequilibrio en favor del consumidor, de acuerdo con la más reciente jurisprudencia española y europea. Sin citarlo, el legislador español se ampara en el art. 1.2 de la Directiva 93/13²⁶. El precepto permite excluir del control de contenido las cláusulas contrac-

²⁵ STJUE C-96/16 y C-94/17, de 7 de agosto de 2018, *Banco Santander/Banco Sabadell* (§§ 61 y 67). *Vid.* también STJUE C-118/17, de 14 de marzo de 2019, *Dunai* (§§ 63-64).

²⁶ Para un breve compendio de la jurisprudencia del TJUE sobre el art. 1.2 de la Directiva 93/13, a la que aquí también se hará referencia, *vid.* Comunicación de la Comisión, «Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores», *DOUE* C 323, de 27 de septiembre de 2019, epígrafe 1.2.2, pp. 13-14.

tuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias, lo cual se refiere tanto a las normas imperativas (las que se aplican con independencia de la elección de las partes) como a las dispositivas (las que se aplican en defecto de otros acuerdos de las partes)^{27,28}. En España, ese precepto no ha sido transpuesto en el conjunto de normas nacionales que tienen por objeto proteger a los consumidores, sino en el art. 4.2 de la Ley 7/1998 (LCGC)²⁹.

La razón de la exclusión del control de las cláusulas que reproducen una norma es que el legislador europeo presume que el derecho nacional refleja un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes que es conveniente preservar³⁰. Por consiguiente, considera que la norma nacional es conforme con el Derecho europeo³¹. Efectivamente, los principios que inspiran la Directiva 93/13 no exigen controlar el Derecho nacional³². Ahora bien, el art. 1.2 de la Directiva 93/13 no impide la revisión judicial de las cláusulas que, aunque son expresión de una

²⁷ Vid. E. de M. 13 de la Directiva 93/13. Además, SSTJUE C-92/11, de 21 de marzo de 2013, *RWE Vertrieb* (§ 26); C-280/13, de 20 de abril de 2014, *Barclays Bank* (§§ 31 y 42); C-34/13, de 10 de septiembre de 2014, *Kušionová* (§§ 79-80); C-186/16, de 20 de septiembre de 2017, *Andriuc* (§ 29); C-446/17, de 7 de diciembre de 2017, *Woonhaven Antwerpen* (§ 25); C-266/18, de 3 de abril de 2019, *Aqua Med* (§ 33); C-349/18, C-350/18 y C-351/18, de 7 de noviembre de 2019, *Kanyeba, Nijs y Dedroog* (§§ 57-58); C-125/18, de 3 de marzo de 2020, *Gómez del Moral Guasch* (§§ 32, 37), y C-779/18, de 26 de marzo de 2020, *Mikrokasa S.A* (§ 51). Sobre el particular, H. W. MICKLITZ, «Unfair Terms in Consumer Contracts», en H. W. MICKLITZ *et al.*, *EU Consumer Law*, 2.ª ed., Cambridge-Antwerp-Portland, Intersentia, 2014, pp. 125-164, esp. pp. 136-138. En el contexto de la cláusula IRPH, pero a propósito del control de transparencia, *vid.* S. CÁMARA LAPUENTE, «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017», en M. YZQUIERDO TOLSADA (dir.), *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina*, vol. 9, Madrid, Dykinson, 2017, pp. 212-235, esp. pp. 220 y ss. Pone el acento en la interpretación de las distintas versiones lingüísticas, N. JANSEN, «Article 6:205», en N. JANSEN y R. ZIMMERMANN (eds.), *Commentaries...*, pp. 979-980, núm. 3. A propósito de la redacción castellana, *vid.* F. PANTALEÓN PRIETO, «De nuevo sobre la consecuencia jurídica de la declaración de abusividad de una cláusula no negociada individualmente (II)», *Blog El Almacén de Derecho*, 6 de abril de 2020 (<https://almacenederecho.org/de-nuevo-sobre-la-consecuencia-juridica-de-la-declaracion-de-abusividad-de-una-clausula-no-negociada-individualmente-ii/>) (última consulta: 25 de abril de 2020). En cuanto a las discrepancias lingüísticas, *vid.* ahora, STJUE C-81/19, de 9 de julio de 2020, *NG, OH c. SC Banca Transilvania* (§§ 32-34).

²⁸ Así lo recogen también otros instrumentos no legislativos. *Vid.* art. 6:303.1 ACQP, art. II-9: 406 DCFR. Además, *vid.* art. 80.1 CESL.

²⁹ BOE núm. 89, de 14 de abril de 1998.

³⁰ E. de M. 13 de la Directiva 93/13. Además, *vid.* STJUE C-92/11, de 21 de marzo de 2013, *RWE Vertrieb* (§ 28); AATJUE C-7/16, de 5 de julio de 2016, *Maria Rita Giráldez Villar y Modesto Martínez Baz* (§ 22); C-446/17, de 7 de diciembre de 2017, *Woonhaven Antwerpen* (§ 26); SSTJUE C-96/16 y C-94/17, de 7 de agosto de 2018, *Banco Santander/Banco Sabadell* (§ 43); C-51/17, de 20 de septiembre de 2018, *Ilyés y Kiss* (§ 53); C-266/18, de 3 de abril de 2019, *Aqua Med* (§ 33); C-349/18, C-350/18 y C-351/18, de 7 de noviembre de 2019, *Kanyeba, Nijs y Dedroog* (§ 59); C-779/18, de 26 de marzo de 2020, *Mikrokasa S. A.* (§ 54), y C-81/19, de 9 de julio de 2020, *NG, OH c. SC Banca Transilvania* (§ 26).

³¹ H. W. MICKLITZ, «Unfair Terms...», pp. 136-138. Expresamente, Propuesta de Directiva sobre los derechos de los consumidores [COM (2008) 614], E. de M. 46 y art. 30.3: «Las disposiciones sobre cláusulas contractuales abusivas no deben aplicarse a las cláusulas contractuales que reflejen de forma directa o indirecta disposiciones legales o reglamentarias imperativas de los Estados miembros *que se ajusten al Derecho comunitario*» (la cursiva es mía). Otra cosa es que la cláusula se limite a realizar una remisión general al derecho aplicable, cuando este permita varias opciones al profesional, en tal caso es admisible no aplicar el art. 1.2 de la Directiva 93/13. Así, STJUE C-266/18, de 3 de abril de 2019, *Aqua Med* (§§ 36-38).

³² STJUE C-280/13, de 30 de abril de 2014, *Barclays Bank* (§ 44). Con el mismo planteamiento, ATJUE C-7/16, de 5 de julio de 2016, *Maria Rita Giráldez Villar y Modesto Martínez Baz* (§ 27).

norma, no se limitan a reproducirla³³ y, por eso, en no pocas ocasiones, el TJUE ha pasado por el tamiz de la Directiva 93/13 las normas nacionales. La exclusión se refiere a disposiciones distintas de las referidas a la amplitud de las facultades del juez nacional para apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual³⁴. Ciertamente, ni el art. 25 LCCI ni el art. 114.3 LH reproducen la estructura del antiguo art. 114.3 LH, lo cual sería un indicio de la imposibilidad de control³⁵. Y, efectivamente, en hipótesis en que el legislador nacional ha dispuesto con carácter imperativo un recargo del 10 % sobre la cantidad debida, el TJUE ha señalado que escapa del control judicial de abusividad la cláusula que refleja una disposición legal y no contractual³⁶. El control también estaría vedado si la disposición nacional imperativa que ahora se promulga tuviera que reemplazar una cláusula contractual abusiva³⁷. No es ese el caso a la vista del carácter no retroactivo de la LCCI (DT 1.ª1 de la Ley 5/2019), lo que a su vez indica que no podrá evitarse el control de aquellas cláusulas que ya hubieran previsto con anterioridad otro tipo de interés (igual o inferior)³⁸.

El art. 1.2 es de interpretación estricta, habida cuenta del objetivo de la Directiva 93/13, que es la protección de los consumidores contra las cláusulas abusivas incluidas por los profesionales en los contratos celebrados con estos últimos³⁹. De entrada, no parece casar bien con la presunción de que la norma nacional imperativa contempla adecuadamente el equilibrio entre las partes que antes fuera abusivo y, por tanto, desequilibrado, el interés que superaba en dos puntos el interés remuneratorio pactado y que ahora esos puntos sean tres y, en cambio, se considere perfectamente ponderado. Es decir que lo que antes (y hace muy poco tiempo) era abusivo por obra del juez, ahora deja de serlo por obra del legislador, a pesar de que los intereses que cobra el acreedor son superiores. Con ese trasfondo se diría que, más que reflejar un equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, los arts. 25 LCCI y 114.3 LH reflejan un desequilibrio en favor del acreedor⁴⁰.

³³ J. MARTÍN FUSTER, «El control judicial de cláusulas que reflejan disposiciones legales o reglamentarias», *InDret*, 4, 2019, pp. 7, 8 y 10.

³⁴ *Vid.* STJUE C-280/13, de 30 de abril de 2014, *Barclays Bank* (§ 39); ATJUE C-7/16, de 5 de julio de 2016, *Maria Rita Giráldez Villar y Modesto Martínez Baz* (§ 23); SSTJUE C-446/17, de 7 de diciembre de 2017, *Woonhaven Antwerpen* (§ 27); C-96/16 y C-94/17, de 7 de agosto de 2018, *Banco Santander/Banco Sabadell* (§ 44), y C-349/18, C-350/18 y C-351/18, de 7 de noviembre de 2019, *Kanyeba, Nijs y Dedroog* (§ 61).

³⁵ M. CARBALLO FIDALGO, «La protección sustantiva...», p. 125, nota 52. No aprecia diferencias entre el antiguo y el nuevo art. 114.3 LH, J. M.ª MARTÍN FABA, «Límites...», pp. 660-661.

³⁶ STJUE C-446/17, de 7 de diciembre de 2017, *Woonhaven Antwerpen* (§ 31).

³⁷ STJUE C-51/17, de 20 de septiembre de 2018, *Ilyés y Kiss* (§§ 62-64).

³⁸ Con dudas, J. MARTÍN FUSTER, «El control judicial...», p. 13. En el sentido del texto, A. DOMÍNGUEZ LUELMO, «Artículo 114 LH», en A. DOMÍNGUEZ LUELMO (dir.), *Comentarios...*, p. 1260. En pro de no aplicar retroactivamente el interés moratorio, ni siquiera en caso de subrogación o novación, si el prestatario no consiente expresamente la modificación, J. M.ª MARTÍN FABA, «Límites...», pp. 664-665.

³⁹ SSTJUE C 34/13, de 10 de septiembre de 2014, *Kušionová* (§ 77); C 51/17, de 20 de septiembre de 2018, *Ilyés y Kiss* (§ 54), y C-349/18, C-350/18 y C-351/18, de 7 de noviembre de 2019, *Kanyeba, Nijs y Dedroog* (§ 63).

⁴⁰ Claro que el argumento tiene réplica. *Vid.* R. PAZOS CASTRO, «Los intereses de demora en la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario», en C. del C. CASTILLO MARTÍNEZ

Por otra parte, el TJUE no ha presumido automáticamente que una norma imperativa (o dispositiva) no pueda ser objeto de control. Lo ha admitido en casos en que la norma en cuestión era general y no había sido adoptada para el tipo de contrato de que se tratara, por entender que la eventual voluntad de las partes, de extender la aplicación del régimen imperativo a un contrato distinto, ya no podía asimilarse al establecimiento por el legislador nacional de un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes en el contrato⁴¹. Podría entenderse, pues, que siendo tanto el art. 25 LCCI como el art. 114.3 LH normas no específicamente pensadas para la protección del consumidor [lo confirma el art. 2.1.a) en contraposición con la b) LCCI], el juez sí que deberá poder analizar el contenido de esas disposiciones a la luz de la Directiva 93/13 siempre que el prestatario contrate en aquella cualidad. Efectivamente, aunque la E. de M. IV.11 de la LCCI aluda a la intención de eliminar cláusulas potencialmente abusivas, algo que solo es posible en contratos con consumidores, lo cierto es que luego el articulado no se refiere específicamente a ellos. Aun habría que añadir que la imperatividad de la regla no alcanzaría nunca a los préstamos para la adquisición de inmuebles no garantizados, ni a los garantizados sobre inmuebles que no fueran de uso residencial, fuera cual fuera su finalidad⁴², o con una garantía sobre inmuebles de uso residencial distinta a la hipoteca, aunque el prestatario, el fiador o el garante fueran una persona física o incluso personas cualificadas como consumidores⁴³.

Todavía podría mencionarse el argumento adicional que proporcionaría el art. 8 de la Directiva 93/13. Puesto que el precepto solo permite al legislador nacional adoptar disposiciones más estrictas con el fin de garantizar una mayor protección del consumidor, el art. 1.2 no debería poderle servir de excusa para incorporar normas que fueran contrarias a esa finalidad⁴⁴. Y si no fuera función del art. 1.2 de la Directiva 93/13 impedir o evitar los controles sobre las posibles desventajas que el derecho nacional procura al consumidor⁴⁵, entonces los arts. 25 LCCI y 114.3 LH tampoco podrían evitar el control judicial de la cláusula y deberían ser

(coord.), *La nueva regulación de los contratos de crédito inmobiliario*, Madrid, Wolters Kluwer, 2020, pp. 1009-1051, esp. p. 1031.

⁴¹ Son palabras que tomo del § 29 de la STJUE C-92/11, de 21 de marzo de 2013, *RWE Vertrieb*. Vid. también STJUE C-260/18, de 3 de octubre de 2019, *Dziubak* (§ 61). Recientemente, abogado general Juliane Kokott, asunto C-81/19, *NG, OH c. SC Banca Transilvania*, de 19 de marzo de 2020 (§§ 41-47), cuyo argumento no es tomado en consideración por la STJUE C-81/19, *NG, OH c. SC Banca Transilvania*, de 9 de julio de 2020 (§ 27).

⁴² Sin embargo, a propósito de una hipoteca sobre tres locales (inmuebles no residenciales) con prestatario y fiador consumidores, vid. RDGSJFP de 6 de febrero de 2020 (*BOE* núm. 177, de 26 de marzo de 2020).

⁴³ En cuanto al ámbito de aplicación del art. 25 LCCI, J. M.^a MARTÍN FABÁ, «Límites...», pp. 648-651; B. SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, *Los contratos de crédito inmobiliario tras la Ley 5/1019, de 15 de marzo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 300-301.

⁴⁴ Conclusiones del abogado general Maciej Szpunar, asunto C-125/18, de 10 de septiembre de 2019 *Marc Gómez del Moral* (§ 84). Antes, Conclusiones del abogado general Evgeni Tanchev, asunto C-51/17, de 3 de mayo de 2018, *Ilyés y Kiss* (§§ 63-65).

⁴⁵ Conclusiones del abogado general Gerard Hogan, asuntos C-84/19, C-222/19 y C-252/19, de 2 de abril de 2020, *Profi Credit Polska S. A.* (§ 35).

interpretados de acuerdo con el efecto útil de la norma europea. Con otro razonamiento, algunos autores entienden que mientras el art. 1.2 de la Directiva 93/13 no resulte transpuesto en el Derecho español, las cláusulas que incorporen el contenido de normas imperativas siempre quedan sometidas a control judicial, porque lo contrario se opondría al art. 8 de la Directiva 93/13⁴⁶. Ese argumento trae causa de otro, alegado por el abogado general Szpunar, en el asunto *Gómez del Moral*, en relación con el art. 4.2 de la Directiva 93/13 que, como se sabe, no ha sido transpuesto por el legislador español⁴⁷. Aun así, la no transposición del art. 1.2 de la Directiva 93/13 en el TR-LGDCU quedaría salvada por lo dispuesto en la E. de M. I.3 de la LCGC, que permite entender que el art. 4.1 LCGC —la norma que traspone aquel art. 1.2— merece extenderse a los contratos con consumidores⁴⁸. Además, la interpretación del Derecho nacional de conformidad con el Derecho europeo impediría afirmar que el Estado no puede acogerse a la protección que le brinda el art. 1.2 de la Directiva 1993/13.

2. En beneficio del consumidor, las normas son semiimperativas

Que una norma sea semiimperativa o unilateralmente imperativa significa que es dispositiva para los consumidores, pero absolutamente vinculante para los empresarios, que no pueden apartarse de ella en perjuicio de los primeros⁴⁹. Por consiguiente, a pesar de la prohibición (arts. 25.2 LCCI y 114.3.III LH), el pacto en contrario siempre es posible si este beneficia más a la parte a quien se trata de proteger (*a contrario*, art. 3.2 LCCI; *vid.* además, art. 92.3 TR-LGDCU). Afirmar lo contrario, esto es, que ese pacto no es posible, significa prohibir la cláusula que los prevea en cantidad inferior y también la que los excluya completamente.

Esto de prohibir cláusulas que, aunque existieran, nunca podrían considerarse abusivas hace perder fuerza al argumento que justifica la necesidad de promulgar normas imperativas en aras de la seguridad jurídica. A ello habría que añadir que la posibilidad de pactar intereses a la baja es la solución que conviene a la competencia entre las entidades financieras y eso, a la postre, también redundaría en beneficio del consumidor⁵⁰.

⁴⁶ M. CARBALLO FIDALGO, «La protección sustantiva...», p. 125.

⁴⁷ Conclusiones del abogado general Maciej Szpunar, asunto C-125/18, de 10 de septiembre de 2019, *Marc Gómez del Moral* (§§ 100 y 129).

⁴⁸ La STS de 14 de diciembre de 2017 (RJ 2017/5167) no cuestiona esa interpretación.

⁴⁹ Se sirve de esta expresión, C. BALLUGERA GÓMEZ, «Tope máximo...», pp. 112-113. Sobre esta categoría de normas, G. WAGNER, «Zwingendes Privatrecht - Eine Analyse anhand des Vorschlags einer Richtlinie über Rechte der Verbraucher», *ZEuP*, 2, 2010, pp. 243-278, esp. p. 251; H. EIDENMÜLLER, F. FAUST, H. Ch. GRIGOLEIT, N. JANSEN y R. ZIMMERMANN, «Hacia una revisión del Acquis de consumo», en S. CÁMARA LAPUENTE (dir.) y E. ARROYO AMAYUELAS (coord.), *La revisión de las normas nacionales y europeas de protección de los consumidores. Más allá de la Directiva sobre derechos de los consumidores y del Instrumento Opcional sobre un Derecho europeo de la compraventa de octubre de 2011*, Cizur Menor, Civitas, 2012, pp. 107-162, esp. p. 112.

⁵⁰ J. M.^a DÍAZ FRAILE, «Intereses de demora...», pp. 318-319.

A diferencia de algunos juristas, notarios entre ellos⁵¹, y de la propia DGRN (en una primera etapa)⁵², que no ven posible inscribir la cláusula que se aparte (a la baja) de lo previsto en la norma, el Consejo General del Notariado no duda de que eso es factible, por entender que la prohibición de pacto en contrario se relaciona con la irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al prestatario y, por tanto, que no es aplicable cuando el régimen estipulado es más favorable para aquel que el previsto legalmente⁵³. Hay que añadir que no tiene sentido que no haya límite al pacto sobre intereses remuneratorios, que siempre influye en la determinación al alza de los moratorios, y que, por el contrario, la contrapartida no sea permitir un pacto de intereses moratorios más bajos que los legalmente previstos. Ese fue uno de los argumentos del notario de A Coruña, Manuel Mariño Vila, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad de Arteixo y que dio lugar a la RDGRN de 19 de diciembre de 2019 desestimatoria de sus pretensiones.

La prohibición es contraria al elevado nivel de protección que merecen los consumidores de acuerdo con los Tratados (*v. gr.* arts. 114 y 169 TFUE), que tiene la categoría de principio de orden público según el TJUE⁵⁴. Así las cosas, si se admite, como debe ser, el pacto en contrario, ya no puede decirse que el interés pactado por debajo del legal es tan imperativo como el legalmente establecido en los arts. 25 LCCI y 114.3 LH⁵⁵. Todo lo contrario, es evidente que tampoco en tales casos puede obstaculizarse la labor del juez para controlar el contenido de una cláusula que cumple con una norma nacional, siquiera sea porque, al fijar unos intereses moratorios más bajos, la cláusula ya no refleja exactamente el contenido de esa norma⁵⁶.

⁵¹ V. MÚRTULA LAFUENTE, «Cuestiones actuales...», p. 547; B. SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, *Los contratos...*, pp. 303-304. Entre el notariado, A. LONGO MARTÍNEZ, «Estudio práctico de la regulación de los contratos de crédito inmobiliario», *La Notaría*, 1, 2019, pp. 44-80, esp. p. 73.

⁵² RRDGRN de 5 de diciembre de 2019 (*BOE* núm. 49, de 26 de febrero de 2020); de 19 de diciembre de 2019 (*BOE* núm. 63, de 12 de marzo de 2020); de 15 de enero de 2020 (*BOE* núm. 170, de 18 de junio de 2020), y de 28 de enero de 2020 (*BOE* núm. 170, de 18 de junio de 2020).

⁵³ Sigo la explicación de A. LONGO MARTÍNEZ, «Estudio...», p. 80, nota 57. En la misma línea, apoyándose en el art. 28.3 LCCI, J. M.^a MARTÍN FABA, «Límites...», p. 660.

⁵⁴ M. CARBALLO FIDALGO, «La protección sustantiva...», p. 124, nota 51. El argumento enlaza con el esgrimido por el abogado general Evgeni Tanchev, asunto C-51/17, de 3 de mayo de 2018, *Ilyés y Kiss* (§ 64) que veta cualquier lectura del art. 1.2 de la Directiva 93/13 que impida llevar a cabo las políticas tendentes a procurar el nivel elevado de protección de los consumidores previsto en el art. 38 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y que entre en conflicto con el principio de tutela judicial efectiva consagrado en el art. 47 de la Carta. Sobre cómo el art. 47 de la Carta y su aplicación en litigios entre particulares puede condicionar el razonamiento de los jueces nacionales y con qué efectos, *vid.* A. VAN DUIN, *Justice for both. Effective Judicial Protection under Article 47 of the EU Charter of Fundamental Rights and the Unfair Contract Terms Directive*, tesis doctoral de momento inédita (julio de 2020).

⁵⁵ Sostienen esa imperatividad, M. CARBALLO FIDALGO, «La protección sustantiva...», p. 126; S. ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, «¿Intereses de demora imperativos? La discutible doctrina de la DGRN», en el *Blog «Hay Derecho»*, de 23 de diciembre de 2019 (<https://hayderecho.expansion.com/2019/12/23/intereses-de-demora-imperativos-la-discutible-doctrina-dgrn/>) (última consulta: 10 de enero de 2020).

⁵⁶ *Vid.* STJUE C-779/18, de 26 de marzo de 2020, *Mikrokasa S.A* (§§ 56-57); Conclusiones del abogado general Gerard Hogan, asuntos C-84/19, C-222/19 y C-252/19, de 2 de abril de 2020, *Profi Credit Polska S. A.* (§§ 32-36), y STJUE de 3 de septiembre de 2020 (§§ 61-63). Recuérdese

3. El argumento de la interpretación conforme con el art. 28.2 y 3 de la Directiva 2014/17

Un argumento adicional sería que el pacto debe venir facilitado por la necesidad de interpretar los arts. 25 LCCI y 114.3 LH de conformidad con el art. 28.3.II de la Directiva 2014/17⁵⁷, que solo permitiría establecer límites a los intereses si aquellos se configuraran como un techo o margen máximo:

«Los Estados miembros podrán autorizar a los prestamistas a imponer recargos adicionales al consumidor en caso de impago. Los Estados miembros que se acojan a esta posibilidad determinarán el valor máximo de tales recargos».

Según esta interpretación, no sería correcto prever una cuantía fija de interés moratorio porque el precepto no es un mandato directo al Estado para que este establezca los «recargos», sino para que regule la autonomía de la voluntad de los prestamistas cuando estos decidan imponerlos. El deber del Estado sería el de señalar los límites —en forma de recargos máximos— a esa autonomía⁵⁸.

Con todo, no es seguro que ese art. 28.3 (ni antes el art. 28.2 de la Directiva 2014/17) se refiera a los intereses moratorios con la expresión «recargos». Estos últimos también pueden venir representados por una cantidad fija, global⁵⁹. Si así no fuera, entonces quizá lo grave no sería que el legislador no hubiera respetado un valor máximo de «hasta tres puntos», porque a ese resultado podría llegarse con la interpretación del Derecho nacional de conformidad con el europeo. Lo grave sería, en realidad, que ese recargo se estaría aplicando sobre una base distinta de la prevista por la Directiva 2014/17⁶⁰. Efectivamente, hay que tener en cuenta que el re-

que tampoco podía impedirse el control de abusividad de las cláusulas de intereses moratorios, aunque estas quedaran ajustadas al interés máximo previsto legalmente, al amparo del antiguo art. 114.3 LH y DT 2.ª de la Ley 2/2013. Entre otras, *vid.* STJUE C-482/13 C-484/13, C-485/13 y C-487/13, de 21 de enero de 2015, *Unicaja* (§§ 40-41).

⁵⁷ Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrero, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial (*DOUE* L 60, de 28 de febrero de 2017).

⁵⁸ Para el argumento y sin perjuicio de considerar que el Estado no tiene obligación de transponer esa norma, J. M.ª MARTÍN FABÁ, «Límites...», p. 640. Además, *vid.* C. TRUJILLO CABRERA, «Los intereses de demora en el Proyecto de Ley reguladora de los contratos de Crédito inmobiliario», en R. SÁNCHEZ LERÍA y L. VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ (coords), *Los contratos de Crédito inmobiliario*, Madrid, Reus, 2018, pp. 231-242, esp. p. 242; M. CARBALLO FIDALGO, «La protección sustantiva...», p. 124. *Vid.* también Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, 5 de mayo de 2017 (§ 185). Disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-sobre-el-Anteproyecto-de-Ley-Reguladora-de-los-Contratos-de-Credito-Inmobiliario>.

⁵⁹ Bélgica, VII. 147/23 § 1 y § 2 *Code Economique*; Francia, Ley 313-51 y RR-313-28 *Code de la Consommation*.

⁶⁰ Para otra versión, S. NASARRE AZNAR, *Los años de la crisis de la vivienda. De las hipotecas subprime a la vivienda colaborativa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 444, considera que el art. 25 LCCI es una mala transposición del art. 28.2 de la Directiva 2014/17, porque la norma imperativa española no permite saber si los intereses exceden o no de lo necesario para resarcir al prestamista.

cargo del art. 28.3 de la Directiva 2014/17 es un plus sobre la delimitación efectuada previamente en el art. 28.2, según el cual:

«Los Estados miembros podrán exigir que, si se permite al prestamista definir e imponer recargos al consumidor en caso de un impago, esos recargos no excedan de lo necesario para compensar al prestamista de los costes que le acarree el impago».

Se diría que el art. 28.2 solo permite recuperar el daño emergente («los costes que acarree el impago») y, por consiguiente, que limita las ganancias de los acreedores. Si esa interpretación es válida y si en el art. 28.3 de la Directiva 2014/17 los recargos se miden en intereses y no en una cuantía adicional global y suponiendo también que los arts. 25 LCCI y 114.3 LH respondan a la transposición de ese precepto, entonces las normas españolas serían incorrectas porque la base de cálculo del «recargo» o interés no podría ser el interés remuneratorio (interés de mercado) sino un interés de refinanciación (seguramente mucho más bajo), además de otros costes que al acreedor le acarrea el impago, entre los que también se hallan los de reclamaciones, servicios de abogado y procurador, o agencia de gestión de cobros, etc. Efectivamente, hay que contar con que el acreedor deba pagar intereses por el dinero que le prestan a él los bancos a los que, eventualmente, tenga que recurrir ante el impago de su deudor. Esos intereses de refinanciación sin duda están contemplados en el art. 28.2 de la Directiva 2014/17⁶¹. La transposición de esa norma no es obligatoria; ahora bien, si el legislador nacional decide transponer el art. 28.3 —que es algo a lo que tampoco está obligado— entonces necesariamente debe partir de la base de cálculo establecida en ese párrafo inmediatamente precedente, esto es, el art. 28.2. Hipotéticamente, pues, los tres puntos deberían conceptuarse como «recargos» adicionales (y como máximo) a la compensación que fuera necesaria para que el prestamista se resarciera de los costes que le acarrearía el impago (art. 28.2). No es, pues, posible, imponer tres puntos sobre el interés remuneratorio pactado. Lo que el Banco Central Europeo cobra por prestar dinero al banco que a su vez lo presta a terceros, no es lo que luego este último les cobra a sus prestatarios, que es siempre una cifra superior.

VI. HAY QUE INSCRIBIR LAS CLÁUSULAS DE INTERESES QUE SON LÍCITAS

En los primeros cuatro casos polémicos que acaba resolviendo la DGRN a finales del año 2019 y comienzos del año 2020, el enjuiciamiento de la abusividad no hubiera resultado especialmente complicado a los registradores, por lo menos a la vista de la doctrina del TS, que ya había es-

⁶¹ V. MÚRTULA LAFUENTE, «Cuestiones actuales...», p. 547. También el Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el anteproyecto de 2017 identificaba el componente indemnizatorio del art. 28.2 de la Directiva 2014/17 con el perjuicio real que entendía que eran los costes de financiación. *Vid.* Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, 5 de mayo de 2017 (§ 185).

tablecido inequívocamente que no era abusivo el interés moratorio que no superara en dos puntos el interés remuneratorio pactado. Esa era, exactamente, la cuantía que reflejaban las cláusulas de las escrituras que se negó a inscribir el Registrador en los asuntos ventilados por las RRDGRN que confirman la imposibilidad de inscripción, y ya no cabe duda de la vinculación de su doctrina, tras la nueva redacción del art. 258.2 LH por la DA 1.^ª LCCI⁶²:

«El registrador de la propiedad denegará la inscripción de aquellas cláusulas de los contratos que sean contrarias a normas imperativas o prohibitivas o hubieran sido declaradas nulas por abusivas por sentencia del TS con valor de jurisprudencia o por sentencia firme inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación».

Al argumento de que la cláusula no era abusiva —por lo menos si se aplicaba la doctrina pacífica del TS— y que, por eso mismo, era perfectamente inscribible, todavía habría que añadir que no solo los jueces, sino también cualquier otro órgano del Estado debe dejar sin aplicar el Derecho interno que contravenga el Derecho de la Unión Europea. Así, según la STJUE C-198/01, de 9 de septiembre de 2003, *CIF*:

«Este deber de excluir la aplicación de una normativa nacional contraria al Derecho comunitario incumbe no solo a los órganos jurisdiccionales nacionales, sino también a todos los órganos del Estado, incluidas las autoridades administrativas (*vid.*, en este sentido, la Sentencia de 22 de junio de 1989, *Fratelli Costanzo*, 103/88, rec. p. 1839, apdo. 31), lo que conlleva, en su caso, la obligación de tomar todas las medidas para facilitar la realización del pleno efecto del Derecho comunitario (*vid.* la Sentencia de 13 de julio de 1972, *Comisión/Italia*, 48/71, rec. p. 529, apdo. 7)» (§ 49).

El registrador debería haber inscrito la cláusula de la escritura, aunque no contuviera el interés moratorio previsto con carácter imperativo en los arts. 25 LCCI y 114.3 LH, porque su obligación, antes de aplicar la ley, es interpretarla de forma que pueda dar cumplimiento al principio de efectividad del Derecho europeo. La política legislativa nacional en la que todas las resoluciones se escudan, sin duda viene condicionada por la que manda en Bruselas. Y no hay que olvidar que todas las cláusulas polémicas reflejaban una cuantía inferior y más beneficiosa para el prestatario-consumidor.

Como en un inesperado giro de guion, algunos de los planteamientos esgrimidos con anterioridad han acabado aflorando en dos nuevas y recientes RDGSJFP de 5 de abril de 2020⁶³ y de 12 de junio de 2020⁶⁴. Conviene de todos modos dejar sentado que ninguna de las dos resoluciones entra en el análisis del art. 25 LCCI, ni se pronuncia sobre el carácter imperativo de ese precepto. El supuesto en que se admite la libertad de pactos —en beneficio del consumidor— es residual y se refiere exclusi-

⁶² Con anterioridad, cfr. RDGRN de 13 de julio de 2017 (*BOE* núm. 183, de 2 de agosto de 2017). Sobre la calificación de la abusividad, J. GÓMEZ GÁLLIGO, «Limitación...», pp. 219 y ss.

⁶³ *BOE* núm. 206, de 30 de julio de 2020.

⁶⁴ *BOE* núm. 207, de 31 de julio de 2020.

vamente a los contratos de préstamo concedidos por el empleador a sus empleados, cuya cláusula respectiva de intereses moratorios se juzga exclusivamente al amparo del art. 114.3 LH.

Por circunscribir las cosas al caso previsto en la RDGSJFP de 5 de abril de 2020, habrá que empezar diciendo que la registradora suspende la inscripción solicitada porque entiende que no cabe pactar un interés distinto del previsto en el art. 114.3 LH. La cláusula de interés de demora era la de la escritura de un préstamo para la adquisición de la vivienda habitual y garantizada con hipoteca sobre la misma. El prestamista era el banco y la parte prestataria (dos personas casadas entre sí) era empleada suya. Dada esta última condición, el préstamo se concede en las condiciones expresadas por el convenio colectivo. Así, el interés moratorio pactado equivalía al ordinario (remuneratorio) vigente en cada momento, si bien en el caso de que este interés debiera cambiar por cumplirse cualquiera de las condiciones pactadas en la escritura (excedencia voluntaria, fallecimiento, etc.), el interés pasaría a ser igual al interés ordinario vigente en cada momento incrementado en dos puntos porcentuales, con el límite de tres veces el interés legal del dinero vigente en el momento del devengo y sobre el principal pendiente de pago.

El préstamo hipotecario formalizado en la escritura que era objeto de calificación entraba dentro de las exclusiones previstas tanto por el art. 3.2.b) de la Directiva 2014/17, como por el art. 2.4.a) LCCI. La DGSJFP se extiende en la explicación del significado de esa exclusión, a pesar de que sobre este extremo nadie tenía dudas⁶⁵ y, a la vista de esa exclusión, coincide la registradora en que el art. 25 LCCI no es aplicable al caso en examen. También de acuerdo con la calificación de esta última, no cuestiona que el art. 114.3 LH sí que resulta de aplicación. En lo que no coincide —y por eso revoca su calificación— es en la interpretación de este precepto. Con buen criterio, y por primera vez, el centro directivo afirma que carece de sentido la interpretación literal. Puesto que el prestatario era un consumidor, el art. 114.3 LH es interpretado —ahora sí— de acuerdo con el significado más extendido del art. 28.3 de la Directiva 2014/17. La conclusión acaba siendo que la norma nacional nunca podría aplicarse en perjuicio de los consumidores, por lo que hay que entender que el tipo legal es solo un techo que el prestamista no puede superar. Los argumentos, expresados con mayor o menor fortuna, son conocidos:

«Carecería de sentido la finalidad de protección de la Directiva 93/13/CEE frente a cláusulas abusivas si no existiera la posibilidad para el consumidor de reducir el tipo máximo del interés de demora fijado por la ley o incluso de no pactarse tipo de interés de demora alguno. No parece que la Directiva 2014/17/UE haya querido modificar el nivel de protección del consumidor establecido en la Directiva 93/13/CEE, por lo que el art. 114, párrafo 3.º, LH (modificado por DF 1.º2 de la Ley 5/2019) en un supuesto como el presente excluido de la

⁶⁵ En relación con una compañía de seguros que concede préstamos en condiciones ventajosas a sus empleados, *vid.* la citada RDGSJFP de 12 de junio de 2020 (BOE núm. 207, de 31 de julio de 2020).

aplicación de dicha Ley 5/2019, y teniendo en cuenta que se trata de una norma relativa a la responsabilidad que por intereses de demora puede garantizar la hipoteca, debe interpretarse entendiéndose que, al establecer un tipo legal de demora, se excluye la fijación del interés moratorio de la posibilidad de negociación de los particulares en perjuicio del consumidor. // Si se siguiera la interpretación literal del art. 114 LH que propugna la registradora en su nota de calificación resultaría que no cabría pactar en el presente caso particular de préstamo de empleador a empleado (préstamo excluido del ámbito de aplicación de la Ley 5/2019) intereses de demora inferiores a los tres puntos por encima del interés remuneratorio (o igual al mismo, como ocurre en el presente caso). En definitiva, tal consumidor resultaría perjudicado por la referida reforma legislativa.

Es cierto que las normas de transposición de la Directiva pueden incrementar en el Derecho nacional el nivel de protección del consumidor, pero lo que no tiene sentido es acudir a una interpretación no literal de la Directiva que disminuya ese nivel de protección. // Debe advertirse, además, que precisamente por tratarse de préstamo a empleado y en atención a esta cualidad se concede en condiciones mejores de las que se ofrecen al público en general, proporcionando al trabajador una retribución adicional, y entre esas condiciones más favorables se puede incluir, sin duda, un interés de demora inferior al fijado legalmente. // En consecuencia debe concluirse que, en un caso como el presente, el carácter imperativo del art. 114, párrafo 3.º, LH, y concretamente la prohibición de pacto en contrario en materia de intereses de demora están referidos a la forma de cálculo del interés de demora, a la prohibición de capitalización y al tipo máximo fijado por la ley, tipo que —en caso de préstamos hipotecarios con consumidores— regirá en defecto de cláusula expresa más favorable en beneficio del consumidor».

Sorprende que en parte se quiera justificar el razonamiento con el argumento de que el art. 114.3 LH «se trata de una norma relativa a la responsabilidad que por intereses de demora puede garantizar la hipoteca». Ciertamente, la función original del art. 114 LH era fijar los intereses «a efectos de garantía hipotecaria» y, además, ya se ha dicho que la cifra de responsabilidad hipotecaria no está sometida al límite imperativo de tres puntos sobre el interés remuneratorio. Pero precisamente la reforma que introdujo un nuevo (y mal ubicado) apartado 3 tuvo la finalidad de limitar el devengo de intereses en el «plano obligacional» —por utilizar la expresión de la propia DGSJFP—. Es justamente la licitud de esa cláusula, que viene a cumplir idéntica función a la del art. 25 LCCI, la que se trata de analizar.

Por lo demás, si en el caso en estudio el art. 25 LCCI no era aplicable y, por consiguiente, se debía admitir la libertad de pactos en beneficio del consumidor, ¿por qué complicar las cosas afirmando que el art. 114.3 LH, que dice exactamente lo mismo que el art. 25 LCCI, sí que se aplica? No veo muchas razones para entender que las exclusiones de la LCCI que, sin duda, afectan al art. 25 LCCI, no debieran también extenderse al art. 114.3 LH. Si la voluntad del legislador era no someter a la LCCI los contratos de préstamo hipotecario sobre inmueble para uso residencial concedidos por el empleador a su empleado (generalmente en condiciones muy ventajosas), esa finalidad quedaría parcialmente frustrada si se en-

tendiera que, aunque a los solos efectos de determinar la cuantía de intereses moratorios, sí que quedan amparados por el art. 114.3 LH. Ciertamente, no se puede negar que el ámbito de aplicación subjetivo del art. 114.3 LH pueda ser más amplio que el de LCCI (v. gr. puede amparar contratos C2C)⁶⁶ y, además, hubiera sido preferible que el art. 114.3 LH se remitiera a la LCCI para dejar clara la conexión de una y otra norma⁶⁷. Ahora bien, a la vista de que el art. 114.3 LH se modifica en una ley que tiene por objeto, precisamente, transponer la Directiva 2014/17, resulta difícil sostener que las exclusiones previstas en la norma española de transposición no deberían regir en relación con los intereses moratorios que, además de en dicha norma, vienen regulados en otra cuya redacción es idéntica.

Sea como fuere, la lectura teleológica y correctora que realiza la DGSJFP del art. 114.3 LH demuestra claramente la necesidad de interpretar el Derecho nacional de conformidad con el europeo y, a la vista de los argumentos empleados en las dos resoluciones, cabe augurar que cuando la cláusula de intereses moratorios afecte a un préstamo que sí que entre dentro del ámbito de aplicación de la LCCI, los razonamientos no serán distintos al amparo del art. 25 LCCI.

VII. ¿Y SI NI SIQUIERA HAY CLÁUSULA DE INTERESES MORATORIOS?

Esas normas sobre intereses moratorios tantas veces mencionadas generan ulteriores problemas. Así, si el contrato de préstamo solo fija un interés remuneratorio ¿cuál debe ser entonces el interés de demora? Hay quien cree que este debe ser simplemente el ordinario (remuneratorio)⁶⁸, pero la mayoría piensa que el art. 25 LCCI debería aplicarse siempre que no exista cláusula alguna de intereses moratorios en el contrato⁶⁹. Con todo, si se atiende a la finalidad declarada por el legislador en la E. de M. IV.11 LCCI, estas normas solo pretenden evitar el contenido de cláusulas abusivas, por lo que parece que no están para suplir las no incorporadas por el predisponente⁷⁰ y mucho menos si el contrato no es B2C. Desde ese punto de vista, el derecho supletorio al que debería acudir es el art. 1108 CC, que establece el interés legal. Es lo que conviene si, además, resulta que esas normas conculcan la normativa europea.

⁶⁶ Con todo, el empleador que concede un préstamo es reputado empresario, por lo menos a los efectos de la Directiva 93/13, según la STJUE C-590/17, de 21 de marzo de 2019, *Pouvin*.

⁶⁷ *Ad exemplum*, LCCI, DF 5.ª2, de modificación del art. 693.2 LEC.

⁶⁸ S. ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, «Los nuevos límites a los intereses de demora», en el *Blog «Hay Derecho»*, de 21 de mayo de 2019 (última consulta: 30 de junio de 2020). *Vid.* <https://hayderecho.expansion.com/2019/05/21/nuevos-limites-intereses-demora/>.

⁶⁹ R. PAZOS CASTRO, «Los intereses...», p. 1026; C. VENDRELL CERVANTES, «Jurisprudencia europea y española sobre protección del consumidor hipotecario: hitos, lecciones prácticas y cuestiones pendientes», en J. J. GANUZA y F. GÓMEZ POMAR, *Presente y futuro del mercado hipotecario español: un análisis económico y jurídico*, Cizur Menor, Aranzadi, 2018, pp. 373-482, esp. pp. 414-415; J. GÓMEZ GALLIGO, «Limitación...», pp. 210 y 234: «La cuestión queda al margen de la negociación».

⁷⁰ J. M.ª MARTÍN FABÁ, «Límites...», p. 661.

VIII. REFLEXIONES FINALES

Mientras redactaba estas páginas el Estado declaró el estado de alarma y lo prorrogó varias veces. Esa declaración fue acompañada de una pluralidad de reformas en todos los ámbitos jurídicos. En lo que aquí interesa, una de las medidas adoptadas fue la suspensión de las obligaciones derivadas de los contratos de préstamo con garantía hipotecaria y, por supuesto, también del devengo de los intereses moratorios, en determinados casos. Esto último fue dispuesto en el art. 15.1 del RD Ley 8/2020⁷¹:

«En todos los contratos de crédito o préstamo garantizados con hipoteca inmobiliaria en los que el deudor se encuentre en los supuestos de vulnerabilidad económica prácticas y acredite ante la entidad que se encuentra en dicha circunstancia, no se permitirá la aplicación de interés moratorio por el periodo de vigencia de la moratoria».

El supuesto (crédito o préstamo garantizado con hipoteca inmobiliaria) es más amplio que el descrito en el art. 8 de ese mismo RD Ley 8/2020 para determinar el ámbito de aplicación de la moratoria hipotecaria (contrato de préstamo con garantía hipotecaria cuya finalidad fuera la adquisición de vivienda habitual o de inmuebles afectos a la actividad económica que desarrollen empresarios y profesionales), pero queda claro que la inaplicabilidad de intereses no se refiere a deudores o contratos distintos de los regulados en el RD Ley (art. 15.2)⁷². Tampoco ninguno de esos artículos reproduce exactamente la hipótesis descrita en los arts. 25 LCCI y 114.3 LH («préstamo o crédito concluido por una persona física que esté garantizado mediante hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial»), pero lo que ahora interesa destacar no es eso, sino el hecho de que la inaplicación de intereses por el periodo de vigencia de la moratoria es una muestra de la razonable tolerancia que el Estado obliga a soportar al acreedor (art. 28.1 de la Directiva 2014/17). Otros países habían adoptado voluntariamente una medida todavía más radical con ocasión de la anterior crisis⁷³, aunque luego la Directiva 2014/17 no exigiría tanto a los legisladores nacionales. La moratoria dictada por los decretos en el estado de alarma solo trataba de dar tiempo a los contra-

⁷¹ RD Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social de la covid-19 (BOE núm. 73, de 18 de marzo de 2020), varias veces modificado.

⁷² Precepto modificado por la DF 1.ª del RD Ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente a la covid-19 (BOE núm. 91, de 1 de abril de 2020), varias veces modificado. *Vid.* también el art. 19 del RD Ley 11/2020. Las medidas se aplicarán igualmente a los fiadores y avalistas del deudor principal, respecto de su vivienda habitual y con las mismas condiciones que las establecidas para el deudor hipotecario (art. 8.2 del RD Ley 8/2020).

⁷³ En Irlanda, *vid.* Capítulo 3 (General), n. 11 *Code of Conduct on Mortgage Arrears*: «Lenders are restricted from imposing charges and/or surcharge interest on arrears arising on a mortgage account in arrears to which this Code applies, unless the borrower is not co-operating» (disponible en <https://www.centralbank.ie/docs/default-source/Regulation/consumer-protection/other-codes-of-conduct/24-gns-4-2-7-2013-cma.pdf>) (última consulta: 26 de abril de 2020).

tantes para buscar soluciones que permitieran continuar la relación de préstamo, una vez que cesaran los efectos de la pandemia⁷⁴. El escenario era idóneo para que el legislador hubiera establecido el marco general al que debía ceñirse esa negociación y, en ese nuevo contexto de crisis, aprovechar para dictar normas sobre intereses moratorios sensiblemente más bajos, con vigencia para después del estado de alarma. Mucho más si, además, resulta que la cuantía legal hoy prevista en los arts. 25 LCCI y 114.3 LH es a todas luces excesiva a la luz del art. 28.2 y 3 de la Directiva. No ha sido así y, por consiguiente, hoy más que nunca, toca confiar en el buen hacer de los operadores jurídicos. Por eso es tan importante que la DGSJFP modifique su doctrina y generalice la idea de que pueden inscribirse cláusulas con intereses moratorios mucho más bajos en beneficio del consumidor.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ OLALLA, P., «Artículo 1108 CC», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 2.ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2006, pp. 1332-1335.
- ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., «¿Intereses de demora imperativos? La discutible doctrina de la DGRN», en el *Blog «Hay Derecho»*. Disponible en <https://hayderecho.expansion.com/2019/12/23/intereses-de-demora-imperativos-la-discutable-doctrina-dgrn/>.
- «¿Los Nuevos límites a los Intereses de demora», en el *Blog «Hay Derecho»*. Disponible en <https://hayderecho.expansion.com/2019/05/21/nuevos-limites-intereses-demora/>.
- ANDERSON, M., «¿Un modelo distinto de propiedad para la vivienda?», en LAUROBA LACASA, E. (dir.) y TARABAL BOSCH, J. (coord.), *El Derecho de propiedad en la construcción del Derecho privado europeo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 389-413.
- BADOSA COLL, F., *Dret d'Obligacions*, Barcelona, Barcanova, 1990, pp. 178-182.
- BALLUGERA GÓMEZ, C., «Tope máximo de intereses de demora», *RDC*, 1, 2014, pp. 103-120.
- BASOZÁBAL ARRUE, X., «Límites imperativos en materia de condiciones financieras del préstamo», en ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., y MURGA FERNÁNDEZ, J. P. (dirs.), *Vivienda, Préstamo y Ejecución*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, pp. 425-470.
- *Estructura básica del préstamo de dinero*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- CÁMARA LAPUENTE, S., «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017 (669/2017) IRPH y STS 14.12.2017: dos colosos con pies de barro. El art. 1.2 de la Directiva 93/13 no blindo en realidad cualquier cláusula que reproduzca “normas”. Transparencia lejos del suelo», en YZQUIERDO TOLSADA, M. (dir.), *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina*, vol. 9, Madrid, Dykinson, 2017, pp. 212-235.
- CARBALLO FIDALGO, M., «La protección sustantiva del deudor hipotecario. Especial consideración a los intereses de demora y al vencimiento anticipado del crédito», en CARBALLO FIDALGO, M. (coord.), *Sobreendeudamiento de consumidores. Estrategias para garantizar una segunda oportunidad*, Barcelona, J. M. Bosch ed., 2019, pp. 105-141.

⁷⁴ DF 10.ª del RD Ley 8/2020, modificada por la DF 1.ª17 del RD Ley 11/2020, de 31 de marzo.

- CARRASCO PERERA, Á., «Interés remuneratorio y límites de abusividad en intereses moratorios al consumo. Crítica de la doctrina del Tribunal Supremo», *Publicaciones Jurídicas CESCO*, de 21 de diciembre de 2015, pp. 1-8. Disponible en: <https://previa.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/35/27.pdf>.
- DÍAZ FRAILE, J. M.^a, «Intereses de demora en los préstamos hipotecarios. La jurisprudencia del Tribunal Supremo y su compatibilidad con el Derecho comunitario (a la luz de las conclusiones del abogado general del TJUE Sr. Nils Wahl, presentadas el 22 de marzo de 2018)», *RDC*, 2, 2018, pp. 293-320.
- DÍEZ GARCÍA, H., «Intereses moratorios en los préstamos hipotecarios: interpretación del art. 114.III LH y de la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley 1/2013 tras la STJUE de 21 de enero de 2015 (entre lo ilegal y lo abusivo)», en DÍEZ ALABART, S. (dir.), *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios*, Madrid, Reus, 2015, pp. 299-344.
- DÍEZ PICAZO, L., «Artículo 1108 CC», en PAZ-ARES, C. et al. (dirs.), *Comentario del Código Civil*, 2.^a ed., Madrid, Ministerio de Justicia, 1993, pp. 62-64.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Artículo 114 LH», en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (dir.), *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, Cizur Menor, Aranzadi, 3.^a ed. (2.^a en Aranzadi), 2019, pp. 1227-1261.
- EIDENMÜLLER, H.; FAUST, F.; GRIGOLEIT, H. Ch.; JANSEN, N., y ZIMMERMANN, R., «Hacia una revisión del Acquis de consumo», en CÁMARA LAPUENTE, S. (dir.), y ARROYO AMAYUELAS, E. (coord.), *La revisión de las normas nacionales y europeas de protección de los consumidores. Más allá de la Directiva sobre derechos de los consumidores y del Instrumento Opcional sobre un Derecho europeo de la compraventa de octubre de 2011*, Cizur Menor, Civitas, 2012, pp. 107-162.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «El contenido financiero del préstamo y la protección del deudor hipotecario: algunas cuestiones actuales», *RCDI*, 708, 2015, pp. 605-644.
- GÓMEZ GÁLIGO, J., «Limitación de los intereses de demora», en ARANGUREN URRIZA et al. (dirs.), *Estudios sobre la ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario*, Madrid, Reus, 2020, pp. 203-241.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Artículos 83, 85.6 TR-LGDCU», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, 2.^a ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2015, pp. 1145-1173 y 1226-1240.
- GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *Códigos o Estudios Fundamentales sobre el Derecho Civil Español, Tratado de las Obligaciones*, V, Madrid, Librería de Sánchez, 1869 (facsimilar Lex Nova, 1984).
- JANSEN, N., «Article 6:204: Effects of Unfair Contract Terms», en JANSEN, N., y ZIMMERMANN, R. (eds), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford, Oxford University Press, 2018, pp. 971-977.
- LONGO MARTÍNEZ, A., «Estudio práctico de la regulación de los contratos de crédito inmobiliario», *La Notaría*, 1, 2019, pp. 44-80.
- MANRESA NAVARRO, J. M.^a, «Artículos 1108-1109», *Comentarios al Código Civil español*, VIII, 2.^a ed., Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1907, pp. 102-108.
- MARTÍN FABÁ, J. M.^a, «Límites a los intereses de demora», en CARRASCO PERERA, Á. (dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*, Cizur Menor, Aranzadi, 2019, pp. 637-669.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., «El problema de las cláusulas abusivas en los intereses moratorios de los préstamos personales», *RDBB*, 140, 2015, pp. 293-323.
- MICKLITZ, H. W., «Unfair Terms in Consumer Contracts», en MICKLITZ, H. W. et al., *EU Consumer Law*, 2.^a ed., Cambridge-Antwerp-Portland, Intersentia, 2014, pp. 125-164.

- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.^a, «Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios», *RJUAM*, 1, 2013, pp. 223-242.
- Comentario a PANTALEÓN PRIETO, «Más sobre la integración del contrato tras la anulación de la cláusula abusiva de intereses moratorios», *Blog El Almacén de Derecho*, 7 de julio de 2015. Disponible en <https://almacenederecho.org/mas-sobre-la-integracion-del-contrato-tras-la-anulacion-de-la-clausula-abusiva-de-intereses-moratorios/>.
- MÚRTULA LAFUENTE, V., «Cuestiones actuales sobre los intereses remuneratorios y de demora en los préstamos hipotecarios», en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (ed.), *Vivienda e Hipoteca*, Madrid, Tecnos, 2018, pp. 449-548.
- NASARRE AZNAR, S., *Los años de la crisis de la vivienda. De las hipotecas subprime a la vivienda colaborativa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.
- ORDÁS ALONSO, M., *El interés de demora*, Cizur Menor, Aranzadi, 2004.
- PANTALEÓN PRIETO, F., «De nuevo sobre los intereses moratorios abusivos en contratos de préstamo», *Blog El Almacén de Derecho*, 26 de septiembre de 2018. Disponible en <https://almacenederecho.org/de-nuevo-sobre-los-intereses-moratorios-abusivos-en-contratos-de-prestamo/>.
- PAZOS CASTRO, R., «Los intereses de demora en la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario», en CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C. (coord.), *La nueva regulación de los contratos de crédito inmobiliario*, Madrid, Wolters Kluwer, 2020, pp. 1009-1051.
- PERTÍÑEZ VILCHEZ, F., «Artículo 85 TR-LGDCU», en CÁMARA LAPUENTE, S. (dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Madrid, Colex, 2015, pp. 788-828.
- *La nulidad contractual en la jurisprudencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.
- RUIZ ARRANZ, A. I., «Restitución derivada de la nulidad de las condiciones generales de la contratación en contratos con consumidores», *InDret*, 1, 2020, pp. 1-145.
- RUIZ RICO, J. M., «Artículo 1108 CC», en ALBALADEJO GARCÍA, M. (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XV-1, Madrid, Edersa, 1984, pp. 752-847.
- SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B., *Los contratos de crédito inmobiliario tras la Ley 5/1019, de 15 de marzo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.
- SERRANO DE NICOLÁS, Á., «Crisis hipotecaria: Una crónica de la muerte anunciada de la hipoteca inmobiliaria como derecho de realización del valor, en su actual configuración», *Estudios en homenaje a José Luis Mezquita del Cacho*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2013, pp. 218-271.
- TRUJILLO CABRERA, C., «Los intereses de demora en el Proyecto de Ley reguladora de los contratos de Crédito inmobiliario», en SÁNCHEZ LERÍA, R., y VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L. (coords.), *Los contratos de Crédito inmobiliario*, Madrid, Reus, 2018, pp. 231-242.
- VAN DUIN, A., *Justice for both. Effective Judicial Protection under Article 47 of the EU Charter of Fundamental Rights and the Unfair Contract Terms Directive*, tesis doctoral inédita (julio de 2020).
- VENDRELL CERVANTES, C., «Jurisprudencia europea y española sobre protección del consumidor hipotecario: hitos, lecciones prácticas y cuestiones pendientes», en GANUZA, J. J., y GÓMEZ POMAR, F., *Presente y futuro del mercado hipotecario español: un análisis económico y jurídico*, Cizur Menor, Aranzadi, 2018, pp. 373-482.
- WAGNER, G., «Zwingendes Privatrecht - Eine Analyse anhand des Vorschlags einer Richtlinie über Rechte der Verbraucher», *ZEuP*, 2, 2010, pp. 243-278.

JURISPRUDENCIA EUROPEA

- STJUE C-92/11, de 21 de marzo de 2013, *RWE Vertrieb*.
STJUE C-280/13, de 30 de abril de 2014, *Barclays Bank*.
STJUE C 34/13, de 10 de septiembre de 2014, *Kušionová*.
STJUE C-482/13 C 484/13, C 485/13 y C 487/13, de 21 de enero de 2015, *Unicaja*.
ATJUE C-7/16, de 5 de julio de 2016, *Maria Rita Giráldez Villar y Modesto Martínez Baz*.
STJUE C-186/16, de 20 de septiembre de 2017, *Andriciuc*.
ATJUE C-446/17, de 7 de diciembre de 2017, *Woonhaven Antwerpen*.
STJUE C-96/16 y C-94/17, de 7 de agosto de 2018, *Banco Santander/Banco Sabadell*.
STJUE C-51/17, de 20 de septiembre de 2018, *Ilyés y Kiss*.
STJUE C-266/18, de 3 de abril de 2019, *Aqua Med*.
STJUE C-118/17, de 14 de marzo de 2019, *Dunai*.
STJUE C-84/19, C-222/19 y C-252/19, de 3 de septiembre de 2020, *Profi Credit Polska S. A.*
STJUE C-260/18, de 3 de octubre de 2019, *Dziubak*.
STJUE C-349/18, C-350/18 y C-351/18, de 7 de noviembre de 2019, *Kanyeba, Nijs y Dedroog*.
STJUE C-125/18, de 3 de marzo de 2020, *Gómez del Moral Guasch*.
STJUE C-779/18, de 26 de marzo de 2020, *Mikrokasa S. A.*
STJUE C-81/19, de 9 de julio de 2020, *NG, OH c. SC Banca Transilvania*.

JURISPRUDENCIA NACIONAL

- STS de 2 de octubre de 2001 (RJ 2001/7141).
STS de 7 de mayo de 2002 (RJ 202/40459).
STS de 22 de febrero de 2013 (RJ 2013/11609).
STS de 2 de diciembre de 2014 (RJ 2014/6872).
STS de 22 de abril de 2015 (RJ 2015/1360).
STS de 7 de septiembre de 2015 (RJ 2015/3976).
STS de 8 de septiembre de 2015 (RJ 2015/3977).
STS de 23 de diciembre de 2015 (RJ 2015/5714).
STS de 18 de febrero de 2016 (RJ 2016/619).
STS de 3 de junio de 2016 (RJ 2016/2300).
STS de 14 de diciembre de 2017 (RJ 2017/5167).
STS de 28 de noviembre de 2018 (RJ 2018/5101).
STS de 11 de enero de 2019 (RJ 2019/20).
STS de 31 de enero de 2019 (RJ 2019/247).
STS de 24 de abril de 2019 (RJ 2019/1577).
STS de 14 de noviembre de 2019 (RJ 2019/5165).

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

- RDGRN de 13 de julio de 2017 (*BOE* núm. 183, de 2 de agosto de 2017).
RDGRN de 5 de diciembre de 2019 (*BOE* núm. 49, de 26 de febrero de 2020).
RDGRN de 19 de diciembre de 2019 (*BOE* núm. 63, de 12 de marzo de 2020).
RDGRN de 15 de enero de 2020 (*BOE* núm. 170, de 18 de junio de 2020).
RDGRN de 28 de enero de 2020 (*BOE* núm. 170, de 18 de junio de 2020).
RDGSJFP de 6 de febrero 2020 (*BOE* núm. 177, de 26 de marzo de 2020).
RDGSJFP de 5 de abril de 2020 (*BOE* núm. 206, de 30 de julio de 2020).
RDGSJFP de 12 de junio de 2020 (*BOE* núm. 207, de 31 de julio de 2020).

CONTROL DE OFICIO DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN PROCESOS HIPOTECARIOS: INTERESES MORATORIOS Y VENCIMIENTO ANTICIPADO

Antonio RECIO CÓRDOVA
Presidente AP de Barcelona

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. PRINCIPIOS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE EN MATERIA DE CONSUMIDORES: 1. Principio de efectividad. 2. Principio de equivalencia. 3. Principio de interpretación conforme.—III. CONTROL DE OFICIO DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS PROCESOS HIPOTECARIOS: 1. STJUE C-618/2010, de 14 de junio de 2012, *Banesto*. 2. Límite al control de oficio de las cláusulas abusivas. 3. Conclusión.—IV. CLÁUSULA DE INTERESES MORATORIOS: 1. Nulidad cláusula de intereses moratorios. 2. Consecuencia de la declaración de nulidad de la cláusula de intereses moratorios. 3. Conclusión.—V. CLÁUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO: 1. Nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado. 2. Consecuencia de la declaración de nulidad de tal cláusula. 3. Conclusión.—VI. VALORACIÓN FINAL DE LAS SENTENCIAS DEL TJUE EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES.—JURISPRUDENCIA EUROPEA Y NACIONAL.

I. INTRODUCCIÓN

En la última década se han ido sucediendo una serie de resoluciones del TJUE que han puesto de manifiesto la deficiente protección de los consumidores en la legislación nacional por una inadecuada trasposición de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores¹ en la medida en que los deudores hipotecarios no solo tenían limitados los medios de defensa cuando la entidad financiera presentaba demanda de ejecución ante el impago de una o varias cuotas sino que, además, la interpretación que hacían los tribunales españoles de las consecuencias de la declaración de abusividad de una cláusula contractual era inadecuada.

Conviene recordar el carácter vinculante de dichas resoluciones para los tribunales nacionales, y así lo declara de forma expresa la reciente STS (Sala 1.^a) de 24 de febrero de 2017²:

¹ *DOUE* C 32, de 27 de septiembre de 2019.

² RJ 2017/821.

«El procedimiento de remisión prejudicial se basa en una cooperación que implica un reparto de funciones entre el juez nacional, competente para aplicar el Derecho comunitario a un litigio concreto, y el Tribunal de Justicia, al que corresponde garantizar la interpretación uniforme del Derecho comunitario en el conjunto de los Estados miembros (STJCE de 16 de diciembre de 1981, *Foglia/Novello*, C-244/1980).

Además, las sentencias prejudiciales son obligatorias (art. 91 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, versión consolidada de 25 de septiembre de 2012) y tienen, como regla, eficacia *ex tunc* desde su pronunciamiento, sin perjuicio de que el Tribunal de Justicia pueda limitar su dimensión temporal cuando concurren consideraciones imperiosas de seguridad jurídica (STJUE de 7 de julio de 2011, *Nisipeanu*, C-263/10).

Se trata de una fuerza obligatoria *erga omnes*, por lo que son vinculantes no solo para el juez remitente, sino también para cualquier jurisdicción nacional que conozca de un caso análogo en el que se plantee la aplicación de la norma comunitaria interpretada o cuya invalidez haya sido declarada, con independencia de que sus decisiones sean recurribles o no en el ordenamiento nacional de los Estados miembros de la UE (STJCE de 6 de marzo de 2003, *Kaba*, C-446/005, y SSTJUE de 5 de octubre de 2010, *Elchinov*, C-173/09, de 19 de abril de 2016, *DI*, C-441/145; y de 1 de julio de 2016, *Ognyanov*, C-614/14)» (FJ 5.º).

Pues bien, conforme el TJUE iba dictando sus resoluciones el legislador español intentaba adecuar nuestro ordenamiento jurídico a las exigencias marcadas por dicho tribunal y, a partir de ahí, ha surgido una nueva jurisprudencia nacional que ha alterado de forma sustancial los criterios hasta entonces consolidados tanto procesales como sustantivos.

Se trata, entre otras, de las siguientes sentencias del TJUE que han venido a resolver una serie de cuestiones prejudiciales planteadas por distintos juzgados y tribunales españoles:

- a) STJUE C-618/2010, de 14 de junio de 2012, *Banesto*.
- b) STJUE C-415/2011, de 14 de marzo de 2013, *Aziz*.
- c) STJUE C-169/2014, de 17 de julio de 2014, *BBVA*.
- d) STJUE C-421/2014, de 26 de enero de 2017, *Banco Primus*.
- e) STJUE C-96/16 y 94/174, de 7 agosto de 2018, *BS*.
- f) STJUE C-70/17 y C-179/17, de 26 marzo de 2019, *A/Bankia*, C-70/17 y C-179/17.

Las sentencias analizadas parten de una premisa clara y es que el sistema de protección que establece la Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información³; y se apoyan fundamentalmente en tres principios: efectividad, equivalencia e interpretación conforme.

³ STJUE C-415/2011, de 14 de marzo de 2013, *Aziz*, § 44.

II. PRINCIPIOS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE EN MATERIA DE CONSUMIDORES

1. Principio de efectividad

El TJUE parte de la consideración que deben ser los Estados miembros los que articulen los mecanismos de ejecución forzosa, proclamando el principio de respeto por la autonomía procesal de cada Estado; ahora bien, limita esta autonomía en la medida en que dichas normas no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que confiere a los consumidores el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad)⁴.

El TJUE recuerda que este juicio debe efectuarse teniendo presente el lugar que ocupa dicha disposición dentro del conjunto del procedimiento y el desarrollo y las peculiaridades de este ante las diversas instancias nacionales⁵, así como precisa que las características específicas de los procedimientos judiciales que se desarrollan en el marco nacional entre los profesionales y los consumidores no deben constituir un factor que pueda afectar a la protección jurídica de la que estos últimos deben beneficiarse en virtud de las disposiciones de la Directiva 93/13⁶.

2. Principio de equivalencia

Partiendo de que deben ser los Estados miembros los que articulen los mecanismos de ejecución forzosa, lo cierto es que limita esta autonomía en la medida en que dichas normas no sean menos favorables que las que rigen situaciones similares de carácter interno.

Como señala la STJUE C-93/12, de 27 de junio de 2013, *ET Agrokonsulting-04-Velko Stoyanov*, de la jurisprudencia de dicho tribunal se deduce que el respeto del principio de equivalencia exige:

«Que la norma nacional de que se trate se aplique indistintamente a los recursos basados en derechos que el Derecho de la Unión confiere al justiciable y a los que se fundamentan en el incumplimiento del Derecho interno y que tengan un objeto y una causa semejantes. Corresponde al juez nacional, que conoce directamente la regulación procesal aplicable, verificar la similitud de estos recursos desde el punto de vista de su objeto, de su causa y de sus elementos esenciales (*vid.*, en este sentido, las sentencias *Pontin*, antes citada, apdo. 45 y jurisprudencia citada, y de 19 de julio de 2012, *Littlewoods Retail y otros*, C-591/10, apdo. 31)» (§ 39).

Con todo, en las sentencias ahora analizadas el TJUE advierte de que no cuenta con ningún elemento que suscite dudas en cuanto a la confor-

⁴ Así lo indica en la STJUE C-169/2014, de 17 de julio de 2014, *BBVA*, con cita de las SSTJUE C-168/05, de 26 de octubre de 2006, *Mostaza Claro* (§ 24), y C-40/08, de 6 de octubre de 2009, *Asturcom Telecomunicaciones* (§ 38).

⁵ STJUE C-415/2011, de 14 de marzo de 2013, *Aziz*.

⁶ STJUE C-618/10, de 14 de junio de 2012, *Banesto*.

midad con dicho principio de la normativa nacional controvertida en el litigio principal.

3. Principio de interpretación conforme

Sobre la eficacia del Derecho de la Unión la jurisprudencia del TJUE efectúa las siguientes consideraciones:

a) La cuestión de si ha de excluirse la aplicación de una disposición nacional, en la medida en que sea contraria al Derecho de la Unión, solo se plantea si no es posible una interpretación conforme de tal disposición.

b) Al aplicar el Derecho interno, los jueces nacionales están obligados a interpretarlo en la medida de lo posible a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva de que se trate para alcanzar el resultado que esta persigue y atenerse así a lo dispuesto en el art. 288 TFUE. Esta obligación de interpretación conforme del Derecho nacional permite a los órganos jurisdiccionales nacionales garantizar, en el marco de sus competencias, la plena efectividad del Derecho de la Unión cuando resuelven los litigios que conocen.

c) El principio de interpretación conforme del Derecho nacional tiene determinados límites por cuanto la obligación del juez nacional de utilizar como referencia el contenido de una directiva cuando interpreta y aplica las normas pertinentes de su Derecho nacional está limitada por los principios generales del Derecho y no puede servir de base para una interpretación *contra legem* del Derecho nacional.

d) Si tal interpretación no es posible, deberá examinarse si los preceptos comunitarios que son de aplicación tienen efecto directo y, en ese caso, si pueden ser invocados frente a las partes demandadas en el procedimiento principal, dada la naturaleza jurídica de estas (Estado/derivados o particulares).

e) En caso de que el juez nacional no pueda alcanzar el resultado previsto en la norma, sea por falta de efecto directo o por tratarse de un conflicto entre particulares, la parte perjudicada por la no conformidad del Derecho nacional con el Derecho de la Unión podrá solicitar y obtener, en su caso, la reparación del daño sufrido frente al Estado que no efectuó de forma correcta la trasposición de la Directiva.

III. CONTROL DE OFICIO DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS PROCESOS HIPOTECARIOS

El art. 695 LEC, en la redacción anterior a la Ley 1/2013, de 14 de mayo⁷, únicamente preveía la posibilidad del ejecutado de oponerse a la ejecución hipotecaria de bienes inmuebles por dos motivos: a) extinción de la garan-

⁷ Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler (BOE núm. 116, de 15 de mayo de 2013).

tía hipotecaria, y b) error en la determinación de la cantidad exigible, cuando la deuda garantizada sea el saldo que arroje el cierre de una cuenta entre ejecutante y ejecutado; y por otra parte, no permitía al ejecutado interponer recurso de apelación contra el auto que resolvía el incidente de oposición a la ejecución, remitiendo en todo caso al deudor a un proceso declarativo ulterior si quería plantear cualquier otra cuestión (art. 698 LEC).

La situación experimentó un cambio sustancial a raíz de la STJUE C-618/2010, de 14 de junio de 2012, *Banesto*.

1. STJUE C-618/2010, de 14 de junio de 2012, *Banesto*

La decisión del TJUE sobre las cuestiones entonces planteadas por la Sección 14.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, en trámite de resolución de un recurso de apelación en un proceso monitorio, es la siguiente:

«La Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que no permite que el juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio, aun cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto, examine de oficio —*in limine litis* ni en ninguna fase del procedimiento— el carácter abusivo de una cláusula sobre intereses de demora contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando este último no haya formulado oposición.

El art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el art. 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, que atribuye al juez nacional, cuando este declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva» (§ 89).

Esta sentencia llevó a los tribunales nacionales a interpretar la legislación nacional a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva aplicable en la materia para llegar a una solución conforme con el objetivo perseguido por esta⁸.

Por tanto, no resultaba necesaria modificación legal alguna para que los tribunales nacionales aplicaran la jurisprudencia del TJUE en atención al principio de interpretación conforme de modo que no advirtieron obstáculo para la interpretación del art. 83 TR-LGDCU en la forma indicada por la jurisprudencia europea en la medida en que las facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes podía llevar a la supresión de la cláusula abusiva.

En todo caso, el legislador terminó por reaccionar y el precitado art. 83 TR-LGDCU fue modificado por Ley 3/2014, de 27 de marzo, a fin de ade-

⁸ STJUE C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, de 21 de enero de 2015, *Unicaja* (§ 38).

cuar su redacción a la jurisprudencia del TJUE y conseguir la correcta trasposición del art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE de modo que en la actualidad presenta la siguiente redacción:

«Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas».

Mayores dudas suscitaba la posibilidad de revisar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual en un proceso como el hipotecario en que no existía trámite procesal al efecto, hasta el punto de que ni siquiera el deudor podía oponerse a la ejecución invocando tal circunstancia. Sin embargo, los tribunales entendieron que la interpretación sostenida por el TJUE con relación al proceso monitorio debía extrapolarse al proceso de ejecución hipotecaria —con más razón incluso— puesto que en este juicio las causas de oposición estaban tasadas y quedaban limitadas a los supuestos previstos en el art. 695 LEC, por lo que en ningún momento del mismo sería posible que el ejecutado denunciase el carácter abusivo de las cláusulas del contrato de préstamo y menos que el juzgador pudiera apreciarla de oficio.

Finalmente, el legislador nacional reaccionó modificando el art. 552.1 LEC, mediante la Ley 1/2013, de 14 de mayo, para permitir el examen de oficio de las cláusulas abusivas en los procesos de ejecución, luego parece que albergaba dudas sobre la posibilidad de que los jueces pudieran efectuar tal control de oficio sin cobertura legal y con el único amparo de la jurisprudencia del TJUE, pese a que el TS lo admitía⁹.

Esta decisión ya comienza a desvirtuar la esencia del proceso hipotecario (expeditivo y sumario, con limitación de causas de oposición e imposibilidad de apelación) en la medida en que introduce la posibilidad de que el juez pueda revisar de oficio el carácter abusivo de determinadas cláusulas del contrato.

La reciente STJUE C-421/14, de 26 de enero de 2017, *Banco Primus*, ha ampliado el deber del juez de analizar el carácter abusivo de una cláusula contractual a cualquier momento del proceso sin limitarlo a su fase inicial del despacho de ejecución.

2. Límite al control de oficio de las cláusulas abusivas

En efecto, ese control de oficio, en cualquier momento, debe efectuarse con el único límite de que no exista en el proceso una resolución previa con fuerza de cosa juzgada que se pronunciase sobre dicho extremo, según tuvo ocasión de señalar la STJUE C-421/14, de 26 de enero de 2017, *Banco Primus*, que justificaba su decisión con los siguientes argumentos:

⁹ STS de 1 de julio de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:6031).

«Así, el Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de precisar que, con el fin de garantizar tanto la estabilidad del Derecho y de las relaciones jurídicas como la recta administración de la justicia, es necesario que no puedan impugnarse las resoluciones judiciales que hayan adquirido firmeza tras haberse agotado las vías de recurso disponibles o haber expirado los plazos previstos para el ejercicio de tales recursos (*vid.*, en particular, la Sentencia de 6 de octubre de 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08, EU:C:2009:615, apdos. 35 y 36) (§ 46)».

«Asimismo, el Tribunal de Justicia ya ha admitido que la protección del consumidor no es absoluta. En particular, ha declarado que el Derecho de la Unión no obliga a un tribunal nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque ello permitiera subsanar la infracción de una disposición, cualquiera que sea su naturaleza, contenida en la Directiva 93/13 (*vid.*, en este sentido, las Sentencias de 6 de octubre de 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08, EU:C:2009:615, apdo. 37, y de 21 de diciembre de 2016, *Gutiérrez Naranjo y otros*, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980, apdo. 68), salvo que el Derecho nacional confiera a tal tribunal esa facultad en caso de vulneración de normas nacionales de orden público (*vid.*, en este sentido, la Sentencia de 6 de octubre de 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08, EU:C:2009:615, apdo. 53)» (§ 47).

Y concluye:

«Por el contrario, en caso de que existan una o varias cláusulas contractuales cuyo eventual carácter abusivo no ha sido aún examinado en un anterior control judicial del contrato controvertido concluido con la adopción de una resolución con fuerza de cosa juzgada, la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el juez nacional, ante el cual el consumidor ha formulado, cumpliendo lo exigido por la norma, un incidente de oposición, está obligado a apreciar, a instancia de las partes o de oficio, cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, el eventual carácter abusivo de esas cláusulas» (§ 54).

La STJUE analizada sirve de fundamento a la STC 31/2019, de 28 de febrero¹⁰, que razona lo siguiente:

«Este Tribunal considera que de la segunda declaración efectuada en la STJUE de 26 de enero de 2017, transcrita en el fundamento jurídico anterior, se desprende que las cláusulas cuyo eventual carácter abusivo no haya sido aún examinado en un anterior control judicial del contrato controvertido concluido con la adopción de una resolución con fuerza de cosa juzgada, deben ser conocidas por el juez nacional, bien a instancia de parte o de oficio. Como apunta el fiscal, lo determinante es si el juez estaba obligado al examen de oficio y cuál es el momento en que este examen le era exigible. Así que, declarada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea la obligación del órgano judicial de conocer, bien de oficio o a instancia de parte, del posible carácter abusivo de una cláusula contractual, poco importa el momento y cómo llegaron a él los elementos de hecho y de Derecho necesarios para verse compelido a hacerlo. Por ello, el órgano judicial ante el cual el consumidor ha formulado un incidente de oposición —expresión utilizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea—, en este caso a través de un incidente de nulidad, se en-

¹⁰ ECLI:ES:TC:2019:31.

cuentra obligado a apreciar el eventual carácter abusivo de la cláusula que se denuncia, con la única excepción de que hubiera sido examinada en un anterior control judicial que hubiera concluido con la adopción de una resolución con fuerza de cosa juzgada» (FJ 6).

3. Conclusión

La jurisprudencia del TJUE ha determinado que los tribunales vengan obligados a analizar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas no negociadas incorporadas a los contratos de profesionales con consumidores; y tal obligación no se limita a los procesos declarativos sino —y especialmente— a los procesos de ejecución donde el ejecutado tiene limitado los medios de defensa.

Esta obligación supera incluso el ámbito de la primera instancia y vincula a los tribunales de apelación, según tuvo ocasión de señalar la STJUE C-397/11, de 30 de mayo de 2013, *Erika Jörös*:

«Cuando un tribunal nacional, que conoce en apelación de un litigio sobre la validez de cláusulas incluidas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor sobre la base de un formulario redactado previamente por ese profesional, está facultado según las reglas procesales internas para apreciar cualquier causa de nulidad que derive con claridad de los elementos presentados en primera instancia, y para recalificar en su caso, en función de los hechos acreditados, el fundamento jurídico invocado para sustentar la invalidez de esas cláusulas, debe apreciar, de oficio o previa recalificación del fundamento jurídico de la demanda, el carácter abusivo de las referidas cláusulas a la luz de los criterios de dicha Directiva» (§ 38).

Por su parte, la STS (Sala 1.^a) de 22 de abril de 2015 (Pleno)¹¹, se plantea la actuación de oficio de los tribunales en la apreciación de la abusividad de las cláusulas no negociadas en contratos celebrados con consumidores y razona lo siguiente:

«Esta Sala ha declarado que, aunque constituya una facultad excepcional, el tribunal de apelación puede apreciar la nulidad de las cláusulas contractuales cuando sean contrarias al orden público. En este sentido, la sentencia núm. 760/2006, de 20 de julio, en un asunto en el que la decisión de la Audiencia Provincial no había sido consecuencia de la estimación de los motivos esgrimidos en el recurso de apelación formulado por el recurrente, sino de la declaración de oficio de nulidad de los contratos, declaró:

“Es reiterada doctrina jurisprudencial que el art. 359 [de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881] no impide a los Tribunales decidir *ex officio*, como base a un fallo desestimatorio, la ineficacia o inexistencia de los contratos radicalmente nulos, en las coyunturas en que sus cláusulas puedan amparar hechos delictivos o ser manifiesta y notoriamente ilegales, contrarias a la moral, al orden público, ilícitas o constitutivas de delito y hacen que los Tribunales constaten la ineficacia más radical de determinada relación obligatoria”».

¹¹ ECLI:ES:TS:2015:1723.

IV. CLÁUSULA DE INTERESES MORATORIOS

1. Nulidad de la cláusula de intereses moratorios

Debemos partir de las previsiones contenidas en el art. 82 TR-LGDCU, conforme al cual se considerarán abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes; de modo que se trata de establecer si el interés de demora estipulado supone una indemnización desproporcionadamente alta para el consumidor que no cumplió sus obligaciones (art. 85.6 TR-LGDCU): en igual sentido se pronunciaba su precedente recogido en el art. 10 bis y DA 1.^ª LGDCU.

Los tribunales españoles han variado sustancialmente el criterio acerca de la valoración del posible carácter abusivo de la cláusula de intereses moratorios y así se ha pasado de considerar correctos unos intereses moratorios pactados por encima del 25 %¹² a limitarlo a dos puntos por encima del interés remuneratorio¹³.

La evolución de esta interpretación jurisprudencial encontró su fundamento en la STJUE C-415/2011, de 14 de marzo de 2013, *Aziz*, en cuanto recuerda que en la cláusula relativa a la fijación de los intereses de demora el juez debe comprobar en particular, por un lado, las normas nacionales aplicables entre las partes en el supuesto de que no se hubiera estipulado ningún acuerdo en el contrato controvertido o en diferentes contratos de ese tipo celebrados con los consumidores y, por otro lado, el tipo de interés de demora fijado con respecto al tipo de interés legal, con el fin de verificar que es adecuado para garantizar la realización de los objetivos que este persigue en el Estado miembro de que se trate y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos.

Por tanto, los elementos a tener en cuenta serían los siguientes:

a) La normativa nacional aplicable a la morosidad en el cumplimiento de las obligaciones dinerarias para el caso de que no se hubiera pactado nada específico en el contrato de que se trate.

b) La relación entre el interés de demora que se hubiera convenido y el interés legal del dinero vigente en el momento del pacto.

c) La función resarcitoria del interés legal del dinero y si el interés de demora convenido cumple este objetivo o va más allá de lo necesario para ello.

Partiendo de tales premisas, la STS de 3 de junio de 2016, con relación a una cláusula de intereses moratorios en un préstamo con garantía hipotecaria, concluía lo siguiente:

¹² STS de 7 de marzo de 1998 (ECLI:ES:TS:1998:1545).

¹³ STS (Sala 1.^ª) de 3 de junio de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:2401).

«En este momento, si partimos del presupuesto condicionante de que el límite legal previsto en el art. 114.3 LH para los intereses de demora en préstamos hipotecarios destinados a la adquisición de la primera vivienda no sirve de criterio para el control de abusividad, y advertimos la conveniencia, por seguridad jurídica, de establecer un criterio objetivo, no encontramos razones para separarnos del adoptado en la Sentencia 265/2015, de 22 de abril, para los préstamos personales. [...] En el presente caso, el interés de demora pactado del 19 % era manifiestamente superior al interés remuneratorio incrementado en dos puntos, razón por la cual debemos considerarlo abusivo y así debía haber sido apreciado por la sentencia recurrida» (FJ 2.º7).

De esta forma el TS, en aras del principio de seguridad jurídica, establecía un criterio claro para analizar el carácter abusivo de la cláusula de intereses moratorios. Sin embargo, esta decisión no ha sido aceptada por el legislador que, en el art. 25 LCCI, ha optado por fijar los intereses moratorios en tres puntos porcentuales sobre el remuneratorio en el caso de préstamo o crédito concluido por una persona física que esté garantizado mediante hipoteca sobre inmuebles para uso residencial; sin que, en principio, la inclusión de una cláusula de este tenor en los contratos pueda ser susceptible de control de abusividad por cuanto el TJUE tiene establecido que están excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 las disposiciones legales y reglamentarias de un Estado miembro cuando no existe una cláusula contractual que modifique el alcance o el ámbito de aplicación de tales disposiciones¹⁴.

Ya advierte el legislador en la E. de M. de dicho texto legal de que con esta previsión «se persigue impedir la inclusión en el contrato de cláusulas que pudieran ser abusivas y, a la vez, robustecer el necesario equilibrio económico y financiero entre las partes».

2. Consecuencia de la declaración de nulidad de la cláusula de intereses moratorios

La precitada STS (Sala 1.ª) de 3 de junio de 2016, igualmente se pronunciaba sobre las consecuencias de la declaración de nulidad de dicha cláusula:

«Como razonamos en la Sentencia 265/2015, de 22 de abril, el interés de demora consiste en la adición de un porcentaje adicional sobre el interés remuneratorio. La nulidad de la cláusula abusiva, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, contenida en la Sentencia de 14 de junio de 2012 (caso *Banesto*), y reiterada por el Auto de 17 de marzo de 2016 (caso *Ibercaja*), no da lugar a una “reducción conservadora” del incremento del tipo de interés que supone la cláusula de interés de demora considerada abusiva hasta el límite admisible, sino su eliminación total. Pero eso no supone suprimir el devengo del interés ordinario, que retribuye o compensa que el prestatario disponga del dinero. Lo que se anula y suprime completamente es esa cláusula abusiva, esto es, la indemnización desproporcionada por el retraso en la amortización del presta-

¹⁴ STJUE C-280/13, de 30 abril de 2014, *Barclays Bank, S.A.*

mo (el recargo sobre el tipo del interés remuneratorio), pero no el interés remuneratorio, que no estaba aquejado de abusividad y que seguía cumpliendo la función de retribuir la disposición del dinero por parte del prestatario hasta su devolución. [...] La consecuencia lógica es que la liquidación de intereses debía haberse realizado conforme al interés remuneratorio pactado, vigente en el momento de su devengo» (FJ 3.º1).

Esta decisión resultó cuestionada por algunos tribunales nacionales ante el TJUE, lo que llevó al TS a someter la cuestión al TJUE, el cual se pronunció al respecto en su STJUE C-96/16 y 94/17, de 7 de agosto de 2018, *Banco Santander*, donde concluía lo siguiente:

«La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una jurisprudencia nacional, como la del TS cuestionada en los litigios principales, según la cual la consecuencia del carácter abusivo de una cláusula no negociada de un contrato de préstamo celebrado con un consumidor que establece el tipo de interés de demora consiste en la supresión total de los intereses de demora, sin que dejen de devengarse los intereses remuneratorios pactados en el contrato» (§ 81).

Y justificaba su decisión precisando que:

«De la Directiva 93/13 no se desprende que dejar sin aplicar o anular la cláusula de un contrato de préstamo que establece el tipo de interés de demora a causa del carácter abusivo de la misma deba acarrear también la no aplicación o anulación de la cláusula del mismo contrato que establezca el tipo de interés remuneratorio, máxime cuando es preciso distinguir claramente entre ambas cláusulas. En efecto, a este último respecto cabe señalar que, según resulta del auto de remisión en el asunto C-94/17, la finalidad de los intereses de demora es sancionar el incumplimiento por el deudor de su obligación de devolver el préstamo mediante los pagos periódicos convenidos contractualmente, disuadir al deudor de incurrir en mora en el cumplimiento de sus obligaciones y, en su caso, indemnizar al prestamista de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del retraso en el pago. En cambio, la función del interés remuneratorio consiste en retribuir al prestamista por poner a disposición del prestatario una cantidad de dinero hasta la devolución de la misma» (§ 76).

3. Conclusión

En definitiva, la STS (Sala 1.ª) de 3 de junio de 2016 aplica el criterio establecido en la STS (Sala 1.ª) de 22 de abril de 2015 para los intereses moratorios en los contratos de préstamos personales destinados al consumo y, atendiendo al tipo de interés procesal establecido en el art. 576 LEC (dos puntos por encima del interés legal), concluye que procede extender el mismo criterio a los intereses de demora pactados en préstamos con garantía hipotecaria, de tal forma que el límite de abusividad queda fijado en dos puntos por encima del interés remuneratorio pactado.

Tras la evolución de la legislación y jurisprudencia con relación a la cláusula de intereses moratorios se puede afirmar que resulta nula por abusiva toda cláusula contractual que fije unos intereses moratorios superiores en tres puntos porcentuales al interés remuneratorio.

En efecto, no parece que, tras la publicación de la LCCI, que ha optado por fijar los intereses moratorios en tres puntos porcentuales, pueda sostenerse que una cláusula de estas características resulte abusiva por más que supere en un punto el criterio marcado por el TS en atención, precisamente, a los criterios comparativos marcados por el TJUE para valorar la validez de este tipo de cláusulas.

V. CLÁUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO

1. Nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado

La cláusula de vencimiento anticipado es, sin duda, la que más trascendencia ha tenido en el proceso hipotecario por cuanto su cuestionada validez ha determinado —finalmente y no sin numerosas dudas de derecho— el sobreseimiento de multitud de procesos que incluían la cláusula que permitía declarar vencida la obligación por el impago de una sola cuota.

Tras numerosas sentencias contradictorias de las Audiencias Provinciales, la Sala 1.^a del TS, constituida en Pleno, se pronunció sobre esta cuestión en Sentencias de 23 de diciembre de 2015¹⁵ y de 18 de febrero de 2016¹⁶, donde declaró que, efectivamente, esta cláusula debía declararse abusiva por cuanto «parece evidente que una cláusula de vencimiento anticipado que permite la resolución con el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de una obligación accesorio, debe ser reputada como abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves».

Por tanto, ninguna duda puede existir sobre la nulidad de una cláusula de vencimiento anticipado como la referida.

2. Consecuencia de la declaración de nulidad de tal cláusula

Es sobre esta cuestión donde se ha suscitado más debate por cuanto la inicial solución ofrecida por la Sala 1.^a del TS en las referidas sentencias era interpretada por los tribunales de forma distinta.

En efecto, dichas sentencias también señalaron que tal abusividad:

«Proviene de los términos en que la condición general predisuelta permite el vencimiento anticipado, no de la mera previsión de vencimiento anticipado, que no es *per se* ilícita; y añadían que la consecuencia de tal declaración no ha de conllevar necesariamente el archivo del proceso hipotecario sino que ante el pacto de vencimiento anticipado en un contrato celebrado con consumidores y siempre que se cumplan las condiciones mínimas establecidas en el

¹⁵ ECLI:ES:TS:2015:5618.

¹⁶ ECLI:ES:TS:2016:626.

art. 693.2 LEC, los tribunales deben valorar, además, en el caso concreto, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificado, en función de los criterios antes expuestos: esencialidad de la obligación incumplida, gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo y posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia; tal como estableció la ya mencionada STJUE de 14 de marzo de 2013 (caso C-415/11). [...] Declarada la admisibilidad de las cláusulas de vencimiento anticipado en los términos expuestos, el mismo principio de equilibrio en las prestaciones que ha de presidir su interpretación, revela lo inadecuado de obligar a las entidades prestamistas, ante comportamientos de flagrante morosidad, a acudir en exclusiva a la vía declarativa para obtener la resolución contractual (art. 1124 CC), con cierre de la vía ejecutiva especial legalmente prevista y correlativa obstaculización de la efectividad de la garantía real» (FJ 2.º).

Concretamente, las Secciones Civiles de la AP de Barcelona mantenían criterio distinto acerca de las consecuencias que derivan de la declaración de nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado en un proceso hipotecario, así: *a*) unas consideraban que procede en todo caso el sobreseimiento de la ejecución ante la nulidad de la cláusula y en atención a la jurisprudencia del TJUE que no permite su moderación mientras que *b*) otras entendían, siguiendo la doctrina del TS, que procedía analizar la gravedad del incumplimiento de la obligación de pago para decidir sobre la continuación o sobreseimiento de la ejecución.

En esta situación, la STJUE C-421/2014, de 26 de enero de 2017, *Banco Primus*, estableció lo siguiente:

«La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una interpretación jurisprudencial de una disposición de Derecho nacional relativa a las cláusulas de vencimiento anticipado de los contratos de préstamo, como el art. 693, apartado 2, de la Ley 1/2000, modificada por el Real Decreto Ley 7/2013, que prohíbe al juez nacional que ha constatado el carácter abusivo de una cláusula contractual de ese tipo declarar su nulidad y dejarla sin aplicar cuando, en la práctica, el profesional no la ha aplicado, sino que ha observado los requisitos establecidos por la disposición de Derecho nacional» (§ 75).

Para intentar clarificar la cuestión, y dado que el TJUE no analiza la jurisprudencia del TS de 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero de 2016, la Sala 1.ª de dicho TS dictó auto de fecha 8 de febrero de 2017 en el que acordaba plantear cuestión prejudicial en la que incluye las siguientes preguntas:

«1. ¿Debe interpretarse el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE en el sentido de que admite la posibilidad de que un tribunal nacional, al enjuiciar la abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado incorporada en un contrato de préstamo hipotecario celebrado con un consumidor que prevé el vencimiento por impago de una cuota, además de otros supuestos de impago por más cuotas, aprecie la abusividad solo del inciso o supuesto del impago de una cuota y mantenga la validez del pacto de vencimiento anticipado por impago de cuotas también previsto con carácter general en la cláusula, con independencia de que el juicio concreto de validez o abusividad deba diferirse al momento del ejercicio de la facultad?»

2. ¿Tiene facultades un tribunal nacional, conforme a la Directiva 93/13/CEE, para —una vez declarada abusiva una cláusula de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo o crédito con garantía hipotecaria— poder valorar que la aplicación supletoria de una norma de Derecho nacional, aunque determine el inicio o la continuación del proceso de ejecución contra el consumidor, resulta más favorable para el mismo que sobreseer dicho proceso especial de ejecución hipotecaria y permitir al acreedor instar la resolución del contrato de préstamo o crédito, o la reclamación de las cantidades debidas, y la subsiguiente ejecución de la sentencia condenatoria, sin las ventajas que la ejecución especial hipotecaria reconoce al consumidor?».

El TJUE (Gran Sala) dictó la STJUE C-70/17 y C-179/17, de 26 de marzo de 2019, *Abanca*, cuyo fallo es del siguiente tenor literal:

«Los arts. 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que, por una parte, se oponen a que una cláusula de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo hipotecario declarada abusiva sea conservada parcialmente mediante la supresión de los elementos que la hacen abusiva, cuando tal supresión equivalga a modificar el contenido de dicha cláusula afectando a su esencia, y de que, por otra parte, esos mismos artículos no se oponen a que el juez nacional ponga remedio a la nulidad de tal cláusula abusiva sustituyéndola por la nueva redacción de la disposición legal que inspiró dicha cláusula, aplicable en caso de convenio entre las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario en cuestión no pueda subsistir en caso de supresión de la citada cláusula abusiva y la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales» (§ 65).

Posteriormente, el 3 de julio de 2019, el TJUE dictó tres autos en respuesta a diversas peticiones de decisión prejudicial planteadas por juzgados de primera instancia de Fuenlabrada (C-92/16), Santander (C-167/16) y Alicante (C-486/16). La parte dispositiva de los autos de los dos primeros asuntos reseñados era idéntica y declara:

«Los arts. 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que, por una parte, se oponen a que una cláusula de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo hipotecario declarada abusiva sea conservada parcialmente mediante la supresión, por el juez nacional, de los elementos que la hacen abusiva. Sin embargo, esos artículos no se oponen a que el juez nacional ponga remedio a la nulidad de tal cláusula abusiva, cuya redacción está inspirada en una disposición legal aplicable en caso de convenio de las partes del contrato, sustituyéndola por la nueva redacción de esta disposición legal introducida posteriormente a la celebración del contrato, siempre que el contrato en cuestión no pueda subsistir en caso de supresión de esta cláusula abusiva y la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales» (Auto C-92/16, *Bankia, S. A. y Henry-Rodolfo Rengifo Jiménez*, § 54).

A su vez, la parte dispositiva del Auto del asunto C-486/16 expresaba:

«El art. 7, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y el principio de efectividad deben interpretarse, en circunstancias como las

que concurren en el litigio principal, en el sentido de que no se oponen a que un órgano jurisdiccional nacional de primera instancia quede vinculado por una resolución dictada en apelación que ordena que se inicie un procedimiento de ejecución en atención a la gravedad del incumplimiento de las obligaciones que impone al consumidor el contrato de préstamo hipotecario, y ello a pesar de que ese contrato contenga una cláusula declarada abusiva en una resolución previa que ha adquirido firmeza, pero a la que el Derecho nacional no reconoce fuerza de cosa juzgada» (Auto TJUE C-486/16, *Bankia, S. A. y Alfredo Sánchez Martínez*, § 50).

Finalmente, la STS (Pleno) de 11 de septiembre de 2019¹⁷, en aplicación de los criterios facilitados por la STJUE de 26 de marzo de 2019 y los Autos de 3 de julio de 2019, se ha pronunciado sobre la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado en relación con la subsistencia del préstamo hipotecario de larga duración en el sentido de que no puede subsistir un contrato de préstamo hipotecario de larga duración si la ejecución de la garantía resulta ilusoria, por lo que, en principio, la supresión de la cláusula que sustenta esta garantía causaría la nulidad total del contrato.

Ahora bien, también señala el alto tribunal que esa nulidad total pondría al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales, como la obligación de devolver la totalidad del saldo vivo del préstamo, la pérdida de las ventajas legalmente previstas para la ejecución hipotecaria o el riesgo de la ejecución de una sentencia declarativa.

Para evitar esas consecuencias, sigue razonando el TS, el TJUE había admitido que la cláusula abusiva se sustituyese por la disposición legal que inspiró las cláusulas de vencimiento anticipado, en referencia al art. 693.2 LEC en su redacción del año 2013. No obstante, se consideraba más lógico, en el momento actual, tener en cuenta el art. 24 LCCI, como norma imperativa más beneficiosa para el consumidor.

La Sala 1.^a del TS concluye la citada sentencia en este concreto extremo facilitando las siguientes orientaciones jurisprudenciales para los procedimientos de ejecución hipotecaria en curso, en los que no se hubiese producido todavía la entrega de la posesión:

a) Los procesos en que, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, se dio por vencido el préstamo por aplicación de una cláusula contractual reputada nula, deberían ser sobreseídos sin más trámite.

b) Los procesos en que, con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, se dio por vencido el préstamo por aplicación de una cláusula contractual reputada nula, y el incumplimiento del deudor no reúna los requisitos de gravedad y proporcionalidad antes expuestos, deberían ser igualmente sobreseídos.

c) Los procesos referidos en el apartado anterior, en que el incumplimiento del deudor revista la gravedad prevista en la LCCI, podrán continuar su tramitación.

¹⁷ ECLI:ES:TS:2019:2761.

d) Los autos de sobreseimiento dictados conforme a los apartados a) y b) anteriores no surtirán efecto de cosa juzgada respecto de una nueva demanda ejecutiva basada, no en el vencimiento anticipado por previsión contractual, sino en la aplicación de disposiciones legales (ATJUE de 3 de julio de 2019, asunto C-486/16). Solución que no pugna con el art. 552.3 LEC, puesto que no se trata de un segundo despacho de ejecución con fundamento en el mismo título, sino de ejecuciones basadas en diferentes títulos (el contrato, en el primer caso, y la ley en el segundo).

e) Debe entenderse que las disposiciones legales mencionadas en el apartado anterior son las contenidas en la LCCI, pese a que las resoluciones del TJUE se refieran expresamente al art. 693.2 LEC en la redacción dada por la Ley 1/2013 y pueda haber alguna discordancia con la DT 1.ª de la LCCI. Y ello, porque el art. 693.2 LEC, en su redacción anterior a la LCCI, era una norma de Derecho dispositivo, mientras que el art. 24 LCCI, al que ahora se remite, es imperativa. La DT 1.ª LCCI, fruto de una enmienda transaccional en el Congreso y una enmienda en el Senado, optó por la retroactividad limitada para evitar que una sentencia del TJUE contraria al informe del abogado general en la cuestión prejudicial que había presentado esta sala, pudiera hacer directamente aplicable el art. 693.2 LEC en su anterior redacción. Por lo que sería contradictorio que la voluntad del legislador se volviera en contra del consumidor, cuando lo que se pretendió es protegerlo más allá de lo previsto en el art. 693.2 LEC anterior a la reforma (FJ 8.º11).

3. Conclusión

Tras años de incertidumbre y paralización de numerosos procesos hipotecarios, finalmente se ha superado la cuestión tanto de los procesos en trámite como de las futuras ejecuciones hipotecarias merced a la claridad de la sentencia de la Sala 1.ª del TS.

Tan solo queda lamentar el tiempo pedido por el legislador que ya desde la sentencia del STJUE C-415/2011, de 14 de marzo de 2013, *Aziz*, debería haber reaccionado, como finalmente ha hecho con la LCCI, fijando un plazo relevante de impago (12 cuotas) y no como hizo con la Ley 1/2013, de 14 de mayo, que se limitó a incrementar el impago a tres cuotas, lo que se mostraba claramente insuficiente en casos de préstamos de larga duración.

Finalmente, y con motivo de la aprobación de la LCCI, cuyo objetivo era incorporar al ordenamiento jurídico español del régimen de protección previsto en la Directiva 2014/17/UE, se ha aprovechado para abordar legislativamente estas materias (intereses moratorios y vencimiento anticipado), sustrayéndolas de la autonomía de la voluntad en las relaciones contractuales.

Abordar la descrita realidad ofreció la oportunidad de zanjar la inseguridad jurídica existente sobre la materia al hacerlo, como adecuadamente

se efectúa (art. 24), mediante una norma imperativa respetuosa con los intereses del consumidor y con el adecuado equilibrio entre los contratantes; a lo que ha contribuido la claridad de la STS de 11 de septiembre de 2019, que aplicando la sentencia del TJUE C-70/17 y C-179/17, de 26 de marzo de 2019, *Abanca*, viene a solventar el problema que se plantea con la ingente cantidad de ejecuciones hipotecarias judicializadas y suspendidas.

VI. VALORACIÓN FINAL DE LAS SENTENCIAS DEL TJUE EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES

Las STJUE analizadas permiten efectuar las siguientes consideraciones relevantes:

1. El proceso de ejecución hipotecaria español no era conforme a la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores por cuanto:

a) No permitía que el juez de oficio pudiera revisar el posible carácter abusivo de una cláusula contractual

b) No permitía que el consumidor/ejecutado pudiera oponerse al despacho de ejecución denunciando el carácter abusivo de una cláusula contractual

c) No permitía que el consumidor/ejecutado pudiera interponer recurso de apelación contra el auto que desestimaba su pretensión de nulidad de una cláusula contractual

2. La moderación de los intereses moratorios que efectuaban los tribunales nacionales cuando advertían de que la cláusula que fijaba el interés de demora era abusiva no resultaba conforme a la Directiva dado que lo procedente era la supresión de tal cláusula y no su moderación, como ahora recoge de forma expresa el art. 83 LGDCU

3. La cláusula de vencimiento anticipado merece un detenido análisis para garantizar la protección del consumidor; no fue satisfactoria la inicial respuesta del legislador operada por Ley 1/2013, de 14 de mayo, en cuanto que el impago de tres cuotas permita al acreedor declarar vencida a la obligación cuando, en muchos casos, se trata de hipotecas con duración superior a veinte años, esto es, 240 cuotas. No parece equitativo que el impago de tres cuotas en una obligación de pago dividida en 240 cuotas pueda considerarse conforme a la Directiva

4. La LCCI y la jurisprudencia de la Sala 1.^a del TS han permitido superar la incertidumbre en materia de intereses moratorios y vencimiento anticipado, adecuando nuestro ordenamiento jurídico a los parámetros de protección de los consumidores exigidos por el TJUE.

JURISPRUDENCIA EUROPEA

- ATJUE C-486/16, de 3 de julio de 2019, *Bankia, S. A. y Alfredo Sánchez Martínez* (ECLI:EU:C:2019:572).
- STJUE C-173/09, de 5 de octubre de 2010, *Elchinov* (ECLI:EU:C:2010:581).
- STJUE C-618/2010, de 14 de junio de 2012, *Banesto* (ECLI:EU:C:2012:349).
- STJUE C-415/2011, de 14 marzo de 2013, *Aziz* (ECLI:EU:C:2013:164).
- STJUE C-169/2014, de 17 julio de 2014, *BBVA* (ECLI:EU:C:2014:2099).
- STJUE C-421/2014, de 26 enero de 2017, *Banco Primus* (ECLI:EU:C:2017:60).
- STJUE C-96/16 y 94/174, de 7 agosto de 2018, *BS* (ECLI:EU:C:2018:643).
- STJUE C-70/17 y C-179/17, de 26 marzo de 2019, *A/Bankia* (ECLI:EU:C:2019:250).
- STJUE C-168/05, de 26 de octubre de 2006, *Mostaza Claro* (ECLI:EU:C:2006:675).
- STJUE C-40/08, de 6 de octubre de 2009, *Asturcom Telecomunicaciones* (ECLI:EU:C:2009:615).
- STJUE C-93/12, de 27 de junio de 2013, *ET Agroconsulting-04-Velko Stoyanov* (432).
- STJUE C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, de 21 de enero de 2015, *Unicaja* (ECLI:EU:C:2015:21).
- STJUE C-154/15, C-307/15 y C-308/15, de 21 de diciembre de 2016, *Gutiérrez Naranjo* (EU:C:2016:980).
- STJUE C-397/11, de 30 de mayo de 2013, *Erika Jörös* (ECLI:EU:C:2013:340).
- STJUE C-280/13, de 30 de abril de 2014, *Barclays Bank, S. A.* (ECLI:EU:C:2014:279).
- STJUE C-96/16 y 94/17, de 7 de agosto de 2018, *Banco Santander* (ECLI:EU:C:2018:643).

JURISPRUDENCIA NACIONAL

- STS de 24 de febrero de 2017 (RJ 2017, 821).
- STS de 22 de abril de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:1723).
- STS de 7 de marzo de 1998 (ECLI:ES:TS:1998:1545).
- STS de 1 de julio de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:6031).
- STS de 3 de junio de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:2550).
- STS de 23 de diciembre de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:5618).
- STS de 18 de febrero de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:626).
- STS de 11 de septiembre de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:2761).
- STC 31/2019, de 28 de febrero de 2019 (ECLI:ES:TC:2019:31).

LOS CONTROLES NOTARIALES DE TRANSPARENCIA Y CONTENIDO SOBRE LOS PRÉSTAMOS SUJETOS A LA LEY DE CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO

Víctor ESQUIROL JIMÉNEZ
Notario de El Masnou

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ¿QUÉ PRETENDE CONSEGUIR LA LCCI CON LA INTERVENCIÓN NOTARIAL?: 1. Enunciación de los mecanismos de control. 2. Concepto de control de transparencia: 2.1. Transparencia formal. 2.2. Transparencia material. 3. Concepto de control de contenido: 3.1. Control de cláusulas contrarias a las normas imperativas o prohibitivas. 3.2. Control de cláusulas abusivas. 3.3. Control notarial de contenido. 4. Breve recapitulación.—III. ¿QUÉ MEDIOS ATRIBUYE LA LEY AL NOTARIO PARA QUE PUEDA LLEVAR A CABO DICHOS CONTROLES?: 1. Medios en relación con el control de contenido. 2. Medios en relación con el control de transparencia.—IV. ¿CÓMO DEBE ACTUAR EL NOTARIO PARA CONSEGUIR LA MAYOR SEGURIDAD JURÍDICA EN LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO?: 1. Actuación del notario en relación con el control de transparencia. 2. Actuación del notario en relación con el control de contenido.—V. CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFÍA.—JURISPRUDENCIA.

I. INTRODUCCIÓN

La LCCI¹ tiene por principal objeto la transposición de la Directiva 2014/17/UE², la cual, a su vez, pretende proteger el sistema financiero ante el que califica como «comportamiento irresponsable de los participantes en el mercado» (esto es, del propio sector financiero, en perjuicio del consumidor) con el fin de «garantizar un mercado interior eficiente y competitivo que contribuya a la estabilidad financiera» (cdo. 3, reproducido parcialmente en la E. de M. de la LCCI).

La LCCI destaca además como objetivos: «Potenciar la seguridad jurídica, la transparencia y comprensión de los contratos y de las cláusulas

¹ Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (BOE núm. 65, de 16 de marzo de 2019), cuya entrada en vigor fue el día 15 de junio de 2019.

² 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 y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) núm. 1093/2010 (texto disponible en <https://www.boe.es/doue/2014/060/L00034-00085.pdf>).

que los componen, así como el justo equilibrio entre las partes»³. En particular, en esta fase precontractual se pretende «garantizar que el prestatario tenga a su disposición la información necesaria para que pueda comprender en su integridad la carga económica y jurídica del préstamo que va a contratar y que, por tanto, se pueda considerar cumplido el principio de transparencia en su vertiente material»⁴. Y, dentro de la fase precontractual, la ley confía al notario la comprobación del cumplimiento del principio de transparencia material en los contratos que entran en su ámbito de aplicación, mediante el otorgamiento de un acta previo a la celebración de dichos contratos para cumplir con «la función de asesorar imparcialmente al prestatario, aclarando todas aquellas dudas que le pudiera suscitar el contrato, y de comprobar que tanto los plazos como los demás requisitos que permiten considerar cumplido el citado principio de transparencia material, especialmente los relacionados con las cláusulas contractuales de mayor complejidad o relevancia en el contrato, concurren al tiempo de autorizar en escritura pública el contrato de préstamo o crédito hipotecario»⁵.

Sobre estas bases, examinaré en primer lugar qué es lo que la LCCI pretende conseguir con el control notarial de los créditos inmobiliarios, para continuar con los medios que la ley prevé para conseguir dichos fines, finalizando con varias consideraciones sobre cómo debe desempeñarse la función notarial en este ámbito y con unas breves conclusiones.

II. ¿QUÉ PRETENDE CONSEGUIR LA LCCI CON LA INTERVENCIÓN NOTARIAL?

1. Enunciación de los mecanismos de control

En los textos de la E. de M. transcritos se hace una triple referencia a la transparencia de los contratos de crédito inmobiliario (a nivel general, citada simplemente como «transparencia»; en la fase precontractual, como «principio de transparencia en su vertiente material»; y en la referencia a la función notarial, como «transparencia material»); en esta última referencia atribuye al notario la función de asesorar y facilitar la comprensión del prestatario, la cual es innecesaria pues ya forma parte esencial de la función de los notarios con arreglo a la legislación notarial, por lo que no me extenderé sobre ella.

Conforme al art. 147.5 RN: «Sin mengua de su imparcialidad, el notario insistirá en informar a una de las partes respecto de las cláusulas de las escrituras y de las pólizas propuestas por la otra, comprobará que no contienen condiciones generales declaradas nulas por sentencia firme e inscrita en el Registro de Condiciones generales y prestará asistencia especial al otorgante

³ E. de M. II, párrafo 2.º

⁴ E. de M. IV, párrafo 5.º

⁵ E. de M. IV, párrafo 6.º

necesitado de ella. También asesorará con imparcialidad a las partes y velará por el respeto de los derechos básicos de los consumidores y usuarios».

Parece pues que la principal función que la LCCI atribuye con carácter particular a los notarios es el control del principio de transparencia material y que, además, el cumplimiento de este principio es fundamental para conseguir garantizar la estabilidad financiera perseguida por la Directiva 2014/17/UE, junto con el justo equilibrio de las prestaciones (en cuya vertiente jurídica que también interviene el notario, aunque en menor medida, como veremos).

Por tanto, un examen de la función que la LCCI atribuye en este ámbito al notario debe pasar en primer lugar por una referencia al concepto de transparencia material (o sobre el principio de transparencia material como lo denomina la ley), pues se trata de un principio que no figura en la Directiva (que únicamente menciona la transparencia en general, como equivalente a información adecuada) y que, procedente del derecho alemán, fue introducido en el derecho español por la jurisprudencia del TS de forma paulatina hasta alcanzar su reflejo en la LCCI, aunque de una forma que puede no ser coincidente con la evolución jurisprudencial en la materia. Además, debe distinguirse nítidamente el concepto de transparencia material de otros conceptos tales como el de control de incorporación, el de transparencia formal, el de control de contenido, e incluso del control de cláusulas abusivas pues, como veremos, en las cláusulas relativas al objeto principal del contrato el control de abusividad se hace depender de la falta de transparencia.

En mi opinión, para mayor claridad, debe partirse de una diferenciación entre dos grandes grupos de controles: el de transparencia y el de contenido, aunque en algunos casos ambos estén relacionados. Algunos autores, como Sergio Cámara⁶ y Pascual Martínez Espín⁷, nos hablan de tres controles: el de incorporación, el de contenido y el de transparencia. Clasificación que se debe probablemente a que en el ordenamiento jurídico español solo existían originariamente los controles de incorporación y de contenido, mientras que el concepto de control de transparencia se añadió posteriormente procedente del derecho alemán.

Otros, como Francisco Pertíñez⁸ y Manuel Jesús Marín⁹, entienden que el control de transparencia no es un *tertium genus* entre los requisitos

⁶ S. CÁMARA LAPUENTE, *El control de las cláusulas «abusivas» sobre elementos esenciales del contrato*, Cizur Menor, Aranzadi, 2006, p. 124.

⁷ P. MARTÍNEZ ESPÍN, *El control de transparencia de condiciones generales en los contratos de préstamo hipotecario*, Cizur Menor, Aranzadi, 2020, pp. 40 y ss.

⁸ F. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, «Buena fe ex art. 1.258 CC y nulidad de las cláusulas suelo sorprendivas en contratos de préstamo con adherentes empresarios. Reflexiones en torno a la STS, 1.ª, de 3 de junio de 2016», *InDret*, 4/2016, p. 4.

⁹ M. J. MARÍN LÓPEZ, «El control de transparencia material», en A. CARRASCO PERERA (dir.), *Comentarios a la Ley de Contratos de Créditos Inmobiliario*, Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2019, p. 263, para el TS, el control de transparencia está relacionado con el control de contenido, pues si la cláusula no supera el control de transparencia es susceptible de control de contenido, por lo que podrá considerarse abusiva y, en consecuencia, nula.

de incorporación y el control de contenido, sino una modalidad de control de contenido, en que el abuso consiste en la alteración subrepticia del equilibrio entre precio y contraprestación en los términos en los que el consumidor legítimamente se lo había representado a partir de la información precontractual proporcionada. Las apreciaciones de estos autores, anteriores a la LCCI, posiblemente deben revisarse a partir de esta, ya que pueden verse superados por la modificación del art. 5.5 LCGC y por la reconducción que hace la LCCI del control de transparencia material al formal, como veremos, por lo que considero preferible en la actualidad encuadrar el control de transparencia material no dentro del grupo de control de contenido, sino en la categoría del control de transparencia junto con el de transparencia formal.

La relación entre la falta de transparencia y la abusividad se debe pues a que la jurisprudencia ha considerado a la primera como abusiva cuando cause un perjuicio al consumidor y sea contraria a la buena fe, con base en la ocultación maliciosa por parte de las entidades de crédito del coste real del contrato.

Si no se cumplían estos requisitos, perjuicio al consumidor y mala fe del prestamista, la cláusula, pese a no ser transparente, era válida; tras la LCCI, como veremos, entiendo que la cláusula no transparente será nula, sin que se requiera la mala fe, siempre que afecte al objeto principal del contrato y no se haya negociado individualmente.

Esta corriente jurisprudencial, que el TS ha mantenido desde la famosa STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre las cláusulas suelo¹⁰, se basa en el art. 4.2 de La Directiva 93/13/CEE, no transpuesta legalmente a nuestro ordenamiento jurídico, que establecía una excepción al principio de que el objeto principal del contrato no puede someterse al control de abusividad por estar sujeto a la libre competencia. El artículo dice lo siguiente: «La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato, ni a la adecuación entre precio y retribución [...], siempre que dichas cláusulas se redacten de forma clara y comprensible». Por tanto, el precepto, *a sensu contrario*, permite someter a control de abusividad las cláusulas relativas al objeto principal del contrato que no se hayan redactado de forma clara y comprensibles. El TS, sin embargo, en la consideración de que la Directiva establece un control de mínimos ampliable por los Estados miembros, ha extendido el ámbito de aplicación de dicha norma a las cláusulas relativas al objeto principal del contrato que, pese a estar redactadas de forma clara y comprensibles, no se hayan puesto de manifiesto debidamente al prestatario en la fase precontractual. Pertíñez¹¹ critica esta conexión entre los principios de transparencia y de contenido por ser contraria a los principios básicos de nuestro derecho de contratos que

¹⁰ ECLI:ES:TS:2013:1916.

¹¹ F. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, «Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario», *InDret*, núm. 3, 2013, pp. 1-28. El autor se centra en comentar la recién dictada STS 241/2013, de 9 de mayo.

no admite el control de contenido sobre el objeto principal del contrato, como lo prueba que no recoge la rescisión por lesión en el precio (salvo en Cataluña y Navarra), ni siquiera en los contratos de adhesión con consumidores. Para dicho autor, el control de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato ha de ser solamente un control de transparencia, que debe velar por la plena capacidad de elección del prestatario, para lo cual este debe tener un conocimiento cabal y completo del precio y de las condiciones de la contraprestación antes de celebrar el contrato.

En mi opinión, ello no significa que las cláusulas que no configuran el objeto principal del contrato, esto es, las relativas a su contenido normativo, queden fuera del control de transparencia, pues lo que se intenta es incluir en dicho control a las cláusulas relativas al objeto principal de contrato que, de otro modo, no estarían sujetas a ningún tipo de control jurisdiccional, pues no pueden ser declaradas abusivas. En cuanto al contenido normativo, como veremos en el epígrafe siguiente, el TS parece limitarlo al control de transparencia formal (excluyéndolo por tanto del «doble filtro», esto es, del control de transparencia material, al que somete a las cláusulas principales).

En parecidos términos, Francisco José Aranguren¹² entiende que esta relación entre control de transparencia y de abusividad ha llevado al TS a «forzar las costuras jurídicas» para declarar la nulidad por abusivas de cláusulas que configuran el objeto principal del contrato, que suelen ser objeto de negociación individual y, por dicho motivo, exceptuadas del control de abusividad. Martínez Espín¹³ aclara que el concepto de abusividad responde al plano de la calificación de la cláusula y su correspondiente sanción como cláusula abusiva; mientras que el concepto de transparencia responde a la comprensibilidad de la cláusula.

Tras la LCCI, en nuestra opinión, ya no es necesario establecer esta confusa correlación, pues el art. 5.5 LCGC (modificado por dicha ley) declara nulas de pleno derecho las condiciones generales incorporadas a los contratos de forma no transparente. Si tenemos en cuenta que según el TS una condición que configura el objeto principal del contrato tiene el carácter de condición general siempre que el prestamista no pruebe que se negoció individualmente, deberíamos concluir que:

a) Las cláusulas negociadas individualmente no pueden ser declaradas nulas por falta de transparencia, pues esta se basa en una falta de información que decaerá si se prueba que ha existido dicha negociación.

b) Las cláusulas negociadas individualmente solo pueden ser declaradas nulas por abusivas conforme al TR-LGDCU, pero para ello se requerirá que no constituyan el objeto principal del contrato y que el prestatario sea un consumidor.

¹² F. J. ARANGUREN URRIZA, «El notario y los controles de transparencia y abusividad en préstamos hipotecarios con consumidores», en C. HORNERO MÉNDEZ, M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, F. OLIVA BLÁZQUEZ y J. P. MURGA FERNÁNDEZ (dirs.), *Derecho de contratos: nuevos escenarios y nuevas propuestas*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, p. 113.

¹³ P. MARTÍNEZ ESPÍN, *El control de transparencia...*, p. 51.

c) las cláusulas no negociadas individualmente que formen parte del objeto principal del contrato pueden ser declaradas nulas, en su caso, por falta de transparencia, pero no por abusivas.

d) las cláusulas no negociadas individualmente que no formen parte del objeto principal del contrato pueden ser declaradas nulas, en su caso, tanto por falta de transparencia como por abusivas, siempre que el prestatario sea un consumidor.

Por tanto, el art. 4.2 de la Directiva ha quedado superado y con ello se ha conseguido delimitar más nítidamente los conceptos de control de transparencia y de contenido o abusividad y configurarlos en la forma que resumo seguidamente.

Falta por ver si el TS compartirá este criterio. Un indicio de que posiblemente no lo haga resulta de la reciente STS 991/2020, de 12 de noviembre (FJ 5.º), en la que no entra en la cuestión por tratarse de un supuesto de hecho anterior a la reforma de 2019, pero en la que apunta que las cláusulas que configuren el objeto principal del contrato van a seguir sometiéndose al control de abusividad si no están redactadas de forma clara y transparente, en base al inciso «en perjuicio del consumidor» del art. 83 TR-LGDCU (que reproduce la nueva redacción del art. 5.5 LCGC); sin embargo, una cláusula puede ser perjudicial para el consumidor y no ser abusiva, por lo que no se pueden equiparar ambos conceptos.

Es importante destacar que ambos controles se han producido tradicionalmente en el ámbito del derecho de consumo, esto es, cuando el préstamo forma parte de la actividad profesional del prestamista y el prestatario es un consumidor, sobre la base de la desigualdad que conlleva en la práctica una escasa posibilidad de negociación por parte del prestatario y la imposición del contenido del contrato por parte del prestamista. Sin embargo, la LCGC aplica el control de transparencia a las condiciones generales con independencia de si el adherente es consumidor o no, por lo que podría decirse para intentar ordenar la materia que el control de transparencia entra en el ámbito de la LCGC, mientras que el control de contenido corresponde al TR-LGDCU. La LCCI desmantela un tanto este intento de clasificación al aplicar el control de transparencia a toda persona física (sea o no consumidora) cuando hipoteca un inmueble de uso residencial y, en cambio, excluye de su ámbito subjetivo de aplicación a las personas jurídicas, aunque sean consumidoras. En cualquier caso, todos los contratos sujetos al ámbito de aplicación de la LCCI están sometidos a ambos controles, que, sin embargo, no se aplican por igual a todas sus cláusulas.

2. Concepto de control de transparencia

Esta desigualdad entre las partes en la contratación de los préstamos intenta paliarse en primer lugar mediante el control de transparencia, que podríamos definir en el ámbito del contrato de préstamo con condiciones generales como aquel que tiene por finalidad determinar si el

contenido del contrato predispuesto por el prestamista ha podido ser conocido por el prestatario de forma que haya permitido a este una adecuada prestación de su consentimiento, sobre la base de la información precontractual facilitada por el prestamista y de los propios términos del contrato. El control de transparencia se articula a través los controles de transparencia formal y de transparencia material, cuya distinción no es del todo nítida especialmente tras la LCCI.

2.1. Transparencia formal

En sentido estricto, se entiende por control de transparencia formal, o de incorporación, o de inclusión, o primer filtro de transparencia, el que determina si una cláusula se ha estipulado en el contrato de una manera clara y comprensible. La doctrina relaciona dicho control con los requisitos exigidos por los arts. 5 y 7 de la LCGC¹⁴, que obligan a redactar las condiciones generales según los «criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez» y declaran no incorporadas las condiciones generales «ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles» y nulas de pleno derecho las condiciones «incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores». Recordamos que la LCGC se aplica a los contratos que contengan condiciones generales celebrados entre un profesional y cualquier otra persona, sea física o jurídica, sea profesional o consumidor (art. 2); y que considera como condiciones generales de la contratación las cláusulas cuya incorporación al contrato sea predispuesta por una de las partes, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos (art. 1.1). Del apartado 2 de este precepto se deduce *sensu contrario* que no son condiciones generales de la contratación las cláusulas que se hayan negociado individualmente; lo que, en principio, excluiría del control de incorporación las cláusulas relativas al objeto principal del contrato, que son las que se suelen negociar. Sin embargo, considerando la escasa capacidad de negociación de la parte adherente, la jurisprudencia del TS ha establecido que «el hecho de que se refiera al objeto principal del contrato no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que esta se define por el proceso seguido para su inclusión en el contrato»¹⁵; y que el hecho de que el empresario formule una pluralidad de ofertas no excluye su carácter predispuesto (pues la ley no exige que la condición se incorpore a todos los futuros contratos, sino a una pluralidad de ellos), ni revela una capacidad real de negociación por el consumidor medio¹⁶.

Esta interpretación del TS amplía de hecho el control de incorporación a todas las cláusulas del contrato de adhesión, salvo a las que real-

¹⁴ Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (BOE núm. 89, de 14 de abril de 1998).

¹⁵ V. gr. STS 241/2013, de 9 de mayo (ECLI:ES:TS:2013:1916), FJ 144.

¹⁶ STS 241/2013, de 9 de mayo (ECLI:ES:TS:2013:1916), FJ 148.

mente se negociaron, circunstancia que tendrá que ser demostrada por el empresario¹⁷; y tiene su fundamento en la tradicional desidia que el adherente suele mostrar hacia el contenido de las condiciones generales, que ha sido aprovechada por las entidades de crédito para «colar» cláusulas que inciden de forma importante en las prestaciones de las partes y que debería ser destacadas convenientemente. Es importante destacar esta circunstancia relativa a la falta de buena fe de la parte predisponente pues, unida a su posición dominante, conlleva que la ley aplique a las condiciones generales no transparentes una sanción (la nulidad de pleno derecho) superior a la que se derivaría del simple vicio del consentimiento (anulabilidad), especialmente relevante por razón del plazo de caducidad de la acción.

En un sentido más amplio, el control de transparencia formal se extiende a las formalidades que el prestamista tiene que realizar en la fase precontractual para facilitar al prestatario la información necesaria para que este pueda conocer el coste del servicio prestado por aquel. En la LCCI estas formalidades están recogidas en el art. 14 e incluye la entrega de la documentación que dicho precepto relaciona en su apartado 1 y las explicaciones que recoge en el apartado 2. Este sentido amplio puede acercar el concepto de transparencia formal al de transparencia material, lo cual es particularmente evidente en la LCCI, como veremos.

2.2. *Transparencia material*

El cumplimiento de los requisitos de transparencia formal puede no ser suficiente para que el prestatario esté perfectamente informado sobre las consecuencias económicas y jurídicas del contrato al que se adhiere, pues dicha información, en particular la de las cláusulas que constituyen el objeto principal del contrato, pese a haber sido proporcionada por el prestamista, ha podido pasar desapercibida al prestatario. Ya no es suficiente con que las cláusulas relativas al coste que va a suponer el préstamo estén redactadas de forma clara, se requiere que el prestatario haya podido tener un perfecto conocimiento de las mismas antes de tomar su decisión de celebrar dicho contrato de préstamo¹⁸. Como puede verse, el principio de transparencia material opera en la fase precontractual, a diferencia del control de incorporación en sentido estricto, que recae sobre las cláusulas de contrato¹⁹.

¹⁷ STS 241/2013, de 9 de mayo (ECLI:ES:TS:2013:1916), FJ 165.d).

¹⁸ F. PERTÍÑEZ VILCHEZ, «Transparencia material y transparencia documental en los contratos de préstamo hipotecario», en K. J. ALBIEZ DOHRMANN y M. L. MORENO-TORRES HERRERA (dir.), *Los contratos de Crédito Inmobiliario*, Cizur Menor, Aranzadi, 2018, pp. 410-411, considera que para que el consumidor esté perfectamente informado sobre el coste del crédito, que es la finalidad a conseguir, no es suficiente el cumplimiento de rigorismos formales sino que se requiere una transparencia (real o material) que, conforme a la buena fe, sea necesario proporcionar al consumidor para que conozca la existencia de la cláusula y su incidencia en el precio del contrato.»

¹⁹ Se trata de un elemento distintivo que ha remarcado el TS para quien, como señala R. CABANAS TREJO, «¿El final de un largo y turbulento vuelo o solamente un aterrizaje de emergen-

Es por ello que el TS, a partir de la citada STS 241/2013, de 9 de mayo, vino a exigir, además del cumplimiento de los requisitos de incorporación o de transparencia formal, que el prestatario pueda conocer *con sencillez* la carga económica que el contrato realmente supone para él, esto es, según palabras de dicha sentencia, «la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener»; así como la carga jurídica del mismo, es decir, «la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo»²⁰. Y este conocimiento «sencillo», exige que el prestatario no se vea obligado a hacer un examen exhaustivo de la documentación que le entrega el prestamista. En mi opinión, la exigencia en el conocimiento de la carga jurídica no puede ser igual que el de la carga económica, pues requerir un perfecto conocimiento de las consecuencias jurídicas de la operación, aun antes de acudir al notario, me parece una exigencia excesiva; a mi juicio, este requisito afecta más al fiador o al hipotecante no deudor, pues es importante que conozcan bien su posición jurídica y el riesgo que corre su patrimonio, porque el prestatario ya es conocedor de su obligación principal y de las principales consecuencias de su incumplimiento.

De la STS 241/2013 se infiere que este segundo control de transparencia afecta a las cláusulas que constituyen el objeto principal del contrato y que para superarlo se requiere: *a)* que la cláusula se identifique como definidora del objeto principal del contrato; *b)* que el consumidor pueda percibir que la cláusula incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago; *c)* que pueda conocer con sencillez las cargas económica y jurídica que suponen el contrato celebrado, y *d)* que esté en condiciones de obtener, antes de la celebración del contrato, la información necesaria para poder tomar su decisión con pleno conocimiento de causa.

La jurisprudencia posterior a la STS 241/2013 fue perfilando el concepto de transparencia en este segundo filtro. Así la STS 138/2015, de 24 de marzo²¹, aclaró que no era tan importante la comprensión real del prestatario como la actuación del prestamista pues «no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio» y recalcó el elemento subjetivo al exigir un «equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación»²². También señaló que «la intervención del notario tiene lugar al final del proceso que lleva a

cia?», *El Notario del Siglo XXI*, núm. 84, marzo-abril de 2019, p. 30, estipulación no equivale a información y las cláusulas del contrato son estipulación, no información.

²⁰ STS 241/2013, de 9 de mayo (ECLI:ES:TS:2013:1916), FJ 210.

²¹ ECLI:ES:TS:2015:1279.

²² STS 138/2015, de 24 de marzo (ECLI:ES:TS:2015:1279), FJ 3.º3.

la concertación del contrato, en el momento de la firma de la escritura de préstamo hipotecario, a menudo simultáneo a la compra de la vivienda, por lo que no parece que sea el momento más adecuado para que el consumidor revoque una decisión previamente adoptada con base en una información inadecuada»²³. Y que «[l]a falta de transparencia en el caso de este tipo de condiciones generales provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe, consistente en la imposibilidad de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener el préstamo con “cláusula suelo” en el caso de bajada del índice de referencia, lo que priva al consumidor de la posibilidad de comparar correctamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado»²⁴.

La STS 171/2017, de 9 de marzo²⁵, declaró superado el control de transparencia respecto de una cláusula suelo que había sido destacada convenientemente en el contrato, pero respecto de la cual se declaraba probado que había sido negociada individualmente, lo que le llevó a poner en entredicho su cualidad de condición general de la contratación. Deducimos de esta última aclaración que el control de transparencia no es aplicable a las cláusulas que no son condiciones generales.

La STS 655/2017, de 1 de diciembre²⁶, dispuso que el deber de transparencia supone que el consumidor tenga «antes de la celebración del contrato» de información comprensible acerca de las condiciones contratadas y las consecuencias de dicha celebración, que pueda permitir al consumidor adoptar su decisión de contratar sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado de la información precontractual, que es la que permite comparar ofertas y adoptar la decisión de contratar.

Finalmente, y sin ánimo de ser exhaustivos, las STS 36/2018, de 24 de enero²⁷, y 170/2018, de 23 de marzo²⁸, incidieron en el momento en que el prestatario ha de disponer de la información, que es en la fase precontractual, no al otorgarse la escritura, pues en este caso el prestatario no disponía de margen de maniobra para negociar sin frustrar la compra concertada para ese día.

Como hemos visto, la doctrina jurisprudencial sobre la transparencia material o segundo filtro de transparencia, como dice la STS 241/2013, se inició con la cláusula suelo. El TS no consideraba suficiente que la cláusula suelo estuviera perfectamente redactada y el notario advirtiera sobre ella al prestatario en el momento del otorgamiento; precisamente la cláusula suelo no es difícil de redactar, ni de explicar ni de comprender. El problema radicaba en que el prestatario muchas veces se encon-

²³ *Ibid.*, FJ 5.º3.

²⁴ *Ibid.*, FJ 7.2.

²⁵ ECLI:ES:TS:2017:788.

²⁶ ECLI:ES:TS:2017:4261.

²⁷ ECLI:ES:TS:2018:139.

²⁸ ECLI:ES:TS:2018:1225.

traba con la cláusula suelo en el momento de la firma, normalmente un momento demasiado tardío para poder decidir libremente sobre la conveniencia o no de aceptarla. Es cierto que la cláusula suelo ya figuraba en la información precontractual que el prestamista había entregado con antelación al prestatario, pero podía haberle pasado inadvertida por no haberse destacado como merece una cláusula relativa al objeto principal del contrato. Por otra parte, aun no habiéndole pasado desapercibida, el prestamista no informaba al prestatario de la probabilidad de que el riesgo que corría le fuese a afectar realmente, haciéndole creer muchas veces lo improbable de una bajada sustancial del índice de referencia, hecho que realmente ha acabado acaeciendo. Hay que reconocer, no obstante, que hace unos años era impensable que el euríbor pudiera ser negativo.

Estas consideraciones sobre la cláusula suelo, hoy prohibida por la LCCI, se han visto extendidas por la jurisprudencia a otras cláusulas relativas al objeto principal del contrato, como son las relativas a los préstamos en moneda extranjera (o multidisiva) o al IRPH. Así, como señala Pertíñez²⁹, en el caso particular de las hipotecas en divisas, no es suficiente que el prestatario sepa que existe un riesgo sino que también ha de haber sabido del «alcance real del riesgo de pérdidas, en su probabilidad y en su intensidad» (al parecer, mucho mayor que la posibilidad de que el euríbor fuera negativo y que también acabaron produciéndose). Y en el de las hipotecas con índice IRPH, debería haber sabido que «el índice IRPH ha sido y será superior al euríbor por su propia naturaleza y además que en época de bajadas de tipos de interés el IRPH tendrá una mayor resistencia a la bajada que el euríbor».

Como es sabido, el IRPH es la media de los tipos de interés de los préstamos hipotecarios concedidos por las entidades de crédito e incluye el diferencial que se suma al índice de referencia, por lo que siempre será superior a este.

El incumplimiento de este principio conllevaba que la cláusula en cuestión pudiera ser declarada como abusiva en una doctrina que el TS derivaba principalmente del art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, como hemos dicho. Tras la LCCI, como he defendido antes, ya no es necesario que la cláusula que no pase este control tenga que declararse abusiva, como resulta de la conjunción de las siguientes consideraciones: 1) del art. 5.5 LCGC al disponer que «[L]as condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho»; 2) de la doctrina jurisprudencial de que las cláusulas relativas al objeto principal del contrato también pueden ser consideradas como condiciones generales, si no han sido negociadas individualmente. Sergio Cámara³⁰ considera inexplicable que la LCCI no

²⁹ F. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, «Transparencia material...», p. 414.

³⁰ S. CÁMARA LAPUENTE, «La transparencia en la Ley 5/2019 de contratos de créditos inmobiliarios. Primeros apuntes», *Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario*, La Ley Digital, Wolters Kluwer, 2019, p. 4.

haya aprovechado para transponer el art. 4.2 de la Directiva, pero posiblemente no lo ha hecho porque el legislador espaol ha subido el nivel de exigencia respecto de la Directiva; aun as, creo tambin que hubiera sido conveniente, como tcnica legislativa, establecer claramente que las clusulas que constituyen el objeto principal del contrato estn sujetas al control de transparencia material, salvo que el prestamista demuestre que han sido negociadas con el prestatario. Por otra parte, el inciso «en perjuicio de los consumidores» del art. 5.5 no debe interpretarse en el sentido de que la clusula sea abusiva o de que se requiera mala fe por parte del prestamista, simplemente basta con que beneficie a este en perjuicio del prestatario. Obsérvese que el precepto no se refiere solo a la transparencia material, sino que habla de transparencia en general, por lo que se incluye la conocida como transparencia formal.

Por tanto, de la relacin entre esta doctrina del TS con el art. 5.5 LCGC, debemos concluir que estn sujetas al control de transparencia material todas las clusulas que configuren el objeto principal del contrato y que no hayan sido negociadas individualmente y que, si no superan dicho control y perjudican al prestatario, son nulas de pleno derecho, con independencia de si son consideradas abusivas o no. Esta conclusin supone de hecho la transposicin (o al menos la incorporacin a nuestro ordenamiento por v́a en parte legal y en parte jurisprudencial), del art. 4.2 de la Directiva 93/13; y se trata de una transposicin ampliada, ya que, a diferencia de esta norma, la clusula puede ser declarada nula aunque haya sido redactada de forma clara y comprensible.

Por el contrario, no estn sujetas al control de transparencia material las clusulas que no integran el objeto principal del contrato (las llamadas clusulas que forman el contenido normativo), ni las que s lo integran pero han sido negociadas individualmente. Como veremos, la LCCI incluye el contenido normativo en el control de transparencia (incluso en el material) pues no lo limita a las clusulas que configuran el objeto principal del contrato (de hecho, los arts. 14 y 15 no distinguen en ningn momento entre estas clusulas y las que forman el contenido normativo del contrato, ni entre las clusulas negociadas individualmente y las que no lo son). Posiblemente en este punto, la LCCI no hace un uso correcto del trmino «principio de transparencia material», que generaliza en exceso; en cualquier caso, los tribunales ya determinarn las consecuencias de la falta de transparencia en uno y otro caso. Para Pertuñez, la nica obligacin de transparencia en relacin con las clusulas que configuran el contenido normativo es la necesaria para superar los requisitos de incorporacin del art. 5 LCGC. Cmara, en cambio, se congratula de que la LCCI sujete todo el contenido contractual al principio de transparencia. En mi opinin, sin embargo, la inclusi3n sorpresiva o subrepticia en el contrato de una clusula que no configure el objeto principal del contrato no debera afectar a la validez de dicha clusula, salvo que hubiera sido redactada de forma oscura o incomprensible.

Queda por determinar qué cláusulas forman parte del objeto principal del contrato y cuáles del contenido normativo. Según Navas Navarro³¹, la jurisprudencia del TJUE no ha dado pautas sobre cómo distinguir unas de otras; más bien de ella se pueden inferir criterios para determinar negativamente qué cláusulas no forman parte del objeto principal del contrato o del precio o de la contraprestación como en el caso de la hipoteca multidivisa, en que no se considera como tal una cláusula que estipula la obligación pecuniaria para el consumidor de pagar en devolución del préstamo los importes derivados de la diferencia entre la cotización de venta y la de compra de la divisa extranjera. Considera Navas Navarro que debe ser el juez nacional quien debe determinar si la cláusula en cuestión forma o no forma parte del objeto principal del contrato y si, aunque redactadas de forma clara y comprensible, causan un perjuicio al consumidor por alterar el valor de la oferta en el mercado o las cuantías por pagos futuros en orden a la devolución del préstamo, tal y como puede haber sido legítimamente esperado por el consumidor.

Otra cuestión importante a tener en cuenta es que tanto la LCGC como el TS, en el desarrollo de este segundo filtro de transparencia, no limitan su ámbito personal a los consumidores, sino que lo amplían a cualquier persona física o jurídica, aunque sea un profesional (art. 2). Por su parte, la LCCI tiene un ámbito personal de aplicación más reducido, pues no se aplica ni a las personas jurídicas, ni a las personas físicas que no hipotecan un inmueble de uso residencial (salvo que la persona física sea un consumidor y la finalidad del préstamo sea adquirir un inmueble) respecto de las cuales el control de transparencia es menor (fundamentalmente por la no aplicación del art. 15 LCCI, que tampoco se aplica a los préstamos personales); en cambio, el art. 15 LCCI se aplica no solo al prestatario sino también al fiador, garante e hipotecante no deudor que sean personas físicas. Respecto de los adherentes excluidos de la aplicación de la LCCI, les son aplicables la Orden EHA/2899/2011³² o, si el préstamo es concedido por un profesional que no sea entidad de crédito, la Ley 2/2009³³. En cualquier caso, en relación con las cláusulas no negociadas individualmente, el incumplimiento de los controles de transparencia conllevará igualmente su nulidad.

3. Concepto de control de contenido

El control de contenido tiene un doble ámbito: el de las cláusulas contrarias a una norma imperativa o prohibitiva y el de las cláusulas

³¹ S. NAVAS NAVARRO, «Cláusula sobre divisa extranjera en préstamos hipotecarios y falta de transparencia», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 14, 2015, p. 147, <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>.

³² Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (BOE núm. 261, de 29 de octubre de 2011).

³³ 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 (BOE núm. 79, de 1 de abril de 2009).

abusivas. Tradicionalmente el control del contenido estaba limitado a las cláusulas abusivas, pero, tras el TR-LGDCU y especialmente tras la LCCI, debemos incorporar las primeras y propongo la sistematización de ambas en la rúbrica de control de contenido, por contraposición del control de transparencia que, aun en su vertiente llamada material, es básicamente formal (en el sentido amplio que hemos atribuido a este concepto).

3.1. Control de cláusulas contrarias a las normas imperativas y prohibitivas

El art. 3 LCCI declara el carácter imperativo de las disposiciones de dicha ley y de las contenidas en sus normas de desarrollo, salvo que se disponga expresamente lo contrario, lo que conlleva cuatro consecuencias: 1) no son disponibles por las partes contratantes; 2) son nulos de pleno derecho los actos realizados en fraude de dichas disposiciones; 3) es nula la renuncia previa de los derechos que la LCCI reconoce al deudor, garante, fiador o hipotecante no deudor, y 4) aunque no lo diga la propia ley, por aplicación del art. 6.3 CC, son nulas las cláusulas contrarias a lo dispuesto por la LCCI. Y no son nulas por abusivas, sino por contravenir una norma imperativa o prohibitiva, por lo que tienen un régimen diferente al de las cláusulas abusivas cuya declaración como tales requiere considerar todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato (como exige el art. 82.3 TR-LGDCU para las cláusulas abusivas). Su ilicitud tiene un carácter objetivo, que permite la apreciación no solo por parte de los jueces sino también por parte de los notarios y registradores. La LCCI contiene una «lista negra» de estas cláusulas en los arts. 17 (prácticas de venta vinculada y combinada), 20 (préstamos en moneda extranjera), 21 (variaciones en el tipo de interés, con expresa prohibición de la cláusula suelo), 23 (reembolso anticipado), 24 (vencimiento anticipado) y 25 (intereses de demora), subrayando en estos dos últimos que las reglas contenidas en ellos no admitirán pacto en contrario. A diferencia de esta, la «lista negra» de los arts. 85 a 90 TR-LGDCU solo va dirigida a los jueces, pues notarios y registradores no tienen ni la función ni la potestad de valorar las circunstancias del caso en la aplicación de unas normas que están sujetas al principio de contradicción y a la posibilidad de aquietamiento por parte del consumidor. Volveremos sobre esta cuestión en el apartado II de este trabajo. Aquí interesa destacar que en todos los contratos sujetos al ámbito de aplicación de la LCCI, afecten o no a consumidores, el legislador ha optado por declarar la nulidad con carácter general de una serie de cláusulas, sustrayéndolas de la valoración de las circunstancias que concurren en el caso (sin perjuicio de la equidad del art. 3.2 CC).

3.2. *Control de cláusulas abusivas*

El control de abusividad tiene, en el ordenamiento español, su sede principal en el TR-LGDCU³⁴, más concretamente en los arts. 82 y ss. Así, el art. 82.1 declara abusivas «todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato». Evidentemente nos movemos en territorio del derecho de consumo, por lo que solo se pueden declarar abusivas las cláusulas en que intervenga un consumidor y dentro de ellas únicamente las estipulaciones no negociadas individualmente. Volvemos a encontrarnos con un concepto que hemos visto a propósito de las condiciones generales de la contratación, el de las estipulaciones no negociadas individualmente, las cuales no eran consideradas como condiciones generales y, por tanto, no estaban sujetas a la LCGC. Sin embargo, hemos mencionado también que el TS tiene un criterio muy amplio sobre lo que considera una estipulación no negociada individualmente, dada la escasa capacidad negociadora real de los adherentes frente a los predisponentes. Y, si es amplio en relación con cualquier persona física o jurídica, más aún lo será, si cabe, cuando el adherente es un consumidor. De ahí que, como hemos dicho en el epígrafe anterior, pese a la falta de transposición del art. 4.2 de la Directiva 93/13, el TS haya ampliado el control de abusividad a las cláusulas relativas al objeto principal del contrato (entre las cuales, en la mayoría de los casos, se incluirán las que se hayan negociado individualmente), cuando no se hayan redactado de una manera clara y comprensible, esto es, cuando no pasen el control de transparencia formal.

La LCCI no hace apenas referencia alguna a las cláusulas abusivas, sin duda por considerar suficiente la regulación del TR-LGDCU, posiblemente sin tener en cuenta que el ámbito personal de aplicación de esta no es el mismo que el de la LCCI, pues aquella se aplica solo a los consumidores aunque sean personas jurídicas (no, por tanto, a las personas físicas no consumidoras que contraten un préstamo con garantía hipotecaria sobre un inmueble de uso residencial); y la LCCI se aplica también a estas personas, pero no se aplica a los consumidores que sean personas jurídicas. Para acabar de complicarlo todo, la LCGC se aplica, como hemos dicho, a toda persona física o jurídica, consumidora o empresaria, que suscriba un contrato de adhesión. Lo que sí ha hecho la LCCI es añadir un párrafo al art. 83 TR-LGDCU, conforme al cual: «Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho». La misma frase ha sido añadida al art. 5.5 LCGC. Posiblemente sobraba el nuevo párrafo del art. 83 TR-LGDCU,

³⁴ Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 2007).

pues esta ley no regula las condiciones generales y el párrafo 1.º ya declaraba la nulidad de las cláusulas abusivas.

3.3. Control notarial de contenido

Pese a que la LCCI guarda silencio sobre el control notarial del contenido³⁵, es innegable que los notarios debemos ejercer el control de legalidad sobre el contenido de los contratos de crédito inmobiliario. Así resulta, con carácter más amplio que el de la LCCI, del punto 5 del párrafo 3.º del art. 145 RN, que obliga a los notarios a negar la autorización de los contratos que «en todo o en parte sean contrarios a las leyes o al orden público o se prescinda por los interesados de los requisitos necesarios para su plena validez o para su eficacia». Esta referencia a la eficacia incluye, sin duda, la posibilidad de inscripción en el Registro de la Propiedad, para lo cual el notario deberá tener en cuenta la norma del art. 258.2 LH de que «el registrador de la propiedad denegará la inscripción de aquellas cláusulas que sean contrarias a normas imperativas o prohibitivas o hubieran sido declaradas nulas por abusivas por sentencia del TS con valor de jurisprudencia o por sentencia firme inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación». El art. 173 RN refuerza este criterio al exigir que el notario cuide de que el documento que autoriza pueda inscribirse en el Registro de la Propiedad.

Además, conforme al párrafo 5.º del art. 147 RN, el notario comprobará que las cláusulas de las escrituras y de las pólizas no contienen «condiciones generales declaradas nulas por sentencia firme e inscritas en el Registro de Condiciones Generales». Obsérvese la pequeña diferencia entre este precepto y el art. 258.2 LH: en el caso de los notarios se requiere sentencia firme e inscripción en el RCGC, mientras que en el de los registradores sentencia del TS con valor de jurisprudencia o inscripción en el RCGC. Esta diferencia no debería ser, en principio relevante, ya que el art. 521.4 LEC, tras la LCCI, obliga a la inscripción en el RCGC de todas las sentencias firmes por las que se declare la nulidad de condiciones generales abusivas.

En concordancia con el art. 147 RN, el art. 84 TR-LGDCU dispone que los notarios no autorizarán «aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abu-

³⁵ A diferencia del control registral en que la DF 1.ª, modificó el art. 258.2 LH. Nos relata A. A. LONGO MARTÍNEZ (<https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/estudio-practico-de-la-ley-5-2019-de-15-de-marzo-reguladora-de-los-contratos-de-credito-inmobiliario/#abusivas>; última consulta: septiembre de 2020) que el proyecto de ley contenía una DF que modificaba el art. 84 TR-LGDCU en el sentido de que si los notarios advertían la existencia de una cláusula abusiva debían informar a las partes y formular la correspondiente advertencia si estas insistían en su otorgamiento, norma que fue suprimida en el Senado (probablemente por considerarse insuficiente). Para más detalles de los vaivenes de esta disposición, *vid.* J. PÉREZ HEREZA, «El tortuoso camino de aprobación de la Ley 5/2019. Los cambios introducidos durante la tramitación y su encaje en el texto final», *El Notario del Siglo XXI*, núm. 84, marzo-abril de 2019, pp. 8-13.

sivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación».

Por su parte, el Código de Consumo de Cataluña contiene una disposición específica para los créditos o préstamos hipotecarios sobre la vivienda, el art. 123-10.3, que obliga a los notarios a comprobar que en dichas escrituras «no se incluyen cláusulas que en otros casos hayan sido declaradas nulas judicialmente por haber sido considerado abusivas». El precepto, que no se atreve a obligar a los notarios a abstenerse de autorizar tales escrituras, es sin embargo demasiado amplio en cuanto a la determinación de las cláusulas abusivas incluidas en dicha comprobación, pues considera suficiente la existencia de una sentencia, de cualquier tribunal, dictada en relación con «otros casos» y sin necesidad de figurar inscrita en Registro alguno, todo lo cual priva de toda eficacia práctica a la norma.

Por último, el art. 30.3 de la Orden EHA/2899/2011³⁶ dispone en su inicio, antes de referirse al control de transparencia: «En su condición de funcionarios públicos y derivado de su deber genérico de control de legalidad de los actos y negocios que autorizan, los notarios denegarán la autorización del préstamo cuando el mismo no cumpla lo previsto en esta orden y la legalidad vigente».

4. Breve recapitulación

De todo lo dicho hasta ahora, que he intentado exponer de la manera más sucinta posible, resulta que la LCCI y las demás disposiciones citadas encomiendan a los notarios, además de las propias y generales de su actividad profesional y funcional, las siguientes funciones de control sobre los préstamos sujetos al ámbito de aplicación de la LCCI:

A) El control de transparencia, en un doble filtro:

a) Formal, en el que he calificado como su sentido amplio, para comprobar que se han cumplido las formalidades del art. 14 LCCI; no se le atribuye, sin embargo, función alguna en relación con el control de transparencia en sentido estricto que requiere que las condiciones generales sean claras y comprensibles (arts. 5 y 7 LCGC), salvo la que se deriva de la función general de asesoramiento a quienes reclaman su ministerio, conforme al art. 1 RN.

b) Material, que requiere que el prestamista haya suministrado al prestatario la información precontractual sobre el objeto principal del contrato de forma que permita a este tener un perfecto conocimiento de la total carga económica y un conocimiento suficiente de la carga jurídica que le va a suponer el contrato que va a suscribir; todo ello con la visibilidad adecuada al carácter de objeto principal del contrato de la cláusula

³⁶ Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (BOE núm. 261, de 29 de octubre de 2011).

en cuestión y con antelación suficiente para que pueda tomar su decisión de forma reflexiva.

B) El control de contenido, que también tiene un doble filtro:

a) Sobre las cláusulas contrarias a una norma prohibitiva o imperativa. Estas normas están contenidas en los arts. 17, 20, 21, 23, 24 y 25 LCCI y son aplicables a todos los préstamos incluidos en el ámbito de aplicación de dicha ley.

b) Sobre las *cláusulas abusivas*, centrado en las cláusulas que los arts. 82 y ss. TR-LGDCU. Dado que la LCCI no regula las cláusulas abusivas, sino que ha optado por prohibir determinados contenidos de los contratos de crédito inmobiliario, las normas sobre cláusulas abusivas solo se aplican a los consumidores y a las cláusulas que no han sido negociadas individualmente (art. 82 TR-LGDCU)³⁷.

III. ¿QUÉ MEDIOS ATRIBUYE LA LEY AL NOTARIO PARA QUE PUEDA LLEVAR A CABO DICHOS CONTROLES?

1. Medios en relación con el control de contenido

De lo que se ha expuesto hasta ahora resulta claro que el notario puede y debe abstenerse de autorizar las escrituras públicas que contengan cláusulas contrarias a una norma imperativa o prohibitiva. En relación con las que contengan cláusulas abusivas, también debe y puede excusar su ministerio, pero, a diferencia de lo que ocurre con las anteriores, el notario no puede apreciar por sí el carácter abusivo, sino que debe ampararse en una sentencia del TS con valor de jurisprudencia o de otro tribunal si ha sido inscrita en el RCGC. Pese a que tanto el RN como el TR-LGDCU se limitan a exigir la inscripción en el RCGC, considero que el criterio debe extenderse a las sentencias del TS con valor de jurisprudencia aunque no hayan sido publicadas en el RCGC, por varios motivos: 1) por la razón

³⁷ S. TORRES RUIZ, «La intervención notarial en el control de transparencia material. Antecedentes y comentario al artículo 13 del Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario», en K. J. ALBIEZ DOHRMANN y M. L. MORENO-TORRES HERRERA (dirs.), *Los contratos de Crédito Inmobiliario*, Cizur Menor, Aranzadi, 2018, pp. 439-460, sistematiza el control notarial respecto de los créditos inmobiliarios en tres niveles: el primero está constituido por el deber genérico de asistencia a la parte más débil del contrato (art. 147 RN), dirigido a proporcionarle asesoramiento y a facilitarle la comprensión del documento; el segundo, es el deber específico de asesoramiento a los consumidores (art. 23 LCGC), que impone al notario el deber de advertirles de la existencia de condiciones generales, la de velar por el cumplimiento de los requisitos de incorporación de los arts. 5 y 7 de dicha ley y negar la autorización del documento si advierte la existencia de cláusulas abusivas; el tercer nivel (que apenas tenía apoyo legal antes de la LCCI pues la STS de 7 de marzo de 2016 declaró la nulidad de la norma de la Orden EHA/2899/2011 que recogía el deber del notario de negar la autorización cuando no se cumpliera lo dispuesto en dicha Orden), en el que incide la LCCI pero con limitaciones ya que no le faculta/obliga a negar la autorización cuando advierte la existencia de alguna cláusula abusiva (aunque pueda inferirse tal función de otras disposiciones legales) y porque considera que el notario debería tener mayores facultades para depurar las cláusulas abusivas con independencia del control judicial, pues entiende que los controles deberían colocarse antes de que el contrato se consume y no después.

práctica de que tales cláusulas no se inscribirán en el Registro de la Propiedad en aplicación del art. 258.2 LH, unida a la obligación del notario de dotar a los documentos que autorice de la máxima eficacia y de cuidar de su inscripción en el Registro de la Propiedad; 2) porque el notario es un funcionario público que debe conocer y aplicar la doctrina del TS, y 3) porque no solo pueden ser declaradas abusivas las sentencias relativas a condiciones generales de la contratación, sino también las que participen de la categoría de cláusulas negociadas individualmente, en concreto, las relativas al objeto principal del contrato, si no han superado el control de transparencia, como ya se ha dicho³⁸. Juan Pérez Hereza³⁹ entiende también que para las sentencias del TS no es necesaria la inscripción en el RCGC, pues su grado de conocimiento suele ser casi unánime entre los operadores jurídicos y, en particular, entre los notarios. En cualquier caso, el art. 521.4 LEC también obliga al TS a inscribir en el RCGC las sentencias que declaren la nulidad de condiciones generales abusivas, por lo que la cuestión no debería plantearse en la práctica. Por otra parte, si la sentencia del TS no tiene valor de jurisprudencia, pero está inscrita en el RCGC ello debería ser suficiente, pues en otro caso sería de peor condición que las sentencias emanadas de los tribunales inferiores.

Esta doctrina, sin embargo, debe ser matizada por una consideración importante: aunque la cláusula abusiva reúna los requisitos indicados, el notario y el registrador deben valorar si la sentencia que declara su carácter abusivo establece lo que García Vila denomina unos «parámetros de abusividad plenamente objetivos, de forma que el control [notarial y registral] se limita exclusivamente a la mera subsunción automática del supuesto de hecho en dichos parámetros, y ello en términos claros y concretos», pues «cuando la sentencia establece unos parámetros de abusividad susceptibles de ser modalizados por la concurrencia de otras circunstancias, la sentencia publicada no es que no vincule al notario o al registrador, sino que le impide el control de abusividad, ya que la concurrencia de circunstancias determinadas en el negocio jurídico requiere siempre la audiencia de las partes y la intervención, por tanto, de la autoridad judicial»⁴⁰.

Esta consideración ha sido también establecida por la DGRN. Así, la RDGRN de 19 de julio de 2018⁴¹, citando la RDGRN de 22 de julio de

³⁸ No comparto, pues, en este punto el criterio de mi compañero J. A. GARCÍA VILA, «Los límites al control de legalidad notarial y registral de las cláusulas abusivas. Comentario crítico a las Resoluciones de la DGRN de 19 de octubre de 2016», *RDC*, núm. 1, 2017, pp. 183-218, anterior a la LCCL, de que para que los notarios y los registradores puedan y deban denegar la autorización e inscripción, respectivamente, de cláusulas abusivas se requiere sentencia inscrita en el RCGC. Dicho autor, a propósito de dos RRDGRN de 19 de octubre de 2016, criticaba que la DG denegase la inscripción de una cláusula relativa a los intereses de demora que había sido declarada nula por sentencia firme no inscrita en el RCGC, en contra de la exigencia del art. 84 TR-LGDCU.

³⁹ J. PÉREZ HEREZA, «El tortuoso camino...», pp. 8-13.

⁴⁰ J. A. GARCÍA VILA, «Los límites...», p. 215.

⁴¹ *BOE* núm. 190, de 7 de agosto de 2018 (FJ 2.º). Las circunstancias de la resolución son las siguientes: el registrador denegó la inscripción de un préstamo concedido por una entidad mercantil dedicada a la concesión de préstamos que no tiene el carácter de entidad de crédito

2015, distinguía dos tipos de cláusulas abusivas a efectos de calificación registral (y, por tanto, a efectos también de la autorización notarial):

«a) Por un lado, aquellas estipulaciones respecto de las cuales la apreciación de la abusividad solo es posible considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, lo que exige la disponibilidad de unos medios probatorios de los que el registrador carece, y de una valoración de esas circunstancias concurrentes que, en consecuencia, el registrador no se encuentra en condiciones de efectuar, por lo que solo pueden ser declaradas abusivas y nulas por los tribunales de justicia, y b) por otro lado, aquellas cláusulas que sean subsumibles en la llamada “lista negra” de los arts. 85 a 90 de la Ley de Defensa de los Consumidores, que al ser abusivas en todo caso podrán ser objeto de calificación registral con base en la nulidad *ope legis* de las mismas declarada por la STS de 13 de septiembre de 2013; así como aquellas cláusulas que vulneren normas específicas sobre la materia, como, por ejemplo, el art. 114.3 LH sobre intereses moratorios o el art. 6 de la Ley 1/2013, sobre las cláusulas suelo. Además, el rechazo registral de estas cláusulas solo podrá tener lugar si su subsunción en los conceptos jurídicos legales puede hacerse de forma objetiva y debidamente fundamentada, es decir, siempre que no sea necesaria una ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso para comprobar su inclusión (lo que nos llevaría al apartado anterior); y teniendo en cuenta que siempre que el registrador rechace una cláusula ha de fundamentar adecuadamente su decisión. Adicionalmente, el registrador también podrá rechazar por abusivas aquellas cláusulas del préstamo hipotecario que hayan sido declaradas nulas por sentencia del TS con valor de jurisprudencia o por sentencias de tribunales inferiores que fueren firmes, siempre que estuvieran inscritas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación».

Por tanto, para que el notario pueda y deba denegar la autorización de una escritura por contener una cláusula abusiva y para que el registrador pueda y deba denegar la inscripción por dicho motivo, se requiere:

a) Que la estipulación que haya sido declaradas nula por abusiva en sentencia del TS con valor de jurisprudencia o por sentencias firmes de tribunales inferiores, siempre que, en este último caso, esté inscrita en el RCGC. Algunos autores, como Gómez Gálligo⁴² y Aranguren Urriza⁴³, son partidarios de una interpretación expansiva de las normas sobre el control de abusividad por notarios y registradores, en el sentido de que puedan apreciar la abusividad aunque la cláusula no haya sido declarada nula judicialmente, sobre la base de que cualquier autoridad está obligada a colaborar en el cumplimiento de la Directiva 93/13/CEE, por tanto

(sujeto, por tanto, a la Ley 2/2009, de 30 de marzo, aunque esta circunstancia no es relevante a efectos de la aplicación de la normativa sobre cláusulas abusivas) en que el registrador apreciaba diversas cláusulas abusivas (retención de parte del importe del préstamo por comisiones y gastos e interés remuneratorio del 15 %). La DG resolvió revocando la nota de calificación sobre la base de que el registrador no puede ponderar las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto.

⁴² F. J. GÓMEZ GÁLLIGO, «Control notarial de no abusividad y de transparencia de las condiciones generales en los préstamos hipotecarios», *Academia Sevillana del Notariado*, t. 26, 2015, p. 289-311.

⁴³ F. J. ARANGUREN URRIZA, «El notario...», p. 122.

también los notarios y registradores; personalmente considero sin embargo que esta interpretación no tiene apoyo legal en nuestro ordenamiento.

Esta postura contrasta con la de algún registrador de la propiedad, como Ángel Valero Fernández-Reyes en esta misma obra, que pretende excluir a los notarios de toda competencia en relación con la apreciación de las cláusulas abusivas y atribuir a los registradores todas las competencias incluso más allá del art. 258.2 LH. Ya hemos visto como registradores insignes como Gómez Gállego no comparten este criterio ni en un sentido ni en el otro. Personalmente, considero que la claridad del art. 84 TR-LGDCU no deja lugar a dudas sobre la cuestión y que cualquier intento de forzar su interpretación es sospechoso de sesgo corporativista.

b) Que el carácter abusivo pueda determinarse de forma objetiva y «debidamente fundamentada», basada en alguna de las incluidas en los arts. 85-90 TR-LGDCU o que vulneren normas específicas, «siempre que no sea necesaria una ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso». En opinión de la mayoría de la doctrina y según la citada RDGRN, el carácter abusivo de las cláusulas enumeradas en los arts. 85 al 90 participa de esta naturaleza objetiva. Sin embargo, a la vista de la LCCI considero que esta doctrina debería ser reformulada. En mi opinión, la lista de cláusulas abusivas de los arts. 85 al 90 LGDCU va dirigida al juez y no a los notarios y registradores, como lo prueba: 1) que el art. 84 solo hable de denegar la autorización o la inscripción de las cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el RCGC; 2) que los arts. 85 al 90 incluyen en muchos casos criterios de ponderación que no deberían poder ser apreciados por el notario o por el registrador, tales como: «plazo excesivamente largo», «insuficientemente determinado», «motivos válidos», «razón válida», «antelación razonable», «plazo desproporcionadamente breve», «motivos graves», «indemnización desproporcionadamente alta», «garantías desproporcionadas», etc., y 3) la LCCI ha optado por determinar claramente aquellas cláusulas que deben quedar excluidas con carácter objetivo, lo que convierte la lista «negra» de la LGDCU en «gris» y, por tanto, no apreciable por notarios y registradores.

Aun así, existe cierto margen de discrecionalidad (que va a dar lugar a cierta inseguridad jurídica) en la apreciación que deben hacer notarios y registradores del grado de coincidencia de la cláusula posiblemente abusiva con la declarada como tal por los tribunales, pues estos sí tienen en cuenta las circunstancias del caso que juzgan. Ello nos obliga en cierto modo a establecer un paralelismo entre el caso juzgado y el que nos ocupe, salvo que la sentencia la declare abusiva en todo caso.

c) Que el prestatario sea un consumidor, que la cláusula no se haya negociado individualmente y que no configure el objeto principal del contrato. La primera circunstancia se deriva de que el carácter abusivo de una cláusula solo puede predicarse en el ámbito del derecho de consumo; la segunda, del art. 82.1 TR-LGDCU; y la tercera, de la doctrina jurisprudencial europea y española de que las cláusulas que configuran el objeto principal del contrato no están sujetas al control de abusividad por

aplicación del principio de libre competencia. Alguno de estos requisitos puede obligar al notario y al registrador a tener que indagar en las circunstancias del caso y pueden ofrecer la duda de si ello entra dentro de sus competencias. En mi opinión sí entra, del mismo modo que deben indagar las que determinan el ámbito de aplicación de la LCCI. En la última parte de este trabajo propongo la forma de llevar a cabo dicha indagación por parte del notario.

La «lista negra» de cláusulas abusivas de la LCCI (que, en realidad, no es tal ya que el carácter imperativo de la norma hace innecesario entrar el examen de su posible abusividad) ha «barrido» prácticamente las cláusulas que la jurisprudencia había declarado como abusivas hasta la fecha. Pero no cabe duda de que en el futuro van a surgir nuevas cláusulas que van a ser declaradas como tales por los tribunales. Hoy por hoy, las principales candidatas son la comisión de apertura y la comisión de reclamación de cuotas impagadas.

La comisión de apertura ya ha sido cuestionada recientemente por la STJUE C-224/19 y C-259/19, de 16 de julio de 2020, *Caixabank*, que resuelve varias cuestiones prejudiciales planteadas por dos tribunales españoles en relación con sendos préstamos hipotecarios concedidos por Caixa-bank y el BBVA. El tribunal considera en primer lugar que la comisión de apertura no forma parte del objeto principal del contrato, aunque esté incluida en el coste total del préstamo, citando el art. 3.g), de la Directiva 2008/28/CE (relativa a los contratos de crédito al consumo) y el art. 4.2 de la Directiva 93/13, ya que su importe no se adecúa al servicio prestado a cambio por el prestamista; para acabar resolviendo:

«Una cláusula de un contrato de préstamo celebrado entre un consumidor y una entidad financiera que impone al consumidor el pago de una comisión de apertura puede causar en detrimento del consumidor, contrariamente a las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, cuando la entidad financiera no demuestre que esta comisión responde a servicios efectivamente prestados y gastos en los que haya incurrido, extremo cuya comprobación incumbe al órgano jurisdiccional remitente» (§ 79).

Esta comprobación judicial debe excluir a la comisión de apertura de la lista de cláusulas abusivas que notarios y registradores pueden apreciar.

En cuanto a la comisión de reclamación de cuotas impagadas, la STS (Sala 1.^a) 566/2019, de 25 de octubre⁴⁴, declaró su nulidad por abusiva pues, según la Memoria del Servicio de Reclamaciones de 2009 del Banco de España debe estar vinculada a la existencia de gestiones efectivas de reclamación, no puede reiterarse y no puede aplicarse de forma automática; además, no discrimina periodos de mora, no identifica qué tipo de gestión se va a llevar a cabo, no cabe deducir que responda a un gasto efectivo hecho por el banco, se suma a la sanción de los intereses de demora

⁴⁴ ECLI:ES:TS:2019:3315.

(que son los que constituyen la cláusula penal) y contiene una alteración de la carga de la prueba en perjuicio del deudor. En este caso parece que la cláusula sí tiene un carácter objetivo que permita la apreciación de su abusividad por notarios y registradores, aunque la sentencia no ha sido reiterada, por lo que no tiene todavía valor de jurisprudencia.

2. Medios en relación con el control de transparencia

El instrumento estrella de la LCCI para el control de transparencia es el acta notarial del art. 15, que tiene por rúbrica: «Comprobación del cumplimiento del principio de transparencia material», complementada por la intervención notarial en la autorización de la escritura de préstamo hipotecario. Como es sabido, el acta previa no es obligada en el caso de los préstamos personales (Instrucción DGRN de 20 de diciembre de 2019, punto 2)⁴⁵, por lo que en estos el notario no debe ejercer el control de transparencia sobre la información precontractual proporcionada por el prestamista.

Conforme al art. 15.2, el notario deberá comprobar y hacer constar en acta los siguientes extremos:

a) Que la documentación que ha recibido del prestamista cumple con los requisitos del art. 14.1.

b) Que se han cumplido los plazos legalmente previstos de puesta a disposición del prestatario de los documentos descritos en el art. 14.1.

c) Las cuestiones planteadas por el prestatario y el asesoramiento prestado por el notario.

d) Que ha prestado asesoramiento relativo a las cláusulas específicas recogidas en la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) y en la Ficha de Advertencias Estandarizadas (FIAE), de manera individualizada y con referencia expresa a cada una, sin que sea suficiente una afirmación genérica.

e) Que el prestatario ha respondido en presencia del notario a un test que tiene por objeto concretar la documentación entregada y la información suministrada.

El acta deberá contener, además, como se desprende del núm. 6, la manifestación de que el prestatario comprende y acepta el contenido de los documentos descritos. Por tanto, el acta que contenga la manifestación del notario sobre estos tres extremos (que se han cumplido los plazos, que el notario ha asesorado al prestatario en los términos del precepto y la manifestación de este de que comprende y acepta el contenido de la documentación del art. 14.1) faculta al notario para autorizar la escritura de préstamo hipotecario, pues «el contenido del acta se presumirá veraz e íntegro [...] a efectos de cumplir con el principio de transparencia en su vertiente material» (art. 15.6).

⁴⁵ BOE núm. 313, de 30 de diciembre de 2019.

Llegados a este punto, debemos retomar el concepto de transparencia material examinado en el apartado I para comprobar si existe una adecuación entre las circunstancias que deben darse según la jurisprudencia para entender cumplida la transparencia material y la eficacia de los medios previstos por la LCCI a tales efectos. Como hemos visto al examinar la jurisprudencia del TS, el control de transparencia material (o simplemente control de transparencia o segundo filtro del control de transparencia, pues el TS no utiliza el término transparencia material) afecta a las cláusulas relativas al objeto principal del contrato y requiere que el prestamista haya informado de dichas cláusulas al prestatario de forma que este pueda conocer fácilmente la totalidad de la carga económica y la carga jurídica que le puede suponer el contrato, con la claridad adecuada a su cualidad de objeto principal del contrato y con la antelación suficiente para que el prestatario pueda tomar su decisión de forma reflexiva.

En una primera aproximación, comprobamos que el ámbito de aplicación del principio de transparencia material de la LCCI no se corresponde con el segundo filtro de transparencia del TS, pues no recae solamente sobre las cláusulas que configuran el objeto principal del contrato. Así se infiere del art. 15.2.c) al establecer el deber del notario de prestar asesoramiento individualizado de las cláusulas específicas FEIN y en la FIAE, «de manera individualizada y con referencia expresa a cada una, sin que sea suficiente una afirmación genérica». Por tanto, se incluyen también las cláusulas que configuran el llamado contenido normativo. Tampoco el ámbito personal de aplicación es el mismo, pues se aplica aun cuando el prestatario no sea un consumidor; si entra dentro del supuesto del art. 2.1.a) y no se aplica si el consumidor es una persona jurídica.

Esta mayor extensión del control notarial, sin embargo, puede verse contrarrestada por una aparente insuficiencia de las circunstancias a las que alcanza la fehaciencia notarial. De la lectura del art. 15 resulta que el notario no da fe de que se ha cumplido el principio de transparencia material, ni de que el prestatario ha comprendido los términos del contrato, ni de que el prestatario ha recibido la documentación del art. 14.1, ni de que el prestatario ha recibido la información del art. 14.2, ni de que el prestatario ha respondido correctamente el test. El notario da fe simplemente de las cinco circunstancias antes reseñadas; es más, en la práctica ni siquiera puede dar fe de una de ellas: de que se han cumplido los plazos legalmente previstos de puesta a disposición del prestatario de los documentos descritos en el art. 14.1, pues no tiene manera de comprobar cuándo ha recibido el prestatario tales documentos.

Esta aparente parquedad de las circunstancias acreditadas por la fe notarial ha llevado a algunos autores a criticar el acta previa como insuficiente para cumplir con el control de transparencia material⁴⁶. Personal-

⁴⁶ Particularmente crítico con la norma se muestra A. CARRASCO PERERA, «Funciones notariales en la comprobación de la transparencia y en la titulación del contrato», en A. CARRASCO PERERA (dir.), *Comentarios...*, pp. 315-364, que opina que el sistema nuevo no es más que una revalidación del viejo sistema de entrega de FIPER + asesoramiento notarial, que no sirvió para

mente estoy solo en parte de acuerdo con esta opinión por las razones que expongo a continuación.

En primer lugar, porque el notario no puede dar fe de las circunstancias que he enumerado dos párrafos más arriba. No puede dar fe del cumplimiento del principio de transparencia material porque ello corresponde a los jueces; lo contrario sería establecer una presunción *iuris et de iure* ajena a la función notarial, que siempre es susceptible de ser contrastada judicialmente y que no puede sustentarse en las circunstancias que el notario no puede comprobar. Tampoco puede dar fe de que el prestatario haya comprendido todas las condiciones de la FEIN y de la FIAE, ya que la comprensión es un proceso cognitivo interno del prestatario al que el notario no puede, evidentemente, acceder. Ni puede dar fe de que el prestatario ha recibido la documentación del art. 14.1 ya que la ley no le exige que esté presente en dicho momento o que se le envíe copia del correo telemático por el que se remite; se tiene que limitar a preguntarlo al prestatario y a hacer constar que el propio notario ha recibido telemáticamente dicha documentación y la fecha en que la recibió. Tampoco puede dar fe de que el prestatario ha recibido del prestamista las explicaciones adecuadas del art. 14.2, ya que la ley no le obliga a estar presente en dicho momento y en todo caso se trata de una apreciación subjetiva ajena a su potestad; como máximo puede preguntar al prestatario si el prestamista le explicó los términos de la información precontractual y si respondió a las consultas que le hizo. Ni siquiera puede preguntarle si el prestamista le suministró toda la información necesaria o de forma adecuada, pues el prestatario desconoce si ha recibido toda la información. Y, finalmente, no puede dar fe de si el prestatario ha respondido correctamente a las preguntas del test, pues la ley no exige una calificación; únicamente, si el prestatario no acude a su otorgamiento, o manifiesta no haber recibido toda la documentación, o manifiesta que no comprende o no acepta el contenido de la información, el notario lo hará constar así en el acta, lo que impedirá la autorización del contrato mientras no se subsanen dichas deficiencias; no obstante, en relación con el test, el notario debería repasar las respuestas dadas por el prestatario para completar su asesoramiento en caso de advertir alguna falta de comprensión.

Podría darse el caso de que el notario compruebe, ya sea mediante el test o mediante el asesoramiento previo, que el prestatario no goce de capacidad natural para comprender el contrato, en cuyo caso debería hacerlo constar en el acta y abstenerse de autorizar aquel, por aplicación de las normas de la legislación notarial, de igual manera que si esta circunstancia se hubiera producido durante el otorgamiento de la escritura de préstamo. Si el notario considera que tiene capacidad natural pero comprueba que no lo ha entendido simplemente se trata de insistir en las explicaciones.

La doctrina, no obstante, está de acuerdo en que el notario no puede dar fe de las circunstancias anteriores e incluso de otras circunstancias

parar la avalancha mediática de falta de transparencia (pp. 326 y 327) y lo llega a calificar de irrelevante (p. 342).

que la ley le encomienda. Así, como dice Carrasco⁴⁷, el notario no es «la persona adecuada para prestar el asesoramiento que disciplina el precepto [...]. Su formación técnica no es de naturaleza económica ni financiera, su contacto con las políticas de préstamo y con las estrategias de marketing del banco no existen en modo alguno». Por ejemplo, no tiene por qué saber calcular la pérdida financiera ni el coste de la amortización anticipada; tampoco conoce la situación económica ni la solvencia del prestatario para informarle del riesgo que le supone la contratación del préstamo. Sin embargo, me parece evidente que la norma no pretende dicha finalidad. El asesoramiento notarial del art. 15.2.b) es un complemento estrictamente jurídico a la información económica y jurídica (esta última más básica) que debe suministrar el prestamista conforme al art. 14.1 y 2, ya que sobre este recae el cumplimiento del principio de transparencia material según el art. 15.9; dicho asesoramiento, como no puede ser de otra forma y hubiera sido impropio por obvio que la ley lo dijera, solo puede recaer sobre los extremos que la formación jurídica del notario puede versar, principalmente la interpretación de las cláusulas del futuro contrato. De hecho, a mi entender, con base en el art. 15.9 el asesoramiento notarial no es ni siquiera un complemento de la actuación del prestamista, pues el deber de transparencia corresponde únicamente a este⁴⁸. Si se parte de este precepto, dicho asesoramiento, estrictamente jurídico, no es sino el propio de la función notarial. El matiz puede ser relevante en la práctica pues el prestatario tendrá la carga de la prueba si pretende demostrar que el asesoramiento notarial (o cualquier otro aspecto de la actuación notarial) no fue adecuado y, si consigue probarlo, el resultado posiblemente no sea la nulidad de la cláusula indebidamente explicada, sino la indemnización de daños y perjuicios a cargo del notario.

También ha criticado la doctrina⁴⁹ la escasa antelación con que debe otorgarse el acta en relación con la escritura, «como tarde el día anterior» según el art. 15.3, en un momento en que la decisión del prestatario ya está tomada. En este punto, debemos traer aquí la ya citada STS 655/2017, de 1 de diciembre, que constató que el deber de transparencia requiere que el consumidor disponga de la información con la antelación suficiente respecto del momento de celebración del contrato que le permita comparar ofertas y adoptar la decisión de contratar. Queda claro, por tanto, que la intervención del notario a través del acta, normalmente pocos días antes del otorgamiento de la escritura, llega tarde: el notario interviene cuando el prestatario ya ha tomado la decisión de suscribir dicho contrato. Ello, sin embargo, no ha de suponer un obstáculo al control de transparencia. Si se considera que el notario no tiene la función de asesorar

⁴⁷ A. CARRASCO PERERA, «Funciones notariales...», en A. CARRASCO PERERA (dir.), *Comentarios...*, p. 333.

⁴⁸ Así lo entiende también S. CÁMARA LAPUENTE, «Transparencia “material” y función notarial en la Ley 5/0219 ¿Control, carga o trampa?», *El Notario del Siglo XXI*, núm. 84, marzo-abril de 2019, pp. 18-25, con el argumento de el notario no tiene por qué conocer los riesgos económicos en función de la solvencia del prestatario.

⁴⁹ A. CARRASCO PERERA, «Funciones notariales...», en A. CARRASCO PERERA (dir.), *Comentarios...*, pp. 325 y 326.

financieramente al prestatario, como es evidente, no se puede mantener al mismo tiempo que tenga la función de influir en su decisión de elegir un producto u otro o en la propia decisión de si le conviene o no endeudarse o en si va a poder cumplir las obligaciones que va a contraer. No es esa la función que la ley, con buen criterio, atribuye al notario, ni siquiera la que la jurisprudencia le exige. Entonces, ¿cuál es el sentido del asesoramiento notarial? Nada más ni nada menos que procurar que el prestatario tenga un conocimiento adecuado del contrato que va a suscribir. En este punto nada ha cambiado respecto de la función notarial anterior a la LCCI. La principal diferencia va a estribar en que el asesoramiento notarial en las condiciones del acta previa va a ser mejor prestado y mejor recibido que en el momento de otorgamiento de la escritura. Si en algo estamos de acuerdo los notarios tras los meses de aplicación de la LCCI es que el prestatario sale del acta con mucho mayor conocimiento del contrato que el que adquiriría anteriormente con una sola lectura en el momento de otorgar la escritura. El momento del otorgamiento de la escritura no es el más adecuado por una serie de factores externos que no están presentes en el momento de otorgarse el acta; en la escritura la presión sobre el prestatario es mucho mayor: por la perentoriedad en la firma, por la simultaneidad con el otorgamiento de la compraventa, por la presencia de la persona que le «vendió» el préstamo, por la presencia del gestor que le hace firmar montones de documentos sin tiempo a leerlos, etc. El otorgamiento del acta previa ofrece un entorno mucho más adecuado para que no solo cualquiera de ambos el prestatario reciba el asesoramiento notarial, sino también para que el notario se encuentre en mejores condiciones de prestarlo y la prueba es que la impresión general entre los notarios es que es muy útil en dicho sentido.

Otra crítica que se ha hecho del acta es sobre su posible ineficacia en relación con la prueba del control de transparencia. Si la fehaciencia notarial solo se extiende a las circunstancias indicadas se considera que es posible que sea ineficaz en la vía judicial. Ya hemos dicho que el acta no constituye una prueba *iuris et de iure* de la existencia de la transparencia, pues toda actuación notarial admite prueba en contrario. Tampoco parece ser la intención de la LCCI que constituya presunción *iuris tantum*, es decir, que se presuma judicialmente que el prestamista haya cumplido sus deberes de transparencia y que sea el prestatario quien debe probar lo contrario; en opinión de Sáenz de Jubera⁵⁰, así se deduce del hecho de que la norma del Anteproyecto de LCCI que establecía tal presunción fuese retirada tras los informes desfavorables del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo de Estado.

Los argumentos dados por dichos organismos pueden resumirse de la siguiente forma: 1) el valor presuntivo del acta debería estar fundamentado en una comprobación activa del notario y no en las manifestaciones del pres-

⁵⁰ B. SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, «Control de transparencia material y actuación notarial conforme a la jurisprudencia y a la Ley 5/2009, de contratos de crédito inmobiliario», *RDC*, núm. 2, 2019, pp. 235-265.

tatario; 2) la presunción desplazaría al prestatario la carga de desvirtuar la presunción del cumplimiento de las normas de transparencia, en contra de la normativa de protección de los consumidores; 3) los efectos del acta deberían limitarse a los que se derivan de la legislación notarial, esto es, a las presunciones de integridad y de veracidad, lo que normalmente será suficiente para acreditar la integración de transparencia material, conforme a los principios probatorios en vigor, sin necesidad de llevar a cabo el refuerzo presuntivo que la norma proyectada contiene.

De hecho, lo que se limita a decir el art. 15.6 es que el contenido del acta se presumirá veraz e íntegro a efectos de cumplir con el principio de transparencia, lo cual no añade nada a la presunción de veracidad e integridad establecida con carácter general para los documentos públicos autorizados por notario conforme al art. 17 bis 2.b) LN y al art. 319.1 LEC. Por tanto, el otorgamiento del acta no presume cumplido el deber de transparencia: solo acredita, salvo prueba en contrario, la veracidad e integridad de los hechos que el notario refleja en ella. Para Pert́nez⁵¹, no sería desproporcionado establecer una presunción de superación del deber de transparencia material, una vez acreditado el cumplimiento de las obligaciones de documentación precontractual establecida, que admitiese sin embargo, de manera excepcional, una prueba en contrario, que pudiera fundarse en la ausencia de las explicaciones adecuadas del art. 14.2 LCCI. En mi opini3n ello no es necesario pues, aunque la regla general es que es el prestamista quien debe probar que ha cumplido sus deberes de transparencia (conforme a la STJUE de 18 de diciembre de 2014), la intervenci3n notarial en la fase precontractual supone una importante excepci3n, pues la presunci3n de integridad y veracidad que la legislaci3n notarial y procesal otorga a la actuaci3n del notario deber3 ser destruida por quien sostenga lo contrario, esto es, por el prestatario.

Pese a todo lo anterior, se puede afirmar desde un punto de vista doctrinal que el notario no ejerce el control de transparencia material, pues ni puede tener la certeza de que el prestatario realmente ha comprendido, ni est3 presente en el momento clave de la transparencia material, esto es, el de las explicaciones del prestamista. Tampoco le corresponde «complementar» estas explicaciones con su asesoramiento, pues el deber de transparencia corresponde solamente al prestamista. Por tanto, podemos concluir que, sin perjuicio del asesoramiento propio de la funci3n notarial, el control de transparencia que ejerce el notario encaja m3s con el que he llamado transparencia formal en sentido amplio que con el de transparencia material. Aun considerando, como dice P3rez Hereza⁵², que la finalidad del principio de trascendencia material no es tanto el conocimiento y la compresi3n real del prestatario cuanto que este haya

⁵¹ F. PERT́NEZ V́Lchez, «El deber de transparencia en la Ley 5/2019 de cr3dito inmobiliario: informaci3n documental, explicaciones adecuadas y valor probatorio del acta notarial», *RDBB*, n3m. 154, abril-junio de 2019, pp. 33-34.

⁵² J. P3rez Hereza, «La transparencia en la contrataci3n y el papel del acta notarial», en J. P. MURGA FERN3NDEZ y C. HORNERO M3NDEZ (coords.), *Estudios sobre la Ley reguladora de los contratos de cr3dito inmobiliario*, Madrid, Reus, 2020.

recibido la información adecuada para poder conocer y comprender el contenido del contrato (el deber de transparencia material genera obligaciones de medios, no de resultado), aun así el acta tampoco prueba completamente que se han facilitado tales medios, pues como he dicho no acredita las explicaciones del prestamista, ni que el prestatario ha recibido la documentación precontractual, aunque va a facilitar enormemente la prueba de que se han proporcionado tales medios.

El modelo de test proporcionado a los notarios por el Consejo General del Notariado incluye, con acierto, la pregunta al prestatario de si el prestamista le ha explicado la documentación entregada y respondido a sus preguntas. Una respuesta negativa obliga al notario a remitir de nuevo al prestatario a la entidad financiera antes de proseguir con el proceso; pero una respuesta positiva va a facilitar mucho al prestamista la prueba del cumplimiento del deber de transparencia material.

Dice Pertíñez⁵³ que el cumplimiento de los requisitos formales de los arts. 14 y 15 traslada sobre el prestatario la carga de informarse o, en su caso, de asesorarse por el notario, por la propia entidad prestamista o por otro profesional y, si no ha conocido la trascendencia de aquello sobre lo que ha sido suficientemente informado, este desconocimiento no podrá imputarse a la mala fe de la entidad prestamista, ni a un vicio de error excusable. La propia E. de M. de la LCCI explica que «se constituirá prueba en beneficio de ambas partes —prestamista y prestatario— de que el primero ha cumplido con su obligación de entregar en los plazos previstos dicha documentación y el segundo podrá ejercer el derecho, que presupone también la existencia de un deber, a conocer las consecuencias de aquello a lo que se obliga». Aun así, este deber tiene un límite, que resulta de la jurisprudencia y que no creo que vaya a cambiar tras la LCCI: la información sobre el coste del préstamo debe presentarse al prestatario *de forma sencilla*, de manera que este la pueda comprender sin necesidad de un examen exhaustivo de la documentación ni de acudir a ningún profesional externo e incluso sin necesidad del asesoramiento notarial, pues cuando acude al notario ya ha tomado su decisión; y como expondré en el apartado siguiente, no estoy seguro de que esta circunstancia, pese a cumplirse con el art. 14, se vaya a dar siempre. Veremos en los próximos años cómo fijan los tribunales el nivel de diligencia exigible al prestatario; en todo caso, queda claro que el control de transparencia material no corresponde al notario, sino a los jueces⁵⁴.

En cuanto al control de transparencia formal el notario no puede oponerse a la autorización de la escritura por el hecho de que esta tenga cláusulas redactadas con poca claridad, pues esta circunstancia debe ser apreciada judicialmente, salvo que ello afecte a su juicio a la plena validez y eficacia del contrato en los términos del art. 145.5 RN. En otro caso, lo único que puede y debe hacer es asesorar sobre las mismas al prestatario

⁵³ F. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, «El deber de transparencia...», p. 33.

⁵⁴ *Vid.*, en este sentido, S. ÁLVAREZ ROYO-VILLANUEVA, «Información precontractual en la LCCI», *Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario*, Wolters Kluwer, 2019, p. 8.

en la medida de lo posible y hacer constar su carácter de condiciones generales. Además, el art. 23.3 LCGC obliga al notario a hacer constar en la escritura el carácter de condiciones generales de las cláusulas que tengan esta naturaleza y que esté previamente inscritas en el RCGC, lo que también puede considerarse como una forma de control de transparencia formal (en mi opinión, en la práctica totalmente inoperante)⁵⁵.

IV. ¿CÓMO DEBE ACTUAR EL NOTARIO PARA CONSEGUIR LA MAYOR SEGURIDAD JURÍDICA EN LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO?

Hemos de partir de la base, pese a quien pese, de que el cometido principal del notario no es la protección del consumidor, pese a ser importante (art. 147.5 RN). En primer lugar el notario tiene que velar por que el documento que autorice se ajuste a la ley y produzca todos sus efectos jurídicos. En materia de préstamos hipotecarios, a la vista de la jurisprudencia de los últimos años, el control de transparencia y de contenido se revelan como fundamentales para preservar la seguridad jurídica. Volveremos a examinar ambos controles por separado.

1. Actuación del notario en relación con el control de transparencia

Como decía, el notario debe involucrarse activamente en preservar el principio de transparencia, del que depende en gran medida la seguridad jurídica en el ámbito de los préstamos hipotecarios. Como hemos visto en el epígrafe anterior, pese al acta del art. 15 LCCI, los medios de que dispone pueden no estar a la altura de las exigencias de la jurisprudencia del TS y del TJUE, ya que el notario se limita a dar fe, como no puede ser de otro modo, de hechos tales como las manifestaciones del prestatario, de que el propio notario ha recibido la documentación del art. 14.1, de que ha respondido a las cuestiones planteadas por el prestatario y de que este ha respondido al test (que viene a ser otra manifestación). Como dice Ricardo Cabanas, la LCCI parece reconducir la transparencia material a la transparencia formal, de modo que el cumplimiento de unos nuevos y reforzados requisitos estandarizados de información precontractual constituya un indicio «fuerte» de la satisfacción de aquellas exigencias⁵⁶.

⁵⁵ Según la Instrucción de 20 de diciembre de 2019 (punto 8), el notario autorizante de la escritura de préstamo hipotecario debe comprobar que la entidad prestamista ha depositado las condiciones generales de la contratación del préstamo en el RCGC, haciendo constar tal comprobación y el número de depósito, si le es indicado por la entidad financiera. Como asimismo ha señalado la DGRN y en la actualidad también la DGSJFP, el número identificador del depósito no es necesario que conste en la escritura [RDGRN de 5 de diciembre de 2019 (*BOE* núm. 49, de 26 de febrero de 2020) y otras muchas posteriores].

⁵⁶ R. CABANAS TREJO, «¿El final...?», p. 30.

No obstante, nada impide que el notario pueda tomar ciertas precauciones que pueden ayudar a acercar el principio legal de transparencia material de la LCCI al auténtico control que exige la jurisprudencia del TS (y, de paso, intentar salvar la responsabilidad del notario ante una eventual reclamación del prestatario en el futuro). Así es importante, y esto lo exige la propia ley, que el acta no se redacte de forma estandarizada, sino que refleje, aunque sea parcialmente, las cuestiones singulares que se han planteado durante su otorgamiento. Es evidente que es imposible trasladar al acta todas estas cuestiones. La exigencia del art. 15 de que el notario haga constar todo el asesoramiento prestado respecto de todas y cada una de las cláusulas específicas de la FEIN y de la FIAE, «de manera individualizada y con referencia expresa a cada una de ellas» es imposible, necesario y perturbador. De nuevo el legislador se excede estableciendo unos requisitos que, interpretados literalmente, hacen imposible el otorgamiento del acta, como si quisiera autosabotearse (y que, de paso, extienden el principio de transcendencia material más allá de su lugar habitual, en relación con las cláusulas relativas al objeto principal del contrato). La transcripción en el acta de todo el asesoramiento prestado (que en el mejor de los casos requiere al menos media hora) colapsaría cualquier despacho notarial; pero es que además es innecesario y perturbador: lo que realmente interesa es hacer constar que se ha prestado dicho asesoramiento mediante la lectura de la FEIN y de la FIAE (incluso lectura conjunta si es posible, pues el prestatario a veces las lleva) y de las preguntas formuladas por este; ni siquiera veo necesario consignar la respuesta del notario a dichas preguntas sino que debería bastar con la afirmación por parte del notario de que las ha respondido pues considero presumible la corrección de las respuestas.

Hasta aquí el requisito que recoge la ley de no estandarizar el acta previa del art. 15. Pero para acercar el principio legal de transparencia al jurisprudencial, puede tomarse varias precauciones adicionales.

En primer lugar, considero de gran importancia, a mi juicio, la forma de consignar en el acta la verificación de la documentación. Como he dicho, el notario no puede hacer constar que el prestatario ha recibido en plazo la documentación del art. 14.1. Pero sí puede exhibir al prestatario la documentación que ha recibido (y que declara que cumple con los requisitos legales) y requerirle que manifieste si es la misma que aquel recibió del prestamista (no es necesario que la lea palabra por palabra, una simple ojeada puede ser suficiente). De esta manera se conseguiría reforzar el hecho de que la documentación recibida por el prestatario ha cumplido los requisitos del art. 14.1.

Otra de las cuestiones que debería tenerse en cuenta en el otorgamiento del acta es la relativa a la posibilidad de que la información precontractual contenga cláusulas relativas al objeto principal del contrato que inicialmente puedan haber pasado desapercibidas al prestatario. Como hemos visto en el apartado II es una circunstancia determinante de la falta de transparencia según el TS. Creo que el notario debe prestar una

especial atención a esta posibilidad. La información precontractual que recibe el prestatario es ingente. La documentación que recibe, incluido el proyecto del contrato, suele ocupar un mínimo de 50 páginas; además, en la FEIN, que viene a ocupar entre 10 y 15 páginas, las entidades bancarias no se limitan al contenido establecido en el Anexo I de la ley, sino que se añade más contenido y hasta anexos, muchas veces de forma redundante, con lo que se incrementa la dificultad de entendimiento⁵⁷. El orden de exposición tampoco es el adecuado, no está bien estructurado, y durante el examen de la FEIN hay que ir dando saltos arriba y abajo para facilitar su comprensión (p. ej., donde habla del tipo de interés debería hablar de las bonificaciones y no dos o tres páginas más atrás). Tampoco están libres las entidades de incluir en la FEIN fórmulas matemáticas indescifrables para el 99 % de la población (porcentaje en el que me incluyo), como la que se utiliza para calcular la TAE, la cuota a pagar o la pérdida financiera a los efectos de la comisión de amortización anticipada y con extensos ejemplos de su cálculo que ocupan varias páginas. A la vista del Anexo I de la LCCI, que recoge el modelo de FEIN, queda demostrado que el legislador no acaba de comprender que, en lo que a información se refiere, más es menos y que a las entidades de crédito ya les conviene aturullar al prestatario con más información de la que puede asimilar. Por otra parte, no se ha estandarizado la confección de la FEIN entre las distintas entidades y la información que unas recogen en un apartado otras la recogen en otro. Todo ello, unido a un lenguaje mayoritariamente técnico, dificulta mucho la comprensión para el prestatario medio y da pie a que haya condiciones (algunas importantes de cara al coste del contrato) que se le pasen desapercibidas.

Esta circunstancia puede frustrar la finalidad de la ley de que el prestatario pueda acceder de manera sencilla a un perfecto conocimiento de la carga económica del contrato antes de tomar una decisión. Por tanto, aunque el asesoramiento notarial pueda revelarle el verdadero coste del préstamo, si el otorgamiento del acta tiene lugar dentro de los diez días anteriores al de la escritura, podría considerarse por los tribunales que el prestatario, pese al cumplimiento por parte del prestamista de los requisitos del art. 14.1, no ha recibido en forma adecuada la información sobre dicho coste con la necesaria antelación para poder decidir reflexivamente (para eso está el plazo de diez días del art. 14). En este supuesto sería difi-

⁵⁷ Como dice S. NAVAS NAVARRO, «Cláusula sobre divisa extranjera...», pp. 159 y 161: la información suministrada por el prestamista es tanta, tan variada y técnica que, en vez de informarle, lo desinforma. Conocido es que nuestro cerebro solo puede procesar una determinada cantidad de datos en cada momento y que, por tanto, el hecho de que se lo apabulle con demasiada información produce, en realidad, el efecto contrario, esto es, que el consumidor se desinterese, se decida por no leer o por comprender lo que lee y acabe celebrando el contrato sobre la base de la confianza que le pueda merecer la persona concreta —el experto que, en su caso, actúe por cuenta de la entidad prestamista—. A la postre, se trata de la «ilusión de entender» de que hacen gala las instituciones públicas y los políticos que las ocupan, al presentar al cliente minorista el mayor número posible de documentos informativos, con contenido redundante y no siempre redactado de forma clara y comprensible. El exceso de información es inútil y dificulta la claridad de ideas acerca de lo que resulta más adecuado a los propios intereses. El exceso de información se vuelve perjudicial, sobre todo si es estéril, y hace que carezca de sentido.

cil apreciar mala fe en el prestamista, pues ha cumplido los requisitos de transparencia del art. 14.1 (quizá no los del art. 14.2, pero va a ser difícil que se pueda presuponer mala fe por este motivo). Muy posiblemente, los tribunales entiendan que no es necesaria dicha mala fe (que legalmente no se puede presumir), la cual antes de la LCCI de algún modo amparaba la calificación de la cláusula esencial no transparente como abusiva. Actualmente, debido a la redacción del art. 5.5 LCGC, basta con que la falta de transparencia perjudique al prestatario, no se requiere ni prueba ni sospecha de mala fe en el prestamista.

A la espera de lo que resuelvan los tribunales sobre esta cuestión, considero que sería conveniente que, al finalizar la fase de asesoramiento y antes de realizar el test (o, mejor, en el propio test), el notario preguntara al prestatario si el asesoramiento notarial le ha puesto de manifiesto un mayor coste del préstamo que el que creía. Si es así, el notario debería conceder un nuevo plazo de diez días al prestatario antes de autorizar la escritura de préstamo; en caso, contrario, el notario debería hacer constar la manifestación del prestatario de que no ha visto incrementado el coste del préstamo a raíz del asesoramiento notarial. De esta manera se refuerza la distancia temporal entre la toma de la decisión por parte del prestatario y el momento del otorgamiento de la escritura pues: o bien el prestatario ya conocía las principales condiciones del contrato antes del otorgamiento del acta, o bien si alguna le había pasado inadvertida se le da un nuevo periodo para que tome su decisión reflexivamente.

Una última circunstancia que, a mi entender, el notario del acta debería consignar en el acta es, según los casos, que durante el asesoramiento ha explicado al prestatario el significado de términos técnicos que este puede desconocer, tales como: índice de referencia, diferencial, periodo de carencia, periodo de amortización, amortización anticipada, subrogación de deudor, subrogación de acreedor, amortización anticipada no subrogatoria, novación, etc. Se trata de conceptos que explicamos a los prestatarios que no están familiarizados con ellos, pero no solemos hacer constar en el acta que efectivamente se han explicado y debería hacerse, con indicación de cuáles se han explicado en cada caso, para reforzar el hecho de que se ha facilitado la comprensión al prestatario de forma individualizada.

2. Actuación del notario en relación con el control de contenido

La LCCI no prevé actuación alguna por parte del notario autorizante del acta en relación con el control de contenido, pues corresponde al momento del otorgamiento de la escritura la actuación al respecto y el art. 15 se centra más en el acta previa. No obstante, si con ocasión del acta el notario advierte la existencia de alguna cláusula contraria a una norma imperativa o prohibitiva, o que se corresponda con alguna que haya sido declarada nula por abusiva en sentencia inscrita en el RCGC, debería ponerlo en conocimiento del prestamista (además del prestatario,

por supuesto), advirtiéndole de que dicha la existencia de dicha cláusula le obligará a abstenerse de autorizar la escritura de préstamo. Como se deduce de lo examinado en el apartado III, la calificación por el notario de una cláusula como abusiva debe ser excepcional pues requiere la concurrencia de las siguientes circunstancias: *a)* que se trate de una cláusula no negociada individualmente (art. 82 TR-LGDCU); *b)* que el préstamo sea contratado por un consumidor (art. 8.2 LCGC), y *c)* que exista una correspondencia entre la cláusula posiblemente abusiva y la declarada como tal judicialmente en sentencia inscrita en el RCGC.

La última circunstancia puede ser apreciada directamente por el notario, aunque sería conveniente que el Consejo General de Notariado elaborase una relación de cláusulas declaradas abusivas en sentencia inscrita en el RCGC que puedan ser apreciadas objetivamente por el notario, indicando en qué casos deben ser consideradas abusivas, para unificar la práctica notarial y amparar al notario para denegar la autorización. Esta correspondencia requiere que el carácter abusivo de la cláusula no esté sujeto a la consideración de las circunstancias del caso (como podría ser el caso de la comisión de apertura o de la comisión de reclamación de cuotas impagadas, como hemos visto en el apartado III, si el carácter abusivo se condiciona a que no respondan a un efectivo servicio prestado por el prestamista; posiblemente si se pactan con carácter general sin consideración a dicho servicio, pueden calificarse siempre como abusivas).

Los requisitos de que se trate de una cláusula no negociada individualmente y de que el prestatario actúe como consumidor no pueden ser apreciados por el notario, lo que puede dificultar la consideración por el notario del carácter abusivo en la fase de autorización, por lo que no estaría de más que preguntáramos al prestatario qué condiciones ha negociado con el prestamista y si actúa o no en el ejercicio de su actividad profesional o empresarial, consignando las respectivas respuestas en el acta o en el test adjunto a la misma.

V. CONCLUSIONES

Los préstamos sujetos a la LCCI están sujetos hasta cuatro posibles controles por parte del notario:

a) El control de transparencia formal: conforme a los arts. 5 y 7 LCGC, en todo caso debe evitarse la inclusión de cláusulas «ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles», pues son nulas de pleno derecho. No obstante, la apreciación de la concurrencia de alguna de dichas circunstancias no corresponde al notario (ni al registrador), sino al juez, por lo que considero que no puede denegarse la autorización ni la inscripción por dicho motivo. Lo único que puede hacer el notario en este caso es advertir de la falta de claridad. Por tanto, el control de transparencia formal debe limitarse al de las formalidades del art. 14 LCCI, lo cual se solapa

en cierto modo con el de transparencia material, y a la comprobación del depósito de las condiciones generales en el RCGC.

b) El control de transparencia material: de acuerdo con el art. 15 LCCI, el notario⁵⁸ debe ejercer este control en los préstamos hipotecarios en dos fases: al otorgar el acta previa, en la forma ya examinada; y al autorizar la escritura, mediante la comprobación de que los hechos consignados en el acta no suponen ningún obstáculo al otorgamiento de la escritura y la denegación de la autorización en tal caso. Se aplica solo a los préstamos hipotecarios en que el prestatario, fiador, garante o hipotecante no deudor es una persona física si el inmueble hipotecado es de uso residencial o en que es un consumidor si la finalidad del préstamo es adquirir un inmueble. Este control, si realmente se le quiere dar efectividad, no puede limitarse a comprobar el cumplimiento de los requisitos formales relativos a la información precontractual, sino que el notario debe comprobar que el prestatario tenga y haya tenido antes del acta un conocimiento cabal del contenido del contrato, al menos del que configura el objeto principal del mismo.

c) El control de que ninguna cláusula se opone a una norma imperativa o prohibitiva. Como he expuesto, en la actualidad solo tienen dicho carácter las relacionadas en los arts. 20 a 25 LCCI. Se aplica a todos los préstamos sujetos a la LCCI. El notario debe abstenerse de autorizar la escritura (y el registrador de inscribirla) si el contrato contiene alguna de estas cláusulas.

d) El control de que ninguna cláusula se corresponde con otra que haya sido declarada nula por abusiva mediante sentencia inscrita en el RCGC. Se aplica solo a los préstamos en que el prestatario o garante es un consumidor y no puede recaer sobre las cláusulas negociadas individualmente. Igualmente notarios y registradores deben abstenerse de autorizar e inscribir respectivamente contratos que contengan alguna de estas cláusulas.

Es de desear, en aras de la seguridad jurídica que conviene a toda la sociedad, que el cumplimiento de estos controles contribuya de forma decisiva a poner fin a las prácticas contrarias a la buena fe de las entidades financieras y refuerce la eficacia del documento público ante los tribunales de justicia.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ ROYO-VILLANUEVA, S., «Información precontractual en la LCCI», *Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario*, Wolters Kluwer, 2019.
- ARANGUREN URRIZA, F. J., «El notario y los controles de transparencia y abusividad en préstamos hipotecarios con consumidores», en HORNERO MÉNDEZ, C.; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.; OLIVA BLÁZQUEZ, F., y MURGA FERNÁNDEZ, J. P.

⁵⁸ No así el registrador, según la DGRN (entre otras, la RDGRN de 29 de noviembre de 2019; BOE núm. 7, de 8 de enero de 2020).

- (dirs.), *Derecho de contratos: nuevos escenarios y nuevas propuestas*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, pp. 111-142.
- CABANAS TREJO, R., «¿El final de un largo y turbulento vuelo o solamente un aterrizaje de emergencia?», *El Notario del Siglo XXI*, núm. 84, marzo-abril de 2019, pp. 26-35.
- CÁMARA LAPUENTE, S., *El control de las cláusulas «abusivas» sobre elementos esenciales del contrato*, Cizur Menor, Aranzadi, 2006, p. 124.
- «La transparencia en la Ley 5/2019 de contratos de créditos inmobiliarios. Primeros apuntes», *Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario*, La Ley Digital, Wolters Kluwer, 2019.
- «Transparencia “material” y función notarial en la Ley 5/2019 ¿Control, carga o trampa?», *El Notario del Siglo XXI*, núm. 84, marzo-abril de 2019, pp. 18-25.
- CARRASCO PERERA, A., «Funciones notariales en la comprobación de la transparencia y en la titulación del contrato», en CARRASCO PERERA, A. (dir.), *Comentarios a la Ley de Contratos de Créditos Inmobiliario*, Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2019, pp. 315-364.
- «Régimen de condiciones generales de contratación en el contrato de crédito inmobiliario», en CARRASCO PERERA, A. (dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*, Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2019, pp. 677-705.
- GARCÍA VILA, J. A., «Los límites al control de legalidad notarial y registral de las cláusulas abusivas. Comentario crítico a las Resoluciones de la DGRN de 19 de octubre de 2016», *RDC*, núm. 1, 2017, pp. 183-218.
- GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «Control notarial de no abusividad y de transparencia de las condiciones generales en los préstamos hipotecarios», *Academia Sevillana del Notariado*, núm. 26, 2015, pp. 287-311.
- LONGO MARTÍNEZ, A. A., «Estudio práctico de la ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario», en <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/estudio-practico-de-la-ley-5-2019-de-15-de-marzo-reguladora-de-los-contratos-de-credito-inmobiliario/>.
- MARÍN LÓPEZ, M. J., «El control de transparencia material», en CARRASCO PERERA, A. (dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*, Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2019, pp. 257-313.
- MARTÍNEZ ESPÍN, P., «El control de transparencia de la cláusula de determinación del interés variable», *CCJC*, núm. 113, 2020, pp. 207-228.
- *El control de transparencia de condiciones generales en los contratos de préstamo hipotecario*, Cizur Menor, Aranzadi, 2020.
- NAVAS NAVARRO, S., «Cláusula sobre divisa extranjera en préstamos hipotecarios y falta de transparencia», *Revista CESCO de Derecho de consumo*, núm. 14, 2015, pp. 130-164.
- PÉREZ HEREZA, J., «El tortuoso camino de aprobación de la Ley 5/2019. Los cambios introducidos durante la tramitación y su encaje en el texto final», *El Notario del Siglo XXI*, núm. 84, marzo-abril de 2019, pp. 8-13.
- «La transparencia en la contratación y el papel del acta notarial», en MURGA FERNÁNDEZ, J. P., y HORNERO MÉNDEZ, C. (coords.), *Estudios sobre la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario*, Madrid, Reus, 2020, pp. 171-185.
- PERTÍÑEZ VÍLchez, F., «Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario», *InDret*, núm. 3, 2013, pp. 1-28.
- «Buena fe ex art. 1.258 CC y nulidad de las cláusulas suelo sorpresivas en contratos de préstamo con adherentes empresarios. Reflexiones en torno a la STS, 1.^a, de 3 de junio de 2016», *InDret*, núm. 4, 2016, pp. 1-21.
- «Transparencia material y transparencia documental en los contratos de préstamo hipotecario», en ALBIEZ DOHRMANN, K. J., y MORENO TORRES, M. L.

- (dirs.), *Los contratos de crédito inmobiliario*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2018, pp. 403-437.
- «El deber de transparencia en la Ley 5/2019 de crédito inmobiliario: información documental, explicaciones adecuadas y valor probatorio del acta notarial», *RDBB*, núm. 154, 2019, pp. 119-154.
- SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B., «Control de transparencia material y actuación notarial conforme a la jurisprudencia y a la Ley 5/2009, de contratos de crédito inmobiliario», *RDC*, núm. 2, 2019, pp. 235-265.
- TORRES RUIZ, S. «La intervención notarial en el control de transparencia material. Antecedentes y comentario al artículo 13 del Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario», en ALBIEZ DOHRMANN, K. J., y MORENO-TORRES HERRERA, M. L. (dirs.), *Los contratos de Crédito Inmobiliario*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2018, pp. 439-460.

JURISPRUDENCIA

- STS 241/2013, de 9 de mayo de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:1916).
- STS 138/2015, de 24 de marzo de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:1279).
- STS 171/2017, de 9 de marzo de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:788).
- STS 655/2017, de 1 de diciembre de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:4261).
- STS 36/2018, de 24 de enero de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:139).
- STS 170/2018, de 23 de marzo de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1225).
- STS 566/2019, de 25 de octubre de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:3315).

FÓRMULAS ANTICRÉTICAS PARA FINANCIAR LA DEPENDENCIA*

Miriam ANDERSON
Universidad de Barcelona

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA PROPUESTA ANTICRÉTICA DEL MERCADO.—III. LOS PROBLEMAS DERIVADOS DE LA PARCA (Y PARCIAL) REGULACIÓN DE LA ANTICRESIS: 1. La naturaleza de la anticresis. 2. Las alternativas en caso de incumplimiento. En particular, el carácter potencialmente confiscatorio de la ejecución notarial catalana. 3. La preferencia para el cobro del acreedor anticrético: 3.1. La preferencia sobre los frutos en la legislación concursal. 3.2. La preferencia sobre el inmueble gravado.—IV. UNA ANTICRESIS SIN REALIZACIÓN DE VALOR (Y, POR TANTO, SIN PREFERENCIA PARA EL COBRO), ¿NO SERÁ EN REALIDAD UN USUFRUCTO EN GARANTÍA?—V. LA NORMATIVA DE CRÉDITOS INMOBILIARIOS Y DE CONSUMO Y EL USUFRUCTO EN GARANTÍA.—VI. REFLEXIONES FINALES.—BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

De modo parecido a lo que sucede con los censos, todo lo que tenga que ver con la anticresis evoca antigüedad, pergaminos y bibliotecas polvorizadas. Se perciben como reliquias objeto de atención solo por parte de académicos que, alejados de la realidad, dedican sus vidas a estériles debates socráticos. En definitiva: suenan a viejo.

Sin embargo, los censos generan multitud de problemas prácticos y de relieve económico todavía a día de hoy¹ y podrían muy bien ser rescatados como productos financieros de bajo riesgo, tal vez incluso para paliar

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto DER2017-82129-P y forma parte de las actividades realizadas por la Cátedra Jean Monnet de Derecho Privado Europeo y de los estudios llevados a cabo en el seno del Grupo consolidado de investigación de la Universidad de Barcelona 2017 SGR 151. Agradezco a Ramon Lluís García Torné y a la empresa Pensium la información facilitada para la elaboración de este trabajo.

¹ A título de ejemplo, entre otras muchas, *vid.* las RRDGDEJ de 4 de marzo de 2015 (JUS 451/2015; DOGC núm. 6834, de 19 de marzo de 2015, comentada en *InDret* 3/2015, en http://www.indret.com/pdf/1161_cat.pdf, última consulta: 6 de agosto de 2020); de 21 de junio de 2016 (JUS 1852/2016; DOGC núm. 7175, de 2 de agosto de 2016, comentada en *InDret* 4/2016, en http://www.indret.com/pdf/1256_cat.pdf, última consulta: 6 de agosto de 2020), o de 6 de febrero de 2019 (JUS 268/2019; DOGC núm. 7812, de 18 de febrero de 2019; comentada en *InDret* 3/2019, en <http://www.indret.com/pdf/1476.pdf>, última consulta: 6 de agosto de 2020).

los efectos de crisis hipotecarias como la que se desató en 2008² y la que potencialmente puede generar la emergencia sanitaria actual.

También las fórmulas anticréticas tienen la aptitud de desempeñar un papel en la actualidad, no solo como potencial alternativa a la ejecución³, sino también para atender a las necesidades de una población cada vez más envejecida, en que los periodos de dependencia para muchas personas serán largos y difíciles de sufragar.

En el mercado se encuentra alguna propuesta que, como alternativa a la hipoteca inversa, al alquiler directo o a la venta del inmueble, entre otras fórmulas, proporciona la financiación del coste de una residencia o de cuidados domiciliarios por medio de la gestión del alquiler de la vivienda o de otra propiedad del interesado, cuya posesión se transfiere al acreedor.

En las líneas que siguen se estudian las ventajas e inconvenientes de las fórmulas anticréticas en este contexto. En concreto, y tras describir brevemente el modelo que actualmente se comercializa, se abordarán algunos de los problemas que la regulación vigente de la anticresis genera tanto para el empresario como para el consumidor de este tipo de productos. A continuación, se explorará la figura, falta de concreción normativa más allá de su mera mención tangencial en el Derecho civil catalán, del (seguramente mal llamado) usufructo en garantía, quizá más próximo a las figuras que actualmente se encuentran en el mercado, y que supone una menor vinculación del patrimonio del deudor en comparación con otras alternativas, como la hipoteca inversa, de regulación más prolija pero cuya entrada en vigor no pudo coincidir con peor momento económico (y quizá ello explique, en buena medida, su fracaso)⁴. Si la interpretación de este nuevo producto de financiación de la dependencia es correcta, las consecuencias prácticas son relevantes, tanto por lo que se refiere a su calificación registral, como en cuanto a su posición en el concurso y en el marco de la legislación de consumo y de contratos de crédito inmobiliario.

Faltará ver qué cambios se introducirán en el claramente deficiente sistema de residencias de la tercera edad que ha destapado la crisis de la covid-19, y qué impacto tendrán en los embrionarios productos de financiación de la dependencia a los que se dedica este trabajo.

II. LA PROPUESTA ANTICRÉTICA DEL MERCADO

Las alternativas existentes para sufragar los gastos que se le generan a una persona ante la pérdida de facultades que ineludiblemente trae consi-

² J. ALEGRE DE MIQUEL, «Mejor que la dación en pago», *La Vanguardia*, 16 de febrero de 2014, en <https://www.pressreader.com/spain/la-vanguardia-dinero/20140216/281569468629332> (última consulta: 6 de agosto de 2020).

³ Vid. los arts. 676 a 680 y 690 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000).

⁴ H. SIMÓN MORENO, *La optimización de la hipoteca inversa desde la perspectiva europea y norteamericana*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, esp. pp. 34 y ss, y pp. 261 y ss.

go la edad son muy diversas. Aquí interesan solo las que procuran rentabilizar un inmueble en propiedad para suplir la insuficiencia de ingresos. Las diversas fórmulas de pensión o de renta vitalicia, así como la hipoteca inversa, se perciben como instrumentos que comportan un gran sacrificio patrimonial (porque conllevan la enajenación o bien comprometen la tenencia del inmueble en propiedad) a cambio de una rentabilidad baja, debido a las consideraciones actuariales que guían las decisiones de los empresarios que las comercializan.

En el mercado se ha empezado a presentar alguna fórmula por medio de la cual el interesado recibe una línea de crédito, en forma de disposiciones semestrales, para cubrir los gastos de residencia o de atención domiciliaria. La posesión del inmueble se cede al acreedor para que lo explote en régimen de arrendamiento de vivienda y, una vez deducidos los gastos de gestión y, en su caso, de acondicionamiento y rehabilitación de la vivienda, las rentas se imputan a la amortización del capital y al pago de los intereses fijos que generan las disposiciones.

Típicamente, se prevé que las disposiciones duren diez años. Si la persona fallece con anterioridad o no necesita la financiación (p. ej., por obtener plaza en una residencia pública) y el prestatario o sus derechohabientes no han devuelto las cantidades pactadas, el acreedor seguirá arrendando el inmueble hasta su total satisfacción. Igualmente, si, como es previsible en supuestos de gran longevidad, finalizado el periodo de disposiciones, no han sido reembolsadas las cantidades recibidas con sus correspondientes intereses, el acreedor retiene la posesión del inmueble para seguir explotándolo durante diez años más o hasta la devolución íntegra, si esta tiene lugar con anterioridad.

Tanto en la publicidad como en la información precontractual se establece expresamente que se constituye sobre el inmueble un derecho de anticresis a favor del acreedor y que este se inscribe, en aras de dotar a la operación de la máxima transparencia.

Sin embargo, llama poderosamente la atención que se renuncia de manera clara y diáfana a la realización de valor del inmueble en caso de que no se recuperen las cantidades debidas en el plazo indicado. De hecho, se especifica que el acreedor únicamente cobrará lo adeudado con los rendimientos obtenidos a raíz del arrendamiento del inmueble, sin que pueda perseguir otros bienes del patrimonio del deudor. Jurídicamente —que no económicamente, por lo que en seguida se dirá— este pacto encierra una aleatoriedad que recuerda a los verdaderos orígenes de la anticresis concebida como *contrarium mutuum*⁵, con la diferencia de que en este caso los rendimientos del inmueble compensan tanto intereses como el propio capital.

Por consiguiente, se excluye no solo el *ius distrahendi* propio de toda garantía real, sino también la responsabilidad patrimonial universal prevista en el art. 1911 del Código Civil estatal (CC).

⁵ F. BADOSA COLL, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1987, pp. 756 y ss.

No cabe duda de que presentar de este modo el producto comporta una ventaja comercial, puesto que lo separa de la realidad de las ejecuciones hipotecarias y lo blinda frente a la sensación de injusticia que las reclamaciones de deuda residual generan en los ciudadanos. Por otro lado, también resulta evidente que el éxito de esta fórmula descansa en una adecuada estimación de la rentabilidad presente y futura del inmueble y que, asegurada esta, no deberían darse escenarios en los que fuese preciso realizar el valor del bien o perseguir otros elementos integrantes del patrimonio del deudor.

Pese a ello, no se puede descartar que las deficiencias de la regulación de la anticresis, tanto en el ordenamiento estatal como en el catalán y en el navarro, influyan en las decisiones que toman los operadores, hasta el punto de que por medio de pactos se acabe desnaturalizando la figura aparentemente escogida.

III. LOS PROBLEMAS DERIVADOS DE LA PARCA (Y PARCIAL) REGULACIÓN DE LA ANTICRESIS

1. La naturaleza de la anticresis

Como es sabido, la anticresis se introdujo en el Código Civil de 1889 (arts. 1881 a 1886) sin demasiada concreción y sus contornos han sido objeto de discusión durante décadas. El debate gira, precisamente, en torno a si se trata de un derecho real de garantía, caracterizado por la realización de valor y la preferencia para el cobro, o bien si se configura como un derecho de finalidad amortizadora de la deuda, que simplemente comporta una transmisión de la posesión del bien para que el acreedor pueda ir satisfaciendo lo debido por intereses y capital con los rendimientos que produzca el inmueble. Parece que, en los últimos tiempos, la doctrina se inclina por esta segunda tesis, aunque el debate sigue abierto⁶.

En la Propuesta de Código Civil elaborada por la Asociación de Profesores de esta disciplina, el Título XII del Libro III dedica sendas secciones a la prenda y a la hipoteca, pero no regula la anticresis como derecho autónomo⁷. La exposición de motivos sugiere que pueden existir derechos de garantía distintos a la prenda y a la hipoteca⁸, pero el texto articulado únicamente propone un precepto relativo al pacto anticrético que los constituyentes de un derecho real de garantía pueden incorporar (art. 3131-6). Este pacto se caracteriza, en la Propuesta, por atribuir al acreedor el dere-

⁶ Extensamente y como trabajo monográfico más reciente sobre la materia, J. ALEGRE DE MIQUEL, *Derecho de anticresis: naturaleza y función. Examen comparativo de la anticresis en el Código civil español y en el Código civil catalán*, Barcelona, Atelier, 2017, esp. pp. 78 y ss.

⁷ ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (ed.), *Propuesta de Código Civil*, Madrid, Tecnos, 2018, pp. 170-171 y 501-512.

⁸ Así, ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (ed.), *Propuesta...*, p. 170: «El Título XII se dedica, como indica su rúbrica, a la regulación de los Derechos reales de garantía, aunque concentra su atención específicamente en la prenda y la hipoteca».

cho a percibir los frutos del bien gravado con la obligación de aplicarlos al pago de los intereses debidos, si los hay, y después al del principal del crédito, con una redacción que recuerda a lo que establece el art. 1881 CC vigente para definir la anticresis (y no el mero pacto anticrético incorporado a otra garantía real). No parece que, a cambio, el acreedor deba administrar el bien de modo que se obtengan los rendimientos que cabe esperar del mismo ni que deba rendir cuentas de esa administración, aunque sí se prevé expresamente que debe hacer frente a los cargos, contribuciones y gastos de conservación y reparación, cuya cuantía se deduce de los frutos, tal y como hace actualmente el art. 1882 CC para la anticresis. Se prevé en la referida Propuesta que las partes puedan pactar también que el acreedor retenga la posesión del bien gravado hasta el pago total de la obligación garantizada, lo que actualmente es una nota característica de la anticresis como derecho de base posesoria (art. 1883 CC). En la prenda, que también implica desplazamiento de la posesión, el efecto anticrético típico se produce de manera automática, sin perjuicio del pacto en contra (art. 3122-6). En definitiva, aunque la Propuesta no explicita la eliminación de la anticresis, la regula únicamente como pacto que puede acompañar a otros derechos reales de garantía y optimizarlos.

Por su parte, el Derecho civil navarro, en la Ley 471, de un lado prevé un pacto anticrético aleatorio de compensación de frutos con intereses, al estilo del art. 1885 CC y en línea con los orígenes de la figura, y por otro establece, acertadamente y, a diferencia de lo que sucede en el Derecho catalán, el efecto anticrético dispositivo en caso de que el acreedor posea el bien de que se trate, que puede ser mueble o inmueble, dependiendo del tipo de garantía que se constituya. La función amortizadora y el carácter aleatorio de la anticresis también se contemplan, en el segundo párrafo de la citada ley, con independencia de la constitución de prenda o de hipoteca y, por tanto, se puede entender que sin realización de valor. Por tanto, las consideraciones que se efectúan en los apartados IV y V de este trabajo sobre el usufructo en garantía catalán pueden valer también para esta última modalidad anticrética del Derecho navarro.

En cambio, en el ordenamiento catalán, desde 2002, se optó por configurar la anticresis como derecho real de garantía sobre bienes inmuebles⁹. Junto con el desplazamiento posesorio, la obligación de administración productiva y la imputación de frutos a intereses y a capital, otorga además al acreedor el derecho a instar la realización del valor de la finca y a cobrarse la deuda pendiente de amortizar con preferencia. La Ley 5/2006, de 10 de mayo, que aprobó el Libro V del Código Civil de Cataluña (CCCat) mantiene esta caracterización. Pese a la apuesta clara por atribuir al acreedor la facultad de realización de valor, quizá por razones competenciales, esta ni se traduce en un procedimiento judicial privilegiado como ocurre con la prenda o con la hipoteca, ni atribuye una preferencia clara para el cobro, nota imprescindible en la

⁹ Ley 19/2002, de 5 de julio, de derechos reales de garantía (BOE núm. 160, de 29 de julio de 2002).

definición de un derecho real de garantía. A todo ello se añade que, como se explicará en el apartado siguiente, el procedimiento notarial previsto para la realización de valor presenta un escenario de subasta desierta más propio de un reglamento de recaudación que de una legislación civil (sustantiva o procesal). Difícilmente podría promocionarse como empresa socialmente responsable la que comercializase un producto de estas características.

En suma, la regulación de la anticresis genera dudas en cuanto a su clasificación como derecho real de garantía, o bien, incluso habiéndose aclarado esta cuestión, se revela, a la vez, poco eficaz para el acreedor y menos respetuosa con los mínimos de lealtad que puede esperar el prestatario en nuestros días.

Por ello, quizá no resulte tan extraño que las empresas que ponen en circulación este tipo de productos opten por atribuirles una función netamente amortizadora o de satisfacción del crédito, con renuncia expresa a la realización de valor e, incluso, limitando la responsabilidad derivada del préstamo a los rendimientos del inmueble, hasta el punto de que seguramente existe un elemento de aleatoriedad, con la consiguiente asunción del riesgo de que la finca no produzca lo suficiente por parte del prestamista. Sin embargo, a diferencia de lo que sucede en el pacto del art. 1885 CC y en la Ley 471 de la Compilación navarra, el prestatario no corre el riesgo de perder rendimientos de la finca, puesto que, una vez cubiertos los gastos, los honorarios y lo que se deba por capital e intereses, esta «anticresis» se extingue y el prestatario o sus derechohabientes recuperan las posesión del inmueble.

Pero entonces surge la duda de si realmente esta anticresis únicamente amortizadora encaja en la categoría de los derechos reales de garantía, con las consecuencias que ello puede tener en distintos ámbitos, incluido el relativo a la normativa de consumo y crediticia a aplicar. Antes de entrar de lleno en esta cuestión, sin embargo, conviene hacer hincapié en dos de los principales problemas concretos que plantea la regulación de la anticresis, incluso allí donde más elaborada es su regulación.

2. Las alternativas en caso de incumplimiento. En particular, el carácter potencialmente confiscatorio de la ejecución notarial catalana

En los productos anticréticos que actualmente se encuentran en el mercado el acreedor renuncia a la realización de valor del inmueble en caso de que el deudor o sus derechohabientes no devuelvan el capital prestado con los intereses devengados y la finca no haya producido suficientes rentas para cubrir lo debido. Ello se explica como estrategia comercial, encaminada a mantener el producto alejado del estigma que persigue a la hipoteca, pero también encuentra fundamento en el hecho de que, incluso si la anticresis se configura como un típico derecho real

de garantía, con *ius distrahendi*, los canales de los que dispone el acreedor para recobrar lo prestado son insuficientes.

El art. 1884 CC, tras recoger la prohibición de pacto comisorio, prevé que el acreedor pueda pedir el pago de la deuda o la venta del inmueble de conformidad con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC). Sin embargo, en la legislación procesal no se ha previsto nunca un procedimiento específico o privilegiado para la realización de valor de la finca gravada con anticresis, ni en su versión de 1881 ni en la de 2000 actualmente vigente, a diferencia de lo que sucede con la hipoteca y también con la prenda (arts. 681 y ss.). Por tanto, las únicas vías abiertas al acreedor anticrético serían la ejecución ordinaria basada en la escritura pública como título extrajudicial, siempre que se considere que a partir de ella se puede determinar la cuantía líquida exigible o, por supuesto, el procedimiento declarativo que corresponda por la cuantía.

Incluso, a la hora de practicar el correspondiente embargo en el marco la ejecución forzosa, el art. 1447 LEC 1881 establecía que se procedería en primer lugar contra los bienes dados en prenda o hipotecados especialmente, pero no aludía a los inmuebles objeto de anticresis. El vigente art. 592 LEC 2000 obvia toda referencia al respecto, de modo que únicamente sería agredido en primer lugar el inmueble (hipotecado o gravado con anticresis) caso de que con ello se alcanzase el equilibrio entre la mayor facilidad para la enajenación (dudoso en los tiempos que corren) y la menor onerosidad para el ejecutado (también cuestionable dada la probabilidad de que en la subasta no se alcance un precio óptimo).

Procesalmente, pues, la anticresis ha quedado siempre en el olvido, en la medida en que no se ha considerado que merezca un trato especial, a diferencia de lo que sucede con las garantías reales de uso generalizado.

Tampoco se diseña para el acreedor anticrético ningún mecanismo de venta notarial, a diferencia de lo que sucede con la prenda (art. 1872 CC).

En el ámbito del CCCat, los problemas son de otra índole. Al configurar este ordenamiento la anticresis, sin lugar a dudas, como derecho real de garantía que conlleva la facultad de solicitar la realización de valor del inmueble en caso de que los frutos no cubran la deuda pendiente (art. 569-23), se prevén los cauces para llevarla a cabo. El art. 569-26 remite a lo establecido para el derecho de retención, que igualmente se regula como derecho real de garantía y no como mera medida de presión consistente en que el acreedor pueda negarse a devolver la posesión. Pese a que, generalmente, se considera que la inscripción de estos derechos no es constitutiva, para que el acreedor pueda proceder a la realización de valor, es preciso que la retención o la anticresis estén inscritas (art. 569-8.1). Nuevamente, cabe preguntarse de qué sirve al acreedor un derecho de garantía que únicamente le legitima para retener la posesión (y, en el caso de la anticresis, adquirir los frutos). Sea como fuere, si así se ha pactado en escritura pública, es posible la venta directa por parte del acreedor o de un tercero (art. 569-8.2). En caso contrario, el acreedor podrá

enajenar el bien por subasta pública notarial siguiendo el procedimiento establecido en el apartado 3 del art. 569-8.

Dejando ahora de lado que esta regulación presenta alguna errata de expresión considerable¹⁰, destacan en esta normativa dos aspectos que denotan su edad (la regulación data de 2006, es decir, es anterior a la crisis hipotecaria que se desencadenó en 2008) y la hacen merecedora de críticas por reiterar algunos de los defectos de la ejecución hipotecaria y resultar incluso más perjudicial para el deudor en caso de subasta desierta.

Por un lado, el tipo de salida en la subasta será el que se haya pactado [art. 569-8.3.f)]; es decir, las partes pueden perfectamente establecer que el bien salga por el valor de la deuda, como era práctica frecuente en los préstamos o créditos hipotecarios antes de la reforma del art. 682 LEC por la Ley 1/2013, de 14 de mayo¹¹. Aunque no deja de ser cierto que, en épocas de estabilidad o de crecimiento del mercado inmobiliario, el deudor debería poder enajenar el bien con facilidad y, de esta forma, evitar la pérdida económica derivada de una diferencia entre la deuda pendiente y el valor del bien, es preciso reconocer que el punto de partida de la norma es erróneo: los bienes gravados deben ejecutarse por un valor próximo al de mercado al tiempo de la subasta. De otro modo, el sistema de realización de la garantía perjudica o beneficia de manera aleatoria a una de las partes¹².

Además, y por si esto fuera poco, resulta que, a falta de acuerdo sobre el tipo de salida, la regla por defecto, de conformidad con el precepto citado, es, justamente, que el bien salga a subasta «como mínimo» por el valor de lo debido, a lo que hay que sumar los gastos de enajenación y entrega. De poco sirve que a continuación la norma indique que «se puede establecer» como tipo el que resulte de un peritaje técnico aportado por el acreedor si es un valor superior al anterior. Huelga decir que, o bien se ha llegado con anterioridad a un pacto sobre el tipo o sobre su determinación, o poco interés va a tener el acreedor en presentar un informe que obligue a vender por un valor mayor al que necesita para cubrir la deuda y los gastos de la ejecución.

¹⁰ Así, la necesidad de que se presente al notario «la inscripción en una escritura pública de la constitución de la retención [en nuestro caso, anticresis]». Cfr. art. 8, Segunda, letra b), de la Ley 19/2002, de 5 de julio.

¹¹ BOE núm. 116, de 15 de mayo de 2013. La norma fue posteriormente modificada, para enturbiar todavía más su redacción, por la Ley 19/2015, de 13 de julio (BOE núm. 167, de 14 de julio de 2015).

¹² Sobre esta cuestión, con anterioridad, M. ANDERSON, «La tasación de la finca a efectos de la hipoteca y de su ejecución», en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (ed.), *Vivienda e hipoteca*, Madrid, Tecnos, 2018, pp. 185-240, esp. pp. 205-228, con referencias al debate doctrinal en cuanto al alcance de las reformas del art. 682 LEC, a alguna sentencia, como la de la AP de Barcelona de 26 de septiembre de 2014 (JUR 2015/10698), que declaró abusiva la cláusula que fijaba un valor de tasación a efectos de subasta coincidente con el valor del préstamo pero muy inferior al valor de tasación del inmueble, así como al criterio mantenido por la entonces DGRN hasta la fecha. *Vid.* también, por lo gráfico del planteamiento, M. GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, «La legitimación de una cláusula abusiva por la Ley 1/2013, de protección de los deudores hipotecarios», *El Notario*, núm. 20, 11 de julio de 2013, en <http://www.elnotario.es/index.php/revista-50/opinion/opinion/52-la-legitimacion-de-una-clausula-abusiva-por-la-ley-1-2013-de-proteccion-de-los-deudores-hipotecarios> (última consulta: 8 de agosto de 2020).

Por otro lado, el segundo defecto de calado en la regulación de esta subasta notarial se manifiesta en los supuestos en que quede desierta: el acreedor puede hacer suyo el bien otorgando carta de pago de toda la deuda y asumiendo los gastos del procedimiento [art. 569-8.g)], al más puro estilo de un procedimiento de apremio administrativo¹³. Si ya en este último ámbito es cuestionable que se pueda justificar una apropiación de bienes ajenos de tal (potencial) magnitud, en una norma civil, que rige la relaciones entre particulares, la solución del legislador catalán resulta del todo desafortunada.

El sistema de adjudicación en caso de subasta desierta que prevé el art. 671 LEC es objeto de múltiples (y necesarias) críticas, tanto por los porcentajes que establece (y que operan en perjuicio del deudor, en combinación con lo dispuesto en el art. 682 LEC), como también por partir de una tasación por definición desactualizada¹⁴. Pero la regla de cierre prevista por el legislador catalán para el derecho de retención y para la anticresis [y, aunque con algún matiz, también para la prenda: art. 569-20.4.d)] puede arrojar resultados confiscatorios con facilidad. Sin ir más lejos, es posible que el acreedor se adjudique el inmueble por el valor de unas obras de reparación de poca entidad o porque el rendimiento del inmueble haya resultado ligeramente inferior a lo adeudado¹⁵.

Ante estas alternativas (una ejecución ordinaria sin privilegios o bien una subasta notarial que incentiva la apropiación de valores patrimoniales del deudor por parte del acreedor), se entiende que en las fórmulas que actualmente se encuentran en el mercado se renuncie anticipadamente a la realización de valor. El marco legal da pocas ventajas al acreedor y, en cambio, puede costarle muy caro en términos de reputación.

3. La preferencia para el cobro del acreedor anticrético

Los problemas de la regulación de la anticresis no terminan ahí. Junto con la facultad de realizar el valor del bien con independencia de quién sea su propietario, la preferencia para el cobro es característica esencial de los derechos reales de garantía. De hecho, si el bien gravado pertenecía y sigue perteneciendo al deudor, la posibilidad de cobrar con preferencia a la mayoría de los restantes acreedores con el valor obtenido del bien es lo que otorga al titular de la garantía una posición privilegiada, más que el hecho de contar con un procedimiento expeditivo para hacer efectivo el *ius distrahendi*. Esto último es en buena medida

¹³ Ley 58/2003, de 17 de diciembre, *General Tributaria* (art. 172.2) (*BOE* núm. 302, de 18 de febrero de 2003) y Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación (art. 109) (*BOE* núm. 210, de 2 de septiembre de 2005).

¹⁴ M. ANDERSON, «La tasación de la finca...», esp. pp. 208, 216-235.

¹⁵ Sorprende, desde esta perspectiva, que la Propuesta de Código Civil realizada por la Asociación de Profesores de esta disciplina contemple idéntica solución para el procedimiento notarial de realización de la prenda que regula, en caso de que la segunda subasta quede desierta: ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (ed.), *Propuesta...*, p. 504 (art. 3122-9).

secundario, como demuestra el variopinto panorama de las ejecuciones hipotecarias a nivel internacional¹⁶. Si, en cambio, falta la preferencia para el cobro, el derecho real de garantía no puede desempeñar adecuadamente su función¹⁷.

El Código Civil no reconoce a la anticresis preferencia alguna para el cobro en el contexto de una ejecución singular. Aunque en un decaído Proyecto de Ley de concurrencia y prelación de créditos en caso de ejecuciones singulares¹⁸ se introducía una norma de preferencia sobre los frutos al estilo de la actualmente vigente para las situaciones concursales, la Propuesta de CC de la Asociación de Profesores tampoco establece ninguna preferencia para el acreedor anticrético (arts. 519-18 a 519-28) y sí contempla, en cambio, el privilegio especial típico de la hipoteca y de la prenda (art. 519-24 (a)¹⁹).

En el Derecho catalán, el art. 569-2.4 CCCat prevé, al recoger los efectos generales de los derechos reales de garantía que regula, que «el crédito, tanto en la imputación de frutos como en la atribución del precio obtenido con la realización de valor del bien, se somete a las reglas generales sobre prelación de créditos». Pero, visto que estas últimas nada establecen al respecto, se hace preciso buscar un encaje a los derechos reales de garantía, con realización de valor, en una legislación que los ignora.

3.1. La preferencia sobre los frutos en la legislación concursal

En sede de concurso el art. 270.2 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal²⁰ (TR-LC), recogiendo lo que ya había establecido el art. 90.1.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio²¹ (LC), considera que gozan de privilegio especial «los créditos garantizados con anticresis, sobre los frutos del inmue-

¹⁶ Una perspectiva general a escala europea puede consultarse en la siguiente guía: K&L GATES, *European Insolvency and Enforcement Country Guide*, 2017, en https://files.klgates.com/files/publication/89b4d685-fbc8-44bf-95a8-8e80eeb92b99/presentation/publicationattachment/dc594b13-f66b-44bb-b8a3-694c7089866c/klgates_european_insolvency_and%20_enforcement_country_guide_revised_september_2017.pdf (última consulta: 31 de agosto de 2020).

¹⁷ Sin desconocer que existen opiniones doctrinales dispares al respecto, cuyo análisis excedería de los límites de este capítulo, en este trabajo se parte de que ambas notas combinadas (posibilidad de realizar el valor en venta del bien y cobro preferente) son las que definen los derechos reales de garantía. Así lo confirmaría, para el Derecho catalán, la inclusión de estas dos características en la disposición general relativa a la eficacia este tipo de derechos (art. 569-2 CCCat). Sobre esta cuestión se abundará en los apartados III (3.2) y IV de este capítulo.

¹⁸ Proyecto de Ley sobre concurrencia y prelación de créditos en caso de ejecuciones singulares (121/000098) (BOCG, Congreso de los Diputados núm. A-98-1, de 8 de septiembre de 2006).

¹⁹ Nótese que, pese a que tanto la exposición de motivos como el art. 3121-1 de la Propuesta dan a entender que pueden existir derechos reales de garantía distintos a la prenda o a la hipoteca, a la hora de regular la prelación de créditos se prescinde totalmente de la denominación genérica —que, en cambio, en ocasiones sí emplea la legislación concursal (*infra* notas 46 y 47 y texto correspondiente)— para atribuir privilegio especial solo a los dos derechos específicamente mencionados.

²⁰ BOE núm. 127, de 7 de mayo de 2020.

²¹ BOE núm. 164, de 10 de julio de 2003.

ble gravado». Esta norma genera perplejidad. Si hay algún aspecto en que incluso la regulación de la anticresis en el Código Civil no genera dudas, es justamente en que comporta atribuir al acreedor la posesión del bien para que haga suyos los frutos y los impute a los intereses y al capital. Por consiguiente, si adquiere la propiedad de los frutos por producción, mal puede comprenderse que la ley le otorgue una preferencia sobre bienes que ya le pertenecen. Así lo entendió la mayor parte de la doctrina que se ocupó de esta cuestión²². El mismo problema surge con el arrendamiento financiero²³.

No obstante, se ha sostenido la necesidad de dotar de contenido y utilidad a la norma, que se encontraría, no ya en posibles supuestos en que la anticresis se constituya sin desplazamiento posesorio, sino en la resistencia de la retención del acreedor anticrético al concurso. En este sentido, y partiendo de que la anticresis no comporta el derecho de realización de valor en el marco del Código Civil, se estima que, si vencido el crédito, no ha resultado satisfecho, la facultad del acreedor anticrético de poseer el bien se transforma en un derecho de retención con percepción de los frutos y derecho a seguir explotando el inmueble. De conformidad con esta tesis, si no se otorgase preferencia sobre los frutos para el caso de entrar en concurso el deudor, el acreedor debería reintegrar el inmueble a la masa activa, tal y como establece expresamente en la actualidad el art. 154 TR-LC, que recoge la redacción de 2011 del art. 59 bis LC. Gracias al contenido del actualmente vigente art. 270.2 TR-LC, se interpreta que el acreedor anticrético de deuda ya vencida conservará su derecho de retención y su derecho a seguir percibiendo los frutos directamente para su imputación a los intereses y al capital, «puesto que la retención anticrética no es propiamente retención sino efecto legal propio de la anticresis»²⁴.

Aunque la justificación del precepto es sin duda perspicaz, quizá presente el problema de que, si el art. 154 TR-LC está pensado, como parece, para poner fin a las controversias generadas respecto de la resistencia o no al concurso de la retención posesoria propia del Código Civil²⁵ —es decir, la que ni otorga *ius distrahendi* ni preferencia para el cobro, puesto que no se configura como derecho real de garantía—, tal vez no resulte

²² A. CARRASCO PERERA y A. CARRETERO GARCÍA, «Los derechos de retención y anticresis en la Ley 19/2002, de Catalunya, de derechos reales de garantía», *RJC*, I, 2004, p. 25, nota 38; M. ANDERSON, «L'anticresi catalana en la nova Llei concursal: la preferència per al cobrament», *RCDP*, núm. 6, 2006, pp. 55 y 75; G. DE REINA TARTIÈRE, «La anticresis: panorama tras la Ley Concursal», *Actualidad Civil*, núm. 3, febrero de 2009, p. 268.

²³ Lo que se ha calificado también de despropósito: M. D. MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, «Las causas de preferencia crediticia tras la ley concursal», *RCDI*, núm. 681, enero-febrero de 2004, p. 187. Las propuestas de reforma mantienen y extienden esta preferencia fuera del concurso, pero con importantes alteraciones: ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (ed.), *Propuesta...*, art. 519-24, p. 665.

²⁴ J. ALEGRE DE MIQUEL, *Derecho de anticresis...*, pp. 267-268.

²⁵ E. GÓMEZ CALLE, «El derecho de retención sobre bienes muebles. Una garantía en ascenso», *InDret*, núm. 4, 2011, en https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/858_es_.pdf (última consulta: 8 de agosto de 2020), p. 16, y allí más bibliografía.

aplicable a derechos que, como la prenda o la anticresis o la retención catalanas, otorgan al acreedor una facultad de retención posesoria inherente al propio derecho constituido a su favor y no una simple medida de presión ante el deudor moroso. En estos últimos casos, deberían producirse los efectos propios del concurso sobre las garantías reales, con el consiguiente vencimiento anticipado al entrar en fase de liquidación y el mantenimiento de la facultad de cobro preferente sobre el valor del bien gravado, cuya ejecución puede quedar temporalmente en suspenso si se trata de un elemento necesario para la continuación de la actividad del concursado (art. 569.1 TR-LC; antiguo art. 56 LC) o, de modo más amplio y abarcando también la vivienda habitual, mientras se intenta alcanzar el acuerdo extrajudicial de pagos [art. 569.2 TR-LC; antiguo art. 235.2.a) LC], pero cuya realización será, por lo general, posible (arts. 145 y 146 TR-LC), aunque quepan las alternativas previstas en el art. 430 TR-LC (antiguo art. 155 LC)²⁶.

Parece difícil sostener que una figura como la anticresis, entendida como derecho que no otorga la facultad de realizar el bien, tuviese en sede de concurso una posición más privilegiada que la del acreedor pignoraticio, cuando a este se le reconoce preferencia sobre el mismo bien gravado. Si la alternativa para este último es, como regla general, conservar el privilegio de la ejecución, resultaría sorprendente que un simple derecho a percibir los frutos para amortizar la deuda permitiese detraer de la masa el valor total del inmueble gravado, de manera que el acreedor anticrético lo retuviese hasta el cobro íntegro del crédito.

De hecho, un escenario similar podría diseñarse para el usufructo en garantía al que alude la normativa catalana, que se tratará en el epígrafe siguiente.

En definitiva, la fórmula de la preferencia para el cobro sobre lo que se percibe como consecuencia de la titularidad de un derecho real no parece la más adecuada, puesto que sigue siendo cierto que mal encaja la noción de privilegio especial sobre un valor —el de los frutos— que pertenece al titular del mismo privilegio, como pertenecerían a un usufructuario.

Podría aventurarse la hipótesis de que la legislación concursal pretendiese atribuir un derecho a cobrar con preferencia sobre el valor obtenido de la realización de los frutos. No obstante, la doctrina descarta esta alternativa²⁷, esencialmente porque los frutos pertenecen al acreedor, mientras la anticresis subsista y pueda seguir desempeñando su función, sin que deban integrarse en la masa activa²⁸. En la legislación catalana, pese a que el art. 569-2.4 se refiere a los frutos, lo hace para otorgar una

²⁶ Conviene tener presente que las posibilidades de dación en pago o para pago contempladas en el art. 211 TR-LC requieren en todo caso el consentimiento del acreedor.

²⁷ M. ANDERSON, «L'anticresi catalana...», pp. 74-75, y allí más bibliografía.

²⁸ Son de la misma opinión, entre otros, A. CARRASCO PERERA y A. CARRETERO GARCÍA, «Los derechos de retención y anticresis», p. 25, nota 38, y F. PANTALEÓN PRIETO, «De la clasificación de los créditos», en L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y M. SÁNCHEZ ÁLVAREZ (coords.), *Comentarios a la Ley concursal*, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 528.

(también críptica) preferencia en la imputación, que no en la realización del valor; esta se reserva al inmueble, tal y como confirma la remisión del art. 569-26 al art. 569-8.

La cuestión relativa a la posibilidad de que el acreedor anticrético siga haciendo suyos los frutos, con o sin mantenimiento de la facultad de retención, es sin duda trascendente para los productos que actualmente se comercializan y que prevén, como único modo de recuperar lo prestado, la percepción de los rendimientos del inmueble por parte del acreedor, a través del arrendamiento del mismo. Como se acaba de comprobar, dista mucho de ser pacífica la solución al respecto, especialmente si el producto se quiere configurar como una anticresis.

3.2. *La preferencia sobre el inmueble gravado*

Como ya ha habido ocasión de señalar, en el marco del Código Civil la naturaleza de la anticresis es discutible y una de las tesis sostiene que no atribuye al acreedor el derecho de realización del inmueble, con lo cual se explicaría que no se le otorgue preferencia sobre su valor, ni en ejecución singular ni en sede concursal. Si, por el contrario, se defiende que comporta el *ius distrahendi* del bien gravado, los problemas para encontrarle encaje adecuado en materia de prelación de créditos son equiparables a los que presenta la figura en la regulación catalana.

La referencia del art. 569-2.4 CCCat a las reglas generales de prelación de créditos conduce a un callejón sin salida.

Es bien sabido que el Derecho catalán no regula las excepciones a la *par conditio creditorum* y no parece que el legislador autonómico tenga intención de proceder a ello. Por tanto, se suele entender que rigen las normas recogidas en el Código Civil y en la legislación concursal como derecho supletorio (art. 111-5 CCCat).

Este planteamiento podría funcionar con normalidad siempre que coincidiesen en esencia las figuras crediticias reguladas en uno y otro ordenamiento, pero la sinergia se quiebra desde el momento en que en el Derecho catalán existen derechos reales de garantía, como la retención o la anticresis, que no tienen traducción en el Código Civil, porque le resultan figuras «desconocidas».

Como se acaba de constatar, las reglas generales de prelación de créditos estatales son las previstas en los arts. 1921 y ss. CC y 269 y ss. TR-LC (arts. 89 y ss. LC); estas últimas atribuyen al acreedor anticrético una preferencia referida únicamente a los frutos, de justificación incierta y, además, restringida al ámbito concursal²⁹.

²⁹ Parece adecuado el criterio de entender que las preferencias recogidas en la LC no son trasladables a las ejecuciones singulares, ni viceversa; J. ALEGRE DE MIQUEL, *Derecho de anticresis...*, pp. 265-266. Recordemos que la DF 33.^a de la LC encomendaba al gobierno la elaboración de un Proyecto de Ley sobre preferencia y prelación de créditos en ejecuciones singulares que nunca llegó a culminar en un texto vigente (*supra* nota 18). El objetivo, según la exposición de

Cabría incluso sostener que, en este punto, el Derecho estatal supletorio se opone a las disposiciones catalanas, lo que le vetaría la aplicabilidad (en virtud del propio art. 111-5 CCCat)³⁰, pero persistiría entonces el problema en forma de laguna legal³¹.

La propia DF 32.^a LC establecía que: «La presente ley se dicta al amparo de la competencia que corresponde al Estado conforme al art. 149.1.6 y 8 de la Constitución, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las comunidades autónomas». La doctrina apuntaba que no resulta evidente que el Estado pueda ejercer su competencia exclusiva en legislación concursal de modo tal que «una figura que la correspondiente legislación autonómica haya configurado como garantía real no tenga reconocida la *connatural* preferencia en el ámbito del concurso» (cursiva añadida)³². En sentido parecido, se cuestionaba si el ejercicio de la competencia estatal, exclusiva o supletoria, en la materia supone en realidad una intromisión en la competencia autonómica para la regulación de su derecho sustantivo propio, habida cuenta de que las preferencias, si bien están llamadas a manifestarse en un escenario judicial, tienen naturaleza sustantiva y no procesal³³. Actualmente, la DF 1.^a TR-LC establece que: «El texto refundido de la Ley Concursal se dicta al amparo de lo dispuesto en el art. 149.1.6 de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de “legislación mercantil” y de “legislación procesal”». Ello puede interpretarse en el sentido de que en nada interfiere este texto en la distribución de competencias en el ámbito civil y reforzaría el argumento según el cual es preciso encontrar acomodo a las garantías reales desconocidas por el legislador estatal entre los llamados privilegios especiales.

Ante ello, existen diversas alternativas interpretativas para dar encaje al derecho de anticresis catalán, que, al atribuir el derecho de realización

motivos, era el de evitar los desajustes que pudiera generar la «limpieza» de preferencias dispersas por el ordenamiento que había querido llevar a cabo la legislación concursal (E. de M. XII.2 LC). La reacción de la doctrina, en general crítica, ante estos planteamientos puede verse en F. PANTALEÓN PRIETO, «De la clasificación de los créditos», pp. 518-519; J. M. GARRIDO GARCÍA, «La graduación de créditos», en A. ROJO EMILIO (dir.), *La reforma de la legislación concursal*, Madrid, Marcial Pons, 2003, pp. 243-244; A. ROJO EMILIO, «La reforma del derecho concursal español», en A. ROJO EMILIO (dir.), *La reforma...*, p. 127; F. P. BLASCO GASCÓ, *Prelación y pago de los acreedores concursales*, Madrid, Thomson-Aranzadi, 2004, pp. 162-164, M. D. MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, «Las causas de preferencia...», pp. 187-188. También en sentido crítico se pronunció el Consejo General del Poder Judicial en su informe al Anteproyecto de Ley Concursal de 2001 (informe de 10 de octubre de 2001, apdo. II.4).

³⁰ Por ello se ha defendido que la remisión contenida en el art. 569-2.4 CCCat no puede interpretarse como un indicio de que las normas de preferencia de créditos hayan pasado el control de oposición, sino más bien como una reserva de competencia no ejercida y, ante la ausencia de regulación en Derecho catalán, deberían entrar los principios generales del derecho propio como fuente en aras de encontrar el adecuado acomodo a la anticresis (y a la retención) en el marco del sistema diseñado por el legislador estatal (M. ANDERSON, «L'anticresi catalana...», pp. 81-82).

³¹ Ya hubo ocasión de poner de relieve, anteriormente, que tal vez el problema lo ocasiona el propio silencio del legislador autonómico: «*Si s'entén que el privilegi és una qualitat substantiva del crèdit, res no impedeix que el legislador autonòmic amb competència en matèria civil estableixi les seves pròpies regles de preferència sense que això afecti la unitat de mercat, atès que no és més que una manifestació de l'existència de drets civils diferenciats. Establerta aquesta premissa, els problemes poden sorgir justament del fet que la comunitat autònoma, tot i tenir la competència, no l'exerciti*» (M. ANDERSON, «L'anticresi catalana...», p. 71, n. 56).

³² F. PANTALEÓN PRIETO, «De la clasificación de los créditos», p. 520.

³³ M. ANDERSON, «L'anticresi catalana...», pp. 68-71.

de valor; debería otorgar una correlativa preferencia sobre el valor del bien gravado (y no solo sobre los frutos). Se trata de uno de tantos aspectos en que la legislación estatal ignora especialidades de los derechos civiles propios de los territorios con competencia en este ámbito³⁴. Y, en el caso de los derechos reales de garantía, al ser la preferencia, a juicio de quien suscribe, una nota esencial, el olvido puede conducir a la inoperancia de la figura.

Con anterioridad³⁵, se defendió que se pueden distinguir dos tipos de fuente de la preferencia (o del *privilegio*, en el sentido amplio y relativamente impropio que la legislación concursal da a este término) diferenciadas.

Por un lado, están los créditos que el legislador considera merecedores de una tutela especial, bien por razón de su titular y de la actividad realizada (como sucede con los créditos por salarios), por su conexión con un determinado bien (como en los créditos refaccionarios o de las aseguradoras), bien por la combinación de ambos criterios (como en el caso de los créditos tributarios de la Administración).

Otras veces, en cambio, la preferencia deriva directamente de la existencia de un derecho que, por su propia configuración, sujeta un bien al cumplimiento de una obligación. Esto es lo que sucede con los derechos reales de garantía que tienen, entre sus notas definitorias, la virtualidad de proveer al acreedor de una acción real, que puede incluso sobrevivir en situaciones concursales, pero que poco aportaría a la posición acreedora si no comportase, además, la posibilidad de cobrar lo debido con preferencia a otros acreedores con lo obtenido de la realización de valor del bien³⁶.

No cabe duda de que la reipersecutoriedad es otra de las notas características de los derechos reales de garantía, que los distingue de las meras prelación o privilegios, Mientras que estos últimos solo despliegan su virtualidad en el marco de la responsabilidad patrimonial universal del deudor (art. 1911 CC), la garantía real se adhiere al bien con independencia de que haya dejado de pertenecer al deudor o de que nunca haya sido de su titularidad³⁷.

³⁴ Para el derecho de retención, *vid.* M. ANDERSON, «El derecho de retención de la Ley catalana 19/2002 en el concurso de acreedores», en M. E. LAUROBA LACASA y J. MARSAL GUILLAMET (coords.), *Garantías reales mobiliarias en Europa*, Madrid, Marcial Pons, 2006, pp. 483-506.

³⁵ M. ANDERSON, «L'anticresi catalana...», pp. 71-73.

³⁶ Sobre las diferencias entre los conceptos de *garantía real* y *privilegio* pueden verse, entre otros, L. Díez PICAZO y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol. 2, *Las relaciones obligatorias*, Madrid, Tecnos, 1996, p. 753; C. M. Díez SOTO, «Los privilegios crediticios como mecanismos de protección del crédito», en CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (ed.), *Preferencias de créditos: Manuales de formación continuada*, vol. 2, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2000, pp. 91 y ss.; N. BERMEJO GUTIÉRREZ, *Créditos y quiebra*, Madrid, Civitas, 2002, pp. 226 y ss.; M. D. MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, «Las causas de preferencia», pp. 188 y ss. Cfr. R. CABANAS TREJO, «Créditos contra la masa y créditos concursales», *La Notaría*, núm. 3, 2004, p. 87, quien consideró que, con independencia de la posible distinción conceptual entre garantía y privilegio, el nuevo sistema concursal tiende a identificarlos.

³⁷ J. A. ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *El Registro de la Propiedad y las preferencias del crédito en la ejecución y en el concurso*, Granada, Comares, 2004, pp. 157-159, considera que la única diferencia

Pero al acreedor con garantía real no le basta con la sujeción del bien si concurre con otros acreedores, tanto en supuestos de ejecución singular como si se trata de que el bien se encuentre en el patrimonio del concursado. Necesita también la preferencia para el cobro. Y esa preferencia deriva no ya de una norma específica en sede de prelación de créditos, sino que es inherente a la propia naturaleza del derecho accesorio al crédito garantizado³⁸; comporta, por otro lado, una extensión subjetiva de los afectados por la garantía, que pasan a ser no solo los eventuales titulares de derechos reales sobre la cosa gravada, sino también los restantes acreedores, como es propio de la eficacia *erga omnes* característica de una garantía real.

De hecho, la necesidad de jerarquizar entre créditos que pueden escapar a la *par conditio* no se percibe en los garantizados con un derecho real, sino que se explica porque hay otras preferencias que no tienen este fundamento, puesto que derivan únicamente de una previsión de derecho positivo específica a estos efectos. Si no existiesen estos privilegios «autónomos», la prelación entre los créditos con garantía real se ordena, tal y como sucede en la actualidad, según sus propias normas (p. ej., por la distinta naturaleza de los bienes sobre los que recaen o por la prioridad, con frecuencia amparada por la inscripción).

El legislador concursal consideró innecesario marcar un orden de prelación interno en el art. 90 LC (art. 270 TR-LC), ya que, en línea de principio, las preferencias para el cobro recaen sobre bienes distintos o, si recaen sobre el mismo bien, como puede suceder cuando una pluralidad de derechos reales de garantía gravan el mismo bien, las colisiones se resuelven preferentemente gracias a la constancia registral y, en cualquier caso, en función del principio *prior in tempore, potior in iure* (vid. arts. 155.3 LC y 431 TR-LC; art. 1927.2 CC). Vid. también la reciente reforma del Derecho catalán para

entre hipoteca y privilegio es que la primera conlleva una cierta inmediatez sobre el bien, que la hace resistente incluso a actos de enajenación o de gravamen anteriores a su constitución y no inscritos.

³⁸ En sentido parecido, por ejemplo, A. GULLÓN BALLESTEROS, *La prelación de créditos en el Código civil*, Barcelona, Bosch, 1962, pp. 18, 46, 47, 159 y 161, quien afirmaba incluso que fue un error de la codificación incluir entre los privilegios, a los que atribuía un origen estrictamente legal, la preferencia que generan la prenda y la hipoteca y que deriva justamente de su naturaleza de derecho real; citaba en favor de esta postura la obra de Domat, para quien la preferencia derivada de la prenda no era un verdadero privilegio, puesto que no va ligada a una cualidad del crédito, sino que encuentra causa en la garantía; L. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos...*, p. 753, al explicar que los privilegios no otorgan por sí mismos un derecho real, ponía de manifiesto que si el privilegio va unido a una garantía real, el carácter real no es consecuencia del privilegio, sino del carácter de la garantía, de la cual el privilegio es, justamente, consecuencia; de manera similar; N. BERMEJO GUTIÉRREZ, *Créditos y quiebra*, p. 102 (nota 30), 104 (nota 35), 226 y ss.; M. D. MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, «Las causas de preferencia», p. 192, afirma que la prenda y la hipoteca, a diferencia del privilegio, no son simples derechos de crédito a los cuales la ley añade una preferencia para reforzar su posición, sino que las garantías reales, además de no extinguirse cuando el bien sale del patrimonio del deudor, tienen como nota consustancial a su naturaleza la preferencia para su satisfacción; F. PANTALEÓN PRIETO, «De la clasificación», p. 517, nota 38, afirma que en las garantías reales la preferencia es una consecuencia natural del derecho real, y no causa de la misma. En contra de estas tesis, en cambio, pueden verse J. M. GARRIDO GARCÍA, «Clases de créditos» y «Créditos con privilegio especial», en E. M. BELTRÁN SÁNCHEZ *et al.* (coords.), *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid, Thomson-Civitas, 2004 (reimpresión de 2006), t. I, pp. 61-67 y 372-373, quien afirma que el derecho real existe precisamente para proteger la preferencia; o A. CARRASCO PERERA y A. CARRETERO GARCÍA, «Los derechos de retención y anticresis», p. 26, esp. nota 41.

admitir las segundas o posteriores prendas y la regla de preferencia que recoge el actualmente vigente art. 569-15.1 bis CCCat. Para los llamados privilegios generales, en cambio, recogidos en el art. 91 LC (art. 280 TR-LC), al tener origen netamente legal y no derivar de la naturaleza del crédito, sí es necesario un orden de prelación como el que parece marcar el referido precepto, pese a no manifestarlo de modo expreso. La necesidad de una ordenación interna se ve reforzada, además, porque los privilegios generales gravitan sobre todo el patrimonio del concursado (*vid.* también el art. 1929 CC)³⁹.

Lo que precede refuerza todavía más la idea de que el privilegio o preferencia que acompaña a la garantía real tiene naturaleza sustantiva⁴⁰ y, por tanto, el legislador, aunque sea distinto del que la haya diseñado, debería incluirla en las relaciones de créditos preferentes.

Pero, como queda dicho, el art. 270.2 TR-LC se refiere únicamente a una preferencia sobre los frutos y de ello cabría deducir, *a contrario*, que no se ha querido atribuir preferencia alguna al acreedor anticrético sobre el valor obtenido con la realización de la finca. No obstante, esta norma no solo desconoce la configuración catalana de la anticresis, sino que resulta perturbadora, tal y como se ha señalado en el epígrafe anterior a este, incluso en el marco del Código Civil.

El problema para encontrar encaje adecuado al crédito anticrético en el listado que proporciona el art. 270 TR-LC radica en que, en principio, la enumeración es intencionadamente taxativa. El carácter cerrado de la lista de privilegios especiales a efectos del concurso se sustentaba en la letra del art. 89.2 final de la propia LC y en la finalidad que presidió la regulación de las preferencias en 2003⁴¹. De hecho, lo que se excluía, literalmente, era todo privilegio que no se recogiese en la misma Ley concursal⁴². Parte de la doctrina se adhirió a este postulado⁴³, mientras que otros lo criticaron⁴⁴. Lo primero justificaría también las tesis excluyentes de la interpretación extensiva y de la analogía⁴⁵.

³⁹ Con anterioridad, M. ANDERSON, «L'anticresi catalana...», pp. 88-90.

⁴⁰ F. P. BLASCO GASCÓ, *Prelación y pago...*, pp. 88-91.

⁴¹ *Vid.* E. de M. V.1 de la LC.

⁴² El art. 89.2, final, LC establecía: «No se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta ley» (cursiva añadida).

⁴³ C. ALONSO LEDESMA, «Delimitación de la masa pasiva: las clases de créditos y su graduación», en R. GARCÍA VILLAVARDE, A. ALONSO UREBA y J. PULGAR EZQUERRA (dirs.), *Derecho concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la reforma concursal*, Madrid, Dilex, 2003, p. 360; C. C. CASTILLO MARTÍNEZ, «La nueva ley concursal española en el marco de la armonización del derecho europeo: el principio de universalidad y la clasificación de los créditos en el concurso», *Actualidad Civil*, núm. 3, 2003, p. 895; A. CARRASCO PERERA y A. CARRETERO GARCÍA, «Los derechos de retención y anticresis», p. 23, para quienes la letra del art. 89 no deja lugar a dudas.

⁴⁴ Entendiendo, en cambio, que la legislación concursal debe respetar absolutamente las preferencias establecidas en el derecho sustantivo, N. BERMEJO GUTIÉRREZ, *Créditos y quiebra*, pp. 259-263; J. M. GARRIDO GARCÍA, *Tratado de las preferencias del crédito*, Madrid, Civitas, 2000, pp. 628-629. Por su parte, F. P. BLASCO GASCÓ, *Prelación y pago...*, p. 68, nota 2, centraba expresamente en la cuestión competencial el problema de que se pretendan influir en la LC todos los privilegios posibles. *Vid.* también F. PANTALEÓN PRIETO, «De la clasificación de los créditos», p. 517.

⁴⁵ Por todos, V. GUILARTE GUTIÉRREZ, «Artículo 89», en J. SÁNCHEZ CALERO y V. GUILARTE GUTIÉRREZ (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, t. II, Valladolid, Lex Nova, 2004, p. 1775.

Sin embargo, se pudo defender que la propia LC concursal ofrecía numerosos indicios de los que extraer un principio general conforme al cual, en su terminología, las garantías reales gozaban de privilegio para el cobro⁴⁶. Son múltiples las instancias en la exposición de motivos de las que se podía deducir que, aunque estuviese pensando fundamentalmente en prendas e hipotecas, toda garantía real otorga privilegio especial en el concurso, como manifestación de una realidad jurídica nacida fuera del mismo, que mantiene hasta cierto punto la posibilidad de ejecución separada y demanda reglas específicas en cuanto a la atribución del valor obtenido en ella⁴⁷. Y lo mismo sucedía con distintos preceptos del texto articulado (así, en los arts. 55.4, 56, 59.1 y 155 LC). Incluso el art. 92.3 LC, relativo también a la clasificación de los créditos concursales, aunque esta vez centrándose en los subordinados, empleaba la expresión genérica «garantía real». Todo ello confirmaría que en el art. 90 LC se quisieron incluir, por un lado, ciertas situaciones que se consideraban especialmente relevantes⁴⁸ y, por otro, las garantías reales.

Por consiguiente, aunque no hay duda de que el legislador concursal de 2003 quiso reducir y centralizar el número de créditos preferentes, con la finalidad de simplificar la regulación anteriormente vigente⁴⁹, y que esta finalidad es digna de encomio, no por ello puede arrogarse la legislación concursal la facultad de alterar la configuración de los derechos de los que trata, especialmente cuando el legislador es distinto⁵⁰.

Visto que el legislador catalán atribuyó naturaleza jurídica de derecho real de garantía a la anticresis, su preferencia para el cobro en situaciones concursales debe ser parangonable a la de otros derechos de la misma especie. Por ello parecía conveniente, aunque no esencial, puesto que el art. 90 LC, como el vigente art. 270 TR-LC, no establecía una prelación interna, asimilar la anticresis a alguna de las garantías reales recogidas en ese precepto. La tarea no es sencilla, puesto que incluso en la legislación

⁴⁶ Extensamente, M. ANDERSON, «L'anticresi catalana...», pp. 77 y ss. En la misma línea, con las miras puestas en el derecho de retención, M. ANDERSON, «El derecho de retención...», pp. 501-503; E. GÓMEZ CALLE, «El derecho de retención...», pp. 9-10.

⁴⁷ E. de M. III.9 a 13 y VII.8.

⁴⁸ E. de M. III.12.

⁴⁹ E. de M. V.1.

⁵⁰ F. PANTALEÓN PRIETO, «De la clasificación de los créditos», pp. 519-520, quien también preveía conflictos entre la normativa estatal y la autonómica, proponía incluir tanto la prenda navarra como la retención catalana en el núm. 6 del art. 90.1 LC para reconocerles su connatural preferencia; muy explícito F. P. BLASCO GASCÓ, *Prelación y pago...*, p. 70, explicaba que habría conflictos en este punto, «porque, obviamente, las comunidades autónomas con competencia en materia de Derecho civil pueden otorgar a los créditos la preferencia y prelación que estimen oportunas y, entonces, no se puede concluir que si bien esto es válido fuera del concurso, en el concurso solo vale la clasificación y prelación determinada en la ley concursal que sea ley estatal, de manera que un crédito privilegiado en el Derecho civil territorial no lo estuviera en la ley concursal. Esto puede ocurrir si el legislador es el mismo y opta por ordenar los créditos en el concurso de manera distinta a como quedan ordenados en ejecuciones singulares, no universales. Pero cuando se trata de dos legisladores distintos, cada uno con competencia en su distinto ámbito, no parece que sea constitucional el hecho de que uno de ellos, el estatal, pueda privar a un crédito de determinadas preferencias, prelaciones o privilegios reconocidos por el legislador con competencia para otorgárselos».

catalana la anticresis es una garantía peculiar, con características propias que la distinguen de las demás⁵¹.

Habida cuenta de que cabe concluir que la inscripción de la anticresis, al ser necesaria para la realización de valor si no se ha pactado la enajenación directa, parece configurarse como requisito de oponibilidad a terceros, y pese a la diferente función que desempeña en este caso la constancia registral, su preferencia podía encajar en el privilegio especial que recogía el art. 90.1.1 LC (actual art. 270.1 TR-LC)⁵².

Otra solución imaginativa para integrar la legislación autonómica en el concurso a estos efectos propone acudir al art. 201 LC (actual art. 723 TR-LC), relativo a acreedores con derechos reales de garantía que recaigan sobre bienes pertenecientes al deudor y que se encuentren, en el momento de la declaración de concurso, en territorio de otro estado. De conformidad con el referido precepto, estas garantías se regirían exclusivamente por la ley extranjera. De ello se deduciría que el legislador concursal realmente admitió supuestos en que existan acreedores privilegiados pese a no constar en la relación contenida en el art. 90 LC (así, se señalaba el caso hipotético de una anticresis con *ius distrahendi* y *ius praelationis* según el Derecho extranjero). Se proponía aplicar el art. 201 LC para el caso de los derechos reales de garantía regulados por los legisladores autonómicos, por obra de la remisión que realiza el art. 16.1 CC a las normas de Derecho internacional privado⁵³.

Para la aplicación de esta tesis, sería preciso establecer primero que nos hallamos ante un supuesto de conflicto de leyes, lo que es altamente cuestionable en el caso objeto de análisis. Pero la propuesta tiene la virtualidad, como las referencias antes aportadas relativas a los distintos momentos en que la legislación identifica garantía real con privilegio, de brindar un argumento más a favor de entender que la enumeración del art. 90 LC admitía fisuras, y si las admitía en algunos supuestos, no era descabellado entender que debía hacerlo también, especialmente, cuando ello venía impuesto por la distribución constitucional de competencias.

Pero con razón se quejan en diversos foros los administradores concursales de que necesitan tiempo para valorar qué novedades incorpora el TR-LC, amén del descalabro que supone para todo operador jurídico el cambio de sistemática y de numeración en un momento en que está pendiente de transponer la normativa europea en la materia⁵⁴. Lo que apare-

⁵¹ Sin embargo, en los trabajos preparatorios del Libro V CCCat se explicaba que, de modo análogo a lo que sucede en el Derecho francés y en el ámbito del Código Civil, el acreedor anticrético que tenga inscrito su derecho debe contar con la misma preferencia que el acreedor hipotecario (OBSERVATORI DE DRET PRIVAT DE CATALUNYA. SECCIÓ DE DRET PATRIMONIAL, *Treballs preparatoris del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya*, Barcelona, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia i Interior, 2003, p. 242).

⁵² En contra de la posible equiparación, recientemente, J. ALEGRE DE MIQUEL, *Derecho de anticresis...*, p. 269.

⁵³ J. ALEGRE DE MIQUEL, *Derecho de anticresis...*, pp. 270-272.

⁵⁴ Directiva (UE) 2019/1023, del Parlamento y del Consejo, de 20 de junio, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para

ce como un texto refundido en realidad encierra novedades y una de ellas afecta justamente a la cuestión aquí tratada.

Efectivamente, el art. 269.2 final TR-LC presenta una redacción parcial, pero significativamente, distinta al art. 89.2 final LC. Ahora ya no excluye todo privilegio o preferencia que no esté reconocido «en esta ley» (la concursal), sino al que «no esté reconocido en la ley». Por consiguiente, las tesis que abogaban por la imposibilidad de integrar el listado de créditos con privilegio especial de la LC con otras preferencias establecidas en disposiciones dispersas pierden apoyo, al tiempo que lo ganan las que abogan por una interpretación del listado que incluya créditos privilegiados de conformidad con cualquier ley, luego incluso por una ley autonómica.

Lógicamente, si se puede llegar a esta conclusión en el marco de una legislación moderna, pese a que reiteradamente se insistía a la hora de abordar la reforma concursal de 2003 en la idea de que era preciso reducir el elenco de créditos preferentes, con mayor motivo cabe alcanzar idéntica solución en cuanto a la prioridad para el cobro en el marco de las ejecuciones singulares, encontrando encaje la anticresis catalana, por los mismos motivos, en el art. 1923.3 CC. Así lo ha venido entendiendo también la doctrina que, en el ámbito del Código Civil, estima que la anticresis es un derecho real de garantía que atribuye la facultad de realizar el valor del inmueble y, por tanto, siempre que esté inscrita, debe conllevar preferencia para el cobro⁵⁵.

IV. UNA ANTICRESIS SIN REALIZACIÓN DE VALOR (Y, POR TANTO, SIN PREFERENCIA PARA EL COBRO), ¿NO SERÁ EN REALIDAD UN USUFRUCTO *EN GARANTÍA*?

Las incertidumbres que genera la regulación del derecho de anticresis en el ámbito del Código Civil y la necesidad de recurrir a complejas interpretaciones para dotar a la anticresis catalana de la virtualidad propia de un derecho real de garantía pueden ciertamente desalentar el recurso a esta figura y, caso de emplearla, requerir adaptaciones que, sin embargo, quizá no lograrán sortear algunos de los problemas que plantea la regu-

umentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva 2017/1132 (DOUE L 172, de 26 de junio de 2019).

⁵⁵ En la doctrina generada en torno al Código Civil, pueden citarse en sentido parecido, entre otros, Á. SANZ FERNÁNDEZ, «El derecho de preferencia en la anticresis», *RDP*, 1943, pp. 227 y ss.; J. GARCÍA-GRANERO FEZ, «Acerca de la naturaleza jurídica del derecho de anticresis», *RCDI*, 1945, esp. pp. 467 y ss.; A. GULLÓN BALLESTEROS, *La prelación de créditos*, p. 97; V. GUILARTE ZAPATERO, «Comentario al artículo 1881 del Código civil», en M. ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXIII, epígrafe II, Madrid, Edersa, 2004, donde puede leerse: «Si, como he señalado, la anticresis es una garantía real, debe entenderse que las facultades de persecución y de preferencia están ínsitas en la misma, pues de no ser así, como destaca Castán, se estaría a presencia de una garantía irrisoria y una institución inútil», por lo que concluye también que la falta de mención en el art. 1923 CC se suple considerándola una especie de hipoteca.

lación, en particular, por lo que se refiere a la realización de valor y a la preferencia para el cobro.

Los productos que actualmente se comercializan, pese a definirse —e inscribirse— como constitutivos de derechos de anticresis, en realidad excluyen tantas notas típicas de la figura que bien puede dudarse de que se esté realmente ante tal tipo de derecho⁵⁶, al menos en la esfera del Derecho catalán, donde sin duda se configura como derecho real de garantía y de realización de valor (sin ir más lejos, art. 569-23)⁵⁷.

Si bien es cierto que el principio de libertad civil (art. 111-6 CCCat) permite el pacto entre las partes y que la anticresis catalana faculta pero no obliga al acreedor a la realización de valor, también hay que admitir que lo mismo sucede con el derecho de retención (art. 569-8 CCCat: los acreedores *podrán* realizar el valor) o con la prenda (art. 569-20-1 CCCat). De hecho, es evidente que ni siquiera el acreedor hipotecario está obligado a realizar el valor del bien en caso de incumplimiento, pero si renunciase a ello en el momento de la constitución, ¿habría garantía real? ¿En qué consistiría entonces la *sujeción* del bien al cumplimiento de una obligación que caracteriza a estos derechos? Una cosa es la limitación de responsabilidad al valor obtenido del bien gravado y otra muy distinta despojar al acreedor de lo que, en esencia, le atribuye la garantía real: sujeción del bien, de modo que en caso de incumplimiento el acreedor pueda cobrar, con preferencia, con el valor obtenido por la enajenación del mismo, independientemente de a quién pertenezca y de qué cargas se hayan podido constituir con posterioridad⁵⁸.

Excluida esa (indispensable)⁵⁹ nota característica del derecho real de garantía, lo único que le queda al producto analizado de anticresis es lo que se ha podido calificar de obligación de administración productiva del bien⁶⁰, que además se concreta en la puesta a punto, alquiler como vivienda y rendición de cuentas, para imputar las rentas del alquiler, descontados los gastos de gestión y de conservación, a los intereses y al capital de la cantidad prestada.

Este diseño, como se ha ido reiterando, no encaja con la configuración de los derechos reales de garantía de la que aquí se parte. Pero el Derecho catalán menciona, aunque apenas regula, una figura que tal vez podría dar cabida a estas nuevas formas de previsión de la dependencia.

⁵⁶ En contra, J. ALEGRE DE MIQUEL, *Derecho de anticresis...*, p. 113.

⁵⁷ No es descartable que el «traje a medida» que se comercializa pretenda, justamente, adaptarse tanto al ordenamiento catalán como al Derecho estatal o de otras autonomías, de modo que se ahorren costes de transacción.

⁵⁸ Cfr. R. ARNAIZ RAMOS, «La movilización de activos inmobiliarios de personas mayores», *IDIBE*, 13 de junio de 2019, en <https://idibe.org/tribuna/la-movilizacion-activos-inmobiliarios-personas-mayores/> (última consulta: 9 de agosto de 2020).

⁵⁹ ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (ed.), *Propuesta...*, p. 170: «La facultad de realización de valor, que constituye el contenido esencial de estos derechos». En concordancia con ello, *vid.* el art. 3121-4 (p. 501). Según el vigente art. 1858 CC, la facultad de enajenar las cosas gravadas con prenda o hipoteca es «de esencia» a estos (mal llamados por el Código) contratos.

⁶⁰ M. ANDERSON, «L'anticresi: algunes qüestions de naturalesa i de règim jurídic», *La Notaria*, 11-12 de noviembre-diciembre 2003, pp. 133-143, esp. pp. 136-137 y 140-141.

Se trata del usufructo en garantía, o de seguridad, de una obligación dineraria, que se caracteriza por el hecho de que las utilidades del bien gravado se imputan al pago de la deuda [art. 561-3.2.c) CCCat] y que se extingue con la obligación [art. 561-16.1.g) CCCat].

Esta modalidad de usufructo ha sido muy poco estudiada por la doctrina⁶¹. Sus orígenes parecen poder rastrearse en los comentaristas del Derecho alemán codificado, como respuesta al hecho de que el BGB no incluyese la anticresis⁶². Aunque en ocasiones se la ha identificado con la *Sicherungsnießbrauch* alemana⁶³, en realidad operan de modo distinto. El usufructo en garantía catalán está diseñado para desempeñar una función amortizadora de la deuda, mientras esta todavía no es exigible (tal vez, precisamente, por mor del usufructo constituido para su satisfacción); en cambio, la figura del Derecho alemán, no exenta de problemas también en el ámbito concursal, opera ante el incumplimiento de la obligación de que se trate⁶⁴, al estilo de lo que sucedería en los supuestos de administración para pago contemplados en los arts. 676 a 680 y 690 LEC, pero sobre la base de un acuerdo previo al incumplimiento, constitutivo de la garantía.

En realidad, el usufructo en garantía catalán seguramente se parece más al *usufructuary mortgage*⁶⁵ del Derecho de la India, popular en el pasado, recogido por el legislador decimonónico y que sigue siendo de uso frecuente en las áreas rurales, pese a que generalmente el prestamista no es una entidad financiera (puesto que estas huyen de los problemas que genera la gestión del bien).

El *usufructuary mortgage* del Derecho de India se encuentra definido en la Sección 58, letra d), del Transfer of Property Act 1882, del siguiente modo: «*Usufructuary mortgage.—Where the mortgagor delivers possession [or expressly or by implication binds himself to deliver possession] of the mortgaged property to the mortgagee, and authorises him to retain such possession until payment of the mortgage-money, and to receive the rents and profits accruing from the property [or any part of such rents and profits and to appropriate the*

⁶¹ De hecho, el único estudio relativamente amplio sobre el tema es el de F. BADOSA COLL, «Les garanties reals en el CCCat», en E. LAUROBA LACASA (dir.) y J. TARABAL BOSCH (coord.), *Garantías reales en escenarios de crisis: presente y prospectiva*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 157-190, en concreto pp. 180-188.

⁶² F. BADOSA COLL, «Les garanties reals...», pp. 180-181.

⁶³ F. RIVERO HERNÁNDEZ, «Comentario al artículo 561-3 CCCat», en DECANATO AUTONÓMICO DE LOS REGISTRADORES DE CATALUÑA (ed.), *Comentarios al libro V del Código civil de Cataluña (arts. 553-1 a 563-4)*, t. II, Barcelona, Bosch, 2008, pp. 1128-1141, esp. p. 1137, quien, por otro lado, le atribuye naturaleza fiduciaria (transmisión de la titularidad del usufructo en garantía), pp. 1137-1138.

⁶⁴ M. BRINKMANN, D. RÜTHER y B. SCRABACK, *Security Rights in Intellectual Property in Germany*, en E.-M. KIENINGER (ed.), *Security Rights in Intellectual Property*, Springer Nature Switzerland, 2020, pp. 395-432, esp. pp. 416-419.

⁶⁵ Como curiosidad, recuérdese que el término «*mortgage*» en sus orígenes en la cuna del *common law* hacía referencia al traspaso posesorio del bien al acreedor para que se cobrase con los rendimientos que el mismo produjese; la expresión proviene del *Law French* y significaba prenda (*gage*) muerta (*mort*); P. SPARKES, «What is Mortgage Credit?», en M. ANDERSON y E. ARROYO AMAYUELAS (eds.), *The Impact of the Mortgage Credit Directive in Europe. Contrasting Views from Member States*, Groningen, Europa Law Publishing, 2017, p. 35.

same] in lieu of interest, or in payment of the mortgage-money, or partly in lieu of interest [or] partly in payment of the mortgage-money, the transaction is called an usufructuary mortgage and the mortgagee an usufructuary mortgage». De conformidad con la Sección 62 de la referida ley, el constituyente de este usufructo en garantía puede recuperar la posesión cuando el acreedor se haya cobrado lo debido con los rendimientos del inmueble o cuando haya expirado el plazo pactado, si lo hubiere, y se hubiese pagado o satisfecho la deuda. De acuerdo con la Sección 67, en ningún caso tendrá el acreedor el derecho a apropiarse de la finca, el llamado *foreclosure*, ni a realizar el valor del mismo⁶⁶.

Se trata de una figura a la que se suele acudir en caso de tener necesidades extraordinarias, como pueden ser las derivadas de la boda de una hija, de un funeral (a cuyos gastos se añade la consiguiente pérdida de fuerza de trabajo para la unidad familiar), de inundaciones, sequías o malas cosechas. No conlleva en ningún caso la facultad de realización de valor del inmueble, aunque para el acreedor puede tener el aliciente de que, en algún momento futuro, el prestatario decida venderle la finca usufructuada a un precio asequible⁶⁷. En ocasiones, aunque no siempre, el *usufructuary mortgage* sirve únicamente para compensar los intereses del préstamo con los frutos obtenidos del terreno, al estilo de los orígenes de nuestra anticresis, aunque la figura tiene raíces en el Derecho galés e inglés⁶⁸.

Pese a que las previsiones del Derecho catalán se limitan a las dos normas anteriormente señaladas y, por tanto, es difícil extraer de ellas un régimen jurídico completo, parece claro que se trata de una figura distinta a la hipoteca del derecho de usufructo (art. 107.1 LH), quizá constituido sobre cosa propia. En este caso habría derecho de realización de valor del usufructo gravado, pero el acreedor no percibiría las utilidades del bien, contrariamente a lo que establece el art. 561-3.2.c) CCCat⁶⁹.

Este usufructo de seguridad se distingue de los derechos reales de garantía, justamente, porque no confiere facultad alguna de realización de valor⁷⁰. Tiene la virtualidad, además, de no discriminar en cuanto a los bienes sobre los que puede recaer, ya sean muebles o inmuebles, aunque

⁶⁶ La versión en inglés de este texto legal se encuentra disponible en <https://www.indiacode.nic.in/bitstream/123456789/2338/1/A1882-04.pdf> (última consulta: 10 de agosto de 2020). Sobre esta figura, R. GHOSE, *The Law of Mortgage in India*, Calcutta, Thacker, Spink and Co. 1877, esp. pp. 218 y ss., disponible en https://www.indiacode.nic.in/handle/123456789/12924?view_type=browse&sam_handle=123456789/2490 (última consulta: 11 de agosto de 2020).

⁶⁷ Para un análisis económico reciente del uso de esta figura en una zona rural desfavorecida, C. BELL y M. HATLEBAKK, «Usufructuary Mortgages as a Source of Funds in Need: Some Theory and an Empirical Investigation», *CMI Working Paper*, 6, 2017, en <https://www.cmi.no/publications/file/6266-usufructuary-mortgages-as-a-source-of-funds-in.pdf> (última consulta: 11 de agosto de 2020).

⁶⁸ R. GHOSE, *The Law of Mortgage...*, p. 219.

⁶⁹ Cfr. P. DEL POZO CARRASCOSA, A. VAQUER ALOY y E. BOSCH CAPDEVILA, *Derecho civil de Cataluña. Derechos reales*, 5.^a ed., Madrid, Marcial Pons, 2015, p. 379. Sobre la hipoteca del usufructo sobre cosa propia, F. BADOSA COLL, «Les garanties reals...», pp. 188-190.

⁷⁰ F. BADOSA COLL, «Les garanties reals...», pp. 180 y 182; P. DEL POZO CARRASCOSA, A. VAQUER ALOY y E. BOSCH CAPDEVILA, *Derecho civil de Cataluña...*, p. 379.

no puede garantizar todo tipo de obligaciones, sino únicamente las dinerarias⁷¹.

Se ha afirmado también que la garantía que brinda supera o excede del efecto propio de la anticresis, puesto que comprende todas las utilidades del bien, tanto las derivadas de su uso (art. 561-2.2) como las de su disfrute (art. 561.6), lo que, desde esta perspectiva, representaría un valor superior y explicaría que no se limitase a bienes «fructíferos»⁷². Dejando de lado que, salvo por los bienes consumibles, que no deberían ser el objeto característico de esta modalidad de usufructo, prácticamente todos los bienes son en principio capaces de producir frutos (al menos, civiles)⁷³, parece más coherente entender que, como en el Derecho de la India, la virtualidad de la figura no radica en la atribución de un uso al acreedor con la función de satisfacer el crédito (lo que nos acercaría al terreno de las obligaciones facultativas, puesto que se habría pactado una obligación dineraria que, sin embargo, cabría dar por saldada con una atribución patrimonial distinta)⁷⁴, sino en la transmisión de la posesión al acreedor para que, con los frutos obtenidos de la explotación del inmueble, pueda imputarlos a amortizar de manera gradual intereses y capital. La idea que subyace es, seguramente, que los frutos serán valorables en términos dinerarios, en correspondencia con la obligación a cuya satisfacción sirve el usufructo. Si esta interpretación es correcta, la compatibilidad de este usufructo de seguridad con derechos reales de garantía conduciría de plano al terreno del tradicional pacto anticrético.

El constituyente de la garantía puede ser, y normalmente será, el propietario del bien, pero nada excluye que un usufructuario someta su derecho a una funcionalidad distinta a favor de un tercero, el acreedor de la obligación dineraria⁷⁵. Esta constatación, que parece segura, puede resultar útil para ampliar los requisitos de acceso a las figuras que actualmente se encuentran en el mercado⁷⁶, especialmente para supuestos en que uno de los miembros de la pareja haya sobrevivido al otro y sea usufructuario universal del fallecido, bien por voluntad del causante (art. 427-34

⁷¹ Aboga por su extensión a las obligaciones genéricas F. BADOSA COLL, «Les garanties reals...», p. 185.

⁷² F. BADOSA COLL, «Les garanties reals...», pp. 180 y 182. Pone como ejemplo las utilidades que se relacionan respecto de los derechos de aprovechamiento parcial, p. 184.

⁷³ J. ALEGRE DE MIQUEL, *Derecho de anticresis...*, p. 123, cita como ejemplo ciertamente extraño, pero no imposible, de bienes que no se considerarían fructíferos las áreas declaradas reservas humanas de la biosfera (Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, BOE núm. 299, de 14 de diciembre de 2007).

⁷⁴ Y ello genera, además, el problema de atribuir un valor al uso independientemente de los frutos que produzca el bien, cuestión que se plantea F. BADOSA COLL, «Les garanties reals...», pp. 184-185, sin llegar a determinar qué parámetros elegir ni si sería precisa una cuantificación apriorística de la utilidad del bien. Si se compartiese esta interpretación, claramente la práctica requeriría una cuantificación por adelantado, a riesgo de desnaturalizar de otro modo totalmente la figura, como se acaba de apuntar en el texto.

⁷⁵ F. BADOSA COLL, «Les garanties reals...», p. 184.

⁷⁶ Cfr. con lo que sucede con la hipoteca inversa, que solo puede ser constituida por el propietario pleno o por el nudo propietario, pero no por el usufructuario; H. SIMÓN MORENO, *La optimización...*, p. 103.

CCCat), bien por disponerlo así la legislación relativa a la sucesión abintestato (art. 442-3 a 442-7 CCCat). Si, como en el último caso citado, el usufructo es vitalicio, la figura pierde atractivo para el acreedor, por lo que sería preciso incentivar el otorgamiento de testamento y el establecimiento de un usufructo con un plazo de duración holgado.

Como acertadamente se ha señalado, es posible que correspondan al usufructuario la totalidad o solo una parte de las utilidades del bien (art. 563-1 CCCat)⁷⁷ e igualmente sería posible la aleatoriedad derivada de la compensación de la deuda (o solo de los intereses) con los rendimientos que produzca el bien (al estilo de lo previsto en el art. 1885 CC)⁷⁸.

En todo caso, esta modalidad de usufructo, por su propia función, requiere, como la anticresis con derecho de realización de valor, un plazo pactado, de modo que, a partir del momento fijado, el usufructo se extinga y, eventualmente (es decir, si no se ha pactado la compensación aleatoria ni el acreedor ha renunciado a ello, como sucede, justamente, con el producto que actualmente se comercializa), se faculte al acreedor para perseguir tanto el bien usufructuado como el resto del patrimonio del deudor, especialmente si se parte de la idea de que, mientras dure el usufructo, la deuda es inexigible para el acreedor, puesto que se ha pactado otro modo de satisfacerla⁷⁹. Esto último es coherente con lo que ocurre con cualquier préstamo en que se haya establecido un calendario de amortización, aunque conviene tener presente que este usufructo de garantía no tiene por qué asegurar precisamente un préstamo⁸⁰.

Desde la dogmática civil más pura, se defiende que mientras esté vigente este usufructo, tampoco el deudor está facultado para pagar la deuda y «liberar» el bien del gravamen usufructuario⁸¹. No obstante, claras razones prácticas y de analogía con lo que sucede cuando estamos ante derechos reales de garantía que aseguran la devolución de un préstamo, generalmente productor de intereses, es lógico proteger al prestatario de una vinculación larga a un mecanismo de satisfacción de la deuda que pueda perjudicar sus intereses económicos. De ahí que la legislación sobre esta materia se haya esforzado por ir reduciendo las comisiones por amortización anticipada y que, en la reforma operada por la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario⁸² (LCCI), la amortización anticipada se contemple como un derecho del deudor, aunque no se hubiese pactado (art. 23). La regla general conforme a la cual el

⁷⁷ F. BADOSA COLL, «Les garanties reals...», p. 184.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 188.

⁷⁹ *Ibid.*, pp. 185 y 187, aunque este autor parte de la indeterminación del plazo; es decir, considera que, si nada se ha pactado, el usufructo durará tanto como sea necesario para que las utilidades percibidas satisfagan la deuda.

⁸⁰ Sobre la posibilidad de que garantice obligaciones periódicas y a plazos, F. BADOSA COLL, «Les garanties reals...», pp. 187-188.

⁸¹ *Ibid.*, pp. 186-187. Por el contrario, entendiendo que el usufructo se extingue una vez pagada la deuda «bien sea directamente por el deudor, o mediante la imputación de frutos», P. DEL POZO CARRASCOSA, A. VAQUER ALOY y E. BOSCH CAPDEVILA, *Derecho civil de Cataluña...*, p. 379.

⁸² BOE núm. 65, de 16 de marzo de 2019.

plazo se presume establecido en beneficio de ambas partes en la relación obligatoria (art. 1127 CC) sufre, pues, un importante desgaste, del que seguramente no debe escapar tampoco el crédito para cuya satisfacción se haya constituido el usufructo en garantía. De hecho, el producto de tipo anticrético que se comercializa en la actualidad contempla expresamente la posibilidad de amortización anticipada.

Ciertamente, como en la anticresis, interesa tanto al deudor (y al propietario o usufructuario del bien, si son personas distintas) como al acreedor que el rendimiento obtenido sea el óptimo; de ahí que pese sobre este último la obligación de administración productiva del bien y que convenga aplicarle también las obligaciones de rendir cuentas que corren a cargo del titular de una anticresis (art. 569-25.4 CCCat)⁸³.

Siendo así que es propio de la deuda dineraria generar intereses, parece oportuno entender que este usufructo en garantía se extenderá a ellos. De hecho, si se pactan intereses, debe considerarse implícita la extensión a los mismos.

La imputación de los rendimientos a la satisfacción de la deuda se llevará a cabo según las reglas propias del efecto anticrético (arts. 569-2.2 y 569-23 CCCat; arts. 1868 y 1881 CC), de modo que se imputarán en primer lugar a los intereses y solo si resultasen suficientes, al capital. Aunque ciertamente este criterio no beneficia al deudor, no deja de ser el reflejo del principio general recogido en el art. 1173 CC⁸⁴.

Pese a que alguno de los pocos autores que se han ocupado del tema remite para el usufructo en garantía a las reglas generales de prelación de créditos, con referencia al art. 569-2.4 CCCat⁸⁵, parece que en este caso no concurren las razones de fondo que justifican extender la preferencia para el cobro al acreedor anticrético (o retentor) catalán, al no conllevar el usufructo de seguridad derecho de realización de valor alguno; preferencia que, huelga decir, la normativa no recoge ni en sede de ejecuciones singulares ni en el ámbito concursal.

Cuestión distinta, y en absoluto intrascendente, es que, tratándose de un derecho de usufructo y no de un derecho de retención (art. 154 TR-LC; art. 59 bis LC), debería resistir al concurso como lo haría cualquier otro derecho real que hubiese salido del patrimonio del concursado con anterioridad; lo que se integraría en la masa activa sería la nuda propiedad. El vencimiento anticipado de la obligación al abrirse la fase de liquidación (art. 414 TR-LC; art. 146 LC) no es, tampoco, causa de extinción de esta modalidad de usufructo, como lo sería la extinción de la obligación [art. 561-16.1.g)

⁸³ Aplica también analógicamente el precepto F. BADOSA COLL, «Les garanties reals...», p. 186, pese a que se refiere claramente a la obtención de rendimientos (frutos) y no de utilidades.

⁸⁴ No parece justificable defender la conclusión contraria sobre la base, únicamente, del orden inverso en que se expresa, accidentalmente y tratando de una cuestión distinta, el art. 569-25.4 CCCat, como defiende F. BADOSA COLL, «Les garanties reals...», p. 186. En el sentido del texto, F. RIVERO HERNÁNDEZ, «Comentario al artículo 561-3 CCCat», p. 1138.

⁸⁵ F. RIVERO HERNÁNDEZ, «Comentario al artículo 561-3 CCCat», p. 1138.

CCCat]⁸⁶. Por consiguiente, parece que el usufructuario debería poder seguir en la posesión del bien y obtener sus rendimientos y utilidades de conformidad con el derecho que le asiste para destinarlos a la satisfacción de la deuda, en los términos vistos. Que esto pueda constituir una desviación importante respecto de las reglas generales, de parecida entidad a si se defiende la resistencia al concurso de la retención anticrética, tal vez en este punto no es óbice a la conclusión apuntada, puesto que deriva de la propia naturaleza del derecho constituido. En esta ocasión, el olvido por parte del legislador de figuras propias del Derecho civil de las comunidades autónomas podría beneficiar al titular del usufructo en garantía.

A la vista de lo que precede, parece bastante adecuado caracterizar la figura que actualmente se comercializa como un usufructo de seguridad o en garantía de esta índole. Se excluye la realización de valor, se limita la responsabilidad a las rentas obtenidas del alquiler del inmueble en un plazo determinado (es decir, las derivadas de una tipo de explotación concreto del bien), se permite la amortización anticipada de la deuda y la posesión y gestión del inmueble corresponden al acreedor⁸⁷, quien además se compromete a rendir cuentas de la misma⁸⁸, puesto que la administración productiva del bien interesa a ambas partes. Pese a afirmarse expresamente que lo que se constituye sobre el inmueble es un derecho de anticresis y practicarse la correspondiente inscripción con esta nomenclatura, es de todos sabido que el nombre no hace a la institución⁸⁹.

Ahora bien, si esta conclusión es acertada, es preciso plantearse también cuál es la normativa aplicable a este usufructo de seguridad desde el punto de vista de la legislación de consumo y de contratación de préstamos vinculados a un inmueble.

V. LA NORMATIVA DE CRÉDITOS INMOBILIARIOS Y DE CONSUMO Y EL USUFRUCTO EN GARANTÍA

Si se interpreta que este tipo de producto no responde a la caracterización de los derechos reales de garantía, es legítimo plantearse, en primer lugar, si debería caer bajo el ámbito de aplicación de la LCCI.

⁸⁶ Lo que se considera propio de la accesoriadad de las garantías: F. BADOSA COLL, «Les garanties reals...», p. 186; F. RIVERO HERNÁNDEZ, «Comentario a los artículos 561-16 y 561-17 CCCat», en DECANATO AUTONÓMICO DE LOS REGISTRADORES DE CATALUÑA (ed.), *Comentarios al libro V del Código civil de Cataluña (arts. 553-1 a 563-4)*, t. II, Barcelona, Bosch, 2008, pp. 1121-1240, esp. p. 1235.

⁸⁷ Notas, estas tres, que caracterizan también al *usufructuary mortgage* del Derecho de la India: R. GHOSE, *The Law of Mortgage*, esp. p. 222, en cuanto a la limitación de responsabilidad.

⁸⁸ Por otro lado, caso de que el acreedor incumpla sus obligaciones de proveer las cuantías pactadas, se prevé la posibilidad de resolución con derecho del prestatario a las cuantías ya recibidas, en concepto de cláusula penal. Si se incumpliese la obligación de administración diligente, se prevé una solución parecida a la establecida en el art. 520 CC: el propietario puede recuperar la posesión de la finca, pero los rendimientos siguen sujetos a la función satisfactiva de la deuda. Así se había propuesto con anterioridad, a falta de regulación catalana al respecto: M. ANDERSON, «L'anticresi: algunes qüestions...», p. 141.

⁸⁹ Todo ello, sin perjuicio de que consideraciones de índole fiscal, como puede ser la mayor tributación del usufructo, puedan llevar en la práctica al alejamiento de esta figura a la que, por lo demás, también le falta desarrollo normativo.

En efecto, según el art. 2.1.a) de esta norma, se aplica a «la concesión de préstamos con garantía hipotecaria u otro derecho real de garantía sobre un inmueble de uso residencial». Al no tratarse de un derecho real de garantía, la LCCI no resultaría de aplicación.

No obstante, es preciso tener en cuenta que esta es la interpretación que realiza el legislador español del art. 3.1.a) de la Directiva 2014/17/UE⁹⁰, cuya redacción es ecléctica y ciertamente difícil de comprender desde la perspectiva de nuestro propio derecho de garantías inmobiliarias. No es sencillo determinar a qué se refiere el legislador europeo cuando alude a «los contratos de crédito garantizados por una hipoteca o por otra garantía comparable comúnmente utilizada en un Estado miembro sobre bienes inmuebles de uso residencial, o *garantizados por un derecho relativo a un bien inmueble de uso residencial*». Y el art. 4 no incluye en el listado de definiciones ni lo que sea a efectos de esta norma un inmueble de uso residencial, ni tampoco lo que se considera *garantía* o *garantizar*.

Pudiera parecer que se incluyen también en el ámbito de la Directiva créditos como los aquí estudiados, puesto que efectivamente cabe considerar que el desplazamiento posesorio y la percepción de los rendimientos del inmueble aseguran, en sentido coloquial, el cumplimiento de la obligación. Como también lo hace la facultad de retención prevista en el Código Civil para determinados supuestos, pero sin configurarse por ello como derecho real de garantía. Pero, en el usufructo de seguridad, la función amortizadora es tan clara que cabe incluso dudar de que se trate de una medida de presión que incentive el cumplimiento; más bien se configura como un método de satisfacción (de «pago», en sentido coloquial). Quizá la Directiva estuviese pensando más bien en los usufructos en garantía del Derecho alemán, que sí entran en funcionamiento ante supuestos de incumplimiento.

Por otro lado, tanto al regular la información precontractual como a lo largo de la Directiva (destacadamente, el art. 28, pero también el art. 18) se parte de que el derecho «relativo» al inmueble, el que la Directiva regula, permite al acreedor acceder al valor en venta del bien⁹¹.

Lo mismo ocurre en la LCCI, en cuyo diseño confluyeron las prisas por transponer la norma comunitaria de manera literal con la intención de evitar pleitos sobre cláusulas abusivas en el marco de los préstamos o créditos hipotecarios.

De ahí que quepa defender que este tipo de producto queda al margen de la LCCI. De hecho, al haber reproducido el legislador estatal la exclu-

⁹⁰ 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 y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) núm. 1093/2010 (DOUE L 60, de 28 de febrero de 2014).

⁹¹ Sin embargo, es preciso reconocer que el apartado 13 de la FEIN, interpretado a contrario, permite entender que las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones por parte del prestatario pueden no comportar la desposesión del inmueble.

sión de la hipoteca inversa [art. 2.4.f) LCCI y art. 3.2.a) de la Directiva 2014/17], que sin duda conlleva la facultad de realizar el valor, siquiera diferida, resultaría hasta cierto punto paradójico que un derecho sobre la finca que no permite ejecutarla estuviese sujeto al régimen de la LCCI, especialmente teniendo en cuenta que el crédito únicamente se satisface con los rendimientos derivados de alquilar el inmueble. La exclusión de la hipoteca inversa del ámbito de aplicación de la Directiva, sin que ni siguiera se establezcan las cautelas previstas para las hipotecas puente y pese a que el legislador español establezca obligaciones de transparencia⁹², es ciertamente sorprendente, dada la situación de necesidad y la potencial vulnerabilidad de los consumidores a los que va dirigida⁹³. También son potencialmente vulnerables los prestatarios que optan por un producto anticrético del estilo aquí analizado, pero sin duda las consecuencias para su patrimonio (y para el de sus herederos) son de menor enjundia⁹⁴.

Por otro lado, y a diferencia de lo que sucede con el seguro de caución como alternativa a la hipoteca para asegurar la devolución del precio de adquisición del inmueble, no se plantea aquí la duda (ni abordó la cuestión la entonces todavía denominada DGRN en su Instrucción de 20 de diciembre de 2019)⁹⁵, la eventual subsunción del supuesto en la también críptica letra b) del art. 2 LCCI, por razón del destino del crédito concedido.

Huelga decir que la trascendencia de considerar que estos productos no se encuentran sujetos a la LCCI es destacable. Entre otras muchas cuestiones, se evitaría el controvertido control notarial de transparencia (art. 15), que, por tanto, tampoco podría ser luego fiscalizable al tiempo de practicar la inscripción del derecho en el Registro de la Propiedad. Tal vez por ello en la publicidad y en la documentación precontractual se afirma repetidamente que el «derecho de anticresis» se inscribirá como máxima garantía de transparencia.

⁹² Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria (BOE núm. 294, de 8 de diciembre de 2007), DA 1.^ª, y Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (BOE núm. 261, de 29 de octubre de 2011), art. 32. Vid. H. SIMÓN MORENO, *La optimización...*, pp. 143 y ss.

⁹³ M. ANDERSON, «La Directiva 2014/17/UE, sobre créditos hipotecarios y su previsible impacto en el Derecho español», en E. ARROYO AMAYUELAS y A. SERRANO DE NICOLÁS (eds.), *La europeización del Derecho privado: cuestiones actuales*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2016, pp. 52-55. En el mismo sentido, R. ARNÁIZ RAMOS, «La movilización...» y en el capítulo correspondiente de este mismo volumen, donde también se refiere al vacío relativo a la obligación de asesoramiento independiente; H. SIMÓN MORENO, *La optimización...*, pp. 147-150.

⁹⁴ No parece ser esta, en cambio, la perspectiva tomada por los operadores privados y por el Banco de España, que incluye a Pensium Direct S. L. entre los prestamistas inmobiliarios inscritos en el Registro de intermediarios de crédito inmobiliario y prestamistas inmobiliarios creado en aplicación de la Directiva 2014/17 y de la LCCI; vid. <https://www.bde.es/bde/es/secciones/servicios/registro-de-intermediarios-de-credito-inmobiliario-y-prestamistas-inmobiliarios-f9b-4c48dc94fe61.html> (última consulta: 9 de septiembre de 2020). Cfr. también con la opinión de R. ARNÁIZ, en el capítulo relativo a la hipoteca inversa en este mismo volumen.

⁹⁵ Instrucción DGRN de 20 de diciembre de 2019, sobre la actuación notarial y registral ante diversas dudas en la aplicación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (BOE núm. 313, de 30 de diciembre de 2019).

Sin embargo, no hay duda de que el prestatario en este tipo de créditos es un consumidor. De ahí que quepa plantear si rige la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo (LCC). Si bien no hay problema para encajar la operación en la amplia definición del art. 1 de esta disposición [que, por lo demás, excluye de su ámbito los créditos garantizados con hipoteca inmobiliaria; art. 3.a)] parece que la LCC tampoco resultaría de aplicación, puesto que el art. 3.k) excluye a «los contratos de crédito para cuya celebración se pide al consumidor que entregue un bien al prestamista como garantía de seguridad y en los que la responsabilidad del consumidor está estrictamente limitada a dicho bien». En el caso que nos ocupa, se entrega un bien al acreedor para que pueda cobrar lo debido y la responsabilidad ni siquiera se extiende al valor íntegro del bien, sino que se limita a los rendimientos que quepa obtener del mismo, en un plazo limitado, por medio del arrendamiento a terceros.

Por otro lado, incluso si se estimase la operación sujeta a la LCC, su aplicación no sería íntegra en la mayoría de los casos, puesto que con frecuencia el límite de crédito excedería de los 75.000 euros (art. 4.5 LCC).

En cualquier caso, la contratación con consumidores debe respetar lo establecido en el TR-LGDCU⁹⁶ y, en concreto, la normativa sobre cláusulas abusivas.

En este tipo de contratos, suele establecerse la prohibición de disponer del inmueble o, mejor dicho, el compromiso de que el propietario no grave, venda ni enajene por cualquier título la vivienda, sin cancelar previa o simultáneamente el crédito que se le concede. Estando inscrito el derecho, parece claro que esta previsión —cuya inscripción ni se solicita ni se obtendría— es no solo superflua, puesto que el tercero hipotecario adquiriría con sujeción al mismo, sino que además raya en la abusividad. Sin embargo, el TS en Sentencia de 16 de diciembre de 2009⁹⁷ no fue del todo claro al respecto, puesto que por un lado admitía la validez de las cláusulas cuyos efectos son meramente obligacionales, aunque por otro anulaba la del caso enjuiciado por falta de claridad. Además, es difícil justificar la abusividad si se tiene en cuenta lo dispuesto en el apartado 5, párrafo 2.º, de la DA 1.ª de la Ley 41/2007, en relación con la hipoteca inversa. En realidad, cabe preguntarse si no es esta otra cláusula abusiva sancionada o, mejor, impuesta por el mismo legislador. Se ha querido justificar por el carácter *intuitu personae* de la figura y por el hecho que, de transmitirse el inmueble a un tercer poseedor, el acreedor hipotecario no podría beneficiarse de un eventual aumento de valor de la finca, siendo así que quizá sea este el único bien que integra el patrimonio del deudor, pero son argumentos que decaen ante la evidencia de que el acreedor sigue teniendo garantizado su crédito hasta el máximo de responsabilidad hipotecaria pactado⁹⁸.

Por lo demás, la figura quedaría en una especie de limbo no ya concurusal, sino también de consumo, lo que, desde luego, no parece deseable, dada la ya referida potencial vulnerabilidad de los prestatarios.

⁹⁶ Real Decreto Legislativo 1/2007, Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los consumidores y Usuarios (BOE núm 287, de 30 de noviembre de 2007).

⁹⁷ ECLI:ES:TS:2009:8466.

⁹⁸ Vid. H. SIMÓN MORENO, *La optimización...*, pp. 125 y ss.

VI. REFLEXIONES FINALES

Llegados a este punto, es preciso reconocer que quizá sea cierto que las fórmulas anticréticas suenan a viejo, pero en un sentido distinto al que se empleaba al inicio de estas líneas. Ahora más bien se presentan como una alternativa más, hasta cierto punto novedosa incluso, para hacer frente a las necesidades de financiación con las que, si las cosas van bien, nos podemos enfrentar todos tarde o temprano.

No hay que llevarse a engaño: los mayores, son (y vamos a ser) «un negocio» desde el punto de vista de quien diseña productos a medida de ciertos colectivos. Pero también lo son los niños, los adolescentes, los jóvenes, los cuarentones, los ejecutivos con gran poder adquisitivo o los menos afortunados: sectores del mercado al fin y al cabo.

A muchos les resulta hiriente que estos productos diseñados para la atención a la tercera edad o a la dependencia, o para la financiación de esas atenciones, se comercialicen con unas evaluaciones de riesgo que, como es natural, tienen en cuenta la esperanza de vida, con frecuencia corta desde el momento en que se decide el ingreso en una residencia. Esperemos que en poco tiempo la atención a los mayores en centros públicos y privados mejore y que no sean un último recurso para casos especialmente graves.

En cualquier caso, no obstante, el producto que se comercializa en la actualidad y que, como queda dicho, no es un derecho real de garantía según la definición de la que aquí se ha partido, tiene ventajas innegables sobre otros: en realidad, evita la sobregarantía, en la medida en que la responsabilidad del patrimonio del prestatario se ciñe únicamente a los frutos que genere el inmueble al someterlo a una explotación concreta (y no otra) y por un plazo, cuya extensión quizá pueda cuestionarse, pero que es a fin de cuentas limitado. Sin duda, la moderación de la garantía conduce a una menor incidencia sobre el patrimonio del prestatario y, naturalmente, tampoco erosiona de modo tan acentuado las expectativas de sus herederos como lo hacen otros productos.

La evitación de la sobregarantía es una nota que comparte con el usufructo de seguridad o en garantía de la legislación catalana⁹⁹, figura poco explorada hasta el momento, pero cuyas posibilidades son, como se ha procurado explicar, interesantes, también porque permiten que el usufructuario se beneficie del valor de disfrute del bien para sufragar sus gastos, aunque es preciso reconocer que, en los supuestos de usufructos vitalicios, como lo es el del cónyuge o pareja superviviente en el Derecho catalán, el riesgo para el acreedor incrementa y, por tanto, las precauciones en cuanto a la cantidad prestada aumentarán de modo correlativo.

Nada perdemos desde el punto de vista académico y práctico en explorar estas nuevas pero antiguas vías, especialmente si, además de permitir

⁹⁹ F. BADOSA COLL, «Les garanties reals...», p. 183.

el acercamiento a ciertos ordenamientos considerados exóticos, pueden desempeñar un papel relevante en la tranquilidad esencial a los últimos años de vida.

Quizá lleguemos a la conclusión de que los múltiples productos para la atención financiera a la tercera edad que ya existen en el mercado y los que puedan seguir apareciendo requieren un marco normativo común, ideado desde el punto de vista de la protección de unos consumidores que pueden ser especialmente vulnerables, no ya por cuestiones de deterioro cognitivo propio del envejecimiento, sino por el mero hecho de requerir crédito para sufragar las necesidades más básicas en un momento en que, idealmente, debería estar todo resuelto en el plano económico. Dicho marco debería permitir tanto al consumidor de estos productos como al empresario elegir entre distintas fórmulas sin que las diferencias de regulación, tanto por lo que se refiere a los requisitos de la contratación, como en lo relativo a las consecuencias fiscales de una u otra alternativa, distorsionen la toma de decisiones.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEGRE DE MIQUEL, J., *Derecho de anticresis: naturaleza y función. Examen comparativo de la anticresis en el Código civil español y en el Código civil catalán*, Barcelona, Atelier, 2017.
- «Mejor que la dación en pago», *La Vanguardia*, 16 de febrero de 2014, en <https://www.pressreader.com/spain/la-vanguardia-dinero/20140216/281569468629332> (última consulta: 6 de agosto de 2020).
- ALONSO LEDESMA, C., «Delimitación de la masa pasiva: las clases de créditos y su graduación», en GARCÍA VILLAVERDE, R.; ALONSO UREBA, A., y PULGAR EZQUERRA, J. (dirs.), *Derecho concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la reforma concursal*, Madrid, Dilex, 2003, pp. 177-206.
- ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A., *El Registro de la Propiedad y las preferencias del crédito en la ejecución y en el concurso*, Granada, Comares, 2004.
- ANDERSON, M., «L'anticresi: algunes qüestions de naturalesa i de règim jurídic», *La Notaría*, 11-12 de noviembre-diciembre de 2003, pp. 133-143.
- «El derecho de retención de la Ley catalana 19/2002 en el concurso de acreedores», en LAUROBA LACASA, M. E., y MARSAL GUILLAMET, J. (coords.), *Garantías reales mobiliarias en Europa*, Madrid, Marcial Pons, 2006, pp. 483-506.
- «L'anticresi catalana en la nova Llei concursal: la preferència per al cobrament», *RCDP*, núm. 6, 2006, pp. 53-90.
- «Recursos governatius. Comentaris a les resolucions de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques», *InDret*, núm. 3, 2015, en http://www.indret.com/pdf/1161_cat.pdf; *InDret*, núm. 4, 2016, en http://www.indret.com/pdf/1256_cat.pdf; *InDret*, núm. 3, 2019, en <http://www.indret.com/pdf/1476.pdf> (últimas consultas: 6 de agosto de 2020).
- «La tasación de la finca a efectos de la hipoteca y de su ejecución», en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (ed.), *Vivienda e hipoteca*, Madrid, Tecnos, 2018, pp. 185-240.
- ARNÁIZ RAMOS, R., «La movilización de activos inmobiliarios de personas mayores», *IDIBE*, 13 de junio de 2019, en <https://idibe.org/tribuna/la-movilizacion-activos-inmobiliarios-personas-mayores> (última consulta: 9 de agosto de 2020).

- ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (ed.), *Propuesta de Código Civil*, Madrid, Tecnos, 2018.
- BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1987.
- «Les garanties reals en el CCCat», en LAUROBA LACASA, E. (dir.) y TARABAL BOSCH, J. (coord.), *Garantías reales en escenarios de crisis: presente y prospectiva*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 157-190.
- BERMEJO GUTIÉRREZ, N., *Créditos y quiebra*, Madrid, Civitas, 2002.
- BLASCO GASCÓ, F. P., *Prelación y pago de los acreedores concursales*, Madrid, Thomson-Aranzadi, 2004.
- BRINKMANN, M.; RÜTHER, D., y SCRABACK, B., *Security Rights in Intellectual Property in Germany*, en KIENINGER, E.-M. (ed.), *Secutiry Rights in Intellectual Property*, Springer Nature Switzerland, 2020, pp. 395-432.
- CABANAS TREJO, R., «Créditos contra la masa y créditos concursales», *La Notaría*, núm. 3, 2004, pp. 85-97.
- CARRASCO PERERA, A., y CARRETERO GARCÍA, A., «Los derechos de retención y anticresis en la Ley 19/2002, de Catalunya, de derechos reales de garantía», *RJC*, I, 2004, pp. 9-34.
- CASTILLO MARTÍNEZ, C. C., «La nueva ley concursal española en el marco de la armonización del derecho europeo: el principio de universalidad y la clasificación de los créditos en el concurso», *Actualidad Civil*, núm. 3, 2003, pp. 885-905.
- DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol. 2, *Las relaciones obligatorias*, Madrid, Tecnos, 1996.
- DÍEZ SOTO, C. M., «Los privilegios crediticios como mecanismos de protección del crédito», en CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (ed.), *Preferencias de créditos: Manuales de formación continuada*, vol. 2, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2000, pp. 23-156.
- GARCÍA-GRANERO FEZ, J., «Acerca de la naturaleza jurídica del derecho de anticresis», *RCDI*, 1945, pp. 457-478.
- GARRIDO GARCÍA, J. M., *Tratado de las preferencias del crédito*, Madrid, Civitas, 2000.
- «La graduación de créditos», en ROJO EMILIO, A. (dir.), *La reforma de la legislación concursal*, Madrid, Marcial Pons, 2003, pp. 225-247.
- «Clases de créditos» y «Créditos con privilegio especial», en BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M. et al. (coords.), *Comentario de la Ley Concursal*, t. I, Madrid, Thomson-Civitas, 2004 (reimpresión de 2006), pp. 1596-1634.
- GHOSE, R., *The Law of Mortgage in India*, Calcutta, Thacker, Spink and Co. 1877, esp. pp. 218 y ss., en https://www.indiacode.nic.in/handle/123456789/12924?view_type=browse&sam_handle=123456789/2490 (última consulta: 11 de agosto de 2020).
- GÓMEZ CALLE, E., «El derecho de retención sobre bienes muebles. Una garantía en ascenso», *InDret*, núm. 4, 2011, en https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/858_es_.pdf (última consulta: 8 de agosto de 2020).
- GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M., «La legitimación de una cláusula abusiva por la Ley 1/2013, de protección de los deudores hipotecarios», *El Notario*, núm. 20, 11 de julio de 2013, en <http://www.elnotario.es/index.php/revista-50/opinion/opinion/52-la-legitimacion-de-una-clausula-abusiva-por-la-ley-1-2013-de-proteccion-de-los-deudores-hipotecarios> (última consulta: 8 de agosto de 2020).
- GUILARTE GUTIÉRREZ, V., «Artículo 89», en SÁNCHEZ CALERO, J., y GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, t. II, Valladolid, Lex Nova, 2004, pp. 1775-1779.
- GUILARTE ZAPATERO, V., «Comentario al artículo 1881 del Código civil», en ALBALADEJO GARCÍA, M. (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXIII Madrid, Edersa, 2004 (ID vLex: 232184).

- GULLÓN BALLESTEROS, A., *La prelación de créditos en el Código civil*, Barcelona, Bosch, 1962.
- HATLEBAKK, M., «Usufructuary Mortgages as a Source of Funds in Need: Some Theory and an Empirical Investigation», *CMI Working Paper*, núm. 6, 2017, en <https://www.cmi.no/publications/file/6266-usufructuary-mortgages-as-a-source-of-funds-in.pdf> (última consulta: 11 de agosto de 2020).
- K&L GATES, 2017: *European Insolvency and Enforcement Country Guide*, en https://files.klgates.com/files/publication/89b4d685-fbc8-44bf-95a8-8e80eeb92b99/presentation/publicationattachment/dc594b13-f66b-44bb-b8a3-694c7089866c/kl-gates_european_insolvency_and%20enforcement_country_guide_revised_september_2017.pdf (última consulta: 31 de agosto de 2020).
- MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, M. D., «Las causas de preferencia crediticia tras la ley concursal», *RCDI*, núm. 681, enero-febrero de 2004, pp. 187-220.
- OBSERVATORI DE DRET PRIVAT DE CATALUNYA. SECCIÓ DE DRET PATRIMONIAL, *Treballs preparatoris del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya*, Barcelona, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia i Interior, 2003.
- PANTALEÓN PRIETO, F., «De la clasificación de los créditos», en FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. (coords.), *Comentarios a la Ley concursal*, Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 501-540.
- POZO CARRASCOSA, P. DEL; VAQUER ALOY, A., y BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho civil de Cataluña. Derechos reales*, 5.^a ed., Madrid, Marcial Pons, 2015.
- REINA TARTIÈRE, G. DE, «La anticresis: panorama tras la Ley Concursal», *Actualidad Civil*, núm. 3, 2009, pp. 1-8.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F., «Comentario al artículo 561-3 CCCat», en DECANATO AUTONÓMICO DE LOS REGISTRADORES DE CATALUÑA (ed.), *Comentarios al libro V del Código civil de Cataluña (arts. 553-1 a 563-4)*, t. II, Barcelona, Bosch, 2008, pp. 1128-1141.
- «Comentario a los artículos 561-16 y 561-17 CCCat», en DECANATO AUTONÓMICO DE LOS REGISTRADORES DE CATALUÑA (ed.), *Comentarios al libro V del Código civil de Cataluña (arts. 553-1 a 563-4)*, t. II, Barcelona, Bosch, 2008, pp. 1121-1240.
- ROJO EMILIO, A., «La reforma del derecho concursal español», en ROJO EMILIO, A. (dir.), *La reforma de la legislación concursal*, Madrid, Marcial Pons, 2003, pp. 88-130.
- SANZ FERNÁNDEZ, Á., «El derecho de preferencia en la anticresis», *RDP*, 1943, pp. 223-229.
- SIMÓN MORENO, H., *La optimización de la hipoteca inversa desde la perspectiva europea y norteamericana*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.
- SPARKES, P., «What is Mortgage Credit?», en ANDERSON, M., y ARROYO AMAYUELAS, E. (eds.), *The Impact of the Mortgage Credit Directive in Europe. Contrasting Views from Member States*, Groningen, Europa Law Publishing, 2017, pp. 23-48.

EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA MATERIAL Y EL CONTROL DE SU CUMPLIMIENTO EN LAS HIPOTECAS INVERSAS. DEFICIENCIAS REGULATORIAS Y PROPUESTAS DE MEJORA

Rafael Arnaiz Ramos
Registrador de la Propiedad
Profesor Asociado de la Universidad Autónoma de Barcelona

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ALCANCE DE LA REGULACIÓN DE LAS HIPOTECAS INVERSAS CONTENIDA EN LA DA 1.ª DE LA LEY 41/2007. LA EXISTENCIA DE HIPOTECAS INVERSAS «ATÍPICAS», O NO REGULADAS EN AQUELLA.—III. APLICACIÓN A LAS HIPOTECAS INVERSAS DE LA LCCI, REGULADORA DE LOS CRÉDITOS INMOBILIARIOS.—IV. EL CONTROL DEL CUMPLIMIENTO DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA MATERIAL EN LAS HIPOTECAS INVERSAS.—V. LA SUJECCIÓN DE LAS HIPOTECAS INVERSAS A UN REQUISITO PREVIO DE ASESORAMIENTO INDEPENDIENTE DEL PRESTATARIO.—VI. DEFICIENCIAS DEL MARCO REGULATORIO ACTUAL.—VII. CARACTERÍSTICAS DEL MERCADO ACTUAL DE HIPOTECAS INVERSAS EN ESPAÑA.—VIII. PROPUESTAS.—BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

En un momento en el que vuelve a despegar la contratación de préstamos garantizados con hipotecas inversas en el mercado español, y dada una situación demográfica que hace prever su extensión, existe una situación de insuficiencia regulatoria de tales operaciones, resultante de la inexistencia de una configuración positiva básica de su concepto y estructura y, de forma específica, de la falta de una adecuada configuración legal del régimen de control del cumplimiento de transparencia material en su contratación, lo cual deriva no solo en una insuficiente protección de los prestatarios, sino en la imposibilidad de que las medidas de fomento de su contratación produzcan el efecto deseado. Es por ello que urge desarrollar una regulación suficiente de la figura, que permita a las personas mayores considerar, de forma clara, las consecuencias jurídicas y económicas que, en relación con otras opciones, tiene para ellos el acudir a esta fórmula de financiación.

II. ALCANCE DE LA REGULACIÓN DE LAS HIPOTECAS INVERSAS CONTENIDA EN LA DA 1.^a DE LA LEY 41/2007. LA EXISTENCIA DE HIPOTECAS INVERSAS «ATÍPICAS», O NO REGULADAS EN AQUELLA

La película del año 2016 llamada en su versión original *Hell or High Water*, traducida al castellano como *Comanchería* y nominada a los Oscar de ese año como mejor película y mejor guión, relata la historia de un padre divorciado que decide robar varias sucursales del banco *Texas Midlands Bank*, a fin de conseguir el dinero necesario para devolver, al mismo banco, la deuda generada por razón de un préstamo concedido a su madre recién fallecida y garantizado con una *reverse mortgage* o hipoteca inversa. Con ello evitaría que el Banco ejecute el rancho familiar, único medio de vida del que dispone su familia y cuyo valor potencial, por razón de la posibilidad de extraer petróleo, es mucho mayor al de la deuda. La «razón moral» de tal actuación la encuentra el ladrón en la justicia intrínseca de robar a quien, a cambio de prestar a su madre la cantidad mínima necesaria para subsistir en su pobreza, pretendía quedarse con activos inmobiliarios que sabía tenían valor muy superior al inicialmente tasado.

Valga esta referencia cinematográfica para poner de manifiesto que es en el mercado inmobiliario de países anglosajones donde esta forma de financiación a personas mayores tiene su origen. En Estados Unidos, las primeras operaciones de *reverse mortgage* son ya realizadas a principios de los años sesenta del pasado siglo, fundamentalmente por bancos locales ante la demanda de liquidez de mujeres viudas propietarias de la vivienda familiar y carentes de rentas del trabajo, aunque no es hasta los años ochenta cuando reciben consideración legal. La Administración Reagan aprueba una ley reguladora de las mismas y desarrolla una política de fomento de su contratación, como fórmula de promoción pública de un sistema de cobertura de personas mayores con ingresos insuficientes y propietarias de su vivienda habitual. Para ello, estableció la posibilidad de que, concurriendo determinados requisitos en el prestatario y en su objeto, pudieran tales operaciones quedar aseguradas por el Departamento de Vivienda y Urbanismo del Gobierno Federal (por sus siglas en inglés, HUD), a través de la Agencia Federal de Vivienda (FHA, también por sus siglas en inglés)¹. Cabe, por tanto, diferenciar en la regulación estadounidense entre las hipotecas inversas «privadas», y aquellas avaladas por la Administración Pública con la finalidad de fomentar la obtención

¹ El presidente Ronald Reagan firma la Ley de 5 de febrero de 1988, por la que regula la *FHA insured Home Equity Conversion Mortgage*, en el marco de la legislación sobre Vivienda y Desarrollo Urbano aprobada en 1987. El mercado de hipotecas inversas con cobertura pública alcanzó su máximo desarrollo antes de la crisis financiera, habiéndose contratado en 2009 un total de 114.692 operaciones. Tal número descendió en los años posteriores hasta la contratación, en 2018, de solo 48.359 operaciones. En 2019 el número de operaciones sufrió un fuerte descenso, quedando en 31.274. (Fuente: STATISTA, *Number of home equity conversion mortgages (HECM) in the United States from 2005 to 2019*, en <https://www.statista.com/statistics/629946/number-of-hecms-usa/>, última consulta realizada el 7 de noviembre de 2020).

de ingresos suficientes a personas mayores. Más tarde incidiremos en esta distinción.

Por lo que a nuestro ordenamiento jurídico se refiere, el término «hipoteca inversa» es utilizado por primera vez por la Ley 41/2007². La DA 1.^a de la referida Ley incorpora una regulación parcial de las hipotecas inversas en la que se limita a identificar el conjunto de requisitos necesarios para que tales operaciones disfruten de: 1) determinados beneficios fiscales aplicables en relación con los Impuestos de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados que se devenguen por razón del otorgamiento de las escrituras públicas que documenten su constitución, novación, subrogación o cancelación, y 2) de reducciones arancelarias establecidas respecto de los honorarios notariales y registrales correspondientes a tales escrituras. No se trata, por tanto, de una regulación básica, definitoria del concepto de hipoteca inversa, delimitadora de su estructura negocial y efectos, y configuradora del régimen de transparencia aplicable con carácter necesario a su contratación, sino de una regulación de fomento de aquellas hipotecas inversas que, por razón de su objeto y de las circunstancias de los prestatarios, permiten considerar al legislador que su celebración no solo satisface el interés de las partes, sino que cumple una finalidad social, a saber, hacer posible que personas que están en edad de jubilación o en situación de dependencia o discapacidad y que, por tanto, carecen de rentas del trabajo, puedan obtener una fuente de ingresos vitalicia sin por ello perder la propiedad de su vivienda habitual.

En este sentido, la E. de M. de la Ley 41/2007, al referirse a la regulación de la hipoteca inversa que contiene, establece que: «Hacer líquido el valor de la vivienda mediante productos financieros podría contribuir a paliar uno de los grandes problemas socioeconómicos que tienen España y la mayoría de países desarrollados: la satisfacción del incremento de las necesidades de renta durante los últimos años de la vida. La hipoteca inversa regulada en esta Ley se define como un préstamo o crédito hipotecario del que el propietario de la vivienda realiza disposiciones, normalmente periódicas, aunque la disposición pueda ser de una sola vez, hasta un importe máximo determinado por un porcentaje del valor de tasación en el momento de la constitución. Cuando se alcanza dicho porcentaje, el mayor o dependiente deja de disponer de la renta y la deuda sigue generando intereses. La recuperación por parte de la entidad del crédito dispuesto más los intereses se produce normalmente de una vez cuando fallece el propietario, mediante la cancelación de la deuda por los

² Ley 41/2007, de 5 de diciembre, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia (BOE núm. 294, de 8 de diciembre de 2007). No dedicaremos este breve artículo a realizar un estudio general de la hipoteca inversa, con identificación de sus características por comparación con otras fórmulas de movilización de activos inmobiliarios de personas mayores, explicación de sus elementos configuradores y comentario detallado del contenido de la DA 1.^a de la Ley 41/2007, sino que nos centraremos en los problemas que genera la insuficiente regulación de la figura sobre todo en relación con la definición de un marco de protección y transparencia material para el prestatario. Cabe consultar un estudio completo de la hipoteca inversa en C. MARTÍNEZ ESCRIBANO, *La hipoteca inversa*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2009, o en I. ZURITA MARTÍN, «La nueva normativa de la hipoteca inversa», *RCDI*, 707, 2008, pp. 1275-1317.

herederos o la ejecución de la garantía hipotecaria por parte de la entidad de crédito».

A la vista de lo expuesto, debe entenderse posible la contratación de préstamos garantizados con hipotecas inversas que no cumplan los requisitos o, al menos, todos los requisitos establecidos por la DA 1.^a De hecho, su núm. 10 establece la posibilidad de que sean instrumentadas hipotecas inversas sobre cualesquiera otros inmuebles distintos de la vivienda habitual del solicitante, no siendo de aplicación a tales hipotecas «los apartados anteriores de esta disposición».

Inciso este último que plantea importantes dudas en relación con su alcance, pues algunos de tales apartados anteriores establecen requisitos que resulta difícil entender que no deban ser de aplicación a todas las operaciones de financiación celebradas entre un empresario y un consumidor y garantizadas con hipoteca inversa, o de deuda creciente, en las que el vencimiento de la obligación no se produzca hasta después del fallecimiento del prestatario, y ello aunque en ellas no se cumplan los requisitos específicos previstos por la DA comentada. Esta exige, para que la hipoteca inversa obtenga los beneficios fiscales y arancelarios que establece, que las personas prestatarias y beneficiarias tengan al menos 65 años de edad o estén afectadas de dependencia o un grado de discapacidad superior al 33 %, que la hipoteca se constituya sobre su vivienda habitual, que debe ser tasada y asegurada de daños en los términos previstos por la LMH³, y que se disponga del préstamo de una sola vez o de forma periódica. Por tanto, las operaciones contratadas con menores de sesenta y cinco años, o con mayores de sesenta y cinco años que quieran designar beneficiario a su cónyuge de edad inferior, o que se contraten sobre un inmueble que no sea vivienda habitual, o que se configuren como una cuenta abierta de crédito, no podrán obtener tales beneficios. Es un criterio de política legislativa discrecional, que fija el ámbito de aplicación de los mismos y de los fondos públicos que vinculan, y que puede ser fijado con mayor o menor extensión, según el alcance que se le quiera dar, y la experiencia que la práctica vaya poniendo de manifiesto.

Un ejemplo de cómo pueden modificarse los requisitos subjetivos que determinan el ámbito de aplicación de los beneficios que fomentan la contratación de determinadas hipotecas inversas lo encontramos en la regulación norteamericana de las hipotecas inversas respaldadas por la Agencia Federal de la Vivienda (*FHA Backed Home Equity Conversion Mortgages*), en la que en 2015 se introdujo una modificación para atender la situación de las viudas no prestatarias y residentes en la vivienda hipotecada, estableciéndose la posibilidad de que, vencido el préstamo por fallecimiento del prestatario, pudiera adquirirse su titularidad y la de la garantía por la FHA, y aplazar la ejecución, de forma que la viuda no prestataria pudiera permanecer en la vivienda⁴.

³ Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario. (BOE de 15 de abril de 1981)

⁴ El texto de la modificación puede consultarse en <https://www.hud.gov/sites/documents/15-15ML.PDF> (última consulta realizada el 7 de noviembre de 2020).

Sin embargo, no cabe entender lo mismo respecto de aquellas reglas de la DA que fijan requisitos de protección del prestatario y de transparencia material de la operación: ¿está justificado que no sea de aplicación a las hipotecas inversas no beneficiadas por la DA 1.^a el marco de transparencia previsto en el núm. 3 de la misma y desarrollado por la Orden EHA/2899/2011?⁵ ¿Es razonable que no les sea de aplicación la exigencia de asesoramiento independiente establecida por el apartado 4? A nuestro juicio, y según explicamos en este trabajo, no lo está.

Cabe concluir, por tanto, que en el mercado hipotecario español pueden existir dos tipos de hipotecas inversas, entendidas estas como aquellas operaciones de financiación hipotecaria en las que el prestatario recibe un capital cuya devolución, con la carga financiera, solo puede tener lugar al tiempo de su fallecimiento, bien a través del pago realizado por sus herederos, bien a través de la ejecución de la garantía:

a) Las hipotecas inversas contratadas con cumplimiento de los requisitos necesarios para que las partes puedan obtener los beneficios fiscales y arancelarios establecidos por la norma aprobada para su fomento.

b) Las hipotecas inversas contratadas sin cumplimiento de tales requisitos y, por tanto, no bonificadas por el Estado.

La *Guía de acceso a la hipoteca inversa*, cuya segunda edición está colgada en la web del Banco de España, identifica las hipotecas inversas que no se sujetan a lo previsto en la DA 1.^a de la Ley 41/2007 como «atípicas», es decir, como carentes de regulación positiva⁶.

En la Guía se establece que la «hipoteca inversa atípica» es «aquella hipoteca inversa en la que no se cumplen los requisitos de edad, dependencia o grado de discapacidad, la vivienda no es la habitual o no es concedida por entidades de crédito o entidades aseguradoras, es decir, no cumplen con los requisitos de la Ley 41/2007. Tendrá la consideración de hipoteca inversa, pero no le serán de aplicación los beneficios fiscales y las reducciones arancelarias previstos en la citada ley». Sin embargo, no determina cuáles son las consecuencias de tal consideración, ni si serán de aplicación a tales hipotecas inversas atípicas las normas de la DA 1.^a sobre protección del prestatario y transparencia. De hecho, la respuesta negativa parece resultar de su núm. 4, que establece que «a las hipotecas inversas comercializadas en España conforme a lo previsto en la DA 1.^a de la ley se les aplicará la Orden EHA/482/2019, de 26 de abril, por la que se modifican la Orden EHA/1718/2010, de 11 junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios, y la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, suficientemente detallada— en sus derechos y obligaciones— en la *Guía de acceso al préstamo hipotecario* publicada por el Banco de España».

Sin embargo, la idea de que puedan existir contratos de crédito con garantía hipotecaria y deuda creciente, generalmente dirigidos a perso-

⁵ Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (BOE núm. 261, de 29 de octubre de 2011).

⁶ BANCO DE ESPAÑA, *Guía de acceso a la hipoteca inversa*, 2.^a ed., Madrid, 2017, en <https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/Folleto/Ficheros/GUIA.pdf> (última consulta realizada el 7 de noviembre de 2020).

nas mayores o en situación de imposibilidad de obtención de ingresos suficientes para amortizar el crédito, de carácter «atípico» o carentes de regulación, no parece que se ajuste a una política legislativa tanto europea como interna que establece, para los contratos de crédito inmobiliarios celebrados entre profesionales y personas físicas, importantes limitaciones en el juego de la autonomía de la voluntad, desarrollando todo un cuerpo legislativo que, precisamente a partir de la crisis financiera y económica desencadenada poco tiempo después de entrar en vigor la Ley 41/2007, redefine las reglas de contratación de préstamos y créditos con garantía hipotecaria, tanto en lo referente al cumplimiento del principio de transparencia material durante las fases previa a la celebración del contrato y de formalización del mismo como en lo referente a la ejecución de la garantía y sus consecuencias.

Pero lo cierto es que, según hemos visto, tampoco las hipotecas que cumplen los requisitos establecidos en la DA 1.^a de la Ley 41/2007 pueden, en puridad, considerarse «típicas», pues no resulta posible entender que la regulación contenida en la DA referida tenga carácter básico o general. Y es que parece difícil considerar que la tipicidad del contrato pueda depender, únicamente, de la edad mínima del prestatario o de que la garantía recaiga o no sobre su vivienda habitual.

Esta falta de definición legal general de la hipoteca inversa, de los elementos esenciales definitorios de su concepto, de su régimen de transparencia material, y de sus efectos en relación con la exigibilidad del préstamo y ejecución de su garantía presenta especial gravedad en un momento en el que, pese a su casi total desaparición del mercado inmobiliario tras la crisis financiera y económica de 2008-2012, la contratación de hipotecas inversas vuelve a crecer, como un producto que necesariamente ha de resultar atractivo en una sociedad que presenta dos características: un progresivo y acelerado envejecimiento de la población, y un régimen de tenencia de la vivienda habitual en el que el porcentaje de tenencia en propiedad se incrementa con la edad.

Cabe así poner de manifiesto cómo según el Informe de Envejecimiento en Red, correspondiente al año 2017 y emitido por el CSIC y el Ciencias Humanas y Sociales, y sobre la base de datos del INE, los estudios sobre régimen de tenencia de la vivienda habitual ponen de manifiesto que en personas de más de setenta y cinco años un porcentaje del 89,3 % tiene su vivienda en propiedad. Dicho porcentaje desciende al 77,3 % en la media general y al 53,2 % entre personas de menos de treinta años. A ello se ha de añadir un progresivo envejecimiento de la población que, previsiblemente, se acelerará cuando la generación del *baby boom*, a la que pertenezco, llegue a la edad de jubilación. El mismo informe señala cómo el porcentaje de población mayor de sesenta y cinco años pasará del 18,6 % en 2016 al 28,6 % en 2036, incrementándose, por tanto, en 10 puntos a lo largo de veinte años.

Urge, por tanto, definir de forma precisa el régimen de transparencia al que está sujeta la contratación de préstamos garantizados con hipoteca inversa, cumplan o no los requisitos para disfrutar de los beneficios fiscales y arancelarios previstos en la DA 1.^a de la Ley 41/2007 y, tan importan-

te como lo anterior, definir el régimen de comprobación del cumplimiento de las referidas exigencias de transparencia.

III. APLICACIÓN A LAS HIPOTECAS INVERSAS DE LA LCCI, REGULADORA DE LOS CRÉDITOS INMOBILIARIOS.

El art. 2.4 LCCI⁷ establece que «esta Ley no será de aplicación *f)* a la hipoteca inversa en la que el prestamista, i) desembolsa un importe a tanto alzado o hace pagos periódicos u otras formas de desembolso crediticio a cambio de un importe derivado de la venta futura de un bien inmueble de uso residencial o de un derecho relativo a un bien inmueble de uso residencial, y ii) no persigue el reembolso del préstamo hasta que no se produzcan uno o varios de los acontecimientos previstos en la disposición adicional primera de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, salvo incumplimiento del prestatario de sus obligaciones contractuales que permita al prestamista la rescisión del contrato de préstamo».

La razón de tal exclusión está en que la Directiva 2014/17/UE⁸, que la LCCI traspone, excluye tales productos de su ámbito de aplicación, según dispone el art. 2.a) de la misma, y justifica el Considerando 16, al establecer que «se trata de contratos de crédito con características específicas que rebasan el ámbito de la presente Directiva. Resulta superfluo, por ejemplo, evaluar la solvencia del consumidor, dado que es el prestamista quien efectúa los pagos al consumidor, y no a la inversa. Las operaciones de ese tipo requieren, entre otras cosas, una información precontractual sustancialmente diferente. Por lo demás, otros productos, tales como la vivienda-pensión, que funcionan de manera análoga a las hipotecas inversas o hipotecas vitalicias, no comportan la concesión de crédito, por lo que siguen fuera del ámbito regulado por la presente Directiva».

Aunque no sea materia propia de este artículo, la referencia contenida en el Considerando transcrito a la justificación de la no aplicación de la Directiva al contrato de «vivienda pensión», o transmisión de la nuda propiedad de la vivienda a cambio de una renta vitalicia, por no comportar la concesión de crédito, nos lleva a preguntarnos si no existe la necesidad de establecer un marco de protección del consumidor cuando tales contratos, como cada vez con más frecuencia ocurre, se celebran entre profesionales y consumidores, y con sujeción a condiciones generales o, al menos, a cláusulas generales estandarizadas, y ello, aun cuando formalmente no exista concesión de crédito. Sin embargo, la determinación del precio total de la operación, generalmente pagado por el comprador a través de una suma alzada en el momento de celebrar el contrato de compraventa y una renta vitalicia, puede comportar un coste financiero no explícito para el vendedor.

⁷ Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (BOE núm. 160, de 29 de julio de 2002).

⁸ 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 residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) núm. 1093/2010.

Cuando la LCCI excluye del ámbito de aplicación de su regulación a las hipotecas inversas, no queda más remedio que considerar que tal delimitación negativa alcanza a todo su contenido, pues donde el legislador no distingue no puede hacerlo quien aplica la Ley. Debe entenderse por tanto que el art. 2.4 LCCI no solo excluye la aplicación a las hipotecas inversas del régimen de protección del prestatario a través de la determinación del contenido y estructura de la información precontractual, sino que excluye también la aplicación a las hipotecas inversas de la regulación del concepto y requisitos de la actividad de asesoramiento bancario, y del procedimiento de comprobación del cumplimiento de transparencia material. Esta delimitación legal del ámbito de aplicación de la LCCI, por la que todo su cuerpo normativo deja de aplicarse a las hipotecas inversas, por razón de su previa exclusión del ámbito objetivo de la Directiva 2014/17/UE, resulta ciertamente criticable, en la medida en que tal comunicación entre los respectivos ámbitos de aplicación de una y otra norma solo está justificado en aquellas disposiciones de la LCCI que trasponen la Directiva, mas no en aquellas otras que son creadas *ex novo* por el legislador español, dentro de su competencia legislativa⁹. Sobre todo, si tenemos en cuenta que la hipoteca inversa no es objeto, en nuestro ordenamiento jurídico, de una regulación básica completa, que permita entender existente un régimen legal específico y propio distinto del general previsto en la LCCI, sino, como ya hemos señalado, de una regulación coyuntural, de carácter parcial y manifiestamente insuficiente.

IV. EL CONTROL DEL CUMPLIMIENTO DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA MATERIAL EN LAS HIPOTECAS INVERSAS

Según lo expuesto, el procedimiento de comprobación del principio de transparencia material establecido por el art. 15 LCCI no será de aplicación a las hipotecas inversas, ni a las reguladas por la DA 1.^a Ley 41/2007, ni a las llamadas «atípicas».

Dicho procedimiento se concreta en la autorización notarial de un acta previa en la que el notario deberá dejar constancia: 1) del asesoramiento prestado de forma individualizada respecto de cada una de las cláusulas incluidas en los modelos de información precontractual normalizados; 2) de que el prestatario ha recibido en plazo la documentación precontractual, y 3) de que ha afirmado haberla comprendido y aceptado. Acta sin cuyo resultado positivo no podrá ser autorizada la escritura de constitución de hipoteca.

⁹ La extensión del ámbito de aplicación de la regulación contenida en la LCCI más allá del estricto ámbito de aplicación de la Directiva 2014/17/UE no es un problema para el legislador español, como pone de manifiesto su aplicación a contratos celebrados con personas físicas no consumidoras o a préstamos que tengan por objeto adquirir o conservar inmuebles construidos o por construir, aunque no estén destinados a un uso residencial.

Estamos ante una regulación interna que no traspone normas contenidas en la Directiva, sino que crea *ex novo* un sistema de verificación de que se ha cumplido el principio de transparencia material apoyado en las características propias de la función notarial y registral en España, y que es resultado, por un lado, del desarrollo jurisprudencial que del principio de transparencia material lleva a cabo el TJUE y el TS español¹⁰ y, por otro, de la necesidad de desarrollar un procedimiento que permita garantizar la efectividad de tal principio, una vez han demostrado su insuficiencia aquellos centrados en el acto del otorgamiento, en que están presentes prestamista y prestatario, y que se apoyan en la simple comprobación notarial de la manifestación de las partes relativa a la entrega previa al prestatario de los documentos normalizados de información precontractual y en la realización de un conjunto de advertencias de contenido también normalizado. Y así lo pone de manifiesto la E. de M. de la LCCI, cuando establece que:

«Entre los aspectos más novedosos de la Ley se establece una regulación detallada de la fase precontractual. En este sentido, se ha optado por ir más allá de la estricta transposición de la Directiva 2014/17 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 y que, por tanto, se pueda considerar cumplido el principio de transparencia en su vertiente material.

Esta medida, destinada a reforzar el equilibrio que debe existir entre las partes en toda relación jurídica contractual, se complementa atribuyendo al notario la función de asesorar imparcialmente al prestatario, aclarando todas aquellas dudas que le pudiera suscitar el contrato, y de comprobar que tanto los plazos como los demás requisitos que permiten considerar cumplido el citado principio de transparencia material, especialmente los relacionados con las cláusulas contractuales de mayor complejidad o relevancia en el contrato, concurren al tiempo de autorizar en escritura pública el contrato de préstamo o crédito hipotecario.

De ese modo, se constituirá prueba en beneficio de ambas partes —prestamista y prestatario— de que el primero ha cumplido con su obligación de entregar en los plazos previstos dicha documentación y el segundo podrá ejercer el derecho, que presupone también la existencia de un deber, a conocer las consecuencias de aquello a lo que se obliga».

¹⁰ Cabe citar, como expresión del concepto de transparencia material, la STS 464/2014, de 8 de septiembre de 2014 (RJ 2014/4660), al exponer la caracterización del control de transparencia, establece que «en el marco del específico y diferenciado presupuesto causal y régimen de eficacia que informa el fenómeno de las condiciones generales de la contratación, anteriormente señalado, el control de transparencia, como proyección nuclear del principio de transparencia real en la contratación seriada y, por extensión, en el desarrollo general del control de inclusión, [art. 5 de la Directiva 93/13, arts. 5.5 y 7.b) de la LCGC y art. 80.1.a) TR- LGDCU] queda caracterizado como un control de legalidad en orden a comprobar, primordialmente, que la cláusula contractual predispuesta refiera directamente la comprensibilidad real, que no formal, de los aspectos básicos del contrato en el marco de la reglamentación predispuesta, de forma que el consumidor y usuario conozca y comprenda las consecuencias jurídicas que, de acuerdo con el producto o servicio ofertado, resulten a su cargo, tanto respecto de la onerosidad o sacrificio patrimonial que realmente supone para el consumidor el contrato celebrado, como de la posición jurídica que realmente asume en los aspectos básicos que se deriven del objeto y de la ejecución del contrato, STS de 26 de mayo de 2014 (núm. 86/2014)».

Resulta difícil entender que la justificación dada en los párrafos transcritos para aplicar tal sistema a los préstamos y créditos hipotecarios regulados en la LCCI no sea de plena aplicación a las hipotecas inversas, en la medida en que la necesidad de que se cumpla el principio de transparencia material y que, por tanto, el prestatario haya comprendido y aceptado las consecuencias jurídicas y económicas de la operación realizada es la misma en unas operaciones y en otras. O incluso superior en el caso de las hipotecas inversas, dado que:

a) La parte prestataria es, necesariamente, una persona de avanzada edad y carente de ingresos suficientes como para realizar una amortización periódica de la deuda, lo que da lugar, de forma inevitable, a que el coste financiero de los préstamos garantizados con hipotecas inversas sea muy superior al de los garantizados con hipotecas ordinarias, pues el saldo deudor crece a lo largo de la vida del préstamo.

b) La garantía hipotecaria se constituye, siempre, sobre la vivienda habitual del prestatario, que en la generalidad de los casos constituirá la totalidad o mayor parte de su patrimonio y, una vez fallecido, de su herencia.

c) La devolución del préstamo o la ejecución de la garantía afectarán a los herederos del prestatario.

d) Con frecuencia las operaciones de hipoteca inversa incluyen pactos de capitalización de intereses, que disparan el coste financiero de la operación, reduciendo el porcentaje del valor de la vivienda que efectivamente se hace líquido e incrementando, de forma simultánea, el importe de la deuda.

La dificultad de entender que las hipotecas inversas no estén sujetas al mejor y más completo sistema de comprobación de cumplimiento del principio de transparencia material se incrementa si tenemos en cuenta que otras operaciones financieras con efectos de previsión social, en las que existe una concesión de crédito con garantía real inmobiliaria, sí se sujetan al control de transparencia material establecido en la LCCI, en cuanto no son, estrictamente, hipotecas inversas, y ello aunque el coste financiero para el prestatario sea menor y no exista una facultad de realización de valor para el acreedor. Así ocurre con los préstamos a mayores con garantía anticrética sobre su vivienda habitual, destinados a financiar el coste de ingreso del prestatario en una residencia para mayores y cuyo reembolso se produce a través de las rentas obtenidas por el acreedor en los contratos de arrendamiento que, en ejercicio de la posesión de la vivienda que le atribuye su derecho real de anticresis, pueda celebrar. Tales operaciones son comercializadas en el mercado español a través de la mercantil «Pensium», y se presentan en los Registros de la Propiedad para la inscripción del derecho real de anticresis¹¹.

Debe por tanto ponerse de manifiesto la deficiente técnica legislativa de la que adolece la delimitación del ámbito de aplicación de la LCCI, y

¹¹ Puede consultarse su funcionamiento en <https://pensium.es/como-funciona/> (última consulta realizada el 7 de noviembre de 2020). En relación con la verdadera naturaleza jurídica de tales operaciones, no obstante su denominación como contrato de préstamo con garantía anticrética, y su sujeción a la LCCI, *vid.* M. ANDERSON, en «Fórmulas Anticréticas para financiar la dependencia», en este mismo volumen.

ello por cuanto si bien para fijar este se atiende de forma general al ámbito de aplicación de la Directiva 2014/17/UE, su contenido incorpora regulaciones que van más allá de lo establecido en aquella. Resulta así necesario distinguir, por un lado, entre los requisitos que según las características del contrato de crédito inmobiliario permitan entender cumplidas las exigencias que impone la práctica crediticia responsable y el principio de transparencia material y, por otro, los procedimientos para comprobar que tal principio ha quedado cumplido. Así, puede entenderse que los primeros no deban ser los mismos en préstamos hipotecarios generadores de una obligación del prestatario de devolver el préstamo y su carga financiera mediante el pago de cuotas periódicas, que en aquellos en que el prestatario no ha de realizar pago alguno y el importe prestado se devolverá con la realización del bien hipotecado a su fallecimiento, salvo pago realizado por los herederos. Es evidente que, como pone de manifiesto el Considerando 17 de la Directiva 2014/17/UE, en estos últimos carece de sentido la aplicación de las normas sobre evaluación de solvencia del prestatario. Sin embargo, no parece discutible que, aunque no sea al régimen de evaluación de solvencia del prestatario y suministro de información precontractual que establece la LCCI, los contratos de financiación con garantía de hipoteca inversa deben quedar sujetos a un régimen de información precontractual y configuración de las condiciones generales del contrato que garantice un grado suficiente de transparencia material, y que el sistema más adecuado para comprobar el cumplimiento de las exigencias que imponga la consecución de dicha transparencia es el previsto en el art. 15 de la LCCCI. Y ello por las razones que siguen:

- a) Se desarrolla sin presencia de la parte prestamista, lo que proporciona independencia a la actuación notarial.
- b) Tiene lugar con antelación suficiente (al menos veinticuatro horas) al momento del otorgamiento, lo cual permite a la parte prestataria asentar lo informado por el notario.
- c) El acta en que el notario da fe de haber prestado el asesoramiento y haber recogido la afirmación del prestatario de que comprende las consecuencias jurídicas y económicas de la operación tiene presunción de integridad y veracidad y, por tanto, constituye una prueba preconstituida de los hechos en ella consignados.
- d) Solo si su resultado es positivo podrá autorizarse la escritura de constitución de hipoteca, adquiriendo con ello carácter determinante en la formación de la operación.

V. LA SUJECCIÓN DE LAS HIPOTECAS INVERSAS A UN REQUISITO PREVIO DE ASESORAMIENTO INDEPENDIENTE DEL PRESTATARIO

Parece claro que el legislador ya era consciente de la mayor complejidad de las hipotecas inversas y de la necesidad de establecer procedimientos específicos que garantizaran la transparencia material en la contrata-

ción, en un tiempo anterior a la Ley 41/2007, según pone de manifiesto el hecho de que impusiera en el núm. 4 de su DA 1.^a, como requisito previo para su contratación, que «en el marco del régimen de transparencia y protección de la clientela, las entidades establecidas en el apartado 2 que concedan hipotecas inversas deberán suministrar servicios de asesoramiento independiente a los solicitantes de este producto, teniendo en cuenta la situación financiera del solicitante y los riesgos económicos derivados de la suscripción de este producto. Dicho asesoramiento independiente deberá llevarse a cabo a través de los mecanismos que determine el Ministro de Economía y Hacienda. El Ministro de Economía y Hacienda establecerá las condiciones, forma y requisitos para la realización de estas funciones de asesoramiento».

Vemos como ya desde un momento anterior a la crisis financiera y económica iniciada en 2008, a sus consecuencias sociales sobre los prestatarios hipotecarios, y al desarrollo jurisprudencial y legislativo del principio de transparencia material, sintió el legislador la necesidad de sujetar la contratación de hipotecas inversas a un requisito previo que asegurara una suficiente comprensión por el prestatario de las consecuencias jurídicas y económicas de la operación, y su comparación con las resultantes de otras operaciones análogas. Al menos respecto de las hipotecas inversas que sujetas a la DA 1.^a Veamos ahora cómo se ha llevado a cabo el desarrollo reglamentario previsto en la norma transcrita respecto del preceptivo asesoramiento independiente y la repercusión sobre la misma de la LCCI, de cuyo ámbito de aplicación, según lo expuesto, están excluidas las hipotecas inversas.

La Orden EHA 2899/2011, en su redacción anterior a la modificación realizada por la Orden ECE 482/2019¹², al regular el régimen de transparencia de la hipoteca inversa regulada en la DA 1.^a Ley 41/2007, reiteraba en su art. 32.*b*) el carácter obligatorio para su contratación, de «la prestación de un servicio de asesoramiento independiente y previo, en los términos previstos en el art. 10». Este último artículo regula la actividad bancaria de asesoramiento, considerando como tal toda «recomendación personalizada que la entidad haga para un cliente concreto respecto de uno o más servicios bancarios disponibles en el mercado», y establece que el contrato bancario de asesoramiento a través del cual se preste deberá tener precio independiente y sujetar la prestación del servicio de asesoramiento «al régimen de transparencia previsto en esta orden ministerial e implicará la obligación de las entidades de actuar en el mejor interés del cliente, basándose en un análisis objetivo y suficientemente amplio de los servicios bancarios disponibles en el mercado, y considerando tanto la situación personal y financiera del cliente, como sus preferencias y objetivos». No recoge, el artículo comentado, referencia alguna al posible carácter «independiente» del asesoramiento, ni fija los requisitos que ha de tener para ser reconocido como tal.

¹² Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (BOE núm. 261, de 29 de octubre de 2011)

Por su parte, el art. 30 de la Orden, también en su redacción previa a la LCCI, establecía como obligación del notario autorizante de la escritura de constitución de hipoteca inversa a cumplir en el acto del otorgamiento, la de «verificar la existencia del correspondiente asesoramiento independiente», y completaba su contenido señalando la posibilidad de que la contratación de la hipoteca inmobiliaria se realizara aun en contra de la recomendación realizada por el asesoramiento independiente, en cuyo caso el notario debería advertir tal extremo al cliente.

Tras la entrada en vigor de la LCCI, la Orden ECE 482/2019 da nueva redacción a la Orden EHA 2899/2011, y sitúa la regulación de las condiciones de transparencia de la hipoteca inversa en un capítulo distinto (Cap. II bis) de aquel dedicado a la regulación de las condiciones de transparencia de los préstamos sujetos a la LCCI (Cap. II), aunque declara aplicable a aquellas la regulación establecida sobre información relativa a tipos de interés y sus instrumentos de cobertura, y sobre documento contractual y acto del otorgamiento. De los arts. 32 septies a terdecies, referidos a la hipoteca inversa, se suprime toda referencia a la obligación de obtención de asesoramiento independiente, así como la remisión a lo establecido en el art. 10. Sin embargo, el art. 30 conserva la obligación del notario autorizante de verificar la existencia del asesoramiento independiente, y la posibilidad de otorgamiento de la escritura pese a que tal asesoramiento haya desaconsejado la celebración de la operación.

Por tanto, la modificación que de la Orden EHA 2899/2011 se lleva a cabo para su adecuación a la LCCI genera, en relación con las hipotecas inversas reguladas en la DA 1.^a, un agujero regulatorio que urge superar, ya a través de una interpretación jurisprudencial restrictiva de la delimitación negativa del ámbito de aplicación de la LCCI realizada en su art. 2.4, ya a través de una modificación de su texto.

El referido agujero regulatorio resulta del hecho de que no parece que pueda existir duda de que la regulación que de los servicios bancarios de asesoramiento realiza el art. 10 de la Orden EHA 2899/2011, ha sido superada por la que introduce el art. 19 LCCI, mucho más amplia y detallada, y con especificación de que solo podrá entenderse como asesoramiento independiente aquel que cumpla determinados requisitos, que habrán de ser establecidos de forma reglamentaria. Así, el núm. 6 del citado art. 19 establece que «la prestación de servicios de asesoramiento» requerirá el cumplimiento de los requisitos que se establezcan por el Gobierno mediante real decreto. En particular, únicamente les estará permitido el uso de los términos «asesoramiento independiente» y «asesor independiente» a aquellos prestamistas o intermediarios que cumplan los requisitos que se establezcan en dicho desarrollo reglamentario. Tal desarrollo es realizado por el RD 309/2019, de 26 de abril¹³, por el que se desarrolla parcial-

¹³ RD 309/2019, de 26 de abril, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario y se adoptan otras medidas en materia financiera (BOE núm. 102, de 29 de abril de 2019).

mente la LCCI, cuyo art. 4 establece que para considerar independiente el asesoramiento, además de los requisitos previstos en el art. 19 de la Ley, deberán cumplirse los siguientes: «a) tener en cuenta un número suficientemente grande de contratos de préstamo disponibles en el mercado, y presentarle al potencial prestatario al menos 3 ofertas vinculantes de entidades prestamistas, sobre cuyas condiciones jurídicas y económicas le asesorará, y b) no percibir remuneración alguna por esos servicios de asesoramiento de uno o varios prestamistas o de cualquier tercero interesado en la operación».

Ahora bien, cuando procedemos, como parecería inevitable, a aplicar tal regulación al asesoramiento independiente exigido por el legislador para contratar hipotecas inversas, nos encontramos con el obstáculo generado por el repetido art. 2.4 LCCI, que excluye dichas hipotecas de su ámbito objetivo de aplicación. Problema que se traslada al RD 309/2019, cuyo art. 2 establece que las normas que recoge se aplicarán a las actividades desarrolladas en relación con los contratos de préstamo inmobiliario incluidos en el ámbito de aplicación de la LCCI. Por tanto, si atendemos a una interpretación literal de tales normas, la regulación que sobre asesoramiento independiente en préstamos hipotecarios resulta de los arts. 19 LCCI y 4 de su Reglamento no será de aplicación a las hipotecas inversas. Siendo así, deberíamos acudir al régimen específico de protección del prestatario y garantía de cumplimiento del principio material de transparencia que establezca la regulación propia de este tipo de operaciones. Pero tal regulación, contenida en la DA 1.^a de la Ley 41/2007 y en los arts. 32 septies a terdecies de la Orden EHA 2899/2011, resulta manifiestamente insuficiente, por las razones que siguen:

a) Porque dicho régimen solo será de aplicación a las hipotecas contratadas conforme a lo previsto en la DA 1.^a Ley 41/2007, pero no a las llamadas «atípicas».

b) Porque mantiene un sistema de comprobación del cumplimiento del principio de transparencia material basado exclusivamente en la obligación impuesta a la entidad financiera de entregar con anterioridad la FIPRE, la FIPER y formular una oferta vinculante, con obligación del notario de comprobar su efectiva entrega en el acto del otorgamiento. Sistema este que se ha demostrado inadecuado para garantizar, de forma objetiva, un suficiente entendimiento de las consecuencias de la operación por el prestatario, según la experiencia puesta de manifiesto tras la crisis financiera y económica que comienza en 2008.

c) Porque si entendemos que la definición reglamentaria de lo que se ha de entender por asesoramiento independiente no es de aplicación a las hipotecas inversas, carecemos de cualquier otra, lo que impide dar cumplimiento a la exigencia establecida por la DA 1.^a Ley 41/2007.

Tampoco ayuda a superar esta situación de deficiencia regulatoria la *Guía de acceso a la hipoteca inversa* que, de conformidad con el art. 32.c) de la Orden 2899/2011 tiene publicada el Banco de España, cuya edición vigente es de 2017, anterior, por tanto, a la LCCI y a su desarrollo regla-

mentario, lo que la deja claramente desactualizada. De hecho, la nueva redacción dada al art. 32 octies por la Orden ECE 482/2019 pone de manifiesto la necesidad de su actualización, en cuanto exige al Banco de España y a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones la elaboración de una *Guía de acceso a la hipoteca inversa*, «en términos adaptados y análogos a los previstos en la disposición adicional tercera de la Ley 5/2019, de 15 de marzo». En la actualidad se halla en preparación una nueva edición de la *Guía*, cuyo borrador incluye cambios respecto de la edición anterior.

VI. DEFICIENCIAS DEL MARCO REGULATORIO ACTUAL

Nos encontramos, por tanto, en una situación en la que las hipotecas inversas, casi desaparecidas desde el año 2013, vuelven a ser contratadas con cada vez mayor frecuencia, en un entorno regulatorio que no garantiza, en términos suficientes, la protección del prestatario en su contratación, toda vez que, según ha quedado expuesto:

a) La falta de una regulación básica de la hipoteca inversa genera la posibilidad de que se contraten lo que la *Guía de acceso a la hipoteca inversa*, publicada por el Banco de España, llama «hipotecas inversas atípicas», a las cuales no serían de aplicación las reglas establecidas en la DA 1.ª Ley 41/2007.

Cabría pensar que el legislador español ha partido de la base de que las que el Banco de España denomina hipotecas inversas «atípicas» no existirán en la práctica, pues la totalidad de las operaciones que se celebren se sujetarán a los requisitos que establece la DA 1.ª de la Ley 41/2007, a efectos de poder obtener los beneficios que dicha Ley establece. Y ciertamente, desde su publicación, así ha ocurrido. Las muy escasas hipotecas inversas contratadas e inscritas en los Registros de la Propiedad se han sujetado a la regulación de dicha Disposición. Sin embargo, tal escenario, en caso de proliferación de la contratación del producto podría cambiar. Así está ocurriendo en el mercado hipotecario de Estados Unidos, donde la hegemonía de la *Home Equity Conversión Mortgage* (HECM), o hipoteca inversa asegurada por la Agencia Federal de la Vivienda (FHA) a través de un aval que cubre el riesgo de insolvencia del prestatario para el pago de impuestos sobre la propiedad y cuotas de seguros de hogar preferentes a la hipoteca, y garantiza la compra del crédito a la entidad acreedora si el importe de la deuda excede del valor del activo hipotecado, está cediendo terreno a otras hipotecas «privadas», como las *single purpose reverse mortgage* y *jumbo reverse mortgage*, no aseguradas por la Administración Federal, pero que permiten a prestatarios más jóvenes o con más recursos económicos obtener financiación para cubrir un gasto concreto, resultante, por ejemplo, de una situación de emergencia, o financiación general por importes superiores a la HECM y con menos costes¹⁴.

¹⁴ Datos obtenidos de M. NEIL BAILY, B. H. HARRIS y T. WANG, «The unfulfilled promise of reverse mortgages: Can a better market improve retirement security?», *Economic Studies at Brookings*, octubre de 2019, en https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2019/10/ES_20191024_BailyHarrisWang-1.pdf (última consulta realizada el 7 de noviembre de 2020).

Sin embargo, la no aplicación de tales reglas, o al menos de algunas de ellas, llevaría a resultados que no parecen deseables, en la medida en que tales productos podrán ser ofrecidos por prestamistas profesionales que no sean entidades de crédito, establecimientos de crédito o entidades aseguradoras autorizadas para operar en España, con la disminución de seguridad que ello provocaría para el prestatario, dado que en este tipo de operaciones el capital del préstamo no solo constituye, por regla general, la principal fuente de ingresos del prestatario, sino que, también por regla general, es entregado al prestatario de forma continuada y periódica y durante un periodo prolongado de tiempo, a lo largo del cual el prestamista ha de conservar su existencia y solvencia¹⁵. Así, de la misma forma que los servicios bancarios o de seguros están sujetos a ciertas limitaciones, en cuanto la Ley impone a quienes los prestan determinados requisitos subjetivos que aseguren su solvencia, y a determinadas normas de disciplina e intervención, parece razonable entender que la contratación de una operación de previsión, cuyo precio se satisface *post mortem*, a través de la reclamación a los herederos o la ejecución hipotecaria, esté sujeta a la mismas limitaciones. Frente a ello podría oponerse que debe entenderse suficiente, a efectos de proteger al prestatario, que la persona física o jurídica que con carácter profesional oferte el producto fuera del ámbito bancario se limite a cumplir los requisitos establecidos en la Ley 2/2009, de 31 de julio, por la que se regula la contratación de préstamos y créditos inmobiliarios con consumidores¹⁶, esto es, que se inscriba en un Registro administrativo de prestamistas y preste aval o seguro de responsabilidad civil que cubra las responsabilidades en las que pueda incurrir. Sin embargo, cabe reiterar que las características de los préstamos garantizados con hipotecas inversas, en las que el prestamista ha de realizar, durante un periodo potencialmente largo, desembolsos de dinero, y soportar el diferimiento de la devolución de la deuda y sus intereses al fallecimiento del prestatario, aconseja limitar la posibilidad de su contratación, en todo caso, a aquellas entidades autorizadas para comercializar productos de previsión social. Sobre todo si tenemos en cuenta que, por regla general, la financiación vitalicia del prestatario exige al prestamista cubrir el riesgo de una excesiva longevidad, lo que obliga a combinar el préstamo con un seguro de vida para el caso de sobrevivencia, seguro cuya prima se satisfará con cargo al importe del préstamo.

Una interpretación literal de la DA 1.^a y de la explicación que de la misma lleva a cabo la *Guía de acceso a la hipoteca inversa*, llevaría a concluir que tratándose de hipotecas inversas concedidas a personas de menos de sesenta y cinco años, aunque en ellas concurren las demás características propias de la figura, no se aplicaría la limitación que impide su concesión por prestamistas profesionales que no sean entidades de crédito, establecimientos financieros de crédito o entidades aseguradoras.

¹⁵ La Guía de Acceso a la Hipoteca Inversa establece de forma expresa la posibilidad de que las que denomina hipotecas inversas atípicas sean ofertadas por entidades que no cumplan los requisitos de la DA 1.^a

¹⁶ 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 (BOE núm. 79, de 1 de abril de 2009).

Además, a tales productos no les sería de aplicación el régimen específico de suministro de información precontractual establecido por la Orden EHA 2899/2011 para las hipotecas inversas, en cuanto dicha Orden limita su ámbito de aplicación las hipotecas contratadas conforme a lo previsto en la DA 1.^a Ley 41/2007. Y tampoco será de aplicación el previsto con carácter general para los préstamos hipotecarios sujetos a la LCCI, pues aún atípicas, son hipotecas inversas, con lo que, de nuevo, estamos ante una falta de regulación suficiente en materia de definición de los requisitos precisos para dar cumplimiento al principio de transparencia material.

Y, finalmente, podrían ser contratadas sin sujeción a requisito alguno de asesoramiento previo, circunstancia especialmente grave en la medida en que, según veremos a continuación, tampoco les sería de aplicación, por excluirlo el art. 2.4 LCCI, el asesoramiento notarial resultante de la autorización del acta previa prevista en el art. 15 LCCI.

b) A ninguna hipoteca inversa, incluidas las que cumplan los requisitos establecidos en la DA 1.^a de la Ley 41/2007, les será de aplicación el procedimiento de comprobación del cumplimiento del principio de transparencia material previsto por la LCCI a través del acta notarial previa, cuyo resultado positivo no solo es necesario para que pueda ser otorgada la escritura, sino que constituye una prueba preconstituida en caso de posterior litigio judicial. Frente a ello, en el ámbito de las hipotecas inversas, y solo en el de las sujetas a la DA 1.^a de la Ley 41/2007, la comprobación del cumplimiento del principio de transparencia material permanece anclado en el sistema previo a la LCCI, y queda limitado, de acuerdo con el art. 30 de la Orden 2899/2011, a la realización de ciertas comprobaciones y advertencias por el notario en el acto del otorgamiento, sistema este que, por llevarse a cabo en presencia del prestamista, y por haber degenerado en la inclusión de un conjunto de cláusulas de estilo, no garantiza una comprobación independiente, individualizada y objetiva del cumplimiento del principio de transparencia material, sea cual sea la estructura del contrato de crédito inmobiliario celebrado y el contenido de la información precontractual.

c) No siendo de aplicación a las hipotecas inversas las normas contenidas en los arts. 19 LCCCI y 4 de su Reglamento sobre asesoramiento independiente, la obligación de obtener dicho asesoramiento que para las hipotecas inversas establece la DA 1.^a Ley 41/2007 queda en papel mojado, en la medida en que no existe un desarrollo reglamentario que defina o establezca cómo debe prestarse tal asesoramiento independiente. Obligación cuya relevancia queda aún más mermada por la previsión, contenida en el art. 30 de la Orden EHA 2899/2011, de que pueda autorizarse la escritura de constitución de hipoteca aun en contra de las recomendaciones de asesor independiente, con el único requisito de que el notario advierta de tal circunstancia. Previsión que introduce dicha Orden Ministerial sin apoyo en la DA 1.^a Ley 41/2007, y que choca con el criterio que, para los préstamos hipotecarios sujetos a la LCCI, se establece respecto

del asesoramiento independiente prestado por el notario (cfr. art. 15), en el que se impide el acto del otorgamiento si el resultado del acta previa es negativo.

Si bien la segunda edición de la *Guía de acceso a la hipoteca inversa*, publicada por el Banco de España, recoge tal criterio y explica en su núm. 4 que el otorgamiento podrá llevarse a cabo incluso contra el criterio del asesor independiente, el borrador de la nueva edición de la *Guía* cambia el criterio y, sin apoyo normativo, pero de forma más ajustada a la voluntad legislativa que parece inferirse de las normas sobre comprobación del cumplimiento del principio de transparencia material que recoge la LCCL, establece que: «No se formalizará la hipoteca inversa en contra de la recomendación realizada por el asesor. Las entidades solo podrán otorgar la hipoteca inversa en los casos en los que exista recomendación favorable por parte del asesor». No parece aconsejable, en caso alguno, que la modificación normativa en una materia tan relevante se desarrolle al nivel de una guía orientativa de acceso a la hipoteca inversa.

VII. CARACTERÍSTICAS DEL MERCADO ACTUAL DE HIPOTECAS INVERSAS EN ESPAÑA

Las deficiencias regulatorias puestas de manifiesto concurren en un momento en el que, como hemos señalado, las hipotecas inversas vuelven a ser comercializadas en España en condiciones financieras cuyas líneas generales procede aquí poner de manifiesto, como justificación de la necesidad de superar tales deficiencias en la dirección que después se propondrá. Y es que son características del nuevo mercado de hipotecas inversas en España, según resulta del contenido de las escrituras que están llegando a los Registros de la Propiedad, las siguientes:

a) Su reentrada en el mercado se ha producido de la mano de consultoras especializadas en productos para mayores que realizan una labor de intermediación y asesoramiento y sobre la base, al menos en determinados casos, de convenios entre tales entidades comercializadoras y las financieras que realizan el préstamo. No obstante, varias de las principales entidades de crédito del país están completando su producto para ofrecerlo de forma directa en el mercado.

b) Son frecuentes las operaciones en las que el principal se desembolsa a través de un pago único que se produce en el momento de la contratación del préstamo, y no a través de pagos periódicos durante la vida del deudor. Tal fórmula excluye la necesidad de incorporar a la operación un seguro de rentas vitalicias que cubra el riesgo de supervivencia del prestatario. Los intereses no son exigibles hasta el vencimiento final de la cuenta, aunque con frecuencia se liquidan anualmente, cargándose en el saldo deudor de la cuenta. Con ello, los intereses cargados en la cuenta se capitalizan y devengan, como capital, nuevos intereses. Por ello, aunque el tipo nominal de devengo del interés sea fijo y aparentemente reducido, el tipo real que resultaría de calcular los intereses sobre la cantidad efectivamente entregada sería muy superior.

c) Como consecuencia de lo anterior, el importe máximo que percibe el prestatario es un porcentaje bajo del valor de tasación de la vivienda, que queda entre el 35 % y el 50 % de dicho valor.

d) Sin embargo, la responsabilidad hipotecaria global garantizada, sumadas las responsabilidades por capital (incluido principal y, en su caso, intereses capitalizados), intereses ordinarios no incluidos en el capital, intereses de demora, y costas y gastos derivados de la ejecución judicial o extrajudicial, alcanza con frecuencia un importe superior al de la tasación del inmueble.

e) El asesoramiento previo a la parte prestataria es realizado por la entidad comercializadora.

Se trata, por tanto, de un producto cuya finalidad es movilizar o hacer líquido el valor realizable en cambio de la vivienda habitual pero cuya carga financiera es tan elevada que, por un lado, el porcentaje de dicho valor del que puede disponer el prestatario es muy reducido y, por otro, el importe de la deuda que eventualmente habrán de satisfacer los herederos o que podrá hacerse efectiva mediante la ejecución agotará dicho valor y es posible que, en función del número de años que viva el prestatario, lo pueda exceder.

Parece por tanto claro que el producto estudiado merece estar sujeto a procedimientos que aseguren el cumplimiento del principio de transparencia material tan rigurosos, al menos, como los aplicables a cualquier otro préstamo hipotecario.

A la vista de lo anterior, procede completar este estudio realizando propuestas que permitan avanzar hacia la creación del marco regulatorio que se considera deseable.

VIII. PROPUESTAS

En primer lugar, es preciso definir una política legislativa en relación con el fomento de operaciones de movilización de activos pertenecientes a personas mayores, no solo en la modalidad de hipoteca inversa, sino en las demás que ofrece el mercado.

Cada vez con más frecuencia llegan a los Registros de la Propiedad operaciones de financiación de personas mayores mediante la movilización del valor realizable en cambio de su vivienda habitual, todas ellas celebradas entre consumidores y empresarios, y con un clausulado estandarizado. Cabría, en su identificación, distinguir la venta de nuda propiedad con reserva de usufructo y pago del precio mediante una renta vitalicia, la concesión del préstamo que financie las cuotas de ingreso en una residencia y pacto de garantía anticrética que permita al acreedor obtener la posesión de la que fue vivienda habitual del prestamista para su arrendamiento, con destino de las rentas a la amortización periódica del préstamo, o las distintas modalidades de hipotecas inversas.

La previsible quiebra del sistema público de pensiones, el incremento del porcentaje de población por encima de los sesenta y cinco años, la

próxima jubilación del *baby boom*, la mayor esperanza de vida, y el elevado número personas mayores que ejercen la tenencia de su vivienda habitual como propietarios hace prever un incremento de este tipo de operaciones, y la necesidad de ponderar su utilidad social, como instrumento de previsión y cobertura de la vejez que complemente el sistema de pensiones. El fomento o promoción de tales negocios jurídicos no puede venir solo del establecimiento de beneficios fiscales o arancelarios, sino que precisa un estudio suficiente de la realidad práctica del comportamiento de las personas mayores en la contratación de operaciones financieras con finalidad de previsión social, y la creación de un marco regulatorio que genere confianza tanto en los prestamistas como en los prestatarios.

En el mercado estadounidense, cuyas características demográficas son similares a la del mercado español y europeo, la hipoteca inversa es un producto con mayor demanda entre los mayores de sesenta y seis años con rentas altas y con mayor nivel educativo, y menor entre personas con bajos ingresos. Entienden los autores que podrían desarrollarse medidas de fomento para promover el acceso a la financiación mediante hipotecas inversas de personas de ingresos bajos, enfermos o personas solteras, entre ellas las de carácter informativo y educacional. El estudio muestra que pocas personas mayores están dispuestas a desprenderse de su derecho de propiedad sobre su vivienda habitual como forma de obtener financiación durante su retiro, lo cual, unido a la jubilación de los «baby boomers» genera un importante potencial para las hipotecas inversas¹⁷.

Procede igualmente explorar medidas de fomento que vayan más allá de la concesión de tales beneficios, y que impliquen una actividad directa de la Administración pública en el soporte y garantía de las operaciones.

Como ya se ha señalado, en el mercado estadounidense el fomento de determinado tipo de hipotecas inversas por la Administración Pública se realiza a través de un tipo concreto de hipoteca, la *Home Equity Conversion Mortgage*, en la que la FHA asegura al prestamista a través de dos mecanismos: 1) el establecimiento de un seguro que cubre el riesgo de impago por el prestatario de los impuestos sobre la vivienda y de las cuotas del seguro de hogar, que son gastos que han de ser soportados por el prestatario y que gozan de preferencia legal de cobro respecto del crédito garantizado con la hipoteca inversa. De este modo el gobierno federal protege al prestamista frente a la existencia de cargas preferentes, y 2) cubre el riesgo de sobrevaloración del prestatario o de caída del valor de tasación del inmueble hipotecado mediante la posibilidad de que la FHA compre el crédito al prestamista (*assignment*) en caso de que el importe adeudado alcance el valor de tasación y siempre que concurran determinados requisitos¹⁸.

¹⁷ P. KNAAK, M. MILLER y STEWART, F., «Reverse Mortgages, Financial Inclusion and Economic Development. Potential Benefits and Risks», *Policy Research Working Paper, World Bank Group, Finance, Competitiveness and Innovation Global Practice*, enero de 2020, en <http://documents1.worldbank.org/curated/en/158231580411007157/pdf/Reverse-Mortgages-Financial-Inclusion-and-Economic-Development-Potential-Benefit-and-Risks.pdf> (última consulta realizada el 7 de noviembre de 2020).

¹⁸ Véase M. NEIL BAILY, B. H. HARRIS y T. WANG, «The unfulfilled promise of reverse mortgages: Can a better market improve retirement security?», *op. cit.*

En segundo lugar, hay que establecer una regulación sustantiva y básica que defina la estructura de las distintas operaciones financieras a través de las cuales se movilizan activos de personas mayores y, de forma específica, las crediticias con garantía real ejecutable al fallecimiento del prestatario o beneficiarios, y que distinga entre los requisitos básicos para su contratación en todo caso, y aquellos exigibles para ser incluidas entre aquellas objeto de promoción o fomento por el legislador. Debe existir un marco jurídico general, que permita identificar los elementos esenciales de este tipo de operaciones y que fije el ámbito de actuación que en su contratación tiene el principio de autonomía de la voluntad. Es esencial que se determinen los requisitos subjetivos para su oferta profesionalizada en el mercado y su contratación, y que se defina el objeto inmobiliario sobre el que pueden recaer.

En tercer lugar, es preciso sujetar la contratación de hipotecas inversas a los requisitos del principio de transparencia material y de comprobación del cumplimiento de tal principio establecidos por la LCCI para los contratos de crédito inmobiliario situados dentro de su ámbito de aplicación. Como de forma expresa declara la E. de M. de la citada Ley, la Directiva 2014/17/UE permite al legislador extender las previsiones contenidas en la misma más allá de su estricto ámbito objetivo (y así lo hace en determinados casos el legislador, incluyendo dentro del ámbito de la Ley los préstamos que tengan por objeto adquirir o conservar derechos de propiedad sobre inmuebles construidos o por construir aunque no tengan uso residencial, o aquellos préstamos celebrados con personas físicas aunque no sean consumidores). Por tanto, no existe vinculación alguna con el contenido de la Directiva 2014/17/UE que impida al legislador español aplicar a las hipotecas inversas el sistema de comprobación del cumplimiento del principio de transparencia material a través de la imposición de autorización previa de un acta notarial en la que, presente solo el prestatario y el notario, este realice una labor de asesoramiento y comprobación de que, una vez recibida la información precontractual, el prestatario ha comprendido las consecuencias jurídicas y económicas del contrato que va a celebrar.

Debe, finalmente, modificarse la LCCI para declarar de aplicación a las hipotecas inversas la regulación que establece los requisitos a que debe sujetarse la actuación de asesoramiento independiente en el ámbito de los préstamos y créditos inmobiliarios, evitando con ello que el asesoramiento sea prestado en términos que conduzcan al asesorado a la contratación del producto sin una suficiente información de las alternativas que ofrece el mercado, no solo en el ámbito de las hipotecas inversas sino de los demás productos de previsión que permiten movilizar el valor de la vivienda habitual y conservar su uso.

BIBLIOGRAFÍA

BANCO DE ESPAÑA, *Guía de acceso a la hipoteca inversa*, 2.^a ed., Madrid, 2017, en <https://www.bde.es/ff/webbde/Secciones/Publicaciones/Folletos/Ficheros/GUIA.pdf> (última consulta: 7 de noviembre de 2020).

- KNAAK, P.; MILLER, M., y STEWART, F., «Reverse Mortgages, Financial Inclusion and Economic Development. Potential Benefits and Risks», *Policy Research Working Paper, World Bank Group, Finance, Competitiveness and Innovation Global Practice*, enero de 2020, en <http://documents1.worldbank.org/curated/en/158231580411007157/pdf/Reverse-Mortgages-Financial-Inclusion-and-Economic-Development-Potential-Benefit-and-Risks.pdf> (última consulta: 7 de noviembre de 2020).
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *La hipoteca inversa*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2009.
- NEIL BAILY, M.; HARRIS, B. H., y WANG, T., «The unfulfilled promise of reverse mortgages: Can a better market improve retirement security?», *Economic Studies at Brookings*, Octubre 2019, en https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2019/10/ES_20191024_BailyHarrisWang-1.pdf (última consulta: 7 de noviembre de 2020).
- NIETO CAROL, U., «La llamada hipoteca inversa», *El Notario del Siglo XXI*, 85, 2019, en <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-86/9514-la-llamada-hipoteca-inversa> (última consulta: 7 de noviembre de 2020).
- Revista de Derecho Privado*, 2, 2008, pp. 33-61.
- ZURITA MARTÍN, I., «La nueva normativa de la hipoteca inversa», *RCDI*, 707, 2008, pp. 1275-1317.

LA GARANTÍA EN LA FINANCIACIÓN DE LA COMPRA DE VIVIENDA: ¿HIPOTECA O SEGURO?

Rafael SANZ COMPANY

Abogado. Especialista en financiación hipotecaria

Miembro del Grupo jurídico de la Asociación Hipotecaria Española

Miembro del Comité de Asuntos jurídicos de la Federación Hipotecaria Europea

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. SITUACIÓN DE LA FINANCIACIÓN HIPOTECARIA PARA ADQUISICIÓN DE VIVIENDA EN ESPAÑA.—II. EL SEGURO DE CAUCIÓN COMO ALTERNATIVA A LA HIPOTECA: 1. Esquema del funcionamiento del seguro como garantía. 2. Ventajas para el prestatario. 3. Ventajas para la entidad financiera. 4. Características de estas operaciones desde el punto de vista de la valoración del riesgo.—III. SUJECCIÓN A LA LEY 5/2019, REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO.—IV. CONSECUENCIAS DE LA SUJECCIÓN DE ESTAS OPERACIONES A LA LCCI.—V. GASTOS DE LA INSTRUMENTACIÓN DE UN PRÉSTAMO HIPOTECARIO.—BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN. SITUACIÓN DE LA FINANCIACIÓN HIPOTECARIA PARA ADQUISICIÓN DE VIVIENDA EN ESPAÑA

En España, como en muchos otros países de nuestro entorno, la institución de la hipoteca ha sido la vía que ha permitido, ayudada por otros factores, que la mayoría de los ciudadanos, de muy diversos niveles económicos, hayan accedido a la propiedad de su vivienda habitual. Así, cerca del 80 % de los españoles son propietarios de la vivienda destinada a su residencia habitual. Incluso tras la importante crisis financiera, inmobiliaria y económica iniciada en 2008, que ha mermado datos de crecimiento y de riqueza en general, las cifras de la cartera hipotecaria siguen siendo muy importantes.

Así, a marzo de 2020¹, el saldo vivo hipotecario nacional se situaba en 545.143 millones de euros, existiendo 5.592.297 préstamos en la cartera hipotecaria (lo que supone un descenso del 1 % respecto al segundo se-

¹ Los datos que siguen proceden de ASOCIACIÓN HIPOTECARIA ESPAÑOLA, «Un análisis de la cartera hipotecaria española, Primer semestre de 2020», septiembre de 2020, en <http://www.ahe.es/bocms/sites/ahenew/infornes/ahe/archivos/analisis-cartera-hipotecaria-junio-2020.pdf> (última consulta realizada el 7 de noviembre de 2020).

mestre de 2019). Y el 80 % de esta cartera tiene como garantía un bien residencial. En realidad, en el perfil y composición de la cartera hipotecaria española, la cartera residencial siempre ha sido hegemónica. Y esta hegemonía se va haciendo más patente en los últimos años, ya que hace tres años no llegaba al 77 %.

Pero como nos queremos referir a las garantías para la financiación de la adquisición de la vivienda, el análisis de la cartera hipotecaria española residencial muestra que la financiación concedida para la adquisición de vivienda habitual se mantiene claramente estable, y alcanza el 86,6 %, y los préstamos garantizados con una segunda residencia alcanzan el 9,0 % de la cartera viva residencial. Y aunque no es significativo, hay un 0,8 % del saldo de la cartera residencial destinada a la financiación de la compra para alquilar (mucho más relevante en la práctica anglosajona que en España), cuyos prestatarios tienen un perfil medio-alto y menos necesidades de financiación ajena para afrontar la adquisición.

Y por ser una cualidad de la garantía muy relevante para las entidades financieras, siguiendo dentro de la cartera residencial, hay que recordar que en el 98 % de las operaciones vivas la hipoteca es de primer rango, por ser esta la que responde a la política de riesgos aplicadas por las entidades prestamistas y para cumplir, junto con otros requisitos, con la normativa de la Ley 2/1981, del mercado hipotecario², y normativa que la desarrolla, y así los préstamos puedan servir de cobertura para la emisión de cédulas y bonos hipotecarios, y podrán ser objeto en su caso de participaciones hipotecarias

La cuota hipotecaria media ascendía en el primer trimestre a 606 euros mensuales constituyendo el registro más alto de la última década. Pero no debemos obviar que esta circunstancia está influida por el efecto del incremento del capital medio prestado, el cual se situó en 139.595 euros por término medio, lo que supone un 9,9 % más que con respecto al trimestre anterior y un 13,1 % más que frente a un año antes³.

El plazo medio de contratación de los préstamos hipotecarios experimentó un aumento trimestral superior a los tres meses, que lo llevó a situarse en veintitrés años y seis meses en el primer trimestre de 2020.

Pero a nadie se le escapa que la extraordinaria y difícil situación en la que se encuentra actualmente la economía, con un deterioro generalizado de las expectativas de crecimiento y empleo; es probable que, según refleja la encuesta sobre préstamos bancarios elaborada por el Banco de España, en el segundo trimestre de 2020⁴, tanto los criterios de accesibilidad como las condiciones aplicadas a los préstamos concedidos a los hogares

² Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario (BOE núm. 90, de 15 de abril de 1981).

³ ASOCIACIÓN HIPOTECARIA ESPAÑOLA, «Un análisis de la cartera hipotecaria española, Primer semestre de 2020», *op. cit.*

⁴ Las encuestas pueden consultarse en el sitio web del Banco de España: <https://www.bde.es/webbde/es/estadis/infoest/epb.html> (última consulta realizada el 7 de noviembre de 2020).

se endurezcan en alguna medida, al tiempo que disminuya la demanda de crédito por parte de este colectivo, tal como ha apuntado la AHE.

Por ello, y como cabía esperar, dada la especial situación, el nivel de actividad hipotecaria durante los primeros cinco meses del año ha mostrado signos de atonía, significativamente a partir del mes de marzo, coincidiendo con la declaración del estado de alarma. Siguiendo el informe antes referenciado de la AHE, a lo largo del primer trimestre de 2020 se han inscrito 208.760 hipotecas por valor de 31.850 millones de euros, lo que supone un $-6,1\%$ y un $-4,4\%$ menos, respectivamente, que en comparación con el mismo periodo del año anterior.

El número de hipotecas otorgadas para la adquisición de vivienda acusó una contracción de un $7,6\%$ en el periodo que cubre desde enero a mayo, y un incremento de un $1,0\%$ en el capital prestado, desde los 15.925 millones de euros otorgados en 2019 hasta los 17.223 millones de 2020. Pero este ligero aumento estuvo relacionado con los meses previos a la declaración del estado de alarma, especialmente con el mes de febrero, cuando se registró un repunte en términos de capital de aproximadamente un $64,8\%$.

Es de prever que la actual crisis ponga freno a la buena trayectoria que venía manteniendo la cartera en términos de saneamiento. Esto no tardará en poder confirmarse, una vez pasen los efectos de sedación que hayan podido tener las moratorias hipotecarias reguladas en los Real Decreto Ley 8/2020⁵ (modificado por el Real Decreto Ley 11/2020⁶ y Real Decreto Ley 15/2020)⁷, que imponían una suspensión de las cuotas hipotecarias (capital e intereses) por tres meses en los préstamos que reunieran los requisitos establecidos, y el Real Decreto Ley 19/2020, de 26 de mayo⁸, que regula la moratoria llamada sectorial, por la que las entidades financieras adheridas a los acuerdos sectoriales correspondientes (AEB, CECA) concedían un periodo de carencia de capital, pagándose por tanto solo intereses al mismo tipo que resultara aplicable al préstamo hipotecario, por un plazo de hasta doce meses, que podía convivir con la moratoria legal, en el sentido de que el deudor puede acogerse a ambas moratorias y, cumpliendo los requisitos, enlazar los efectos de una y otra sucesivamente, en cuyo caso el plazo de carencia de la moratoria sectorial será de un máximo de nueve meses, pues durante los tres primeros meses no se devengaron los mismos. Esta moratoria hipotecaria sectorial amplía el alcance legal no solo por los meses de posible aplicación (hasta 12),

⁵ Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social de la covid-19 (BOE de 18 de marzo de 2020).

⁶ Real Decreto Ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente a la covid-19 (BOE núm. 91, de 1 de abril de 2020).

⁷ Real Decreto Ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo (BOE núm. 111, de 22 de abril de 2020).

⁸ Real Decreto Ley 19/2020, de 26 de mayo, por el que se adoptan medidas complementarias en materia agraria, científica, económica, de empleo y Seguridad Social y tributarias para paliar los efectos de la covid-19 (BOE núm. 150, de 27 de mayo de 2020).

sino también por el ámbito de aplicación a los prestatarios que pueden beneficiarse de las medidas, pues los requisitos para poder acogerse a las mismas son mucho más flexibles.

Según la información publicada por el Banco de España⁹, los datos de estas moratorias hipotecarias a 31 de agosto de 2020 (es decir, un mes antes de que terminara el plazo legal para solicitarlas) eran:

a) El número de solicitudes de moratoria legislativa con garantía hipotecaria alcanzaba las 269.012, de las cuales se había dado curso a 226.644. El saldo vivo pendiente de amortización de los préstamos suspendidos superaba los 20.300 millones de euros.

b) Las solicitudes de moratoria sectoriales alcanzaban las 731.667, habiéndose dado curso a 666.699. El saldo pendiente de amortización de los préstamos suspendidos superaba los 25.700 millones de euros.

La dificultades para el pago de los préstamos y créditos hipotecarios causadas por la situación de emergencia sanitaria y la dureza y prolongación en la evolución de la pandemia causada por la covid-19 ha provocado que la Autoridad Bancaria Europea (EBA) haya decidido reactivar las directrices sobre moratorias de crédito, que fueron publicadas el 2 de abril de 2019¹⁰, que permitirán, una vez se tomen los respectivos acuerdos por las asociaciones financieras (AEB, CECA), que los prestatarios tengan hasta el 31 de marzo de 2021 para acogerse a la moratoria sectorial cumpliendo determinados requisitos, por un plazo no superior a los nueve meses¹¹.

II. EL SEGURO DE CAUCIÓN COMO ALTERNATIVA A LA HIPOTECA

En los últimos años, grandes operadores de seguros de origen francés, o pertenecientes a un grupo cuya cabeza es una compañía francesa, plantean a las entidades financieras una alternativa a la garantía hipotecaria para la financiación de la adquisición de la vivienda. Aseguran que en Francia el 70 % de las nuevas operaciones de financiación residencial están aseguradas por un seguro de caución, en lugar de la garantía hipotecaria de la vivienda, y que aproximadamente la mitad de los préstamos inmobiliarios en Francia están garantizados con un seguro de caución. Este desarrollo de esta forma de financiación, iniciada en la década de 1970, ha ido acompañado por el desarrollo de un marco regulatorio claramente favorable, especialmente en las operaciones de refinanciación.

⁹ BANCO DE ESPAÑA, Nota informativa sobre la aplicación de las moratorias legislativas y sectoriales hasta el 31 de agosto de 2020, 4 de septiembre de 2020, en https://www.bde.es//webbde/GAP/Secciones/SalaPrensa/NotasInformativas/Briefing_notes/notabe040920.pdf (última consulta realizada el 7 de noviembre de 2020).

¹⁰ Guidelines EBA/GL/2020/2.

¹¹ https://eba.europa.eu/sites/default/documents/files/document_library/Publications/Guidelines/2020/GL%20amending%20EBA-GL-2020-02%20on%20payment%20moratoria/960347/EBA-GL-2020-15%20Amending%20Guidelines%20EBA%20GL%202020%2002%20on%20payment%20moratoria.pdf.

1. Esquema del funcionamiento del seguro como garantía

Aunque puede haber muchas variantes en función de lo que finalmente acuerden la entidad financiera y la compañía aseguradora, a continuación describimos brevemente y con carácter general, el funcionamiento de este tipo de operaciones:

a) La entidad financiera mantiene la relación tradicional con sus clientes, los prestatarios, que reciben el importe del capital concedido como préstamo inmobiliario, para adquirir la vivienda habitual. El préstamo se formaliza en póliza notarial intervenida con las condiciones financieras que rijan en cada momento.

b) El banco y la compañía aseguradora tienen formalizado previamente un contrato de seguro, normalmente mediante una póliza colectiva a la que se irán adhiriendo los prestatarios que reúnan las condiciones previamente determinadas. Es importante recordar que ambas partes tienen que acordar con detalle cuál será el perfil de riesgos de los clientes a los que se les ofrezca este producto, para lo que se suele manejar, entre otros conceptos, si el trabajo es fijo o no, por cuenta ajena o propia, antigüedad laboral y naturalmente, nivel de ingresos y relación cuota/ingresos.

c) En caso de impago del prestatario, la compañía aseguradora abona a la entidad financiera la deuda reclamada. En este punto, no obstante, puede haber muchas variantes a determinar en la negociación del producto entre la entidad financiera y la compañía aseguradora, pues en muchos casos lo cubierto será el impago que puede dar origen a la ejecución judicial, es decir, una vez se produce el vencimiento (anticipado o natural o a término) del préstamo por dicho impago. La aseguradora, en virtud del pago que ha efectuado, se subroga en la posición del acreedor para exigir el cumplimiento de sus obligaciones pecuniarias a los prestatarios.

d) El seguro tiene un coste financiero para la entidad acreedora, aunque hay supuestos en los que, además, el prestatario asume el pago de una prima a la aseguradora en función de lo cubierto, pues hay también la posibilidad de dar cobertura a supuestos de fallecimiento, desempleo o invalidez permanente, por ejemplo

e) Cuando se producen los primeros incumplimientos de pago, el banco realiza su actividad habitual recuperatoria para evitar la ejecución forzosa de su título (póliza de préstamo o crédito).

2. Ventajas para el prestatario

La gran ventaja era principalmente económica, es decir, de menor coste de la operación, pues no hay inscripción registral, el coste de la póliza es menor que el de una escritura de préstamo hipotecario, y no aplica el impuesto de Actos Jurídicos Documentados. En Francia, según las compañías aseguradoras, el coste de las garantías hipotecarias está entre el 2 y el 3 % del importe inicial del préstamo, mientras que dicho coste se

sitúa entre el 1 y el 1,5 % del importe formalizado del préstamo, cuando se instrumenta a través del seguro como garantía.

Pero esta ventaja, en su caso, no es en España para el prestatario, sino para la entidad prestamista, ya que, como veremos más adelante, estas operaciones de financiación, aun no teniendo garantía hipotecaria, quedan sujetas a la LCCI. Otra ventaja puede ser el hecho de no ser necesario levantar previamente la carga hipotecaria en los supuestos de venta de la vivienda.

Las compañías francesas que intentan implantar este producto en España suelen resaltar una ventaja más intangible, pues indican que, desde el punto de vista psicológico, el cliente que contrata el seguro muestra una mayor confianza respecto a su entidad bancaria. No vamos a hacer comentarios a esto, aunque parece más un argumento de venta que otra cosa.

3. Ventajas para la entidad financiera

En el argumentario que exponen las compañías aseguradoras a los bancos para explicar las virtudes de esta forma de financiación frente a la tradicional de la garantía hipotecaria, suelen destacar lo siguiente:

a) El uso generalizado de los seguros de caución por los bancos franceses explica en gran parte la altísima penetración (>100 %) de las pólizas de vida vinculadas a préstamos (que son habitualmente una condición *sine qua non* para conceder la garantía). Todo ello supone una mitigación del riesgo.

b) El riesgo inmobiliario se reduce, pues no es el banco el que ejecuta su título de préstamo (póliza), sino la compañía aseguradora. No hay adjudicación de garantías ni daciones en pago, ni costes añadidos por el mantenimiento de los inmuebles que pasan a tener la titularidad del banco en los supuestos de ejecución de garantía hipotecaria.

c) Posible reducción de requisitos de capital.

d) Como posibilidad a desarrollar legislativamente, en Francia existe, desde 2010, la opción de emitir cédulas basadas en préstamos inmobiliarios con seguro de caución (*Obligations foncières à l'habitat*). En realidad, esto, que es de *lege ferenda*, es más un inconveniente que una ventaja, pues la formalización de los préstamos en el ámbito de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario¹² y normativa que la desarrolla, permite a la entidad la posibilidad de emitir cédulas hipotecarias, bonos y participaciones, es decir, titularizar los créditos hipotecarios a través de los fondos de titulización hipotecaria, lo que se ha revelado como algo de gran utilidad para las entidades prestamistas para mover con más agilidad el dinero y poder volver a destinarlo a nuevos préstamos y créditos.

¹² Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario (BOE núm. 90, de 15 de abril de 1981).

En realidad, y ya fuera del argumentario de la compañía aseguradora, para decidirse por este sistema de financiación, para las entidades crediticias españolas es muy importante que les resulten los números desde el punto de vista contable en cuanto a los niveles de provisiones y de consumo de capital. Hay que ponderar el cambio de cumplir los requisitos en esta materia propios de las garantías hipotecarias a los de cumplir en operaciones con esta nueva garantía, que ya no depende en nada del valor de tasación de la garantía ni de su actualización anual y sí dependerá, y mucho, del *rating* (calificación crediticia) de la compañía aseguradora elegida para esta clase de operaciones. Y también influirá el coste de la prima para el banco.

4. Características de estas operaciones desde el punto de vista de la valoración del riesgo

Naturalmente, esta clase de financiación se ajusta a determinados criterios que buscan mitigar en la medida de lo posible los riesgos. Así, de forma general, vista la implementación de la misma en Francia, se puede apuntar:

- a) El plazo máximo de los préstamos se establece mediante acuerdo entre el banco y la compañía aseguradora. En la práctica no exceden de veinticinco años.
- b) No es inhabitual condicionar la suscripción de un seguro de vida, e incluso un seguro de protección de pagos.
- c) Se acuerdan los estándares de los ingresos de los posibles prestatarios, especificado determinados empleos y profesiones con menor riesgo de incumplimiento.
- d) Se excluyen determinadas operaciones y determinado tipo de prestatarios.
- e) Se dirigen preferentemente a los clientes «de toda la vida» del banco.

III. SUJECIÓN A LA LEY 5/2019, REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO

El ámbito de aplicación de la LCCI está regulado en su art. 2.1. En su apartado *a)* se incluyen los préstamos en los que el prestatario, garante o fiador es persona física y están asegurados con una garantía real sobre un bien inmueble de uso residencial. Pero en su apartado *b)* se regula otro grupo de préstamos, aquellos «cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, siempre que el prestatario, el fiador o garante sea un consumidor».

Además, las dudas iniciales que se pudieran tener sobre si estos préstamos tenían que estar relacionados por su finalidad exclusivamente con inmuebles de uso residencial —como sí se especifica en las operaciones

con garantía real del apartado *a*)— quedaron zanjadas por la Instrucción de la DGRN¹³ de 20 de diciembre de 2019¹⁴, sobre la actuación notarial y registral ante diversas dudas en la aplicación de la ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

Por tanto, en el ámbito definido en este art. 2.1.*b*), no es preciso que los inmuebles sean de uso residencial ni que el préstamo esté garantizado con garantía real sobre un bien inmueble. Es más, se aplicará también a préstamos sin ninguna garantía distinta de la personal de los prestatarios. Eso sí, la norma exige que el prestatario o garante (fiador, avalista) sea un consumidor persona física¹⁵.

En el ámbito de prestatarios a los que va dirigida la financiación para adquirir vivienda, normalmente habitual, no debe plantearse ninguna duda para determinar, como hemos visto, la sujeción de estas operaciones instrumentadas en póliza y por tanto sin garantía hipotecaria, a la LCCI, pues es evidente que siempre actuarán como consumidores. En todo caso, debemos señalar que la LCCI, en su art. 4 («Definiciones») no da ningún concepto de consumidor, pero es para ello de gran utilidad la STS de 10 de enero de 2018¹⁶, la cual recoge el cambio de concepto de consumidor que han introducido las reformas del TR-LGCU, cuyo art. 3 establece que son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

Según la citada STS:

«Este concepto de consumidor procede de las definiciones contenidas en las Directivas cuyas leyes de transposición se refunden en el TRLGCU, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, y también en algunas otras Directivas cuyas leyes de transposición no han quedado incluidas en el texto de 2007».

La sentencia igualmente reconoce que, consecuencia de la regulación comunitaria, el TR-LGCU abandonó el criterio del destino final de los bienes o servicios que se recogía en la LGDCU 1984, para adoptar el de la celebración del contrato en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Y en cuanto a la jurisprudencia del TJUE, explica la evolución reciente de la misma, señalando que «en los últimos tiempos

¹³ Conforme a lo establecido en el RD 453/2020, de 10 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia, y se modifica el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado, aprobado por el Real Decreto 997/2003, de 25 de julio (*BOE* núm. 188, de 7 de agosto de 2003), la DGRN ahora se denomina Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJFP).

¹⁴ Instrucción DGRN de 20 de diciembre de 2019, sobre la actuación notarial y registral ante diversas dudas en la aplicación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (*BOE* núm. 313, de 30 de diciembre de 2019).

¹⁵ Y entendemos que aunque la condición de consumidor sea posteriormente modificada (así, con base en la STS de 23 de noviembre de 2017, ECLI:ES:TS:2017:4116) pues en materia de protección de consumidores los controles de transparencia y abusividad se han de concretar y realizar en el momento de la celebración del contrato.

¹⁶ ECLI:ES:TS:2018:8.

el TJUE ha hecho una interpretación más flexible del concepto de consumidor, sobre todo cuando se trata de aplicar la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores». En conclusión, la STS de 10 de enero de 2018 acoge este mismo concepto de consumidor desarrollado por el TJUE, referido al ámbito objetivo de la operación y no a la personalidad del contratante, tal como ya habían venido haciendo otras sentencias anteriores: STS de 16 de enero de 2017¹⁷ y de 7 de noviembre de 2017¹⁸, o STS de 11 de abril de 2019¹⁹, según la cual:

«El concepto de “consumidor” [...] debe interpretarse de forma restrictiva, en relación con la posición de esta persona en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de este, y no con la situación subjetiva de dicha persona, dado que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras (véase, en este sentido, la sentencia de 25 de enero de 2018, Schrems, C-498/16, apartado 29 y jurisprudencia citada) (FJ Tercero 3)».

La inclusión de estas operaciones de préstamo o crédito sin garantía hipotecaria pero con la finalidad de adquirir el derecho de propiedad sobre un bien inmueble, sea o no residencial, conlleva determinadas consecuencias, principalmente relacionadas con el control de transparencia material que la LCCI encomienda al notario, y que la propia Instrucción de 20 de diciembre de 2019 determina. Así, para el Centro Directivo, resulta claro que el préstamo personal que se haya formalizado con una persona física consumidora, y con la finalidad indicada en el art. 2.1.b) LCCI, queda sujeto a la misma, en principio a todos los efectos, incluidos las limitaciones materiales que en ella se establecen y la entrega de FEIN, FIAE y demás documentación prevista en la ley. Además, el préstamo, sea hipotecario o personal, con un prestatario, fiador o garante que sea persona física consumidora y que tenga la finalidad de pagar todo o parte del precio de esa compra de un inmueble, verificar los pagos para levantar un embargo, o incluso cuando para posibilitar la conservación de la propiedad refinance un préstamo anterior que se hubiera contraído con esa misma finalidad adquisitiva o que estuviera garantizado mediante una hipoteca sobre un inmueble, etc., quedaría sujeto a la LCCI. Y el inmueble cuya adquisición o conservación se esté financiando puede tener o no destino residencial, ser el mismo que, en su caso, se hubiera hipotecado u otro diferente. En consecuencia, la entidad financiera habrá de cumplir todas las obligaciones informativas, en materia de transparencia, de limitaciones, análisis de solvencia, etc., que se establecen en la ley. Por el contrario, no parece obligado en tal supuesto el otorgamiento del acta previa informativa ante el notario. Para rechazar la necesidad del otorgamiento del acta previa en estos supuestos de pólizas de préstamo, la Instrucción se basa en que el art. 15 LCCI expresamente dice «acta notarial previa a la formalización del préstamo hipotecario», y en que en el

¹⁷ ECLI: ES:TS:2017:17.

¹⁸ ECLI: ES:TS:2017:3956.

¹⁹ ECLI: ES:TS:2019:1226.

art. 22.2 establece que 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 art. 15.3 LCCI, sin hacer referencia alguna a la póliza de un préstamo personal, ni menos aún al préstamo personal firmado en documento privado, cualquiera que sea su formato, sin acudir a la póliza notarial.

Es más, un argumento a añadir a todo lo anterior es, para el Centro Directivo, que el art. 14.1.g) al hacer referencia a la obligación del prestatario de recibir asesoramiento personalizado y gratuito del notario se limita al supuesto en que «esté previsto que el préstamo se formalice en escritura pública» y que el asesoramiento lo preste el notario «que elija el prestatario para la autorización de la escritura pública del contrato de préstamo».

Este criterio de la DGRN, de no exigir la formalización del acta previa notarial en las operaciones incluidas en el art. 2.1.b) sin garantía real, es en todo caso cuestionable, pese a las argumentaciones aportadas por la Instrucción que acabamos de ver. Porque no exigiendo el requisito del acta previa, se renuncia a la finalidad, que consideramos prioritaria, de asegurar y reforzar debidamente el control de la transparencia material atribuido al notario, finalidad que no debería tener distintos grados de obtención en función de la forma instrumental del contrato de préstamo en escritura pública o póliza intervenida.

Por otra parte, también es jurídicamente posible que actos o negocios jurídicos que pueden instrumentarse en póliza notarial lo sean, por decisión de los intervinientes, en escritura pública (aun cuando no haya contenido inscribible y por tanto no vaya a ser presentada en el Registro de la Propiedad la escritura). Y es que la LCCI se refiere a que esté previsto que el préstamo se formalice en escritura pública, pero no especifica que sea cuando está impuesta dicha instrumentación por la ley. De ahí la necesidad de determinar si, cuando se opte por formalizar una operación (no hipotecaria, obviamente) en escritura pública, aunque la misma pudiera instrumentarse en póliza, como es el supuesto de los préstamos para adquisición de vivienda con un seguro de caución, es requisito necesario el acta previa y, por tanto, la misma es gratuita para el prestatario, fiador o garante. Es una cuestión pendiente de ser aclarada.

IV. CONSECUENCIAS DE LA SUJECCIÓN DE ESTAS OPERACIONES A LA LCCI

Acabamos de exponer que las operaciones de financiación para adquisición de vivienda sin garantía hipotecaria, aunque asociadas a un seguro de caución, están sujetas a la LCCI. También hemos vistos que la Instrucción de la DGRN de 20 de diciembre de 2019 fijó el criterio de la no necesidad del acta previa notarial en estas operaciones, pero sí que las entidades financieras están obligadas a cumplir con las limitaciones ma-

teriales que en la ley se establecen, y la entrega de la FEIN, FIAE y demás documentación e información prevista en la ley.

La actuación notarial para el control de transparencia material está muy detallada en la ley (principalmente en los arts. 14, 15 y 22), y ha sido analizada por el Consejo General del Notariado en su Circular de obligado cumplimiento 1/2019, de 24 de mayo²⁰.

La actuación notarial regulada para las escrituras de préstamo hipotecario se refiere a: *a)* la comprobación de la entrega en plazo de toda la documentación, y de su contenido ajustado a la norma (documentación relacionada en el art. 14.1 letras de la *a)* a la *g)*, más la manifestación firmada por el prestatario de declararla haberla recibido), y *b)*, el asesoramiento individualizado del notario y la contestación a las preguntas que le formulen, realización del test y extensión del acta con el resultado que corresponda.

Pero en las operaciones a formalizar en póliza, en las que no hay acta previa, habrá que determinar, en su caso, cuál ha de ser la actuación notarial dentro de su función de control de transparencia material. Para ello se debe acudir a la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios²¹, que en su art. 30.3 establece unas pautas en cuanto a la documentación a comprobar, aunque será necesario adaptar lo establecido en la Orden a la LCCI (por ejemplo, conforme a la LCCI, hay FEIN y no FIPER). Y por supuesto, recordar que toda actuación notarial se rige por lo dispuesto en los arts. 147 y 193 RN, que recogen tanto la obligación del notario de asesorar a las dos partes con imparcialidad, informando a la parte más débil del valor y alcance del contenido de las cláusulas propuestas por la otra, prestando asistencia especial al otorgante necesitado de ella, como la obligación de advertir en el instrumento público si el mismo contiene alguna cláusula nula por sentencia e inscrita en el Registro de Condiciones Generales. El fin último (y esto es anterior a la LCCI, y por tanto indiferente el que haya acta o no) no es otro que los comparecientes queden «debidamente informados del contenido del instrumento y haber prestado a este su libre consentimiento».

V. GASTOS DE LA INSTRUMENTACIÓN DE UN PRÉSTAMO HIPOTECARIO

Ya hemos advertido antes de que el ahorro de costes que supone formalizar un préstamo en póliza intervenida frente a la escritura pública de

²⁰ Circular de obligado cumplimiento 1/2019, de 24 de mayo, relativa a la LCCI (Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario), en https://www.notariosyregistradores.com/web/wp-content/uploads/2019/06/Circular-obligado-cumplimiento-1-2019_pdf.pdf (última consulta realizada el 7 de noviembre de 2020).

²¹ Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (BOE núm. 261, de 29 de octubre de 2011).

préstamo con garantía hipotecaria ya no es una ventaja del prestatario, sino en su caso del prestamista, por la sujeción de estas operaciones a la LCCI.

Efectivamente, esta ley regula en su art. 14 a quién corresponden los gastos de la formalización. La rúbrica del precepto se refiere a «préstamos inmobiliarios» y no especifica que sean con garantía real o no. Aunque en el detalle de la distribución de los gastos es obvio que está pensando en la formalización de una escritura pública del préstamo hipotecario, pues regula los gastos por la tasación del inmueble, los gastos de inscripción de las garantías y el pago del impuesto de AJD.

Con la LCCI, la parte prestataria solo asume el gasto de la tasación de la garantía²², y el de la copia notarial de la escritura si es que la solicita. Se refiere la ley sin duda a una copia auténtica, la cual no vemos que sea necesaria para el prestatario. De hecho, en la práctica diaria no la solicitan, pues para tener conocimiento de lo firmado tienen la copia simple que el notario autorizante está obligado a entregarle o remitirle telemáticamente sin coste, en virtud de lo previsto en la DA 8.^a LCCI.

Todo lo demás: gestoría, aranceles notariales, gastos registrales por la inscripción de las garantías en el Registro de la Propiedad y, sobre todo, el pago del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, corresponde hoy al prestamista. La actual regulación del art. 29 del Real Decreto Legislación 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados²³, establece que será 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 a continuación se indica que cuando se trate de escrituras de préstamo con garantía hipotecaria, se considerará sujeto pasivo al prestamista. Esta nueva redacción proviene de la modificación efectuada por el Real Decreto Ley 17/2018, de 8 de noviembre²⁴.

La parte mayor parte del coste, lógicamente, es el importe a pagar por actos jurídicos documentados, cuya base es la responsabilidad hipotecaria pactada y cuyo tipo impositivo varía según la Comunidad Autónoma. Según la normativa fiscal de cada Comunidad Autónoma, el tipo general varía desde el 0,50 % al 2 %, aunque en algunas Comunidades Autónomas se establecen tipos reducidos para determinados supuestos, como adquisición de vivienda habitual por jóvenes, o por familias numerosas,

²² Su coste dependerá de diversos factores, pero para un préstamo estándar, de unos 150.000/200.000 euros, el coste estará alrededor de los 350 euros, aproximadamente.

²³ Real Decreto Legislación 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (*BOE* núm. 251, de 20 de octubre de 1993).

²⁴ Real Decreto Ley 17/2018, de 8 de noviembre, por el que se modifica el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre (*BOE* núm. 271, de 9 de noviembre de 2018).

o personas con minusvalías. En los Territorios Forales del País Vasco están exentos de AJD las primeras copias que documenten la constitución de derechos reales de hipoteca constituidas en garantía del pago de un préstamo o crédito, siempre que el mismo se destine a la adquisición o rehabilitación de la vivienda habitual, aunque cada uno de ellos establece otros requisitos. Así Guipúzcoa requiere que la vivienda tenga una superficie que no excede de 120 metros cuadrados, y el límite es el precio de compra, no pudiendo ser propietario de otra vivienda en Guipúzcoa, y en Vizcaya el préstamo no puede exceder del valor de compra. La cifra de responsabilidad hipotecaria la fija cada entidad en función de sus expectativas recuperatorias, y por tanto varía, pero creemos que no nos alejamos de la práctica actual si consideramos que suele estar en una horquilla que abarca entre el 110 % y el 140 % del principal.

Vamos ahora a considerar el coste de constituir hipoteca en garantía de un préstamo concedido para adquirir la vivienda habitual. Tomamos como ejemplo un préstamo de 150.000 euros (que se aproxima al importe medio de capital de los préstamos nuevos que se formalizan), con una responsabilidad hipotecaria que asciende a la cantidad de 180.000 euros.

El coste aproximado para este supuesto es de 950 euros de Notaría, 300 euros de Registro de la Propiedad y 280 euros de Gestoría. Y respecto a la parte «gruesa», el importe del impuesto de actos jurídicos documentados, que como acabamos de ver dependerá de cada Comunidad Autónoma, consideramos tres que pueden servir de referencia:

- a) En Cataluña, con el 2 % de tipo, el importe será de 3.600 euros.
- b) En Madrid, con el tipo del 0,75 %, el importe asciende a 1.350 euros.
- c) En el País Vasco, estaría este supuesto exento del pago del impuesto, si se cumplen otros requisitos que se han indicado antes, como superficie máxima de la vivienda y el límite del valor de la compra

En resumen, los costes aproximados ascienden 5.130 euros en Cataluña, 2.880 euros en Madrid y 1.530 euros en el País Vasco. En cambio, en la formalización del préstamo personal mediante póliza intervenida por el notario, el coste sería de 300 euros (más IVA).

BIBLIOGRAFÍA

- ASOCIACIÓN HIPOTECARIA ESPAÑOLA, Un análisis de la cartera hipotecaria española, Primer semestre de 2020, septiembre de 2020, en <http://www.ahe.es/bocms/sites/ahenew/informes/ahe/archivos/analisis-cartera-hipotecaria-junio-2020.pdf> (última consulta: 7 de noviembre de 2020).
- BANCO DE ESPAÑA, Encuesta sobre préstamos bancarios, en <https://www.bde.es/webbde/es/estadis/infoest/epb.html> (última consulta: 7 de noviembre de 2020).
- BANCO DE ESPAÑA, Nota informativa sobre la aplicación de las moratorias legislativas y sectoriales hasta el 31 de agosto de 2020, 4 de septiembre de 2020,

en https://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/SalaPrensa/NotasInformativas/Briefing_notes/notabe040920.pdf (última consulta: 7 de noviembre de 2020).

CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO, Circular de obligado cumplimiento 1/2019, de 24 de mayo, relativa a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (en lo sucesivo, LCCI), en https://www.notarios-yregistradores.com/web/wp-content/uploads/2019/06/Circular-obligado-cumplimiento-1-2019_pdf.pdf (última consulta: 7 de noviembre de 2020).

REFLEXIONES FINALES

AdaUCA APARICIO SANZ
Registradora de la Propiedad

Inicio la redacción de estas últimas páginas del libro no con ánimo de que sirvan de resumen, o aún peor, de excusa para no leer lo anterior, sino más bien como una reflexión personal sobre el proceso de elaboración del mismo, los hilos conductores que lo vertebran y las impresiones obtenidas al oír a los autores en el webinar que sirvió de presentación de esta obra.

Parfraseando a Ortega y Gasset, este libro es él y sus circunstancias. Digo que es él porque aún el conocimiento y la práctica de operadores jurídicos de muy diversos ámbitos y es sus circunstancias porque sin la terrible pandemia que hemos vivido en este 2020 seguramente habría seguido un camino y una planificación temporal distintos.

Nace de la colaboración entre el Decanato de Registradores de Cataluña con la Cátedra Jean Monnet de Derecho Privado Europeo. Lo que empezó planteándose como una jornada que abordaría, o al menos lo intentaría, los problemas y tendencias actuales en materia de contratación sobre la vivienda habitual en el marco de la nueva Ley de Crédito Inmobiliario, seguida de una publicación, tuvo que adaptarse a la realidad de estos tiempos, de modo que la jornada se desarrolló de modo virtual y con los materiales ya muy avanzados de cara a la publicación. Este no es un libro sobre las consecuencias de la covid-19 en el ámbito hipotecario, sino una colección de estudios que se aproximan, desde diversas perspectivas, a la LCCI, tal y como se había ideado inicialmente. Pero a nadie se le escapa que, ante una nueva crisis inmobiliaria, las cuestiones abordadas ganan todavía más protagonismo si cabe.

El objetivo de la colaboración y la característica, a mi juicio, más reseñable del libro son los distintos enfoques y análisis de una misma realidad: la evolución jurisprudencial y legislativa en materia de contratos de crédito garantizados con bienes inmuebles de uso residencial. Así, nos parecía imprescindible dar cabida a distintos operadores jurídicos y abordar el estudio no solo con una mirada al pasado y a la situación actual sino también al futuro, es decir, analizar las ventajas y desventajas de

otras formas de garantía, hasta ahora menos frecuentes pero que se están implantando cada vez más. Por tanto, podemos destacar dos enfoques o dos momentos distintos objetos de estudio.

Uno, en el momento de adquisición de la vivienda habitual, como proyecto vital, y a la vista del nuevo marco normativo establecido por la Ley 5/2019 de Crédito Inmobiliario y el otro, cuando esa misma vivienda ha de servir de garantía para la obtención de financiación por las personas mayores o aquellas que por sus condiciones no puedan acceder al mercado crediticio habitual. Ambos sirven para poner de manifiesto las virtudes y los vacíos legales en estas materias.

En cuanto al primero, centrándose las ponencias fundamentalmente en el estudio de la hipoteca sobre la vivienda habitual, parece obvio que la situación actual no puede entenderse sin antes echar la vista atrás. No hace falta remontarse demasiado lejos, tal y como se expone el libro, para analizar algunos de los factores que nos han conducido al presente.

El primero y más obvio, la crisis económica y el estallido de la burbuja inmobiliaria seguido de la correspondiente crisis hipotecaria provocaron un aumento exponencial de las ejecuciones hipotecarias, poniendo de manifiesto algunas deficiencias estructurales. La alarma social imperante así como la sucesiva jurisprudencia del TJUE y el TS intentando suplir esas deficiencias se materializaron posteriormente en diversas reformas legislativas que, a su vez, produjeron otras discordancias hasta concluir en la vigente LCCI, que traspone la Directiva 2014/17, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial.

Sin embargo, este proceso no ha sido pacífico ni inocuo ni parece tampoco que esté concluso a tenor de los problemas a los que en un futuro muy próximo parece que se enfrentaran de nuevo jueces y legislador.

Del amplio estudio que a lo largo de las ponencias se hace de las distintas sentencias del TJUE y TS quiero destacar algunas de las consecuencias más importantes, como han sido la alteración de la función calificadora del registrador de las cláusulas financieras de los préstamos y créditos garantizados con hipoteca con la sucesivas reformas del art. 12 LH y el haber desvirtuado el proceso hipotecario sumario en la medida que introducen la posibilidad de que el ejecutado pueda oponerse al despacho de la ejecución denunciando el carácter abusivo de una cláusula contractual o que incluso el juez que conoce del asunto pueda de oficio revisar el carácter abusivo de dicha cláusula.

Dos de las cláusulas contractuales que más jurisprudencia han generado y a cuya problemática intenta poner fin la LCCI con su redacción actual son las de intereses de demora y las de vencimiento anticipado, si bien, a pesar de la aparente claridad de la redacción de la norma, no están exentas de discusión, tal y como se ha desarrollado en los distintos trabajos.

Merece la pena destacar dos conceptos que en mayor o menor medida aparecen en casi todas las ponencias, ya que sirvieron de fundamento jurídico a las distintas resoluciones judiciales estudiadas y conforman el objetivo de la actual LCI, y no son otros que el principio de efectividad y el de transparencia. El primero por cuanto limita la autonomía legislativa de los Estados miembros en la medida en que sus normas no pueden hacer para sus ciudadanos más gravoso el ejercicio de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión Europea confiere a los consumidores y el segundo, la transparencia, por cuanto la misma debe regir en cualquier proceso de contratación con consumidores y su falta puede dar lugar a la nulidad del mismo.

En cuanto al segundo bloque de ponencias, aquellas que estudian otras formas de garantía alternativas a la hipoteca inmobiliaria, que se plantean la oportunidad y las posibles deficiencias normativas de tres figuras, el seguro de caución, la anticresis y la hipoteca inversa, quiero destacar dos ideas.

Una, que la hipoteca sigue siendo la forma de garantía predominante porque, a pesar de sus deficiencias, ha permitido el acceso a la vivienda en propiedad a un gran porcentaje de la población española; en el mercado hay otros productos que, ya sea por razón de costes o porque facilitan el acceso al crédito a personas que no podrían obtenerlo de otro modo, cada vez parece que serán más frecuentes, y ello es así porque no podemos desconocer el creciente envejecimiento de la sociedad y los problemas que se derivan de las situaciones de dependencia que en ocasiones van unidos a ese envejecimiento.

Otra, que esas otras formas de garantía, en cuanto el objeto de la misma normalmente será la vivienda habitual y el préstamo lo solicitará un consumidor, no pueden o, mejor dicho, no deberían quedar fuera del ámbito de aplicación de la LCCI. Poco habremos aprendido de la crisis hipotecaria de la que hablaba al principio si dejamos fuera del control de transparencia estas otras figuras.

Habrá que esperar aún un tiempo para poder valorar si los mecanismos de control introducidos por la LCCI han sido suficientes para alcanzar la tan ansiada transparencia material exigida por la jurisprudencia y por la sociedad.

