



Universidad de Oviedo

Programa de Doctorado en Derecho

**LA INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL EN EL CRÉDITO
INMOBILIARIO**

Tesis doctoral presentada por
NICOLÁS BÁRCENA SUÁREZ

Dirigida por:

RAMÓN DURÁN RIVACOBA

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Oviedo

MARÍA ISABEL HUERTA VIESCA

Catedrática de Escuela Universitaria de Derecho Mercantil

Universidad de Oviedo

Oviedo 2020



RESUMEN DEL CONTENIDO DE TESIS DOCTORAL

1.- Título de la Tesis	
Español: LA INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL EN EL CRÉDITO INMOBILIARIO	Inglés: PRECONTRACTUAL INFORMATION IN REAL STATE CREDIT
2.- Autor	
Nombre: NICOLÁS BÁRCENA SUÁREZ	DNI/Pasaporte/NIE
Programa de Doctorado: DERECHO	
Órgano responsable: COMISIÓN ACADÉMICA DE DOCTORADO EN DERECHO	

RESUMEN (en español)

La trascendencia jurídico-económica de los contratos de crédito inmobiliario en el sistema financiero implica la necesidad de conferir especial importancia a la fase precontractual. Es precisamente en el transcurso de dicha fase precontractual cuando el prestatario accede a la información y condiciones que regirán el posterior devenir de una relación contractual de larga duración y trascendentales repercusiones económicas y, en función de ellas, adoptará en último término la decisión de contratar o no. De ahí la necesidad, acuciantemente destacada a lo largo de los últimos años por el legislador y la jurisprudencia, de garantizar la comprensibilidad de las consecuencias jurídico-económicas que el préstamo inmobiliario implica para el prestatario durante la fase precontractual, a lo largo de sus distintas etapas.

Bajo esta premisa, la presente tesis doctoral analiza el contexto en el que se producen las regulaciones más significativas en el campo de la contratación inmobiliaria hasta llegar a la normativa actual. Los parámetros que rigen la fase precontractual son definidos al detalle en la investigación y se analiza de manera crítica la forma en la que se ha legislado. De esta manera, se detalla el recorrido pormenorizado de las diferentes informaciones que se van sucediendo en la negociación del contrato.

RESUMEN (en Inglés)

The legal-economic significance of real estate credit contracts in the financial system implies the need to give special importance to the pre-contractual phase. It is precisely in the course of said pre-contractual phase when the borrower accesses the information and conditions that will govern the subsequent development of a long-term contractual relationship with transcendental economic repercussions and, based on them, will ultimately adopt the decision to contract or not. Hence the need, urgently highlighted in recent years by the legislator and jurisprudence, to guarantee the comprehensibility of the legal-economic consequences that the real estate loan implies for the borrower during the pre-contractual phase, throughout its different stages.

Under this premise, this doctoral thesis analyzes the context in which the most significant regulations in the field of real estate contracting are produced until the current regulations are reached. The parameters that govern the pre-contractual phase



Universidad de Oviedo
Universidá d'Uviéu
University of Oviedo

are defined in detail in the investigation and the way in which it has been legislated is critically analyzed. In this way, the detailed route of the different information that occurs in the negotiation of the contract is detailed.

**SR. PRESIDENTE DE LA COMISIÓN ACADÉMICA DEL PROGRAMA DE DOCTORADO
EN DERECHO.**

ÍNDICE

ABREVIATURAS	5
INTRODUCCIÓN	9
INTRODUCTION.....	13

CAPÍTULO I

1. RELACIÓN ENTRE LA INFORMACIÓN EN LA FASE PRECONTRACTUAL Y LA TRANSPARENCIA	17
1.1. La regulación de la fase precontractual	22
1.1.1. Tratos preliminares y deber de información.....	27
1.1.2. La buena fe <i>in contrahendo</i>	35
1.2. La fase precontractual en sentido amplio.....	39
1.3. La responsabilidad precontractual.....	42
2. EL PRINCIPIO JURÍDICO DE TRANSPARENCIA Y SU INCIDENCIA EN EL SECTOR FINANCIERO	43
2.1. La transparencia bajo la óptica bancaria.....	48
2.2. Desarrollo normativo de la transparencia en los contratos de crédito inmobiliario.....	55
2.3. El préstamo responsable como paradigma de la contratación transparente.....	58
2.4. El control de transparencia: surgimiento e implementación en nuestro ordenamiento	61
2.5. Las alternativas existentes al control de transparencia material	67

CAPÍTULO II

1. LA INCIDENCIA DE LA CRISIS FINANCIERA EN EL CRÉDITO INMOBILIARIO.....	79
2. LA PREOCUPACIÓN EUROPEA POR EL MERCADO HIPOTECARIO: LA DIRECTIVA 2014/17/UE, DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 4 DE FEBRERO DE 2014	87
3. RÉGIMEN JURÍDICO DEL CRÉDITO INMOBILIARIO: LA LEY 5/2019, DE 15 DE MARZO, REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO.....	95
3.1. Tramitación y aprobación parlamentaria	95
3.2. Visión general.....	99
3.3. La imperatividad como propuesta de solución	113
3.3.1. La problemática de las cláusulas abusivas.....	115
3.3.2. Respuestas de la DGSJFP a las dudas interpretativas de la ley ...	132
3.4. Consecuencias de su aprobación	142
4. INTERVENCIÓN DEL NOTARIO EN LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO.....	147
4.1. El procedimiento para el control de la transparencia material en los contratos de crédito inmobiliario.....	155
4.2. Responsabilidad del notario actuante.....	164

CAPÍTULO III

1. LOS DEBERES IMPERATIVOS DE INFORMACIÓN	173
1.1. El procedimiento de toma de decisiones del consumidor de crédito.....	180
1.2. La técnica legislativa de los deberes imperativos de información ...	183
1.3. Efectividad de los deberes imperativos de informaciones precontractuales	191

2. DIFERENTES ESTADIOS DE INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL EN LA LEY 5/2019, DE 15 DE MARZO, REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO	197
2.1. La publicidad	202
2.2. El asesoramiento previo en la concesión de crédito.....	209
2.3. Información general	216
2.4. Evaluación de solvencia	222
2.5. Información precontractual en sentido estricto	236
2.5.1. Función y naturaleza jurídica de la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN)	237
2.5.2. La Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE).....	243
2.6. Consecuencias del incumplimiento de los deberes de información precontractual en los contratos de crédito inmobiliario.....	244
 CONCLUSIONES	 249
CONCLUSION.....	255
 BIBLIOGRAFÍA	 261
REPERTORIO DE JURISPRUDENCIA.....	301

ABREVIATURAS

AA.VV.	Autores varios
ATJUE	Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
ATS	Auto del Tribunal Supremo
BEUC	<i>Bureau Européen des Unions de Consommateurs</i>
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> (Código Civil alemán)
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CCA	<i>Consumer Credit Act</i>
CCom	Código de Comercio
CESCO	Centro de Estudios de Consumo
cfr.	confróntese
CGN	Consejo General del Notariado
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CIRBE	Central de Información de Riesgos del Banco de España
CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores
Coord. (s.)	Coordinador(es)
CORPME	Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España
DCFR	<i>Draft Common Frame of Reference</i>
DGRN	Dirección General de los Registros y el Notariado
DGSJFP	Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública
Dir. (s.)	Director (es)
EBA	<i>European Banking Authority</i>
Ed(s).	Editor(es)
FEIN	Ficha Europea de Información Normalizada
FiAE	Ficha de Advertencias Estandarizadas
FIPER	Ficha de Información Personalizada

FIPRE	Ficha de Información Precontractual
FJ	Fundamento Jurídico
LCCI	Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario
LCGC	Ley de Condiciones Generales de la Contratación
LDEC	Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LES	Ley de Economía Sostenible
LH	Ley Hipotecaria
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOSSEC	Ley de Ordenación Supervisión y Solvencia de Entidades de Crédito
N.º	Número
Ob. cit.	Obra citada
OM	Orden Ministerial
Pág.(s.)	Página(s)
Párr.	Párrafo
PECL	<i>Principles of European Contract Law</i>
PIB	Producto Interior Bruto
RCGC	Registro de Condiciones Generales de la Contratación
RGDP	Reglamento General de Protección de Datos
RN	Reglamento Notarial
ss.	Siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TAE	Tasa Anual Equivalente
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TRLGDU	Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios.
TS	Tribunal Supremo
UNIDROIT	Institut international pour l'unification du droit privé
Vid.	Véase
Vol.	Volumen

INTRODUCCIÓN

I

El contrato de crédito inmobiliario representa una de las formas más comunes y habituales de acceso a una vivienda en nuestro ordenamiento jurídico. Durante muchos años, el sistema hipotecario español ha demostrado una gran solidez que ha contribuido a posicionar el mercado de vivienda como uno de los factores fundamentales en nuestra economía.

Actualmente, la financiación inmobiliaria pasa por momentos de gran controversia debido a los problemas de litigación que se han observado en los últimos años. Este hecho ha motivado profundas reformas legislativas con la pretensión de dotar de una nueva seguridad jurídica a los contratos de préstamo con garantía hipotecaria. A su vez, y como consecuencia de la pertenencia de España a la Unión Europea, se ha buscado armonizar el conjunto de regulaciones que afectan a este sector de la economía en la persecución de una unificación del marco normativo.

La doctrina y la jurisprudencia han puesto el foco en la fase precontractual como el momento fundamental que sostiene la arquitectura del contrato y donde nace la problemática enunciada. La importancia de dicha fase se destaca ampliamente en la Directiva 2014/17/UE, base de la naciente Ley 5/2019, de 15 de marzo, Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario, piedra angular del presente trabajo.

La irrupción de dicha Ley supone un elemento fundamental sobre el que articular la investigación. Para una metodología completa y adecuada resulta imperativo ordenar el discurso de una manera comprensible. Así, se tratará de explicar la importancia de la fase precontractual y la creciente relevancia que le otorgan las leyes y las resoluciones judiciales. También, se pretende delimitar el concepto de transparencia en la contratación privada, su significado formal y material. Finalmente, se tratará de explicar y comprender el fenómeno legislativo de los deberes imperativos de información. Su observación crítica resulta la forma más adecuada de alcanzar los fines que se pretenden.

II

La investigación se compone de tres capítulos que tratan de ofrecer una idea coherente de las soluciones que se pretenden y la actual regulación existente. Para ello, en el Capítulo primero se aborda el estudio de la fase precontractual y la transparencia. Estos conceptos no gozan de una definición jurídica unificada y precisan de una delimitación concreta al objeto de estudio del presente trabajo. Asimismo, es conocida la voluntad del legislador, nacional y europeo, de dotar de mayores dosis de transparencia a la contratación privada. Lo que conduce a plantear la especial relación que existe entre la información y la transparencia.

No obstante, no es únicamente el concepto de transparencia lo que interesa a efectos de este trabajo. También se pretende analizar el significado de dicha transparencia en el sector financiero, su integración en la contratación bancaria y el fenómeno de la transparencia material. Éste es, de todas formas, un valor jurídico de carácter transversal y espíritu expansivo, que no detiene su influencia únicamente en el espectro del crédito inmobiliario.

El Capítulo segundo estudia la aparición de la nueva regulación de la contratación inmobiliaria bajo el prisma de la crisis financiera de 2008 y la creciente preocupación europea por el mercado hipotecario. Así, se analiza el camino legislativo que daría pie a nuestra Ley de Crédito Inmobiliario que se documenta desde su génesis parlamentaria hasta su aplicación en España.

En el Capítulo tercero se aborda la necesaria cuestión de los deberes imperativos de información precontractual. Estos constituyen una práctica legislativa recurrente a la luz de los trabajos de la Doctrina actual que, bajo la influencia de la denominada economía del comportamiento, persigue identificar la manera más adecuada de creación normativa. Todo ello permite acompañar el comportamiento y las necesidades de los consumidores con la actividad propia de los mercados.

Asimismo, se analiza la regulación legal del mercado del crédito inmobiliario desde una perspectiva crítica. El estudio se sitúa en el contexto de la europeización en el establecimiento de un mercado único y la controversia existente entre el declive de las fórmulas de contratación consagradas en nuestro Código Civil, de corte liberal, y el mayor intervencionismo del Estado a la hora de definir la forma y contenido de dichos contratos.

Finalmente, se estudian los diferentes estadios de la información precontractual que vienen expresados en la actual normativa, así como su desarrollo reglamentario y demás normas de aplicación sectorial.

En suma, la pretensión del trabajo que se presenta no es otro sino analizar el papel de la información precontractual en los contratos de crédito inmobiliario, su función en la conformación de una contratación transparente. En definitiva, explicar si la normativa actual podrá ser de utilidad en resolver los problemas de seguridad jurídica en los que nos encontramos. Aspira así a convertirse en una herramienta útil para estudiosos y prácticos del Derecho que

coadyuve a comprender y repensar las formas más adecuadas de diseñar la negociación del crédito inmobiliario. Todo ello en aras a dotar de seguridad jurídica a los operadores y al sistema en su conjunto.

INTRODUCTION

I

Real estate credit contracts represent one of the most common ways of access to housing in our legal order. For many years, Spain's mortgage system has proved great strength which has contributed to make of the housing market one of the fundamental factors in our national economy.

Currently, real estate financing is going through difficult times due to the litigation problems that have arisen in recent years. This situation has led to deep legal reforms which aim at ensuring legal certainty to mortgage-guaranteed loan contracts. At the same time, and as a result of Spain's membership of the European Union, efforts have been made to harmonize the set of regulations affecting this sector of the economy in order to unify the regulatory framework.

Doctrine and case-law have identified the pre-contractual phase as the crucial moment that holds up the architecture of the contract, precisely where the problem stated arises. The importance of this phase is broadly highlighted in Directive 2014/17/EU, which has been the legal basis of the new *Ley 5/2019, de 15 de marzo, Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario*, the cornerstone of this dissertation.

The irruption of this Law is a key element on which to articulate the research. For a complete and appropriate methodology it is indispensable to

order the discourse in an understandable way. This will seek to explain the importance of the pre-contractual phase and the growing relevance placed on it by laws and court rulings. Then, it is necessary to define the concept of transparency in private procurement, both in its formal and material sense. Finally, it will be analyzed the legislative phenomenon of the imperative duties of information. Its critical examination is the most appropriate way to achieve the intended ends.

II

This doctoral thesis is structured in three chapters which aim at providing a coherent idea of real state credit agreements, the solutions put forward and their current regulation. The first chapter addresses the study of the pre-contractual phase and transparency. Since these concepts do not have a unified legal definition, they require a specific delimitation for the purpose of this dissertation. The widely known intention of the national and European legislators to provide higher levels of transparency to private procurement has also led to the study of the singular relationship between information and transparency.

However, not only the concept of transparency is concerned in this dissertation. It is also relevant to analyse the meaning of such transparency in the financial sector, its integration into the bank procurement and the phenomenon of material transparency. This is, however, a cross-cutting and expansive legal value, which does not only deploy its influence on the real estate credit field.

The second Chapter examines the creation of the new regulation of real estate procurement from the perspective of 2008 financial crisis and the

growing European concern for the mortgage market. Thus, it will be analyzed the legislative path that unleash our Real Estate Credit Law, documented from its parliamentary process to its application in Spain.

The third chapter addresses the relevant issue of the imperative duties of pre-contractual information. These have become a recurring legislative practice in the light of the of the current doctrine which, under the influence of the so-called behavioral economy, aims at identifying the most appropriate form of normative creation. All the abovementioned makes it possible to time the consumers' behaviour and needs to the markets' activity.

In the same line, this chapter also analyses the legal regulation of the real estate credit market from a critical perspective. This study is placed in the context of the establishment of a single market in Europe and the dispute between the decline of the procurement formulas enshrined in our liberal Civil Code and the increased interventionism of the State in defining the form and content of those contracts.

Finally, attention is given to the different stages of pre-contractual information expressed in the current law, as well as their regulatory development and other sectoral application rules.

In brief, the aim of this doctoral dissertation is none other but to analyze the role of pre-contractual information in real estate credit contracts, in shaping a transparent procurement. Ultimately, to explain whether the current legislation can be useful to resolve the legal certainty problems. It thus aspires to become a useful tool for scholars and law practitioners that contributes both to understand and reconsider the most appropriate ways to design the negotiation of real estate credit. All this in the interest of providing legal certainty to the legal operators and the system as a whole.

CAPÍTULO I

1. RELACIÓN ENTRE LA INFORMACIÓN EN LA FASE PRECONTRACTUAL Y LA TRANSPARENCIA

De acuerdo con el viejo aforismo de Heráclito de Éfeso, «Todo fluye, todo cambia, nada permanece», podemos apreciar que nos encontramos inmersos en tiempos de transformación en cuanto a la contratación privada se refiere. Este hecho no obedece a un devenir caprichoso, sino a varios factores que pueden identificarse con la pertenencia de España a la Unión Europea y la consecuente integración en un Mercado Único. Dicha integración manifiesta una particular estructura económica que necesita forzosamente de una novedosa estructura jurídica¹. La confluencia de diversos países con diferentes sistemas jurídicos precisa de una tendencia unificadora de sus normas positivas² en el marco comunitario.

Los fines perseguidos por la Unión buscan dotar de una adecuada coherencia a las respuestas que ofrece la jurisprudencia a las novedosas prácticas negociales que se suceden en el entorno europeo. Se busca armonizar y

¹ Vid. DIEZ PICAZO, L. ROCA TRIAS, E. MORALES, A.: *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, 1ª Ed., Civitas, Madrid, 2002, pág. 95.

² Como refiere SERRANO FERNÁNDEZ, M.: *Las reglas de interpretación de los contratos en el proceso de construcción del Derecho Privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 17, al expresar las múltiples iniciativas que desde instancias europeas se implementan persiguiendo una pretendida unificación del Derecho Privado europeo que sea efectiva más allá de un entorno puramente académico.

uniformar el derecho privado en su conjunto³, al ser cada vez más conscientes de su internacionalización.

Uno de los métodos más eficaces en esa pretendida unificación es la promulgación de Directivas que, de acuerdo con el artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea,⁴ son obligatorias (en cuanto al resultado que debe conseguirse) para el Estado Miembro que ha de transponerlas. Sin embargo, los Estados Miembros tienen permitido un ámbito de libertad en cuanto a los instrumentos para llevarlo a cabo se refiere.

De esta manera, ha crecido en el seno de la Unión Europea una decidida voluntad acerca de una regulación profunda del mercado crediticio atinente a la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial. Se dicta para ello la Directiva 2014/17/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, en la búsqueda de un mercado más transparente y eficiente, cuyo texto veremos con mayor amplitud posteriormente.

³ Vid. DE LOS MOZOS, J. L.: *Estudios sobre Derecho de contratos, integración europea y codificación*, Fundación Beneficentia et peritia Iuris, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005, pág. 165 y ss. Vid también, NAVARRO FERNÁNDEZ, J. A.: «La modernización del Derecho de Obligaciones y contratos. Los juristas y las reformas en tiempo de capitalismo global», en ALBIEZ DOHRMANN, K. (Dir.): *Derecho Europeo y modernización del Derecho contractual*, Atelier, Barcelona, 2011, pág. 27, y EGUSQUIZA BALMASEDA, M^a. A.: «Unificación contractual y convergencia normativa en las operaciones de activo y pasivo», en EGUSQUIZA BALMASEDA, M^a. A., LARA GONZÁLEZ, R. (Coords.): *Operaciones bancarias de activo y pasivo en el contexto de crisis económica: Hacia la unificación de la contratación privada*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pág. 20. En el mismo sentido, BUSSANI, M.: *Libertà contrattuale e diritto europeo*, Utet Librería, Torino, 2005, págs. 87 y ss. y ZIMMERMANN, R.: *El nuevo Derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado*, Bosch, Barcelona, 2008, págs. 37 a 40.

⁴ «Para ejercer las competencias de la Unión, las instituciones adoptarán reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes. El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro. La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. La decisión será obligatoria en todos sus elementos. Cuando designe destinatarios, sólo será obligatoria para éstos. Las recomendaciones y los dictámenes no serán vinculantes». Publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea, C 83/171, el 30 de marzo de 2010.

Resultan particularmente importantes las referencias de la propia Directiva a la información precontractual. Dichas referencias no se circunscriben únicamente al artículo que la enuncia, sino que, bajo ese concepto se encuentra la regulación propia de la publicidad o la información general, momentos todos ellos antecedentes a la formación del contrato, por tanto, insertos en la denominada *fase precontractual*.

En el marco de la transparencia, la opacidad característica de los productos financieros viene dada por una normativa, profusa, dispersa y compleja. La necesidad de claridad en las operaciones de contenido económico ha provocado un aumento en las informaciones previas que deben ser proporcionadas a los contratantes, lo que ha provocado profundos cambios regulatorios en los diversos países del entorno europeo. De esta manera, otros fenómenos conexos a la opacidad en los mercados han surgido con fuerza tras la incidencia de la crisis financiera de 2008. Entre otros, el *Shadow Banking*⁵ (Banca en la sombra), que han llevado a la Comisión Europea a plantear la *Communication from the Commission to the Council and The European Parliament Shadow banking-addressing new sources of Risk in the Financial Sector*⁶ en septiembre de 2013 o el famoso *informe de la comisión especial para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados y en las sociedades cotizadas*⁷, conocido como *Comisión Aldama* o *Informe Aldama*.

⁵ El Informe de Estabilidad Financiera de noviembre de 2014 del Banco de España define la banca en la sombra como «Aquella intermediación crediticia conformada por entidades y actividades que están fuera del sistema bancario regular», dicho informe puede ser consultado en la página 62, al siguiente enlace que se acompaña: <https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/InformesEstabilidadFinanciera/14/IEF-Noviembre2014.pdf> (última consulta 31 de agosto de 2020).

⁶ MARTÍ MIRAVALLS, J.: «Seguimiento de la hoja de ruta de la comisión europea sobre shadow banking», en MARIMÓN DURÁ, R. (Dir.): *Shadow banking y financiación empresarial alternativa*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pág. 71 y ss., donde se analiza la evolución regulatoria circundante a las entidades que realizan actividades incardinadas en el *shadow banking*.

⁷ Dicho informe se encuentra en la página web de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y puede consultarse en el siguiente enlace:

Como podemos observar, el principio de transparencia adquiere cada vez una mayor relevancia en el contexto nacional e internacional. Actualmente, la exégesis jurisprudencial resulta unánime al expresar que dicho principio está netamente ligado a la información precontractual⁸. Dicha información conforma la necesaria seguridad jurídica a la hora de contratar. A su vez, habida cuenta de la importancia económica de las entidades de crédito⁹, se ha ampliado la regulación de sus actividades y una necesidad de supervisión especial por los organismos reguladores sectoriales debido a la difícil previsión del impacto de sus actividades en una economía cada vez más global.

Transparencia y seguridad jurídica son, en efecto, dos caras de una misma moneda, pues si la segunda tiene que ver con la previsibilidad de las actuaciones en el operar jurídico, la primera es un elemento indispensable para lograr este objetivo. En consecuencia, los problemas vinculados a la transparencia son, en último término, problemas de seguridad jurídica que ponen, en no pocas ocasiones, en tela de juicio a nuestro Estado de Derecho

<https://www.cnmv.es/portal/Publicaciones/CodigosGovCorp.aspx> (última consulta 31 de agosto de 2020).

⁸ PERTIÑEZ VILCHEZ, F.: *La nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 25, donde destaca: «La STS 9 de mayo 2013 (Tol 3671048) y las posteriores que han confirmado la doctrina jurisprudencial acerca del carácter abusivo de una cláusula suelo en contratos de préstamo hipotecario a interés variable por una falta de transparencia [SSTS 8 septiembre 2014 (Tol 4529142), 24 de marzo 2015 (Tol 4828170), 25 marzo 2015 (Tol 4828169), 29 de abril 2015 (Tol 5090715) y 23 diciembre 2015 (Tol 5615949) han supuesto un cambio de concepción de la información precontractual exigida a las entidades financieras sobre el coste del crédito y en cuanto a las consecuencias jurídicas vinculadas a esta falta de información». A su vez, MORENO GARCÍA, L.: *Cláusulas suelo y control de transparencia. Tratamiento sustantivo y procesal*, Marcial Pons, Madrid, 2015, pág. 69, califica la relación de la información precontractual con la transparencia de «íntima» al referirse a control de transparencia (cuyo contenido se desarrollará más adelante) y abunda en la idea de adecuar el nivel de información que se presenta a los consumidores en los momentos previos de la formalización de un contrato bancario.

⁹ PINILLOS, A.: «Tratamiento jurídico de las crisis bancarias», en ZUNZUNEGUI, F. (Dir.): *Derecho bancario y bursátil*, Colex, Madrid, 2012, pág. 115, donde explica: «Asimismo, el fuerte endeudamiento al que las entidades de crédito se encuentran sujetas, hace que el impacto de las crisis económicas sobre parte de sus activos afecte con mayor vigor a sus recursos propios y a su solvencia. Estos factores hacen que la insolvencia de una entidad bancaria, y todavía más cuando se trata de un gran grupo bancario de naturaleza sistémica y actividad transfronteriza, tenga un impacto poco previsible en la economía».

Esta importancia de la información precontractual también se puede advertir en el ámbito jurisprudencial nacional y europeo¹⁰, por ser la fase en la que se adopta la decisión de contratar y, por tanto, donde el conocimiento acerca

¹⁰ De esta manera tan expresiva lo destaca la Sala Primera del Tribunal Supremo en su STS 36/2018, de 24 de enero de 2018, FJ 2º, exponiendo: «El problema no radica en la información prestada al tiempo de la firma del contrato, sino en la ausencia de la reseñada información precontractual, muy relevante en este tipo de contratos en que la escritura de préstamo hipotecario se otorga por el prestatario al mismo tiempo en que firma la escritura de compra del inmueble, cuyo pago es objeto de financiación. De tal forma que, aunque en ese momento la consumidora pudiera ser consciente, merced a cómo se redactó la cláusula, en este caso el anexo I, de que el interés variable estaba afectado por una cláusula suelo, no tenía margen de maniobra para negociar otro tipo de financiación con otra entidad sin frustrar la compra concertada para ese día. Es por ello que la información precontractual cumple una función tan relevante». En el mismo sentido, STS 38/2018, de 24 de enero, FJ 4º, en la que se destaca: “Tanto la jurisprudencia comunitaria, como la de esta sala, han resaltado la importancia que para la transparencia en la contratación con los consumidores tiene la información precontractual que se les facilita, porque es en esa fase cuando se adopta la decisión de contratar. La STJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11, caso RWE Vertrieb, declara al referirse al control de transparencia: 44. En efecto, reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información. Doctrina reiterada por el TJUE en las sentencias de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13 caso Matei, párrafo 75; 23 de abril de 2015, asunto C-96/14, caso Van Hove, párrafo 47; y 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, caso Gutiérrez Naranjo. La información precontractual es la que permite realmente comparar ofertas y adoptar la decisión de contratar. No se puede realizar una comparación fundada entre las distintas ofertas si al tiempo de realizar la comparación el consumidor no puede tener un conocimiento real de la trascendencia económica y jurídica de alguno de los contratos objeto de comparación porque no ha podido llegar a comprender lo que significa en él una concreta cláusula, que afecta a un elemento esencial del contrato, en relación con las demás, y las repercusiones que tal cláusula puede conllevar en el desarrollo del contrato. El diferencial respecto del índice de referencia y el TAE que supone la adición de uno al otro, que es la información en principio determinante sobre el precio del producto con la que el consumidor realiza la comparación entre las distintas ofertas y decide contratar una en concreto, pierde buena parte de su trascendencia si existe un suelo por debajo del cual el interés no puede bajar. Por tanto, es preciso que en la información precontractual se informe sobre la existencia de ese suelo y su incidencia en el precio del contrato, con claridad y dándole el tratamiento principal que merece. En el presente caso, la sentencia recurrida no ha tomado en consideración este criterio, pues no ha dado trascendencia a que no se hubiera proporcionado al demandante, con una antelación suficiente a la firma del contrato, la información relativa a la cláusula suelo, de modo que pudiera conocer su existencia y trascendencia y comparar distintas ofertas». O más recientemente se reitera esta importancia de la información precontractual en la STJUE de 7 de noviembre de 2019, asuntos acumulados C-419/18 y C-483/18, caso Profi Credit Polska, así como la STS 53/2020, de 23 de enero, FJ 7º, al destacar y reiterar la necesidad de la información precontractual en la comparativa de ofertas, la repercusión económica y la influencia de determinadas cláusulas sobre el precio del contrato.

de las consecuencias y el esfuerzo económico que debe ser empleado¹¹ reviste una importancia fundamental.

La génesis del negocio jurídico configura las reglas que habrán de sostenerse durante la vida contractual. La duración de los contratos de financiación hipotecaria es particularmente larga, por ello, un mayor conocimiento otorga no solo una seguridad jurídica necesaria y deseable, sino que implementa la confianza entre las partes que, en última instancia, es la condición que concede estabilidad al mercado.

Por tanto, la transparencia en la información precontractual resulta crucial para la configuración de la seguridad jurídica que, a su vez, resulta un elemento indispensable para el funcionamiento de los mercados financieros.

1.1. La regulación de la fase precontractual

El Código Civil español no contiene una regulación expresa de la fase precontractual, así como tampoco del periodo antecedente a la celebración de los contratos¹². Sin embargo, la doctrina ha identificado esta etapa en las

¹¹ Como expresa RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T.: «La etapa precontractual en la contratación mercantil», en PERALES VISCASILLAS, P., PORFIRIO CARPIO, L. J., MORILLAS JARILLO, M. J. (Dir.), *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortíz*, Universidad Carlos III, Getafe, 2015, pág. 1802, al indicar la importancia de la fase precontractual para el éxito de la transacción y es en esa fase donde las partes despliegan un singular esfuerzo e implementan las principales armas para la negociación en el proceso que configura la contratación.

¹² MENÉNDEZ MATO, J. C.: *La Oferta Contractual*, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 1998, pág. 26. Esta situación de ausencia de regulación ha tenido ocasión de ser enmendada gracias a la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos del año 2009, la cual aborda la fase precontractual de formación del contrato al artículo 1245, cuyo texto recoge: «1. Las partes son libres para entablar negociaciones dirigidas a la formación de un contrato, así como para abandonarlas o romperlas en cualquier momento. 2. En la negociación de los contratos, las partes deberán actuar de acuerdo con las exigencias de la buena fe. 3. Si durante las negociaciones, una de las partes hubiera facilitado a la otra una información con carácter confidencial, el que la hubiera recibido sólo podrá revelarla o utilizarla en la medida que resulte del contenido del contrato que hubiera llegado a celebrarse. 4. La parte que hubiera procedido con mala fe al entablar o interrumpir las negociaciones será responsable de los daños

tradicionales fases que delimitan la vida de un contrato, donde se encuentran tres momentos determinantes¹³:

- A) La generación o gestación
- B) La perfección
- C) La consumación

Es en el momento de la generación o gestación del contrato donde podríamos localizar la denominada *fase precontractual*. Dicha fase no tiene una categoría individualizada ni autónoma dentro de nuestro ordenamiento y podemos identificarla como una etapa previa del contrato¹⁴, donde se producen tratos preliminares, negociaciones y, en definitiva, actos que persiguen su perfección y resultan de obligada observancia puesto que muchos de ellos pueden tener consecuencias jurídicas.¹⁵

causados a la otra. En todo caso, se considera contrario a la buena fe entrar en negociaciones o continuarlas sin intención de llegar a un acuerdo. 5. La infracción de los deberes de que tratan los apartados anteriores dará lugar a la indemnización de daños y perjuicios. En el supuesto del apartado anterior, la indemnización consistirá en dejar a la otra parte en la situación que tendría si no hubiera iniciado las negociaciones». Véase en este sentido, CUADRADO PÉREZ, C.: «Nuevas perspectivas de la responsabilidad contractual», en PEREÑA VICENTE, P., DELGADO MARTÍN, P. (Coords.): *Nuevas orientaciones del Derecho Civil en Europa*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2015, págs. 372 y 373.

¹³ Vid. DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, Volumen Primero, Introducción a la Teoría del Contrato*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007, pág. 309, y en el mismo sentido, CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español, Común y Foral, Tomo Tercero, Derecho de las Obligaciones, La Obligación y el contrato en general*, 16ª Ed., Reus, Madrid, págs. 592-594 y PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho Civil, Tomo II, Volumen I, Doctrina General del Contrato*, 3ª Ed., Bosch, Barcelona, 1988, pág. 167.

¹⁴ DORAL GARCÍA, J. A.: *El contrato como fuente de obligaciones*, Eunate, Pamplona, 1993, pág. 30, dónde el autor define la etapa precontractual a partir del concepto de contrato y de los tiempos que le anteceden en la formación de las voluntades de la siguiente manera: «El contrato supone “concurso” de voluntades, lo que indica un tiempo: un antes y un después. Antes del “concurso” no pasa de ser propósito, promesa unilateral de contratar, tratos preliminares, actos antecedentes; después, los propósitos dejan de serlo y las promesas también, al erigirse en vínculo, “obligación” contractual; en compromiso de participar en una comunidad organizada por el fin del contrato, la llamada intención común. De modo que cada contrato a la naturaleza histórica incorpora la pequeña historia particular».

¹⁵ Vid. CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español, Común y Foral, Tomo Tercero, Derecho de las Obligaciones, La Obligación y el contrato en general*, ob. cit., págs. 704 y 705.

Esos momentos previos a la vida del contrato pueden tener una plasmación física en documentos, memorias, etc. No obstante, en nuestro ordenamiento jurídico, no resulta necesario ningún documento acreditativo de lo acordado por las partes para configurar la existencia de un contrato, ya que el contrato existe desde que se manifiesta el consentimiento¹⁶. Existen dos excepciones a este principio antiformalista: en primer lugar, cuando lo exige una ley, en segundo lugar, cuando por voluntad de las partes se requiere un documento para la perfección del contrato.¹⁷

Como observaremos posteriormente, la regulación actual es proclive a determinar por ley el tipo de información precontractual que se debe suministrar a una pluralidad de contratos. Esta práctica supondría para algunos autores un intervencionismo estatal en detrimento del individualismo de corte liberal que colocaba en un lugar destacado la autonomía de las partes a la hora de contratar¹⁸. Esa pérdida de autonomía se une a una mercantilización del derecho privado tendente a consagrar la seguridad del tráfico jurídico¹⁹ como un valor primordial.

El devenir histórico ha cambiado nuestra percepción del contrato. Se aleja de nuestra visión actual el acuerdo entre individuos con una libertad e igualdad similar frente al negocio jurídico. Estos cambios han sido propiciados por factores²⁰ que son consecuencia de los tiempos modernos y que afectan

¹⁶ Art. 1258 del Código Civil: «Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley».

¹⁷ Vid. Díez-Picazo, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, Volumen Primero, Introducción a la Teoría del Contrato*, ob. cit., págs. 305 y 306.

¹⁸ Vid. Castán Tobéñas, J.: *Derecho Civil Español, Común y Foral, Tomo Tercero, Derecho de las Obligaciones, La Obligación y el contrato en general*, ob. cit., pág. 509.

¹⁹ Vid. De Castro y Bravo, F.: *El Negocio Jurídico. Tratado Práctico y Crítico de Derecho Civil*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1971, págs. 14 y 15.

²⁰ Lacruz Berdejo, J. L. et al.: *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones. Volumen primero. Parte General. Teoría General del Contrato*, 4ª Ed., Dykinson, Madrid, 2007, pág. 331, identificando: «A). El progreso de la ciencia. Señala Savater cómo esta transformación viene impulsada por el hecho, en el terreno puramente material, de que el hombre haya llegado a

profundamente a la contratación como fenómeno que debe ser permeable a los mismos ya que no es una estructura monolítica e inmutable.

De acuerdo con el signo de los tiempos, algunos autores²¹ han querido apuntar un componente social que se observa en el derecho contractual actual y que es fruto de ese intervencionismo estatal en materias especialmente sensibles. Se debe destacar que no se limita por entero la libertad de obligarse, sino que coexiste con otros principios del Derecho que ejercen de contrapeso entre las partes.

Sin embargo, este efecto limitativo de la autonomía de la voluntad guarda una conexión con una contratación de creciente complejidad técnica que acentúa la asimetría entre las partes contratantes. Actualmente, parece necesario reforzar una búsqueda de la protección de la parte más débil en el contrato al diseñar mecanismos que permitan una igualdad de armas más efectiva.

ser dueño de energías cada vez más desmesuradas. Comenzó por el vapor, continuó por la electricidad y el motor de explosión, y hoy va consiguiendo poner al servicio de la industria la desintegración del átomo y las nuevas tecnologías (electrónica y otras). Las fuerzas así conquistadas son tales que se imponen al hombre. Ya no son los individuos los que pueden manejarlas: es necesario un esfuerzo colectivo para ponerse a la altura de estas fuerzas inmensas. Y el contrato individual no basta para ello: ni para asegurar la equidad contractual en unos casos, ni para resolver con agilidad las dificultades técnicas en otros. B) El cambio de modelo económico. A su vez, y como dice BARCELONA, la estructura económica en cuyo marco plantearon los Códigos el principio de autonomía, a saber, el modelo de la competencia perfecta, ha sido sustituida en grandes sectores por la de un mercado en régimen de oligopolio o monopolio, razón por la cual hoy no resulta adecuado continuar razonando como si la libre competencia fuera lo normal y las medidas del poder público unas providencias para situaciones excepcionales. C) El fallo de los presupuestos de la autonomía contractual. En particular, en la contemplación individual de cada contrato se echan de menos aquellas condiciones de libertad e igualdad de los contratantes que suponía el legislador como base y motivo de la autonomía que concede a aquellos».

²¹ Vid. PEDREIRA ANDRADE, A.: «Tema 31», en O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., PEDREIRA ANDRADE, A.: *Introducción al Derecho y Derecho Civil Patrimonial*, volumen II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993, pág. 983, destacando: «Ahora bien, el control legal, judicial e incluso administrativo, no significan la desaparición de la libertad contractual, ni su alteración sustancial; aunque se ha operado una evidente potenciación del contenido social del contrato. En todo caso la libertad contractual coexiste con las limitaciones impuestas por normas imperativas, con el equilibrio de las prestaciones, con los principios de buena fe, confianza legítima y con la prohibición de abuso del derecho».

Dicha autonomía de la voluntad en el ámbito contractual ha encontrado sus límites tradicionales²² en las causas tasadas en el artículo 1255 del CC, por tanto, la imperatividad de la norma dibuja un camino que no puede ser obviado por los contratantes en modo alguno.

La elaboración sistemática de contratos prerredactados en un extenso abanico de servicios y productos característicos de la contratación en masa hace indispensable un control previo. La evidente ausencia de una negociación adecuada impide, o al menos dificulta, un consentimiento verdaderamente libre y, en gran medida, reducido a su mínima expresión²³. Dicho consentimiento, como requisito esencial del contrato, se forma en la mencionada fase precontractual y debe ser objeto de especial protección puesto que constituye los cimientos sobre los que se asienta el contrato. Esta protección puede proyectarse desde el espectro administrativo, legal y judicial²⁴ al buscar reestablecer el equilibrio en la posición de los intervinientes en el contrato.

En ordenamientos de nuestro entorno, como por ejemplo el alemán, en el momento del comienzo de las negociaciones se configura una relación (*Sonderrechtsverhältnis*) entre las partes a las que la ley impone deberes de protección y lealtad²⁵ (*Schutzpflichten*), a su vez, a efectos precontractuales, debemos destacar la existencia de la oferta (*Antrag* o *Angebot*) y la aceptación (*Annahme*) como declaraciones de las intenciones de las partes, así, en los préstamos regulados en el BGB tras la reforma de 2001 (artículos 488 a 490),

²² GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L.: *Derecho Mercantil de obligaciones, parte general*, Marcial Pons, Madrid, 2003, págs. 388 y 389.

²³ GÓMEZ POMAR, F., ARTIGOT GOLOBARDES, M.: «Costes, precios y excedente contractual en el control de la contratación de consumo, especialmente la hipotecaria», *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 73, N.º 1, 2020, pág. 13, donde los autores explican la forma limitada de consentimiento que se produce en los contratos con condiciones generales de la contratación.

²⁴ Vid. MORENO QUESADA, B.: «La protección del consentimiento contractual, hoy», en LLAMAS POMBO, E (Coord): *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, La Ley, Las Rozas, 2006, págs. 454 y ss.

²⁵ Vid. HESSELINK, M.: *Precontractual Liability in European Private law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, pág. 3.

se observan los criterios generales para este tipo de contratos, cuya naturaleza no difiere de lo conocido por nuestro entorno jurídico. De esta manera, se establece la necesidad de dos declaraciones correspondientes de intenciones (*Konsensualvertrag*) y las obligaciones sinalagmáticas propias de este tipo de contratos. Los artículos 491 a 498 contienen reglas especiales a las transacciones de crédito al consumo que incluyen especiales referencias a la forma que debe adoptar la información precontractual.²⁶

Las negociaciones previas o tratos preliminares se configuran como un primer paso en la fase precontractual, por ello, pasaremos a observarlos con mayor detenimiento.

1.1.1. *Tratos preliminares y deber de información*

Dentro de este espectro precontractual nos encontramos con los denominados tratos preliminares o previos. Los tratos preliminares configuran una parte fundamental en el estudio de esta fase antecedente al nacimiento del contrato. Al carecer de regulación sustantiva, observamos que la doctrina²⁷ los define de diferentes maneras, pero con una serie de notas comunes²⁸ como son:

- a) Una generalidad de actuaciones unilaterales o bilaterales no esenciales para la formación del contrato.
- b) Podrán ser verbales o disponer de un soporte y representación física elaborados por las partes.

²⁶ Vid. MARKESINIS, B., UNBERATH, H., JOHNSTON, A.: *The German Law of Contract*, Hart Publishing, Oxford, Second Edition 2006, págs 151 y 152.

²⁷ Vid. MOLL DE ALBA LACUVE, CH.: «Los tratos preliminares, la promesa de venta, el precontrato, la reserva y la información precontractual», en FUENTES-ROJO RIUS, A., FUENTES-ROJO LASTRES, A.: *La compraventa Inmobiliaria*, Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2019, pág. 35.

²⁸ AZNAR GINER, E.: *Las negociaciones o tratos preliminares al contrato, doctrina y jurisprudencia*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 18, 19 y 20.

c) Se descarta que puedan generar una relación jurídica²⁹, dado que no ha nacido obligación alguna. Por tanto, ninguna responsabilidad podría exigirse³⁰, siempre a salvo de la denominada responsabilidad precontractual, como veremos más adelante y su vinculación a la necesaria buena fe.

La ausencia de una regulación adecuada³¹ de los tratos preliminares o previos y de la fase precontractual por extenso, hace que en muchas ocasiones se confunda la parte por el todo y se considere a los tratos como la propia fase precontractual y no como un apéndice donde caben otras figuras tales como el precontrato o la propia oferta.

Este tipo de tratos previos a la celebración del contrato han de ser realizados conforme a unos deberes apuntados por la doctrina reciente³² de la siguiente manera:

- a) Deber de negociar de buena fe
- b) Deber de suministrar determinadas informaciones
- c) Deber de protección
- d) Deber de confidencialidad

²⁹ DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, Volumen Primero, Introducción a la Teoría del Contrato*, ob. cit., pág. 311.

³⁰ O'CALLAGHAN, X.: *Compendio de Derecho Civil, Tomo II, Derecho de Obligaciones*, 6ª Edición, Dijusa, Madrid, 2009, pág. 246.

³¹ Conviene destacar lo que, en mi opinión, es una adecuada y acertada sistematización y regulación de los tratos preliminares en el denominado Proyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía. En su artículo sexto, se condensa el régimen legal de los tratos preliminares basado principalmente en la buena fe y la responsabilidad por la ruptura de dichos tratos. Dicho artículo vendría a completar la laguna de nuestro ordenamiento a este respecto. Véase en este sentido, GARCÍA CANTERO, G.: *Estudios sobre el Proyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía*, Reus, Madrid, 2010, págs. 98 a 102.

³² DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, Volumen Primero, Introducción a la Teoría del Contrato*, ob. cit., págs. 311 y 312.

Nos detendremos posteriormente en los puntos a) y b) por su relevancia en la fase precontractual.

Debido a la opacidad característica, ocasionada por la falta de una regulación concreta, de los tratos preliminares, resulta de especial ayuda delimitar el ámbito temporal en que discurren para asignarles su concreto lugar en relación con el contrato que está por nacer.

De esta manera, y dentro de la pluralidad de situaciones que engloban los mencionados tratos, se puede establecer su inicio cuando se produce un acto de voluntad de las partes.³³

Por otro lado, para determinar el momento final de dicha fase se debe tener en cuenta si se logra el fin pretendido por dichos tratos³⁴ o bien cuando no ha habido acuerdo y se han frustrado definitivamente las conversaciones, ya sea de consuno o unilateralmente.

Si volvemos la vista a los habituales intervinientes en la contratación de crédito inmobiliario, los consumidores, observamos que nuestra propia Constitución ya establece en su artículo 51 que los poderes públicos promoverán la información en cuanto a los consumidores se refiere. La LCCI ya anunciaba en la exposición de motivos del Proyecto de Ley su pretensión de ir más allá y extiende esta actividad tuitiva a todas las personas físicas sean o no consumidores. De esta manera, y en conexión con el meritado artículo constitucional citado, se fija en el TRLGDCU³⁵, la información previa «relevante, veraz y suficiente» que se ha de facilitar.

³³ MORENO QUESADA, B.: *La Oferta del contrato*, Editorial Nereo, Barcelona, 1963, págs. 17 y 18.

³⁴ MORENO QUESADA, B.: *La Oferta del contrato*, ob. cit., pág. 20.

³⁵ Vid. artículo 60 del Real decreto Legislativo 1/2007, de 26 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

En la legislación atinente a los consumidores, dicho principio de información aparece consagrado en el artículo 8 del TRLGDCU configurado como un principio instrumental³⁶ que sirve de vehículo para lograr la satisfacción de un interés legítimo que, en este caso, sería el interés económico del consumidor en el contrato de que se trate. Dicho artículo 8 parece encontrar su concreción en el artículo 60 del mismo cuerpo legal en el que matiza los deberes de información precontractual en varias vertientes³⁷ diferenciadas que debemos tener en cuenta a la hora de contemplar el desarrollo de la información precontractual que hace la LCCI.

Este deber, basado a su vez en la buena fe que integra todo el contrato, bien pudiera pensarse que se constituye como un deber generalista de suministrar información relevante y necesaria entre las partes para llevar a cabo el contrato pretendido. Sin embargo, resulta necesario concretar los pormenores del deber de información,³⁸ especialmente en la fase precontractual, con el fin de evitar que resulte un concepto meramente instrumental o vacío de contenido

³⁶ PEÑA LÓPEZ, F.: «Derechos básicos de los consumidores y usuarios», 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*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, págs. 125 y 126.

³⁷ GARCÍA VICENTE, J.R.: «Artículo 60. Información previa al contrato», 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*, ob. cit., pág. 767, expresa: «En resumen, son seis los aspectos que deben mencionarse respecto a los deberes precontractuales de información: en primer lugar, su razón de ser o fundamento, que nos orienta en la explicación y sentido de su régimen jurídico (sub II), razón de ser que se enraiza en la consideración de la información como derecho “básico” del consumidor [art. 8d) TRLGDCU]. En segundo lugar, su contenido (sub III). En tercer lugar, las cualidades de la información, algunas de las cuales se sustentan o logran con el modo de satisfacerse (por ejemplo, la legibilidad es una consecuencia material de la claridad o de la accesibilidad) (sub IV). En quinto lugar, las consecuencias de su infracción, que se resuelven en el ámbito contractual, de modo parcial y desarticulado en el artículo 65 TRLGDCU (a cuyo comentario nos remitimos) y, fuera de este ámbito, en las infracciones administrativas previstas los arts. 49.1.d), k) y 49.2, con distintas sanciones (art. 50)».

³⁸ Vid. LASARTE ÁLVAREZ, C.: «La protección del consumidor como principio general del Derecho», en GONZÁLEZ PORRAS, J. M., MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. (Coords.): *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*. Tomo II, Colegio de Registradores de la propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, págs. 2633 y 2634, el autor analiza la jurisprudencia de distintos órdenes en las cuales cristaliza la aplicación efectiva del derecho de información.

habida cuenta de su capital importancia³⁹ para dar surgimiento a la vida del contrato.

De esta manera, la asimetría informativa que suele acompañar este tipo de contratos en los que las partes no poseen los mismos conocimientos y sus posiciones están descompensadas, ha experimentado un crecimiento exponencial debido a la complejidad de las operaciones actuales en el tráfico jurídico y económico. El fin último de este deber de información no es otro que la protección de quien se halla en una posición más débil⁴⁰.

El mero deber generalista de información sería un escaso remedio⁴¹ para operaciones que requieren un plus de información. La tendencia regulatoria actual persigue una información cada vez más individualizada que permita comprender de manera sencilla las obligaciones y derechos que sean inherentes al contrato. Es decir, alcanzar un conocimiento informado lo suficientemente amplio y equilibrado con la contraparte como garantía de seguridad jurídica⁴².

Aunque genéricamente pudieran ser deberes de información todos aquellos que provengan de la buena fe, en relación con las características objetivas y subjetivas del contrato de que se trate, podría sistematizarse la

³⁹ PRATS ALBENTOSA, L.: *Préstamo de consumo, crédito al consumo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 108, acerca de la información previa al contrato: «Por tanto, esta información es de carácter esencial en la fase previa, y desde luego, tras la perfección del contrato habrá de reflejarse en el documento contractual, ya que se refiere a pactos de carácter fundamental, cuyo conocimiento podría determinar la no prestación del consentimiento, mientras que su desconocimiento la de un consentimiento erróneo, no consciente, por desinformado, y por que ordenan aspectos clave de la propia relación jurídica».

⁴⁰ GÓMEZ CALLE, E.: *Los deberes precontractuales de información*, La Ley, Madrid 1994, págs. 13 y 15.

⁴¹ En este sentido BASOZABAL ARRUE, X.: «En torno a las obligaciones precontractuales de información», *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 62, n.º 2, 2009, pág. 683, compendia la opinión de GESTHIN, acerca de los tres pilares que sustentan la obligación de información, de esta manera, serían: «El conocimiento o deber de conocimiento del deudor de la información; la ignorancia del acreedor de la información; y la legítima confianza de éste en obtener información de aquel».

⁴² HUALDE MANSO, T.: «El consumidor ignora el contenido de su contrato. La falta de lectura en los contratos de adhesión», *InDret*, N.º.4, 2019, págs. 5 y 6, indica la existencia los novedosos movimientos que persiguen desarrollar mejoras en la información que reciben, sobre todo, los consumidores del ámbito financiero.

extensión de estos deberes en los datos relativos a los sujetos intervinientes, a la prestación debida y acerca de la regulación jurídica del contrato⁴³, en atención al caso concreto.

La necesidad de información, que deviene en obligación debido al imperativo legal, encuentra su fundamento en el desequilibrio que existe entre los conocimientos de los operadores, especialmente en contratos que contengan condiciones generales de la contratación, y en la propia técnica de formación del contrato que, de no ser observada, puede acarrear la nulidad de todo o de una parte del contrato.⁴⁴

Un ejemplo sencillo de los resultados que puede producir la inobservancia de este deber de información lo podemos encontrar en los supuestos más comunes que pueden contemplarse en la práctica habitual de este tipo de contratación, la realizada por consumidores con entidades de crédito. Así, si el empresario no ha cumplido esas obligaciones de informar se podría considerar que las cláusulas sobre las cuales adolece esa mácula de déficit de información pudieran ser nulas por abusivas y no incorporarse al contrato por *mor* de los artículos 85.5 y 87.1 del TRLGDCU.

Resulta relevante hacer esa llamada a la consideración de la figura del consumidor como una de las partes contratantes más habitual del crédito inmobiliario. En esta categoría se ha catalogado al consumidor como la parte débil, que parece arrastrar un desconocimiento congénito, una mácula perenne de ignorancia, o como un eterno menor de edad en el tráfico jurídico.

⁴³ GÓMEZ CALLE, E.: *Los deberes precontractuales de información*, ob. cit., págs. 99 a 119.

⁴⁴ LLOBET I AGUADO, J.: *El deber de información en la formación de los contratos*, Marcial Pons, Barcelona, 1996, págs. 40 y 41.

El concepto de consumidor ha sido largamente tratado en la legislación⁴⁵ desarrollado en la jurisprudencia europea⁴⁶ y, como acertadamente ha expuesto parte de la doctrina alemana⁴⁷, se debe rechazar la apreciación de configurar una supuesta categoría separada de seres humanos, sino que debe optarse por incardinar dicha figura en un rol social ante distintas operaciones con trascendencia jurídica.

Por ello, resulta obligado establecer la diferencia entre el consumidor como persona física que ostenta esa condición por su relación respecto al contrato, de la idea de consumidor como una categoría inmutable que persigue al ciudadano medio que carece de formación específica para determinados contratos.

Conviene advertir que los conocimientos o formación no tienen relevancia para la tipificación como consumidor, sino su posición en el contrato junto con su naturaleza y finalidad, tal y como ha reiterado el TJUE⁴⁸ en varias ocasiones.

⁴⁵ El artículo 3 del TRLGDCU, en la redacción dada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, de incorporación de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, establece el concepto de consumidor como «las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión». Añade, a su vez, que: «Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial».

⁴⁶ STJUE de 25 de enero de 2018, asunto C-498/16, caso Schrems, donde se reitera que el concepto de consumidor debe ser interpretado por la posición que ostente en un determinado contrato.

⁴⁷ AA.VV.: «Hacia una revisión del *acquis* de consumo», en CÁMARA LAPUENTE, S. (Dir.): *La revisión de las normas europeas y nacionales 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, Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2012, págs. 113 y 114.

⁴⁸ STJUE de 14 de febrero de 2019, asunto C-630/17, caso Milivojevic, especialmente, párr. 87 y 91, abogando por una interpretación restrictiva del concepto de consumidor en atención a la posición que ostenta en un contrato determinado y la finalidad y naturaleza del propio contrato.

La condición de consumidor viene dada por un elemento funcional⁴⁹ en el cual puede verse inmersa cualquier persona física a lo largo de su vida. Prueba de ello son las innumerables operaciones de consumo a las que puede verse sometida (contratos de agua, luz, gas, telefonía, etc.). No puede serle exigida una pericia profesional en todos esos campos de conocimiento, por tanto, los deberes de información deben surgir *ex ante* para dotar al eventual consumidor de las armas de conocimiento relevantes a la hora de tomar una decisión verdaderamente libre⁵⁰ que proteja sus intereses.

Sin embargo, el exceso de celo en los deberes precontractuales de información ha supuesto también un problema⁵¹ de masificación que no expulsa

⁴⁹ Que se desprende de la STJUE de 21 de marzo de 2019, asunto C-590/17, Pouvin Dijoux, párr. 25 a 28, por la posición de las partes ante el contrato hallándose el consumidor en posición de inferioridad ante el contrato de adhesión. Recuerda el TJUE, que, aunque se posean altos niveles de conocimientos técnicos se puede calificar de consumidor a esa persona cuando «actúa con un propósito ajeno a su actividad profesional». Criterio que ya venía recogido en la STJUE de 17 de mayo de 2018, asunto C-147/16, caso Karel de Grote, párr. 53. Incide en que la Directiva 93/13 «define los contratos a los que se aplica atendiendo a la condición de los contratantes, según actúen o no en el marco de su actividad profesional», y también en la STJUE de 30 de mayo de 2013, asunto C-488/11, caso Asbeek Brusse, párr. 30.

⁵⁰ MIRANDA SERRANO, L. M., PANIAGUA ZURERA, M.: «La protección de los consumidores en la fase previa a la contratación: la tutela de la libertad negocial», en *Derecho (privado) de los consumidores*. MIRANDA SERRANO, L. M., PAGADOR LÓPEZ, J. (Coord.): Marcial Pons, Madrid, 2012, pág. 92, donde hace énfasis en la desigualdad que poseen los contratantes, en condición de consumidores, es combatida con los deberes precontractuales de información, aseverando: «Esta desigualdad informativa trata de paliarse por las normas protectoras de los consumidores a través de la imposición a los empresarios o profesionales de determinados deberes precontractuales de información, fundados en la buena fe y encaminados a lograr que los consumidores estén debidamente informados acerca de las características de los bienes y servicios ofertados y de las condiciones económicas y jurídicas en que se proponen los contratos. En suma, con ellos se persigue contrarrestar la situación de déficit de información en que se encuentra típicamente el sujeto que actúa en condición consumidora con vistas a que su decisión negocial pueda ser verdaderamente libre, lo que solo ocurrirá cuando pueda ejercitar con conocimiento de causa su capacidad electiva entre las diferentes ofertas empresariales del mercado».

⁵¹ CARRASCO PERERA, A.: «Desarrollos futuros del derecho de consumo en España, en el horizonte de la transposición de la Directiva de Derechos de los Consumidores» en CÁMARA LAPUENTE, S. (Dir.): *La revisión de las normas europeas y nacionales 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*, ob. cit., pág. 314, donde critica con dureza el exceso de deberes de información precontractual en los siguientes términos: «Cuando el legislador comunitario (y los nacionales) no saben qué hacer en un determinado sector de lo jurídico que, a su entender, clama por una regulación protectora, introducen, amplifican, extreman, el cúmulo de deberes de información precontractual. La DDC (arts. 5 y 6) es un triste

la información inútil o irrelevante y que contribuye a encarecer o complicar la contratación con consumidores.

1.1.2. *La buena fe in contrahendo*

Resulta relevante mantener una estricta observancia de la función integradora de la buena fe en el periodo anterior a la formación del contrato, o buena fe *in contrahendo*⁵². No solo por el imperativo legal que indica el artículo 1258 del Código Civil, sino por su finalidad acerca de la pretendida eficacia del negocio jurídico⁵³.

La buena fe aparece como principio inspirador, netamente vinculado a la fase precontractual por *mor* de la obligación legal que representa actuar con buena fe. Así se desprende del Código Civil español. Este principio se encuentra plenamente integrado en el derecho continental como observamos en el artículo 1134 del Código Civil francés, artículos 1337, 1366 y 1375 del Código Civil italiano, como en el artículo 242 del BGB, el 1.3 del Código Civil húngaro, el artículo 13 del Código Civil rumano. A su vez, ha sido recogido en las propias Directivas europeas, como la 86/653, o la 93/13, así como en el artículo 1.7 de los principios de UNIDROIT. El mismo concepto ha sido adoptado en los Estados Unidos en el *Uniform Commercial Code*⁵⁴. El Derecho inglés es aún renuente a adoptar este principio.

ejemplo de esta práctica. Las listas de deberes de información son un cáncer en el cuerpo del Derecho de Consumo».

⁵² LLOBET I AGUADO, J.: *El deber de información en la formación de los contratos*, ob. cit., pág. 95.

⁵³ Vid. ROMÁN GARCÍA, A., citando a su vez al profesor DE LOS MOZOS, en *El Precontrato. Estudio dogmático y jurisprudencial*, Montecorvo, Madrid, 1982, págs. 368 y 369.

⁵⁴ VAQUER ALOY, A.: «Marco general del nuevo Derecho de Contratos» en BOSCH CAPDEVILA, E. (Dir.): *Nuevas perspectivas del Derecho Contractual*, Bosch, Barcelona, 2012, págs. 47 a 49.

Ciertamente, la buena fe no es una doctrina reconocida explícitamente en el Derecho contractual inglés⁵⁵, incluso podemos encontrarnos algunas resoluciones judiciales donde los jueces han proclamado la capacidad de las partes contratantes para actuar sin tener en cuenta mínimas nociones basadas en este principio.⁵⁶

Sin embargo, la ausencia de reconocimiento jurídico de la buena fe no equivale a un rechazo frontal sobre su incorporación al acervo legal inglés pues, en efecto, han existido debates acerca de la conveniencia de su regulación, lo que demuestra cierta sensibilidad sobre la conveniencia de este principio.

En el Derecho francés, se puede observar⁵⁷ el principio inspirador de la buena fe como concepto que gravita desde la formación del contrato hasta la ejecución. Dentro de la fase precontractual, tal y como recoge el artículo 1.112-1⁵⁸ de su Código Civil, se encuentra un deber general de información que de no

⁵⁵ CARTWRIGHT, J.: «Una introducción al Derecho de Contratos Inglés», en HORNERO MÉNDEZ, C., ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., OLIVA BLÁZQUEZ, F. (Dirs.): *Derecho de Contratos: Nuevos Escenarios y Nuevas Propuestas*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016, pág. 43, matizando: «Aunque no hay un principio general de buena fe en Common Law, ello no quiere decir que el término “conforme a la buena fe” resulte desconocido, o que determinados aspectos que en Derecho continental se adscriban al ámbito de la buena fe no encuentren respuesta en Common Law (pues si la tendrán, si bien de acuerdo con otras doctrinas). Esto fue puesto de manifiesto por Bingham LJ en el caso *Interfoto Picture Library v Stiletto Visual Programmes Ltd*».

⁵⁶ ANDREWS, N.: *Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge, Second edition, 2015, págs. 588 a 602, donde se recoge el parecer de Lord Reid en la cuestión de la buena fe en el asunto *White & Carter v. McGregor* (1962) : «*It might be, but it never has been, the law that a person is only entitled to enforce his contractual rights in a reasonable way, and that a court will not support an attempt to enforce them in an unreasonable way. One reason why is not the law is, no doubt, because it would create too much uncertainty to require the court to decide whether it is reasonable or equitable to allow a party to enforce his full rights under a contract*».

⁵⁷ Vid. QUIÑONEZ ESCAMEZ, A.: «El derecho contractual francés», en SÁNCHEZ LORENZO, S. (Ed.), *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, ob. cit., págs. 261 y 262.

⁵⁸ Artículo 1112-2 del Código Civil francés, a cuyo tenor: «*Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant. Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation. Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties. Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie*

ser observado puede dar lugar a las consecuencias recogidas en el artículo 1130 y siguientes. No obstante, y a pesar del tratamiento de la buena fe como un principio inspirador que nutre la forma de contratar entre las partes, cierta jurisprudencia⁵⁹ del país galo viene a sostener que, dentro de las atribuciones del juez, la mera inspiración en dicho principio no podría afectar a los derechos y obligaciones que acuerden las partes.

En Derecho español es muy habitual acudir al artículo 7 del Código Civil. Sin embargo, la necesidad de concreción en su aplicación e interpretación deviene indispensable. Para ello, resulta obligado recurrir a las soluciones jurídicas empleadas por los tribunales⁶⁰ sin obviar que dicho principio lleva anudados una serie de deberes que se desarrollan comúnmente de manera coetánea a la buena fe y que en muchas ocasiones se emplean de manera análoga como manifestaciones del mismo principio⁶¹. Cabe abundar que nuestro Tribunal Constitucional⁶² otorga a la buena fe una consideración de «valor constitucional» que despliega sus efectos a todo el ordenamiento jurídico.

En cuanto a la buena fe derivada del ámbito bancario y con respecto a los contratos que en dicho entorno se susciten, se encuentra consagrada en nuestro Derecho en el artículo 57 del Código de Comercio⁶³ que, además, recoge unas

de prouver qu'elle l'a fournie. Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir. Outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants».

⁵⁹ Vid. SAVAUX, E.: «El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos», *Anuario de Derecho Civil*, número 3, 2016, pág. 729.

⁶⁰ CARRASCO PERERA, A.: «Artículo 7», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2001, págs. 1809 y ss.

⁶¹ En este sentido razona LARA AGUADO, Á.: «La responsabilidad precontractual en Derecho Comparado», en SÁNCHEZ LORENZO, S. (Ed.): *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, 3ª edición, tomo I, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2016, págs. 643, donde expresa como la buena fe es entendida en diversos ordenamientos como código de conducta que abarca deberes de comportamiento todos ellos derivados de dicho principio.

⁶² cfr. STC 37/1987, de 26 de marzo.

⁶³ «Los contratos de comercio se ejecutarán y cumplirán de buena fe, según los términos en que fueron hechos y redactados, sin tergiversar con interpretaciones arbitrarias el sentido recto, propio y usual de las palabras dichas o escritas, ni restringir los efectos que naturalmente se deriven del

pautas interpretativas de los términos acordados tanto en la formación del contrato como durante su desarrollo⁶⁴.

De la propia praxis bancaria se deducen una serie de características⁶⁵ ligadas a deberes morales de lealtad y confianza recíproca que deben presidir las relaciones entre la entidad y sus clientes. La interpretación del grado de diligencia y la responsabilidad directa del Banco a la hora de calibrar su actividad resulta una cuestión interpretable que, en última instancia podrá ser determinada por los organismos reguladores o los tribunales en su caso.

Esta fiscalización de la diligencia que han de desarrollar los bancos con respecto de sus operaciones y sus clientes resulta una proyección del principio de buena fe⁶⁶ que, a su vez, conforma la base del control de transparencia -que veremos posteriormente- como configuración de los especiales deberes de información y conducta que han de observar las entidades de crédito en la contratación con condiciones generales.

De esta manera, la concreción de lo que debemos entender por buena fe en la fase precontractual guarda una íntima conexión con la responsabilidad precontractual. Se entiende que se genera dicha responsabilidad cuando se frustra el *iter* negocial de manera contraria a la buena fe expresada, y el desarrollo que ha tenido a lo largo de los años de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia.

modo con que los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones» La interpretación de este artículo deberá ser realizada al tener en cuenta, a su vez, los artículos 7.1, 1281 a 1289 del Código Civil.

⁶⁴ FUENTESECA, C.: *El dolo recíproco*. Dykinson, Madrid, 2002, pág. 67.

⁶⁵ Vid. GARRIGUES, J.: *Contratos Bancarios*, JG, Madrid, 1958, págs. 46 y ss.

⁶⁶ ORDUÑA MORENO, F. J., SÁNCHEZ MARTÍN, C., GUILLÉN CATALÁN, R.: *Control de transparencia y contratación bancaria. Régimen jurídico y doctrina jurisprudencial aplicable*, Tirant lo Blanch, 2016, Valencia, pág. 77.

Actualmente, es posible observar una tendencia unificadora del Derecho de la Unión en el sentido de positivizar la fase precontractual y reforzar de una manera expresa el deber de buena fe en la negociación de los contratos⁶⁷.

1.2. La fase precontractual en sentido amplio

A pesar de la importancia que otorga la LCCI a la fase precontractual⁶⁸ no la define en ningún momento y, únicamente, menciona en el artículo 10 la FEIN como «información precontractual en los préstamos inmobiliarios». Sin embargo, no es la FEIN la única información precontractual como veremos.

Durante el inicio de las negociaciones que anteceden a la contratación se suceden diversos momentos que pudieran tener diferentes calificaciones jurídicas. Esos momentos pasan de ser considerados individualmente a formar parte de un concepto unitario de actos con trascendencia jurídica que persigue un fin común⁶⁹. Esta pluralidad de supuestos, junto con la indefinición conceptual de la fase precontractual, nos hace volver la mirada hacia los concretos momentos de dicha fase y, en esencia, cada uno de ellos constituye un intercambio de informaciones entre las partes que persigue la definición acerca de lo que se va a contratar y en que condiciones.

⁶⁷ GARCÍA RUBIO, M^a P., OTERO CRESPO, M.: «La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo», *InDret*, N.º 2, 2010, pág. 5.

⁶⁸ El apartado IV del preámbulo de la LCCI refiere 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 lo tanto, se pueda considerar cumplido el principio de transparencia en su vertiente material».

⁶⁹ Como expresa RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T.: «La etapa precontractual en la contratación mercantil», en PERALES VISCASILLAS, P., PORFIRIO CARPIO, L. J., MORILLAS JARILLO, M. J. (Dirs.), *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortíz*, ob. cit., pág. 1802, que refleja las diversas fases que componen la formación del contrato como un continuo. Los actos preparatorios son diferentes piezas que conforman sucesivamente el acuerdo que se pretende. Esa progresión de sucesos, construyen las condiciones que conforman el «todo» que supone el contrato definitivo.

A la vista del tipo de contrato de que se trate, esta fase podrá ser más o menos extensa. Conviene precisar y sistematizar el concreto supuesto y las condiciones necesarias para desarrollar una negociación adecuada. Debido a esto, podemos hablar de una fase precontractual amplia que compone todos esos hitos que marcan el inicio de la relación precontractual contabilizados desde el primer momento en que las partes muestran, con un acto de voluntad por parte de una de ellas, su interés en establecer un vínculo contractual hasta el perfeccionamiento del contrato.

En el ámbito de la contratación inmobiliaria se aprecian con claridad los diferentes pasos que se suceden hasta la perfección del contrato. La tendencia legislativa actual tiende a definir y regular cada momento con detalle al incidir, cada vez más, en la etapa precontractual en la que se sustenta la arquitectura del contrato. Por lo expuesto, a la vista del fin último que se persigue con la cascada de informaciones preventivas que exige la LCCI, podemos asegurar que nos encontramos con una fase precontractual de amplio espectro⁷⁰ con multitud de actos instrumentales que persiguen una consecuencia determinada y, por tanto, discurren por un sendero común que forma eslabones de una misma cadena y alcanza su destino con la consecución última del contrato que se pretende.

Establecido pues el concepto amplio de fase precontractual, se deben deslindar las diferentes informaciones que la componen y su significación como

⁷⁰ Como define MENÉNDEZ MATO, J. C.: *La Oferta Contractual*, ob. cit., pág. 29, donde explica el concepto amplio de fase contractual en los siguientes términos: «El conjunto de actividades realizadas durante este periodo previo constituye un procedimiento tendente a dar vida a un contrato. Dependiendo del tipo de contrato que represente el fin último de dichas actividades, variará la definición de fase precontractual, en un sentido amplio o, por el contrario, restringido. Si se toma como prisma el nacimiento de un contrato definitivo, esta etapa previa se verá aumentada. De este modo, durante la fase precontractual pueden realizarse determinados actos precontractuales que poseen la naturaleza de verdaderos contratos –como es el caso del precontrato, del contrato rector de la negociación o de la opción de contrato-, que, sin embargo, desempeñan una función instrumental frente al definitivo contrato al que preceden».

fases diferenciadas que la ley impone para dar vida al contrato de crédito inmobiliario.

De esta manera, observaremos la fase precontractual en los contratos de crédito inmobiliario como los hitos con trascendencia jurídica (desde la publicidad que se integra en el contrato, hasta el acta emanada del notario al certificar la superación de la transparencia material) que se producen *ex ante* de la perfección del contrato.

La LCCI vuelve a referirse genéricamente, en la disposición adicional cuarta, a la documentación contractual como una pluralidad de documentos «en los que se plasme la información precontractual entregada al prestatario en cumplimiento de las obligaciones establecidas en esta ley y su normativa de desarrollo». Se incluye en dicha información precontractual la atinente a los “productos o servicios que sean objeto de venta vinculada o combinada”. Dicha documentación deberá ser conservada por un plazo mínimo de 6 años, aunque no se especifica que concretos documentos deben ser los que se conserven ni tampoco expresa el plazo máximo.

El plazo a que se refiere la disposición empezará a contar «desde el momento de la finalización de los efectos del contrato respecto del prestatario». Entiendo que ese momento llegará cuando haya amortizado por completo el préstamo, o bien, cuando se haya cancelado la hipoteca en el Registro de la Propiedad.

Cabe hacer una crítica a la deficiente técnica legislativa, que ha renunciado a unificar la redacción de los interminables deberes de información recogidos en la LCCI. Estos deberes son troceados a lo largo del texto con el consecuente abuso del desarrollo reglamentario. Por otro lado, se puede denominar como singular «carrera de obstáculos» que han de superarse para alcanzar la tan ansiada transparencia material y, con ella, parece trasladarse el

foco del cumplimiento normativo y la posible responsabilidad del banco hacia el notario.

Pero no solo se traslada una hipotética reclamación de responsabilidad al notario, sino que, del acta que nace de la actividad notarial devuelve al prestatario la carga de la prueba en caso de invocación de una vulneración de las normas de transparencia. De esta manera, se desvirtúa la labor propia del asesoramiento notarial convirtiéndola en una presunción de cumplimiento.

Extremos estos que tendremos ocasión de ver con detenimiento al estudiar la intervención del notario conforme a los postulados de la LCCI y su, hipotética, responsabilidad.

1.3. La responsabilidad precontractual

Como expresaba anteriormente, de manera general se ha rechazado que cuando no ha nacido o no se ha generado una relación jurídica pueda hablarse de responsabilidad por la frustración de las negociaciones en los tratos previos o en cualquier momento de la fase antecedente a la formación del contrato.

Sin embargo, no resulta infrecuente que pueda articularse una responsabilidad derivada de la ruptura injustificada de negociaciones con base en el artículo 1902 de nuestro Código Civil a falta de una regulación expresa como sucede en otros ordenamientos.⁷¹

Por eso, tras partir de los estudios clásicos acerca de la *culpa in contrahendo*⁷², resulta unánime la opinión de la doctrina al considerar la ruptura de las negociaciones previas de manera injustificada y contraria a la buena fe,

⁷¹ Vid. GARCÍA RUBIO, M^a P.: *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Tecnos, 1991, Madrid, págs. 78 y ss.

⁷² Recogidos en la inmortal obra de, VON IHERING, R.: *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen*, 1861.

puede resarcirse por el meritado artículo 1902⁷³. Para ello resulta fundamental establecer la diferenciación entre si debemos considerar una responsabilidad contractual o extracontractual⁷⁴ a la hora de buscar una respuesta jurídica.

2. EL PRINCIPIO JURÍDICO DE TRANSPARENCIA Y SU INCIDENCIA EN EL SECTOR FINANCIERO

Anudado a la fase precontractual, se encuentra el principio de transparencia, que se posiciona como un requisito imprescindible en la contratación privada actual y como parámetro desde el cual garantizar -o intentarlo al menos- la comprensibilidad de los términos acotados en el negocio jurídico.

In claris non fit interpretatio es el principio jurídico que nos ayuda a comprender el objetivo de la transparencia⁷⁵: un texto claro, de sentido evidente,

⁷³ Vid. O'CALLAGHAN, X.: *Compendio de Derecho Civil, Tomo II, Derecho de Obligaciones*, ob. cit., págs. 246, 247. En el mismo sentido, DÍEZ-PICAZO, L. GULLÓN, A.: *Instituciones de Derecho Civil. Volumen I/2. Doctrina general del contrato y de las obligaciones. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, 2º edición, Tecnos, Madrid, 1998, pág. 53.

⁷⁴ En este sentido, DE COSSIO Y CORRAL, A., DE COSSIO Y MARTÍNEZ, M., LEÓN ALONSO, J.R.: *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo I, Parte General, Obligaciones y Contratos, Civitas, Madrid, 1988, págs. 398 y 399, expresan: «Por lo demás, como observa IHERING, la circunstancia de que el contrato no haya todavía nacido parecería llevarnos necesariamente al campo de la responsabilidad extracontractual, lo que dentro del Derecho romano y su sistema de acciones ofrecería serios inconvenientes, ya que habría de quedar reducida su eficacia al *damnum iniuria datum*, de carácter material a que se reduce la acción aquiliana, o exigir en otro caso la existencia del dolo para que pudiera proceder la actio de dolo, lo que la excluiría en el caso de simple culpa. En realidad, la relación de la culpa con el contrato, en este caso, no es meramente externa, sino más bien de carácter íntimo, aunque quede por aclarar el extremo de por qué razón y cómo puede hablarse de una acción contractual dirigida al resarcimiento, cuando el contrato en que había de fundarse es nulo, y, por tanto, ineficaz: ¿no supondría esto reconocer, contradictoriamente, eficacia, aunque sólo fuese en una relación determinada, a lo que jurídicamente debemos reputar como absolutamente ineficaz? La realidad, sin embargo, es que la responsabilidad era derivada por los juristas romanos no de la culpa extracontractual, sino de las acciones contractuales propiamente dichas, cuyo régimen era de plena aplicación en estos casos».

⁷⁵ ARCE JANÁRIZ, A.: «La transparencia de la ley», *Cuadernos Manuel Jiménez Abad*, N.º 5, 2013, pág. 62, indicando que: «La transparencia en la redacción del texto legal presupone claridad: claridad acerca de lo que se quiere hacer y claridad en el modo de ponerlo por escrito». Para ello,

en su idea y en su desarrollo, y cuyo fin pueda ser discernido por las partes a quienes afecta e incumbe.

El problema del principio de transparencia en el Derecho es que no goza de una definición jurídica unificada y se obtienen diversas acepciones⁷⁶. Se ha de atender a las diferentes ramas o disciplinas jurídicas basándose en la etimología de la propia palabra y en el contexto en el que se desarrolla.

El surgimiento del concepto de transparencia viene precedido de varias premisas que se observan en el presente. Por un lado, la creciente complejidad de la contratación, cuyos términos y operaciones se separan del conocimiento del ciudadano medio y suelen necesitar un plus de información, o bien la intervención de un tercer profesional, ajeno a las partes contratantes, para que ayude a la comprensibilidad de lo que se contrata. Por otro lado, la conocida asimetría en conocimientos y posición entre las partes que contratan.

En el aspecto contractual, se puede aseverar que los contratantes no solo deben conocer las estipulaciones del contrato y manejar toda la información relevante que sirva de fundamento al mismo, sino que, además, deben de comprender esa información para poder tomar la decisión adecuada con

el autor entiende que se debe acudir a la precisión en el lenguaje que emplea la norma y la homogeneidad que la integre fácilmente en el ordenamiento jurídico.

⁷⁶ Como así lo pone de manifiesto NIETO CAROL, U.: *Transparencia y protección de la clientela bancaria*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, págs. 64, 65 y 66. Véase también GIMÉNEZ VILLANUEVA, T.: «Normas de transparencia en la contratación bancaria», en NIETO CAROL, U. (Dir.): *Crédito al consumo y transparencia bancaria*, Consejo General del Poder Judicial, Civitas, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Madrid, 1998, pág. 655. En el mismo sentido, DURANY PICH, S.: «Artículos 5 y 7», en ALFARO ÁGUILA REAL, J. (Coord.): *Comentarios a la ley sobre condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 2002, pág. 316. A su vez, SÁNCHEZ CALERO, F.: «Condiciones generales en los contratos bancarios», en *Contratos bancarios*, Consejo general del notariado, Madrid, 1996, pág. 315, atrae el concepto de transparencia al sector bancario y, con base en la doctrina italiana (RESIGNO Y NIGRO), al dar su salto al lenguaje jurídico, considera más adecuado lo expresado por la exigencia de «concreción, claridad y sencillez» que exige la normativa de consumidores.

respecto a sus intereses y, de esta manera, conjurar cualquier posible abuso que pudiera desprenderse en la fase formativa⁷⁷.

De esta manera, debemos ser conscientes del desarrollo actual⁷⁸ de las tecnologías que han hecho que, con relativa sencillez, tengamos al alcance de la mano el acceso a multitud de información. Todo ello, unido a un mayor de conocimiento y estudios de la población, ha logrado aumentar la exigencia y la discriminación consciente de la información que reciben.

La formación de los consumidores en particular y la población en general han hecho que la ciudadanía sea más consciente de sus derechos y existe una mayor actividad a la hora de exigirlos en los planos político, social y judicial. A este respecto, la exigencia de una mayor transparencia se hizo evidente con el estallido de la crisis que puso en el foco público ciertos comportamientos abusivos de la banca, lo que dio lugar a masivas reclamaciones. Este fenómeno produjo una inversión de la tradicional presencia de los bancos en los juzgados (normalmente como ejecutantes de pólizas impagadas o demandantes en reclamaciones de cantidad). Hitos, todos ellos, que acabaron por llegar al TS y, éste, pasó a elaborar la actual doctrina de la transparencia material que comentaremos.

Por todo ello, la transparencia aparece como valor al que se le ha dotado de una importante significación jurídica. Tiene un marcado carácter transversal ya que la propia transparencia se predica de las diversas relaciones de los ciudadanos, ya sea con el estado o entre ellos mismos. La certeza, claridad y precisión de la ley escrita son principios que entroncan directamente con la

⁷⁷ Así lo resume CABANAS TREJO, R.: *Aspectos contractuales y procesales de la nueva ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario*, Aferre Editor, Barcelona, 2019, pág. 112, distingue entre «cognoscibilidad (control de incorporación), comprensibilidad (transparencia material) y abusividad (control de contenido)».

⁷⁸ Vid. RIVERO ALEMÁN, S.: *Crédito, Consumo y Comercio Electrónico. Aspectos jurídicos bancarios*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002, págs. 34, 35 y 36.

seguridad jurídica⁷⁹ y que poseen una acusada relevancia constitucional⁸⁰ como garantías que deben sustanciar el sistema.

La transparencia ha llegado a amplios sectores del Derecho y se asienta definitivamente como un valor esencial para la ciudadanía. Un claro ejemplo de ello es la promulgación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno⁸¹ que consolida la percepción del ciudadano medio de la transparencia como un concepto que se ha de desarrollar legislativamente en todos los ámbitos de nuestro ordenamiento.

Entre los objetivos que persigue el principio de transparencia no solo se encuentra el conseguir un conocimiento genuinamente libre y carente de vicios, también se persigue un conocimiento verdaderamente informado acerca de las consecuencias de lo que verdaderamente se contrata.

⁷⁹ Como indica la STC 46/1990, de 15 de marzo, FJ 4º al establecer que: «La exigencia del 9.3 relativa al principio de seguridad jurídica implica que el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa».

⁸⁰ STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 6º, también la STC 34/1996, de 11 de marzo, FJ 5º

⁸¹ De esta manera, la mencionada Ley, incorpora en su preámbulo la importancia de la transparencia que, a su vez, la vincula a la información de la siguiente manera: «La transparencia, el acceso a la información pública y las normas de buen gobierno deben ser los ejes fundamentales de toda acción política. Sólo cuando la acción de los responsables públicos se somete a escrutinio, cuando los ciudadanos pueden conocer cómo se toman las decisiones que les afectan, cómo se manejan los fondos públicos o bajo qué criterios actúan nuestras instituciones podremos hablar del inicio de un proceso en el que los poderes públicos comienzan a responder a una sociedad que es crítica, exigente y que demanda participación de los poderes públicos. Los países con mayores niveles en materia de transparencia y normas de buen gobierno cuentan con instituciones más fuertes, que favorecen el crecimiento económico y el desarrollo social. En estos países, los ciudadanos pueden juzgar mejor y con más criterio la capacidad de sus responsables públicos y decidir en consecuencia. Permitiendo una mejor fiscalización de la actividad pública se contribuye a la necesaria regeneración democrática, se promueve la eficiencia y eficacia del Estado y se favorece el crecimiento económico».

Al ser la información el hecho destacable⁸² que configura la transparencia⁸³, su aspiración coadyuva a lograr un consentimiento ajeno a cualquier mácula que lo haga inválido e ineficaz, pero, sobre todo, se persigue un conocimiento verdaderamente informado y efectivo de las consecuencias del hecho contractual.

La importancia de la percepción de la transparencia como un valor fundamental del ordenamiento jurídico parece alcanzar un rango internacional que trasciende nuestras fronteras y se inserta en las regulaciones de derecho contractual privado de una manera transversal. Este hecho ha propiciado un profundo cambio de paradigma⁸⁴ en el cual estamos inmersos actualmente.

Por otro lado, es innegable que en el ámbito subjetivo de la naciente LCCI se encontrará en el lado del prestamista, en la mayoría de las ocasiones, a una entidad bancaria. Por ello, este trabajo les prestará una gran atención a fin de resultar útil en la práctica forense de la disciplina. De esta manera, las entidades de crédito configuran su relación con la clientela bancaria a través de condiciones generales de la contratación de manera masiva al perseguir una

⁸²En este sentido la definición recogida por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: *Apuntes de Derecho Mercantil*, 15ª Ed, Aranzadi, Cizur menor (Navarra), 2014, pág. 616: «En definitiva, el principio de transparencia significa la imposición de unos mecanismos que ofrezcan información suficiente sobre quienes participan en el mercado, sobre los bienes objeto del tráfico en el mismo y sobre las operaciones».

⁸³ GARCÍA VICENTE, J. R.: «La contratación con consumidores», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (Dir.): *Tratado de contratos*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 1463. El autor vincula los deberes de información como la herramienta que satisface la transparencia.

⁸⁴ Vid. ORDUÑA MORENO, F. J., SÁNCHEZ MARTÍN, C.: *La transparencia como valor del cambio social: su alcance constitucional y normativo*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pág. 31, donde se destaca: «una de las “claves interpretativas” que incide en este contexto, favorable a la configuración de la transparencia como nuevo valor, radica en la insuficiencia, o agotamiento, del esquema del contrato por negociación, si se quiere, del esquema liberal del contrato que informó al movimiento codificador, a la hora de explicar el nuevo fundamento causal y la concreción técnica de la transparencia tal y como se configura en la actualidad, es decir, como un auténtico control de legalidad de la reglamentación predispuesta».

mayor uniformidad y claridad y, a su vez, sortear los supuestos de responsabilidad en los que pudieran incurrir⁸⁵.

2.1. La transparencia bajo la óptica bancaria

En la actualidad, no resulta ajeno que la actividad financiera tradicional ha venido transformándose de manera exponencial con la aparición de productos y operaciones de elevada complejidad que exigen de los operadores implicados un extenso conocimiento técnico. La atipicidad característica propia de la contratación bancaria hace que nos situemos ante una asimetría informativa entre las partes que suscriben los mencionados contratos. Esta asimetría parte desde el momento inicial en los contratos de financiación por causas⁸⁶ que tienen que ver con una terminología ajena a la mayoría de los consumidores, inserta en extensos documentos que constituyen, a su vez, la principal forma de acceso al crédito para satisfacer necesidades tan importantes como pudiera ser una vivienda.

Para paliar mencionada asimetría ha surgido con fuerza este concepto de transparencia, bajo el que ha nacido una profusa, aunque atomizada, legislación. Estas reformas legislativas han dado pie a una extensa litigiosidad, de la que nace una actividad jurisprudencial muy rica y relevante a la hora de interpretar una parte sustancial de la contratación bancaria.

⁸⁵ Vid. GARRIGUES, J.: *Contratos bancarios*, 2ª Ed., Madrid, 1975, pág. 19.

⁸⁶ Algunas de estas causas vienen identificadas por COLLADO RODRÍGUEZ, N.: *La obligación del prestamista de evaluar la solvencia del consumidor de crédito*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, pág. 65, donde indica la concurrencia de factores que propician la asimetría estructural que se dan en los contratos de financiación con consumidores de la siguiente manera: «(1) los contratos de financiación se caracterizan por ser extensos, largos y con un lenguaje árido y técnico; (2) los consumidores, con carácter general, tienen problemas para comprender los términos contractuales y financieros; y, (3) el acceso al crédito deviene imprescindible para una gran parte de la sociedad, en tanto es la única manera de acceso a bienes de primera necesidad, entre los que cabe destacar la vivienda».

Los pormenores de la transparencia se diferencian en este estudio desde una óptica más general hasta alcanzar, en páginas posteriores, los contratos objeto de esta reflexión. Todo ello persigue lograr una mejor claridad conceptual y una metodología que nos permita entender su significado y su incardinación en nuestro Derecho a través de la jurisprudencia.

Dicho concepto de transparencia, configurado como uno de los tres principios⁸⁷ sobre los que podemos sustentar los pilares de la regulación financiera, se relaciona de manera ineludible con la información precontractual. Este hecho fue puesto de manifiesto en la Recomendación⁸⁸ de la Comisión de las Comunidades Europeas relativa a la información precontractual que deben proporcionar a los consumidores las entidades de crédito que ofrecen préstamos a la vivienda. Dicha Recomendación destacaba la voluntad de creación de fichas de información generalizada, en un primer momento, y personalizada para los consumidores en un momento posterior.

Bajo el paraguas de la Unión Europea, la preocupación por la protección a los consumidores y la necesidad de dotarles de instrumentos que permitiesen una contratación verdaderamente transparente ha ampliado⁸⁹ el número y la

⁸⁷ Vid. ZUNZUNEGUI, F.: «Regulación financiera en una economía globalizada», en ZUNZUNEGUI, F. (Dir.): *Derecho bancario y bursátil*, ob. cit., págs. 31 y 32.

⁸⁸ Vid. Diario Oficial de la Unión Europea N.º L 069, de 10 de marzo de 2001, págs. 25 a 29, donde se destaca: «En este contexto, resulta esencial que la información precontractual sobre las condiciones de los préstamos a la vivienda ofrecidos en la UE sea transparente y comparable. A tal efecto, la presente recomendación invita a las entidades de crédito a proporcionar a los clientes dos conjuntos de información armonizada, uno con información general y otro con información personalizada; esta última debe presentarse en una "Hoja europea normalizada de información". Los elementos de información (tanto general como personalizada) que deberán proporcionar las entidades de crédito a los consumidores han sido negociados entre las asociaciones y federaciones que representan a las entidades de crédito, por una parte, y los consumidores, por otra, bajo los auspicios de la Comisión Europea. Dichas negociaciones han dado lugar a un "Código voluntario de conducta sobre la información precontractual de los préstamos a la vivienda" (el "Código") del que puede obtenerse copia en las entidades de crédito que lo han suscrito».

⁸⁹ CORDERO LOBATO, E.: «La LCCI en el contexto normativo y judicial de la transparencia y protección hipotecaria», en CARRASCO PERERA, Á. (Dir.): *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, págs. 55 y 56. Establece tres estadios de evolución de la transparencia; en un primer momento era tenida en cuenta la información sobre el precio, posteriormente informaciones acerca de los servicios que se

importancia de las informaciones que reciben a la hora de adoptar sus decisiones contractuales. Se pasa de una información inicial mínima sobre aspectos muy concretos a un desarrollo pormenorizado, y muy extenso, de información normalizada inalterable e imperativa que persigue garantizar la igualdad de armas entre las partes. Sin embargo, como veremos posteriormente, arroja una serie de problemas a la hora de evaluar su efectividad en el tráfico jurídico.

A su vez, en el ámbito bancario y financiero, crece una preocupación por la transparencia que requeriría de una adecuada información⁹⁰ para utilidad de supervisores y organismos reguladores, así como cualesquiera otros participantes sometidos a la disciplina y supervisión. Dicha información debe sustentarse en prácticas más seguras que persigan una mayor estabilidad de las entidades y el sistema. En este sentido, se han podido obtener definiciones⁹¹ de la transparencia en el entorno de los mercados financieros que ligan enteramente su significado a las informaciones y su difusión.

iban a contratar y, finalmente, la información normalizada en la cual se compendian todos los hitos relevantes de la fase precontractual.

⁹⁰ Vid. «Mejora de la transparencia bancaria. Información pública e información supervisora para fomentar sistemas bancarios sólidos y seguros». Comité de Supervisión Bancaria de Basilea. *Notas de Estabilidad Financiera*, número 3, julio 2003, pág. 97.

⁹¹ «Mejora de la transparencia bancaria. Información pública e información supervisora para fomentar sistemas bancarios sólidos y seguros». Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, *Notas de Estabilidad Financiera*, ob. cit., pág. 112, donde define la transparencia como: «La difusión pública de información, fiable y oportuna, que permita a los usuarios de la misma realizar una valoración precisa de la situación financiera de un banco, sus resultados, sus actividades comerciales y los riesgos inherentes a las mismas». En este sentido y en íntima conexión, GUILLÉN FERRER, M.J.: *El secreto bancario y sus límites legales (límites de derecho público)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 22, expresando: «La transparencia en el Derecho del Mercado Financiero supone la puesta en marcha de un conjunto de medios legales destinados a garantizar y proporcionar una información superior a la contenida en el derecho común para la tutela de intereses considerados relevantes por la disciplina de este sector. Estos intereses son: 1) Fomentar la competencia en el mercado al eliminar trabas administrativas innecesarias, favoreciendo, al mismo tiempo, el incremento de la rentabilidad y eficacia del mercado financiero. 2) Proteger al cliente que, al disponer de una mayor información, puede comparar los productos financieros y escoger aquel que mejor se adapte a sus necesidades. 3) Y, por último, facilitar el control y la vigilancia a las autoridades competentes para ello».

Así las cosas, puede advertirse que el fenómeno de la transparencia en el sector bancario se produce en dos sentidos⁹² diferenciados de la siguiente manera:

- a) Transparencia *ad extra*, consistente en el cúmulo de informaciones necesarias que requieren los reguladores para supervisar la actividad de las entidades de crédito para un mejor control del mercado financiero. Relación entre cualquiera de los operadores y las entidades reguladoras, fuera del propio contrato.
- b) Transparencia *ad intra*, cuando son las informaciones que se despliegan en el seno de una relación contractual en la que está inmersa la entidad de crédito. Relaciones entre los operadores.

A la anterior consideración se podría añadir una tercera vertiente,⁹³ más específica, que consistiría en las relaciones de los organismos reguladores y los usuarios de servicios bancarios o entre los propios reguladores en función de su grado de jerarquía o dependencia. Sin embargo, la ausencia de relaciones

⁹² FERRANDO VILLALBA, M^a DE L.: *La información de las entidades de crédito. Estudio especial de los informes comerciales bancarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 35, con cita, a su vez, a la doctrina que explica los diferentes propósitos de la transparencia: «Las normas sobre transparencia obedecen, como ha afirmado la doctrina, a finalidades diversas. Tienden, por un lado, a promover la libre competencia del mercado financiero y a hacer posible la vigilancia de las autoridades públicas sobre la estructura del mercado, sus operadores y las decisiones adoptadas por ellos. De otro lado, sirven igualmente a los fines de protección de la clientela, que al recibir mayor volumen de información de las entidades de crédito se encuentra en una situación más adecuada para elegir la oferta de servicios que mejor se acomode a sus necesidades».

⁹³ Vid. GUTIÉRREZ ALONSO, J. J.: «De transparencia y opacidad en el sector financiero», *Revista española de Derecho Administrativo* 165, julio-septiembre 2014, pág. 456, expresa: «En este sentido, para centrar el objeto de estudio en este artículo, creo que resulta útil y conveniente diferenciar, por un lado, aquellas cuestiones relacionadas con la transparencia y que afectan a entidades financieras en sus relaciones entre sí o con los organismos reguladores o supervisores; por otro, las cuestiones de transparencia que afectan a la actividad financiera propiamente dicha y su incidencia respecto de las relaciones con inversores, consumidores o usuarios; y finalmente, la transparencia en relación con los deberes y obligaciones de los organismos reguladores y supervisores frente al ciudadano o la opinión en general, frente a los operadores jurídicos e incluso entre ellos mismos».

comerciales y, por tanto, de relación asimétrica en este supuesto, hace que no sea tan relevante a efectos de la transparencia.

La incidencia de la actividad de las entidades bancarias a este respecto nos obliga a observar la regulación que circunda su actividad y sumergirnos en la triple vertiente civil, mercantil y administrativa que sustenta la normativa atinente a dichas entidades. Se conforma, de esta manera, una suerte de galaxia normativa de singular y complicada estructura.

En nuestro ordenamiento jurídico fue la Ley 26/1988, de 29 de julio, de disciplina e intervención de las entidades de crédito la que fijaba en su artículo 48.2 las facultades reglamentarias para desarrollar un régimen de transparencia en las operaciones bancarias. Esta ley dio pie a la Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades, que a su vez se desarrolló a través de la Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela.

La normativa emergente fue desarrollándose de manera dispersa debido, entre otras cosas, a la irrupción del elemento supranacional como factor determinante en el nacimiento de nuevas leyes. Surge así una abundante legislación que no ha parado de incrementarse en nuestro tiempo. Esta base normativa pronto se ve aumentada por las grandes reformas legislativas que se sucedieron desde entonces y, especialmente, las operadas desde 2009, debido a la fuerte incidencia del derecho europeo y su primacía. El creciente interés en la materia se vio aumentado debido a la aparición de productos bancarios como las permutas financieras, participaciones preferentes, deuda subordinada o depósitos estructurados, entre otros, que han propiciado una rica creación doctrinal y jurisprudencial tanto acerca de su emisión como en su comercialización.

La materia objeto de estudio camina entre dos frentes, por un lado, el jurídico-privado de la contratación bancaria *per se* y por otro, el jurídico-público, que regula esta actividad y se dota de instrumentos para ejercer un control sobre ella. Todo ello sin perjuicio de la libertad de contratación como principio que debe presidir las relaciones entre las entidades de crédito y sus clientes. Es por esto, que debemos prestar especial atención a la actividad del Banco de España y su especial preocupación y control de la transparencia.

Debido a esa pluralidad de normas de diferente naturaleza, es destacable resaltar que algunos autores⁹⁴ se preocupan acerca de la naturaleza jurídica de

⁹⁴ VICENT CHULIÁ, F.: «Cuestiones abiertas en la contratación bancaria», en *Contratos bancarios*, FLUITERS CASADO, R., PUYOL MONTERO, F.J. (Dirs.): Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, págs. 38 y ss., donde diserta acerca de la naturaleza jurídica de la contratación bancaria de la manera que sigue: «Creo que la naturaleza jurídico-administrativa de las normas reglamentarias de desarrollo del art. 48.2 Ley 26/1988 es rechazable, por los siguientes argumentos: 1º) Argumento sistemático. El art. 48.1 Ley 26/1988, de disciplina de las entidades de crédito, ordena desarrollar la normativa contable sobre entidades de crédito, y hoy es indudable – como he demostrado en diversas publicaciones- que el Derecho contable mercantil es Derecho privado, contiene normas que regulan las relaciones “inter privados” (con la única excepción entre nosotros del Prof. Eizaguirre, que sigue la extraña concepción doctrinal alemana según la cual el derecho contable es derecho mercantil público). Lógicamente, al desarrollo del art. 48.2 debe darse la misma interpretación. 2º) Rango de las normas: La discusión no debe situarse al nivel de la circular del Banco de España 7/1990 sobre información y protección de la clientela bancaria (y sus posteriores modificaciones), sino a un rango superior, la Orden de 12 de diciembre de 1989 (al igual que en materia de contabilidad de la orden de 12 de marzo de 1989, de la que deriva la circular 14/1990 y sus posteriores modificaciones) y, en relación con los créditos hipotecarios para adquisición de vivienda por valor de hasta 25 millones de pesetas, la Orden de 5 de mayo de 1995 (desarrollada por la correlativa Circular del banco de España, que, al igual que la Circular 7/1990, conserva la misma naturaleza de las normas de la Orden Ministerial que desarrolla). 3º) Ausencia de autocalificación: Las normas contenidas en estas disposiciones no llevan escrito en su “lomo” – como las reses de una ganadería brava- que son normas administrativas; y el hecho de que sus redactores materiales estuvieran imbuidos de doctrina administrativista, como funcionarios del ministerio de hacienda, no puede transmutar la naturaleza de la norma de delegación, que pretende regular las relaciones “inter privados”; ello sin perjuicio de que la autoridad administrativa asegure el “enforcement” o efectiva aplicación por parte de las entidades de crédito que están bajo su supervisión. 4º) Jurisprudencia de intereses: El análisis de los intereses en presencia también puede ayudar a resolver el problema de la naturaleza de estas normas, por la voluntad del legislador: Por ejemplo: para nada le sirve al cliente que ha ingresado una importante cantidad a las 10 de la mañana, a fin de tener provisión de fondos para el pago de una letra domiciliada que vence el mismo día, que el Banco de España sancione con una multa a la entidad de crédito que, contraviniendo la Circular 7/90, no ha hecho la valoración del ingreso el mismo día –como ordena la Circular, por haberse realizado antes de las 11-. El cliente lo que quiere es que se atienda el pago de la letra y, en caso de incumplimiento de las obligaciones del contrato de mandato, propio del contrato de cuenta corriente, que el banco le indemnice la totalidad de los daños y perjuicios sufridos. El mismo argumento sirve para la aplicación de la sanción de nulidad –más

las normas de derecho público de los reglamentos sectoriales que regulan la información y protección de la clientela bancaria. A su vez, se ha puesto en cuestión si dichas materias deberían corresponder a una nueva disciplina independiente en atención a los sujetos que la constituyen.

No obstante, en el crédito inmobiliario, o la contratación bancaria en general, la contratación por adhesión es absolutamente mayoritaria y masiva. Por ello, es el legislador quien ha venido a actuar en el mercado financiero⁹⁵ al plantear las reglas de juego ya que el adherente no disfruta de poder negociador real, si bien, es libre o no de contratar, pero su facultad de disposición sobre el contenido del contrato es, cuando menos, muy residual.

indemnización de daños y perjuicios- de aquellos contratos que según la citada normativa- de importe hasta 10 millones de pesetas- deben extenderse en documento escrito, en observancia del art. 6.3 del Código Civil (si de verdad queremos proteger al cliente, sea o no consumidor de crédito, incorporando efectivamente esta eficaz forma de protección, tan extendida en los contratos de consumo y otros: requisito de forma escrita para la validez) ». En esta línea de pensamiento también estudia la mercantilidad de la regulación del Mercado Financiero sin negar la evidente influencia del Derecho público ZUNZUNEGUI, F.: *Derecho del mercado financiero*, Marcial Pons, 2º edición, Madrid, 2000, págs. 27 y 28, en las cuales argumenta: «El Derecho del mercado financiero no es un Derecho autónomo con principios propios. Forma parte del Derecho mercantil. Pero al mismo tiempo es un Derecho que se caracteriza por la conjunción de normas de Derecho público y Derecho privado en un ordenamiento sectorial. El Derecho del mercado financiero está formado por normas de Derecho privado pero también lo integran como sucede en todos los Derechos que integran un estatuto profesional, por normas de Derecho público. La intervención de la Administración en la industria puesta de relieve en los estudios generales de Derecho mercantil alcanza en el mercado financiero mayor intensidad. La presencia de este elemento público no debe significar una ruptura de la disciplina profesional. No resulta adecuado, desde el punto de vista sistemático, distinguir entre un Derecho público que estudie el estatuto profesional de las entidades financieras y un Derecho privado que atienda a los contratos que se celebran en dicho mercado, porque se estaría separando la empresa del contrato. En el ejercicio de una profesión comercial la empresa y el contrato son partes integrantes del derecho mercantil y también en el mercado financiero se debe mantener esta unidad. El Derecho del mercado financiero comprende tanto a las normas que forman el estatuto profesional de las entidades financieras como las normas que regulan los contratos financieros. Hay una unidad técnica y jurídica de la materia. No obstante, es lo cierto que las normas de naturaleza pública deben recibir en Derecho del mercado financiero exclusivamente la atención que una exposición sistemática de la materia exige, pues su estudio ulterior sigue correspondiendo al derecho público. Este criterio delimita la referencia a las autoridades financieras y al régimen de vigilancia administrativa».

⁹⁵ BALLUGERA GÓMEZ, C.: *Las pólizas bancarias*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2001, págs. 32 y 33.

En el momento actual debemos resaltar la importancia de la derogación de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de disciplina e intervención de las entidades de crédito por la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito y la vigencia de la Circular del Banco de España 5/2012, de 27 de junio, sobre transparencia de servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos que desarrolla la Orden EHA/2899/2011, de transparencia y protección al cliente de servicios bancarios, de 28 de Octubre de 2011.

2.2. Desarrollo normativo de la transparencia en los contratos de crédito inmobiliario

Uno de los principales factores que han marcado el devenir del mercado de crédito inmobiliario ha sido la lucha contra la opacidad durante los últimos años. Dicha opacidad se manifiesta frecuentemente debido a una regulación motorizada, excesiva y de gran calado técnico que impide en gran medida un intercambio de información adecuada entre los operadores. Esto provoca un aumento de la complejidad en la toma de decisiones responsables⁹⁶ a la hora de acceder al crédito inmobiliario.

El discurrir de la normativa⁹⁷ acerca de la transparencia en nuestro ordenamiento jurídico ha venido de la mano del artículo 48.2 de la, ya derogada, ley 26/1988, de 29 de julio, de disciplina e intervención de las Entidades de

⁹⁶ RAGA GIL, J. T.: «El mercado ante los bienes y servicios de escasa transparencia», en DOÑA FLORES, M^a S. RAGA GIL, J. T. (Dirs.): *El préstamo hipotecario y el mercado del crédito en la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2016, pág. 38.

⁹⁷ Vid. MARTÍNEZ ESPÍN, P.: «El régimen de transparencia y protección al cliente de servicios bancarios (Análisis de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios)», *Revista del Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, que puede consultarse aquí: www.uclm.es/centro/cesco Y, en este sentido, puede consultarse, a su vez, la Memoria de Reclamaciones del año 2013 elaborada por el Banco de España, disponible en: <https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/13/o.DOCUMENTOCOMPLETO.PDF> (última consulta 31 de agosto de 2020)

Crédito (en adelante LDEC) en el cual se habilita al Ministro de Economía y Hacienda el desarrollo reglamentario de un régimen de transparencia con el fin de proteger los intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito⁹⁸. Dicho régimen de transparencia sería posteriormente desarrollado con amplitud y largueza en una serie de órdenes ministeriales y circulares del Banco de España que vienen a conformar una suerte de galaxia normativa que configura el panorama regulatorio que conforma la normativa de transparencia hoy en día.

En un primer momento, fue la Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las Entidades de crédito la encargada de recoger el guante arrojado para, posteriormente, desarrollarse a través de la circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, que ponían el acento en la publicidad que emanaba de las entidades de crédito.

Mas adelante, se dicta la orden de 5 de mayo de 1994, de transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios donde ya aparece la presencia de la oferta vinculante y se constituiría en la norma que afecta a la mayoría de los contratos de crédito inmobiliario que han pasado por los tribunales. Ello es debido a su ámbito temporal de vigencia que afecta a las reclamaciones frente a los bancos por *mor* de las cláusulas abusivas.

Recientemente, la regulación inmediatamente anterior a la LCCI, en cuanto a transparencia se refiere, ya adquiere un cariz que va más acorde con

⁹⁸ A este respecto, FERNÁNDEZ, T. R.: «Artículo 48», en FERNÁNDEZ, T. R. (Dir.): *Comentarios a la ley de disciplina e intervención de las entidades de crédito*, 2º edición, Fundación Fondo para la Investigación Económica y Social Obra Social de la Confederación Española de Cajas de Ahorros, Madrid, 1991, págs. 162 y 163, señala la justificación del precepto se incardina en la mejor defensa del interés público en preservar y garantizar los derechos de los operadores en la praxis bancaria en la cual la transparencia es un valor que debe sustentar toda la operativa.

los países de nuestro entorno europeo, como destaca el artículo 29⁹⁹ de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible, sobre responsabilidad en el crédito y protección de los usuarios de servicios financieros, donde ya aparecen conceptos como la evaluación de la solvencia, el préstamo responsable o una detallada información precontractual¹⁰⁰.

Finalmente, aparece la Orden EHA 2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios que contiene un amplio régimen de aplicación subjetivo al incluir a todas las personas físicas. Posteriormente, se desarrolla por la Circular del Banco de España 5/2012, de 27 de junio, sobre transparencia de servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos.

Como se ha podido observar, en los contratos de larga duración, como son los de crédito inmobiliario, es presumible que se produzcan hechos con relevancia tanto económica como jurídica durante la vida del contrato en los que

⁹⁹ «Artículo 29. Responsabilidad en el crédito y protección de los usuarios de servicios financieros.1. Las entidades de crédito, antes de que se celebre el contrato de crédito o préstamo, deberán evaluar la solvencia del potencial prestatario, sobre la base de una información suficiente. A tal efecto, dicha información podrá incluir la facilitada por el solicitante, así como la resultante de la consulta de ficheros automatizados de datos, de acuerdo con la legislación vigente, especialmente en materia de protección de datos de carácter personal. Para la evaluación de la solvencia del potencial prestatario se tendrán en cuenta las normas específicas sobre gestión de riesgos y control interno que les son aplicables a las entidades de crédito según su legislación específica. Adicionalmente, de acuerdo con las normas dictadas en desarrollo de la letra a) del apartado siguiente, las entidades de crédito llevarán a cabo prácticas para la concesión responsable de préstamos y créditos a los consumidores. Dichas prácticas se recogerán en documento escrito del que se dará cuenta en una nota de la memoria anual de actividades de la entidad. Las obligaciones establecidas en el párrafo anterior se entienden sin perjuicio de las fijadas en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y su normativa de desarrollo. Igualmente, de acuerdo con lo previsto en la legislación vigente, las entidades facilitarán a los consumidores, de manera accesible y, en especial, a través de la oportuna información precontractual, las explicaciones adecuadas para que puedan evaluar si todos los productos bancarios que les ofrecen, en particular los depósitos a plazo y los créditos o préstamos hipotecarios o personales, se ajustan a sus intereses, necesidades y a su situación financiera, haciendo especial referencia a las características esenciales de dichos productos y los efectos específicos que puedan tener sobre el consumidor, en especial las consecuencias en caso de impago».

¹⁰⁰ Para observar el panorama regulatorio inmediatamente anterior a las reformas legales del año 2011 se recomienda ver MORALES IMBERNÓN, N.: *El Contrato de Hipoteca Inmobiliaria*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, págs. 47 y ss.

sea necesario tener claras unas pautas y, en definitiva, se debe garantizar la transparencia de la relación contractual.

En este sentido, la sección segunda del RD 309/2019 (artículos 6 a 10) que desarrolla reglamentariamente la LCCI prevé la «información que debe facilitarse al prestatario durante la vigencia del préstamo», con lo cual, las obligaciones de transparencia del prestamista no terminan con la firma del contrato. En esencia, el RD otorga unas pautas generales acerca de como serán las características generales de dicha información, la información periódica de carácter económico (liquidación de intereses y comisiones), información sobre modificación del tipo de interés en caso de que sea posible y la información a los posibles sucesores *mortis causa*.

2.3. El préstamo responsable como paradigma de la contratación transparente

El nacimiento del concepto de préstamo responsable surge como contraposición a los denominados préstamos abusivos. En la literatura jurídica anglosajona se diferencian diversas categorías bajo la denominación de préstamos predatorios (*predatory lending*) y que, en definitiva, se corresponden a préstamos que se conceden bajo unas condiciones abusivas o bien se perfeccionan con personas cuyas circunstancias les hacía muy complicado o imposible llegar a cumplir sus obligaciones¹⁰¹ (*unconscionable loans*).

En nuestro Derecho, el concepto de préstamo responsable ha sido objeto de desarrollo¹⁰² con una definición que abarca una serie de deberes,

¹⁰¹ Vid. DÍAZ RUÍZ, E.: «Crédito bancario responsable», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, homenaje al profesor D. Juan Luís Iglesias Prada, N.º extra 1, 2011, págs. 224 y ss.

¹⁰² GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M^a.: «Los deberes de información precontractual en los contratos de préstamo», en CUENA CASAS, M. (Dir.): *La prevención del sobreendeudamiento privado. Hacia un préstamo y consumo responsables*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pág. 525, donde define el concepto de préstamo responsable de la siguiente manera: «Qué se entiende por préstamo responsable es una cuestión que ofrece matices. Entendemos que el préstamo responsable puede ser aquel que se concierta, contrata y concede con

principalmente de información. La relación entre el deudor y el acreedor se configura en atención a la solvencia del primero y se predisponen unas circunstancias objetivas para lograr el acceso a la financiación.

Dicho concepto fue introducido a nuestro sistema por el artículo 29 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible posteriormente desarrollado por la Orden EHA/2899/2011 y la Circular del banco de España 5/2012, donde se menciona expresamente como una práctica que ha de implementarse no como una mera declaración de intenciones con mero carácter virtual o programático sino como uno de los pilares que deben regir la actuación de las entidades bancarias y que, finalmente, ha venido a consagrar la nueva LCCI¹⁰³.

De la lectura de las definiciones del préstamo responsable, tanto en el orden legislativo como doctrinal, puede apreciarse que el acento se pone en

seguridad, respondiendo a su propia finalidad: la devolución. Es decir, aquel del que, a priori, se supone que va a ser devuelto, obligación principal del contrato de préstamo, y que, por lo tanto, es el que realmente corresponde a su propia esencia y función económica. Para conseguir que el préstamo responda a su finalidad, y que en consecuencia el deudor pueda devolver aquello que se le prestó, es necesario que concurren, a nuestro juicio, dos factores: a) La capacidad de pago del propio deudor: El deudor debe ser solvente y tener una capacidad de pago y económica suficiente para poder hacer frente a la obligación contraída. Capacidad que debe ser conocida y manifiesta para el acreedor, para lo cual deberá indagar en su solvencia. b) La voluntad de pago del deudor, no solo en el sentido de que quiera pagar, sino en el sentido de que su consentimiento a dicho pago sea real y verdadero, y no esté viciado de error o dolo, que le impidan realmente “querer” dicho préstamo. Pues bien, como consecuencia de estas dos premisas, surgen dos deberes u obligaciones claros: a) Deber de obtener información del deudor: el acreedor debe obtener la mayor información crediticia de su deudor, para asegurarse de que es un buen pagador, y de que va a hacer frente a sus obligaciones. Debe indagar acerca de la solvencia del deudor; esto es lo que denominamos “obligación de evaluar la solvencia del deudor”. En caso de que el deudor no fuera solvente, no debería concederle dicho préstamo. Así se evitaría el temido incumplimiento. Igualmente, el deudor está obligado a proporcionar toda su información patrimonial, con el fin de que se pueda evaluar su capacidad de pago. b) Pero, además, surge el deber u obligación de información al deudor de todas las características del préstamo: objeto, riesgos, intereses, plazos, productos derivados..., y no solo se debe informar, sino que el deudor debe entender y comprender –y el acreedor asegurarse de ello- todas y cada una de las características de la operación crediticia. Solo si sabe y entiende qué va a firmar, podrá decidir voluntariamente (querer) si contrata o no. Es decir, pretendemos poner en relación la importancia de un consentimiento bien formado con la concesión de préstamo responsable».

¹⁰³ Como así lo recoge la Memoria de Reclamaciones del Banco de España del año 2018 a su página 91.

ocasiones acerca de la capacidad de pago del prestatario y la posibilidad de devolver las cantidades prestadas. Esto supone observar la actividad crediticia desde la óptica del prestamista y, por tanto, proteger sus intereses sin observar otros factores que deberían ser tenidos en cuenta a la hora de afianzar este concepto de préstamo responsable. La presente lectura debe ser completada por las referencias que nos llegan a través del entorno europeo. Así, la promoción del préstamo responsable ya era una vieja aspiración contenida en los trabajos preparatorios¹⁰⁴ de la Directiva 2014/17, a su vez, la *Bureau Européen des Unions de Consommateurs* (en adelante BEUC) entiende¹⁰⁵ que la idea subyacente en el concepto del préstamo responsable pasa por que la actividad de los prestamistas no debe circunscribirse únicamente a su propio interés, sino que debe extenderse a los intereses de los prestatarios y perdurar durante la vida del préstamo.

En este sentido, la BEUC, asevera que la responsabilidad de los operadores gira entorno a la prevención del sobreendeudamiento de los consumidores y establece¹⁰⁶ tres deberes claros para los prestamistas e intermediarios de crédito:

1.- Deber de evaluar la solvencia de los consumidores.

¹⁰⁴ LÓPEZ FERNÁNDEZ, J.: «Ejecución hipotecaria y préstamo responsable», *Revista jurídica de la Región de Murcia*, N.º. 46, 2013, pág. 1.

¹⁰⁵ Vid. ALIYEV, F.: «Review of the consumer credit directive», *BEUC Position Paper*, 8 de abril de 2019, pág. 6.

¹⁰⁶ ALIYEV, F.: «Review of the consumer credit directive», *BEUC Position Paper*, 8 de abril de 2019, págs. 6 y 7, remarca la importancia del diseño del producto financiero de acuerdo, a su vez, con la perspectiva de los consumidores, poniendo el foco en una utilidad social no únicamente preocupada en la devolución del crédito bajo cualquier circunstancia, sino, coordinar las necesidades de los consumidores para, mediante de técnicas económico- financieras, evitar el sobreendeudamiento. Todo ello en consonancia con la opinión del grupo de expertos que componen el FSUG (Financial Services User Group) expresada en su artículo, *Responsible consumer credit lending. FSUG opinion and recommendations for the review of the Consumer Credit Directive*, que puede consultarse en el siguiente enlace: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/fsug-opinions-190408-responsible-consumer-credit-lending_en.pdf (última consulta 31 de agosto de 2020).

- 2.- Deber de evaluar la idoneidad de los productos que se les ofrecen.
- 3.- Trato justo a los prestatarios con dificultades de pago.

De esta manera, deben diseñar procedimientos que impidan que los prestatarios caigan en un bucle de solicitar préstamos para pagar otros préstamos. Se ha de verificar que los productos que se ofrecen a los consumidores se adaptan mejor a sus intereses, objetivos y características e intentar detectar lo antes posible las situaciones en las cuales se advierten problemas de pago, las causas y tratar de reestablecer la situación normal del préstamo al aplicar políticas de tolerancia ante estas situaciones.

2.4. El control de transparencia: surgimiento e implementación en nuestro ordenamiento

La construcción de dicha teoría fue gestándose en el derecho de consumo de acervo europeo que ha desarrollado diversos tipos de controles ante la problemática que surgía en la contratación seriada con condiciones generales de la contratación. De esta manera, ya conocíamos la existencia de dos tipos de controles sustanciados en el texto de la LCGC y el TRLGDCU, a los que se añade el de transparencia de la forma que pasamos a desarrollar.

El nacimiento del control de transparencia en nuestro Derecho viene de la mano de una creación doctrinal del tribunal supremo alemán¹⁰⁷ basada en un

¹⁰⁷ PERTÍÑEZ VILCHEZ, F.: «Transparencia material y transparencia documental en los contratos de préstamo hipotecario» en ALBIEZ DOHRMANN, K. J., MORENO-TORRES HERRERA, M^a. L. (Dir.): *Los contratos de crédito inmobiliario*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pág. 407, estableciendo: «La doctrina sobre el control de transparencia tiene su origen en la doctrina alemana sobre el Transparenzgebot formulada por el Tribunal supremo alemán a finales de los años ochenta, precisamente en relación a ciertas cláusulas que en los contratos de préstamo implicaban una alteración subrepticia del tipo de interés nominal que sin una suficiente información pasaba inadvertida para el consumidor y de ahí fue asumida por la Directiva UE/13/1993, de 5 de abril, de cláusulas abusivas en contratos con consumidores». En el mismo sentido, analiza la postura alemana con base en los estudios de PERTÍÑEZ VILCHEZ, véase el trabajo de FENOY PICÓN, N.: «El control de transparencia (material) en la cláusula suelo.

déficit en la información recibida por el consumidor en contratos de préstamo que sirve de sustento a la Directiva UE/13/1993, de 5 de abril, de cláusulas abusivas en contratos con consumidores.

Meritada Directiva resulta elemento capital y asidero del control de transparencia que desarrolla nuestro alto tribunal, que expone a lo largo de su texto la necesidad de una redacción «clara y comprensible» de su clausulado impuesto al consumidor (sirvan de ejemplo los artículos 4.2 y 5 y considerando 20).

Los controles tradicionales que se despliegan sobre los contratos con condiciones generales lo componen, por un lado, el de inclusión e incorporación¹⁰⁸ (arts. 5 y 7 LCGC), que versa acerca de la forma en la que las cláusulas objeto de dicho control aparecen en el contrato y son incorporadas al mismo¹⁰⁹. Para ello, es necesario que se cumplan los requisitos de perceptibilidad, comprensibilidad y concreción¹¹⁰. Por otro lado, el control

Su análisis a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo, de la doctrina científica, y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Anuario de derecho civil*, 2018, Vol. 71, N.º 3, pág. 862 a 865.

¹⁰⁸ Como recuerda el Tribunal Supremo en su STS 314/2018, de 28 de mayo, FJ 4º: «El control de inclusión o de incorporación supone el cumplimiento por parte del predisponente de una serie de requisitos para que las condiciones generales queden incorporadas al contrato. Mediante el control de incorporación se intenta comprobar que la adhesión se ha realizado con unas mínimas garantías de cognoscibilidad por parte del adherente de las cláusulas que integran el contrato».

¹⁰⁹ Vid. CAÑIZARES LASO, A.: «Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo», *Revista de Derecho Civil*, Vol. II, N.º 3, 2015, pág. 73.

¹¹⁰ MIRANDA SERRANO, L. M.: «El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predisuestas en la contratación bancaria», *InDret*, N.º 2, 2018, pág. 8, donde expone: «En primer lugar, han de cumplirse por el predisponente las exigencias de la perceptibilidad, la comprensibilidad y la concreción en la redacción de las cláusulas. En concreto, la perceptibilidad requiere que los clausulados contractuales sean confeccionados de tal modo que puedan ser físicamente leídos en atención al tamaño de los caracteres tipográficos utilizados y a su forma de presentación. El TRDCU exige al menos un milímetro y medio de tamaño de letra, lo que parece generalizable a todos los contratos celebrados a través de condiciones generales de la contratación y, por ende, también a los concluidos por empresarios y/o profesionales (B2B), ya que a éstos no cabe atribuirles un mayor grado de agudeza visual que a los consumidores. Por su parte, la comprensibilidad implica que el contenido de regulación material pueda ser comprendido y conocido por el adherente de un modo razonablemente fácil en consideración al lenguaje utilizado y a la estructura del clausulado. Junto a lo anterior, se requiere además concreción, esto es, que el adherente pueda hacerse una idea suficientemente concreta de su posición contractual, lo que

formal o de contenido (art. 8.2 LCGC en relación con los arts. 80, 82 y ss. TRLGDCU cuando se haya celebrado el contrato con consumidores¹¹¹).

A su vez, la falta de transposición formal del artículo 4.2 de la Directiva del 93 suscitó que nuestro Tribunal Supremo plantease las cuestiones prejudiciales que dieron pie a la STJUE 3 de junio de 2010, asunto C-484/08, caso Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid que entendía, entre otras reflexiones, (párr. 39), que el art. 4.2 no puede considerarse como «una disposición imperativa y vinculante, que los Estados miembros debían obligatoriamente incorporar como tal a sus ordenamientos», sin embargo, argumentaba el TJUE¹¹² la posibilidad de autorizar un control judicial acerca del posible carácter abusivo de las cláusulas esenciales comprende, de esta manera, una protección mayor que la que brindaba la propia Directiva.

A pesar de la falta de transposición formal si ha existido una suerte de transposición soterrada del artículo 4.2 a través del artículo 82 del TRLGDCU y entronca con una necesidad de transparencia en las condiciones generales de los contratos en los que intervengan consumidores. El TS perfila en diversas sentencias¹¹³ la acuciante necesidad de transparencia y que, finalmente define

excluye la utilización en los clausulados negociales de proposiciones vagas o genéricas o, dependiendo de las circunstancias, enumeraciones o relaciones meramente enunciativas». En este sentido, también se ha expresado FORTEA GORBE, J. L.: *La protección del deudor hipotecario frente a las cláusulas abusivas*. Wolters Kluwer, Madrid, 2017, págs., 345 a 347.

¹¹¹ Recuerda lo expresado en el preámbulo de la LCGC: «Las condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores. En uno y otro caso, se exige que las condiciones generales formen parte del contrato, sean conocidas o -en ciertos casos de contratación no escrita- exista posibilidad real de ser conocidas, y que se redacten de forma transparente, con claridad, concreción y sencillez. Pero, además, se exige, cuando se contrata con un consumidor, que no sean abusivas».

¹¹² Como refiere el párrafo 43 de la propia Sentencia al expresar: «debe observarse que, al autorizar la posibilidad de un control jurisdiccional completo del carácter abusivo de las cláusulas, como las contempladas en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva, contenidas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la normativa española de que se trata en el litigio principal permite garantizar al consumidor, conforme al artículo 8 de la Directiva, una protección efectiva más elevada que la prevista por ésta».

¹¹³ Como son las SSTS 834/2009, de 22 de diciembre, 375/2010, de 17 de junio, 401/2010, de 1 de julio y 842/2011, de 25 de noviembre.

más acertadamente en 2012 con una sentencia¹¹⁴ de la Sala Primera. Dicha sentencia plantea un salto conceptual y añade al control de incorporación del clausulado un control de transparencia diferente de los parámetros de los vicios del consentimiento consagrados en el Código Civil¹¹⁵. Esta nueva figura jurisprudencial cristaliza finalmente en la famosa sentencia de 9 de mayo de 2013¹¹⁶ acerca del control de transparencia de las denominadas cláusulas suelo, establece un mecanismo que no se articula a través de los controles de incorporación propio de las condiciones generales de la contratación.

Posteriormente, el propio TS¹¹⁷, entiende que el control de transparencia debe aplicarse además del de incorporación en el supuesto de que la condición general de que se trate se refiera a elementos esenciales del contrato. De esta

¹¹⁴ STS 406/2012, de 18 de junio, FJ 4.2, donde se establece: «No obstante, y en aras a la delimitación doctrinal que venimos desarrollando, conviene puntualizar que en el presente caso aunque aplicáramos la legislación de consumo y aunque admitiéramos, como hemos aceptado, que el control de inclusión y de transparencia puede proyectarse, a diferencia del control de contenido, sobre elementos esenciales del contrato (artículo 4.2 de la Directiva del 93) no estaríamos en un supuesto de control de interpretación de esta normativa sino, en su caso, de interpretación contractual conforme a los principios y reglas del Código Civil».

¹¹⁵ PERTÍÑEZ VILCHEZ, F.: «Transparencia material y transparencia documental en los contratos de préstamo hipotecario», en ALBIEZ DOHRMANN, K. J., MORENO-TORRES HERRERA, M^a. L. (Dir.): *Los contratos de crédito inmobiliario*, ob. cit., pág. 421, realiza la distinción entre el control de transparencia y los vicios del consentimiento, destacando: «Desde la perspectiva de las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia lo relevante es la conducta del predisponente, en particular, la adecuación de la información proporcionada al parámetro de honestidad objetiva que representa la buena fe (artículo 82 TR-LGDCU). Resulta por lo tanto “a priori” indiferente cuáles sean las circunstancias subjetivas del consumidor y si con arreglo a estas circunstancias debiera o no haber conocido la realidad de la cláusula. Tanto la STJUE 20 septiembre 2017 (Asunto C-186/16 Andriuc y otros y Banca Româneasca SA), como la STS 15 noviembre 2017 (RJ 2017/4730) se refieren insistentemente a la información necesaria para un “consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz”. Por el contrario, en la valoración del vicio de error, el centro de atención se sitúa en la persona de quien los sufre, pues es preciso probar, en primer lugar, no sólo la concurrencia de un error, en lo que sin lugar a dudas en un escenario de asimetría informativa será determinante la falta de información proporcionada por la otra parte, sino también la excusabilidad del mismo por quien lo ha padecido con arreglo a sus circunstancias subjetivas».

¹¹⁶ Vid. STS 241/2013, de 9 de mayo.

¹¹⁷ STS 593/2017, de 7 de noviembre, FJ 4^o, expresando: «En estas sentencias se ha establecido la doctrina consistente en que, además del filtro o control de incorporación previsto en los arts. 5 y 7 LCGC, a las condiciones generales en contratos concertados con consumidores debe aplicarse un control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, cuando la condición general se refiere a elementos esenciales del contrato»

manera, se añadiría un tercer control distinto¹¹⁸ de los dos controles¹¹⁹ diferenciados, el previsto en la LCGC (arts. 5 y 7), que de no ser superado aboca a la no incorporación de las cláusulas que se trate, y un segundo control basado en el art. 80.1 del TRLGDCU que permite observar si el consumidor tiene un conocimiento fundado y real del compromiso económico adquirido que consagra el contrato.

El objeto¹²⁰ del control de transparencia fue desarrollado y definido por la jurisprudencia de la Sala Primera del TS desde el punto de vista de la importancia de la información precontractual, la vertiente económica de la operación que se pretende y la claridad de los conceptos que conforman el armazón jurídico del contrato.

Así, algunos autores¹²¹ consideraban que se incorporaba *de facto*, el art. 4.2 de la Directiva 13/93. De esta manera, se enmendaba la omisiva conducta legislativa al respecto de mencionado precepto y realiza su función al amparo del art. 1.6 CC como complemento del ordenamiento jurídico y al margen de una hipotética actividad creadora de Derecho (juez legislador) proscrita en nuestro sistema jurídico.

¹¹⁸ CÁMARA LAPUENTE, S.: «El control de transparencia de las cláusulas suelo como causa única y directa de su carácter abusivo (crítica y reconducción hacia el control de incorporación): Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014 (3903/2014)», en YZQUIERDO TOLSADA, M. (Coord.): *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, Vol. 6, 2016, pág. 215.

¹¹⁹ Vid. MORENO GARCÍA, L.: *Cláusulas suelo y control de transparencia. Tratamiento sustantivo y procesal*, ob. cit., pág. 100.

¹²⁰ Como describe la STS 367/2017, de 8 de junio, FJ 6º.4: «Este control de transparencia tiene por objeto que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación de los riesgos del desarrollo del mismo».

¹²¹ Como así lo refiere, FENOY PICÓN, N.: «El control de transparencia (material) en la cláusula suelo. Su análisis a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo, de la doctrina científica, y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», ob. cit., pág. 874 a 878.

La repercusión¹²² de la sentencia de 9 de mayo de 2013 no se detiene exclusivamente en el ámbito de las cláusulas suelo, sino que, abarca enteramente el espectro de contratos que contengan condiciones generales de la contratación y una de las partes sea considerada consumidor.

Tras esta resolución, el Tribunal Supremo ha venido a concretar la figura de la transparencia material¹²³. Así, fija su doctrina y establece los criterios que, hoy día, son tenidos en cuenta a la hora de configurar el procedimiento que consagra la LCCI para considerar superado este crucial requisito. La transparencia material se mueve sobre dos ejes, que son, por un lado, la información concreta que debe facilitar el prestamista, previa a la firma del contrato y, por otro lado, acreditar su efectivo conocimiento por parte del prestatario.

A todo ello, se debe añadir que la creación de ese control de transparencia material sirve de base para sustentar la novedosa actividad notarial destinada a garantizar dicha transparencia, tal y como propone la LCCI en su artículo 15, y, en ella se condensa la insoslayable importancia de la información precontractual que ya dibujaba el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, y que gracias al desarrollo jurisprudencial se concreta la figura.

En este sentido, han resultado insuficientes los controles previos establecidos en la normativa sectorial bancaria. Por tanto, se perfila la figura de

¹²² Vid. CARRASCO PERERA, Á. CORDERO LOBATO, E.: «El espurio control de transparencia sobre condiciones generales de la contratación», *Revista del Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, N.º 7, 2013, pág. 174. A su vez, dicha sentencia fue denominada como inconstitucional en CARRASCO PERERA, Á. GONZÁLEZ CARRASCO, M^a C.: «La doctrina casacional sobre la transparencia de las cláusulas suelo conculca la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva», *Revista del Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, N.º 7, 2013, pág. 132.

¹²³ En este sentido puede observarse la evolución de la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo, en cuanto a transparencia material se refiere, a través del estudio que realiza MARÍN LÓPEZ, M.: «El control de transparencia material», en CARRASCO PERERA, Á. (Dir.): *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*, ob. cit., págs. 259 a 265.

un documento¹²⁴ que venga a suplir esas carencias informativas y sirva de prueba fehaciente acerca de la comprensibilidad de lo que se contrata. El *iter* de la negociación e información contractual queda consagrado en un acta emanada de un fedatario público. De esta manera, se vuelve a poner de relieve la clásica dicotomía acerca de la voluntad interna y la voluntad declarada.

2.5. Las alternativas existentes al control de transparencia material

Con el amanecer de este constructo jurisprudencial se ha intentado dar solución a varias cuestiones que surgían en los novedosos campos del derecho privado y, más concretamente, en contratos seriados de adhesión con condiciones generales de la contratación que podrían contener cláusulas abusivas o poco transparentes.

Cabe destacar que nuestro TS ha matizado¹²⁵ la definición y configuración del control de transparencia a lo largo de estos años. Podemos decir que estamos ante una creación en permanente transformación.

A esa indefinición perpetua y mutable, hay que añadir que, a pesar del esfuerzo del TS de construir y precisar la definición del control de transparencia material, no ha podido concretar los medios que nos permitan asegurar que estamos ante un contrato enteramente transparente¹²⁶. Será el estudio de los

¹²⁴ VÁZQUEZ MUIÑA, T.: *La nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia*, Reus, Madrid, 2018, págs. 215 y 216.

¹²⁵ En este sentido lo indica la STS 464/2014 de 8 de septiembre, FJ 1º.4, al referir: «La impronta del control de transparencia, como una plasmación del principio de transparencia real, implícito en el marco general del control de abusividad, constituye una buena prueba de lo afirmado, así como de la conveniencia de seguir afinando el fundamento técnico que sustenta su correcta aplicación».

¹²⁶ STS 489/2020 de 23 de septiembre, FJ 5º. 14, que expresa: «Como hemos declarado en reiteradas ocasiones (por todas, sentencia 355/2018, de 13 de junio), no existen medios tasados para obtener el resultado que con el requisito de la transparencia material se persigue: un consumidor perfectamente informado. El adecuado conocimiento de la cláusula, de su trascendencia y de su incidencia en la ejecución del contrato, a fin de que el consumidor pueda adoptar su decisión económica después de haber sido informado cumplidamente, es un resultado insustituible, aunque

casos concretos en relación con la pluralidad de normas y medios existentes los que nos permitan llegar a esa conclusión.

Inevitablemente, surge la pregunta acerca de si nuestro Derecho disponía de capacidad para afrontar el reto de dar respuesta a las controversias que habían aflorado en este campo¹²⁷ y que comenzaban a manifestarse en forma de reclamaciones judiciales a las que los jueces aportaban sus construcciones intelectuales como intérpretes cualificados de la norma y, lo que es más importante, como solucionadores de conflictos.

La necesidad de reformas en parte de nuestro Derecho Privado ya era una cuestión que era necesario abordar, pero los nuevos vaivenes judiciales y las nuevas realidades en el campo del Derecho de Obligaciones han puesto el necesario foco en las cuestiones perentorias que, sin demora, convendría repensar. En mi opinión, sería conveniente apuntalar una ambiciosa reforma legislativa de calado que permita acomodar el Derecho a los nuevos tiempos y sistematizar adecuadamente la multitud de leyes que se han dictado como parches para resolver asuntos concretos y que no tienen vocación de continuidad.

Uno de los principios que sustenta gran parte del Derecho de Contratos es la autonomía privada.¹²⁸ Es la esfera de libertad en la cual la persona se desenvuelve en el tráfico jurídico y opera en el mismo conforme a sus intereses.

susceptible de ser alcanzado por pluralidad de medios. Así lo pusimos también de relieve en la sentencia 171/2017, de 9 de marzo, en que afirmamos que en cada caso pueden concurrir unas circunstancias propias cuya acreditación, en su conjunto, ponga de relieve con claridad el cumplimiento o incumplimiento de la exigencia de transparencia.»

¹²⁷ Hubiese sido deseable la existencia de un artículo similar al 307 del BGB como apunta ARGELICH COMELLES, C.: «Remedios del consumidor ante la abusividad en los instrumentos no financieros», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 771, 2019, pág. 22.

¹²⁸ DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1991, págs. 11 y ss. En la cual el autor explica el sentido amplio de la autonomía en dos partes: «1ª. El poder atribuido a la voluntad respecto a la creación, modificación y extinción de las relaciones jurídicas. 2ª. El poder de esa voluntad referido al uso, goce y disposición de poderes, facultades y derechos subjetivos».

Principio que viene expresado en nuestro Derecho al artículo 1255 CC como una garantía de esa autonomía, si bien, en los últimos tiempos se ha podido observar una creciente limitación¹²⁹ de este principio a medida que avanza la especialización en el derecho de contratos.

Dentro de ese amplio principio de autonomía, en ese obrar con libertad, la persona puede obligarse por su voluntad en los negocios jurídicos que considere, con los límites que marca la ley. Dicha voluntad constituye un pilar fundamental en la formación del necesario consentimiento que obligatoriamente se ha de otorgar y es la base de la libertad contractual¹³⁰

Podría pensarse, de hecho, algunos autores han manifestado sus razonamientos sobre ello¹³¹, en que la perpetua crisis de las instituciones de Derecho clásico o la perentoriedad de nuevas soluciones a nuevos problemas conducen a una inevitable decadencia del Derecho. Sin embargo, mi opinión no coincide por entero con este análisis y vengo a sostener que observo un mayor problema de *hiper regulación* en campos donde ya existían reglas y normas jurídicas que arbitran soluciones a las controversias que pudieran surgir.

En consecuencia, este problema de *hiper regulación*, va anudado el de una legislación superflua que abunda insistentemente sobre el mismo objeto en el cual ésta despliega sus alas. De esta manera, se tiende a superponer leyes que

¹²⁹ Vid. ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, 12^o edición, Edisofer, Madrid, 2003, pág. 367.

¹³⁰ BALLESTEROS GARRIDO, J. A.: *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*, José M^a Bosch editor, Barcelona, 1999, pág. 19, 20 y 21.

¹³¹ DÍEZ-PICAZO, L.: *Ensayos Jurídicos (1953-2011). Tomo II. Derecho de obligaciones y contratos. Derecho de daños. Enriquecimiento injustificado*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011, págs. 1648-1650, donde el autor aborda brevemente los distintos grados con los que varios autores observan los tiempos de cambio en los conceptos tradicionales del Derecho.

versan sobre lo ya regulado por otras con el mismo espíritu y cuyas diferencias resultan, en muchas ocasiones, inapreciables¹³².

Considero que resulta interesante observar si a la luz del derecho de contratos, recogido en el CC, podemos explicar fenómenos que se dan en la práctica actual y si estos pueden dar la respuesta adecuada que demanda la sociedad.

Con la sentencia de la Sala Primera del TS de 9 de mayo de 2013, ya se dibujaba la futura aplicación del novedoso control de transparencia material a todo tipo de contratos con condiciones generales de la contratación. En su párrafo 215, apartado B del FJ 12^o¹³³ se contempla un concepto que me parece de una importancia absoluta. Dicho concepto es el de la «comprensibilidad real» e, inmediatamente, parecía volver a la vida la vieja controversia acerca del valor de la voluntad sentida y la voluntad declarada, si es que dicha polémica había desaparecido en algún momento. Este concepto nos encamina ciertamente por la senda de una perspectiva subjetiva, más propia del error-vicio, por tanto, consecuente con la idea de retener en ese espectro del consentimiento en el que se podría encajar la problemática enunciada.

Sin embargo, esta novedosa creación no convenció a parte de la doctrina¹³⁴ que, como veremos, discrepa de la solución alcanzada por el TS. Se

¹³² Sirva como ejemplo el estudio que se realiza en este trabajo acerca de la intervención de Notarios y Registradores en el crédito inmobiliario.

¹³³ «b) Que la transparencia de las cláusulas no negociadas en contratos suscritos con consumidores incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato». A su vez, la STS 655/2017, de 1 de diciembre, FJ 2º emplea el concepto de «comprensibilidad material».

¹³⁴ CARRASCO PERERA, Á., CORDERO LOBATO, E.: «El espurio control de transparencia sobre condiciones generales de la contratación», *Revista del Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, ob. cit., pág. 174 y ss., los autores establecen una rotunda crítica a la argumentación de la sentencia. Entienden que genera una confusión que en nada favorece a la seguridad jurídica por el clima de incertidumbre que suscita el novedoso control de transparencia y su futura aplicación.

ofrecen, de esta manera, caminos alternativos¹³⁵ (ya existentes) al abordado por el alto tribunal.

Asegurar la comprensibilidad real acerca de cualesquiera conceptos (incluidos en contratos o no), se me antoja un arcano complicado de desvelar que únicamente podría ser sacado a la luz con la vetusta técnica del examen oportuno para certificar ese conocimiento. Examen que, por otro lado, parece incluir¹³⁶ la LCCI en su singular batalla por la transparencia material.

Por razones de seguridad jurídica, la voluntad declarada y sobre la que hubiese una prueba cierta, era la predominante¹³⁷ a la hora de resolver las controversias que pudieran suscitarse, no obstante, la sombra de la auténtica voluntad siempre planea por el mundo de la contratación, tan lleno de singularidades.

Se entiende, por tanto, que la conformación de la voluntad es un requisito del consentimiento, que resulta a su vez imprescindible para que el propio contrato exista *ex artículo 1261 CC*. Pasamos entonces a examinar que ocurre cuando éste no es prestado con la espontaneidad ni la libertad propias que le exige la ley para el supuesto que nos ocupa.

¹³⁵ Como refiere CÁMARA LAPUENTE, S.: «Las (seis) SS.T.S posteriores a la S.T.J.U.E 21 de diciembre 2016. El control de transparencia sigue en construcción, muta y mutará aún más: Hacia la transparencia subjetiva. (comentario a las SS.T.S. de 24 de febrero 2017, 9 marzo 2017, 20 abril 2017 y 25 mayo 2017)», *Boletín del Colegio de Registradores de España*, N.º 42, 2017, pág. 1787, al entender que el control de transparencia debería conservar su carácter objetivo y articularse a través del ya conocido control de incorporación.

¹³⁶ Digo «parece», ya que no es un examen en el sentido estricto el que detalla la LCCI.

¹³⁷ PUIG BRUTAU, J.: *Compendio de Derecho Civil. Derecho de obligaciones. Contratos y cuasi contratos. Obligaciones derivadas de actos ilícitos*. Volumen II, Bosch, Barcelona, 1987, pág. 184 y ss., donde expresa la preeminencia de la voluntad declarada como solución de la problemática que se plantea en la práctica por cuestiones, principalmente, de eficacia como así también lo expresa la jurisprudencia del Tribunal Supremo que analiza desde la óptica de la buena fe y la seguridad en el tráfico, siempre a salvo de la acreditación fehaciente de la verdadera voluntad de los contratantes.

Entre los vicios que afectan a la formación de la voluntad¹³⁸ debemos detener nuestra atención sobre el dolo. No resulta novedoso¹³⁹ acudir a la figura del dolo para definir los problemas que surgen acerca de la utilización engañosa de algunas cláusulas en los contratos celebrados entre consumidores y empresarios y las consecuencias que pudieran surgir en caso de ser acreditado.

Resulta indubitado que el proceder reprochable al empresario (en este caso las entidades bancarias mayoritariamente) se produce en el momento en el que la voluntad se forma, por tanto, estaríamos ante un dolo *in contrahendo*¹⁴⁰ caracterizado por la intención de influencia sobre la contraparte en esa fase inicial de negociaciones preliminares.

A su vez, el contrato de préstamo o crédito con garantía hipotecaria obedece a un negocio jurídico con una entidad patrimonial de gran relevancia. Podría decirse que estamos ante la mayor operación financiera de la persona física, como es la compra de vivienda, que realizará a lo largo de su vida. A pesar de la evidente importancia de este tipo de contrato, la generalidad de los consumidores españoles lo realiza sin la asistencia de un profesional cualificado y en la confianza de su conocimiento, su capacidad crítica y en el asesoramiento

¹³⁸ Vid. PUIG BRUTAU, J.: *Compendio de Derecho Civil*. ob. cit., pág. 187.

¹³⁹ En este sentido lo ha manifestado PANTALEÓN PRIETO, F.: «10 tesis sobre la falta de transparencia de las cláusulas referidas a los elementos esenciales del contrato», disponible en: <https://almacenederecho.org/10-tesis-la-falta-transparencia-las-clausulas-referidas-los-elementos-esenciales-del-contrato/> (última consulta 31 de agosto de 2020), acude a la figura del dolo incidental. Véase como también se ha pronunciado acerca de la misma figura MIRANDA SERRANO, L.: «El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas en la contratación bancaria», ob. cit., págs. 37 y ss., de las dudas manifestadas por la doctrina acerca del cauce jurídico por el cual debiera transitar esta problemática se hace eco también CABANAS TREJO, R.: *Aspectos contractuales y procesales de la nueva ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario*, ob. cit., pág. 123. Otros rechazan esta idea abiertamente, así CÁMARA LAPUENTE, S.: «Las (seis) SS.T.S posteriores a la S.T.J.U.E 21 de diciembre 2016. El control de transparencia sigue en construcción, muta y mutará aún más: Hacia la transparencia subjetiva. (comentario a las SS.T.S. de 24 de febrero 2017, 9 marzo 2017, 20 abril 2017 y 25 mayo 2017)», *Boletín del Colegio de Registradores de España*, ob. cit., pág. 1787.

¹⁴⁰ DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. ob. cit., pág. 199, donde explica el término de «insidia» como nota fundamental del dolo y lo define como un «artificio empleado con el fin de producir en otra persona un engaño».

(parcial e interesado) de un empleado bancario, que, recordemos, antes de la nueva regulación de la LCCI, obtenía un beneficio directo por volumen de contratación.

Durante los momentos previos a la firma, todos ellos incursos en la denominada fase precontractual, por parte del predisponente se facilitaba el contrato de préstamo o crédito hipotecario con las cláusulas prerredactadas entre las cuales pudieran existir cláusulas impuestas, no explicadas o que, directamente, desconoce el adherente.

Es un recurso frecuente en la jurisprudencia española el acudir con insistencia al argumento de que ciertas cláusulas de los contratos con garantía hipotecaria se encuentran situadas entre una multitud de datos, «enmascaradas» entre otras informaciones menos relevantes que hacen que su lectura pase inadvertida al lector. Esta situación provoca que no se otorgue importancia a dicho clausulado, se desconozca por el adherente la verdadera dimensión de su significado y, por tanto, las consecuencias que se derivan de su aplicación.

Este comportamiento del predisponente bien puede incardinarse como una conducta que incide en el denominado dolo pasivo¹⁴¹ al obviar la oportuna explicación del verdadero significado y contenido de esas cláusulas. Se incurre con ello en un comportamiento responsable por la omisión de una aclaración pertinente que incumbe a quien dispone esas cláusulas y se beneficia de las mismas.

Al ser un dolo empleado por una de las partes estaríamos ante un dolo unilateral y sus características¹⁴² se refieren a su contraposición con la buena fe,

¹⁴¹ BETTI, E.: *Teoría General del Negocio Jurídico*, Comares, Granada, 2000, pág. 395. Explicando que esa conducta omisiva puede comprender el no sacar a alguien del error reconocible en que se encuentra o no aportarle explicación alguna cuando tiene la obligación de hacerlo.

¹⁴² FUENTESECA, C.: *El dolo recíproco*. ob. cit., pág. 55.

que debe afectar a la voluntad de la contraparte a la cual va dirigido y obtener el consentimiento necesario para perfeccionar el contrato.

Ante este escenario, resulta evidente que la inserción de una cláusula (o varias) que versen sobre elementos esenciales del contrato, de manera engañosa y subrepticia en la fase precontractual, que beneficia únicamente a una de las partes, parece indicar que nos encontramos ante un dolo incidental (*dolus incidens*) y, acreditado el mismo, daría pie a una indemnización de daños y perjuicios por quien se haya aprovechado de ese engaño¹⁴³.

Por tanto, para cuantificar la gravedad del dolo¹⁴⁴ se debe establecer si este recae sobre elementos que constituyen la esencia del contrato o bien sobre elementos accesorios que no vicien por entero el mismo. Esta gradación será determinante para adjudicarle una consecuencia jurídica al dolo, ya que puede afectar al contrato de manera global o, únicamente, a una parte de su clausulado.

Conviene detenernos en este apartado para analizar el grado concreto de relevancia de una cláusula en el contrato. Para ello se debe establecer la línea divisoria entre «objeto principal» y «elemento esencial», a la vista de los parámetros fijados en la, tan comentada, Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2013 y refrendados por la STS 464/2014, de 8 de septiembre, STS 138/2015, de 24 de marzo y STS 139/2015, que definían la cláusula suelo como objeto principal del contrato, alejándola de esta manera de los controles sustantivos existentes. Esta definición generó alguna controversia en la doctrina¹⁴⁵ que, con acierto, en mi opinión, expresaba que la subsistencia del contrato era posible aún con la eliminación de la cláusula controvertida.

¹⁴³ GARCÍA VALDECASAS, G.: *Parte general del Derecho Civil Español*, Civitas, 1983, pág. 354.

¹⁴⁴ Vid. Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. ob. cit., págs. 200 y 201.

¹⁴⁵ Así lo expresa CÁMARA LAPUENTE, S.: «Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas (un resumen crítico)», *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, N.º 61, 2015, págs. 142 y ss., argumentando: «Esta calificación parece

En la búsqueda de esa definición, el texto de la Directiva 93/13/CEE pone de manifiesto¹⁴⁶ la prevención acerca de la imposibilidad de declarar el carácter abusivo de las cláusulas que describan el objeto principal del contrato y el texto¹⁴⁷ del artículo 4.2 de la misma Directiva, que, a pesar de que se insiste en el concepto de «objeto principal», no se define y se arrojan escasas pistas para obtener un preciso concepto por el cual guiarnos.

En relación con la fenomenología jurídica que se ha producido en los contratos objeto de estudio del presente trabajo constatamos que nos hallamos ante un contrato bancario que tiene por objeto un préstamo de dinero mediante el cual el cliente recibe del banco una cantidad y se obliga a devolver otro tanto de lo recibido en el tiempo y forma pactados.

La obligación principal en dicho contrato es la devolución del capital a vencimiento, y la obligación accesoria es la de pagar intereses, de forma que solo se deben intereses cuando expresamente se han pactado, así se deduce de las normas del Código Civil dado que cuando se trata de un préstamo mutuo civil. Para que el prestatario tenga la obligación de pago de intereses se hace necesario

haberse convertido en axioma para evitar entrar a argumentar sobre su equilibrio desde el punto de vista del control sustantivo, pero acaso merecería la pena reflexionar más si, en la interpretación restrictiva que debe hacerse de la norma comunitaria (excepcional), el “objeto principal del contrato” comprende realmente cualquier aspecto referido al precio: si la cláusula suelo fuese verdaderamente un elemento esencial del contrato, eliminada aquélla éste no puede subsistir, cosa que no sucede, al quedar operativo el interés variable».

¹⁴⁶ Como así lo recoge el considerando decimonoveno al recoger lo que sigue: «Considerando que, a los efectos de la presente Directiva, la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación; que en la apreciación del carácter abusivo de otras cláusulas podrán tenerse en cuenta, no obstante, el objeto principal del contrato y la relación calidad/precio; que de ello se desprende, entre otras cosas, que en los casos de contratos de seguros las cláusulas que definen o delimitan claramente el riesgo asegurado y el compromiso del asegurador no son objeto de dicha apreciación, ya que dichas limitaciones se tienen en cuenta en el cálculo de la prima abonada por el consumidor».

¹⁴⁷ «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, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible».

que se haya pactado (art. 1755 CC: «No se deberán intereses sino cuando expresamente se hubiesen pactado») y en el caso del préstamo mercantil el Código de Comercio es aún más severo que el CC pues exige que el pacto sea por escrito (art. 314 CCom: «Los préstamos no devengarán interés si no se hubiere pactado por escrito»).

En este mismo sentido, de acuerdo con la Sentencia de 9 de mayo de 2013, al analizar la condición de elemento esencial o no del contrato de las llamadas cláusulas suelo (apartado 188) se afirma que «en el préstamo no es esencial el precio ni siquiera en el préstamo mercantil, a tenor de los artículos 1755 CC y 315 del CCom». Más adelante, con mayor claridad dice (apartados 274) «Como hemos indicado las cláusulas suelo se refieren al objeto principal del contrato –de ahí que el control de su abuso nada más sea posible cuando haya falta de claridad en los términos indicados–. También hemos indicado que no cabe identificar "objeto principal" con "elemento esencial" y, en contra de lo sostenido por alguna de las recurridas, el tratamiento dado a las cláusulas suelo por las demandadas es determinante de que no forme "parte inescindible de la definición contractual del tipo de interés aplicable al contrato de préstamo y con ello de su objeto y causa". Más aún, las propias imponentes han escindido su tratamiento», añade el apartado 275: «Pues bien, partiendo de lo expuesto, la nulidad de las cláusulas suelo no comporta la nulidad de los contratos en los que se insertan, ya que la declaración de nulidad de alguna de sus cláusulas no supone la imposibilidad de su subsistencia».

A la vista del citado artículo 4.2 de la Directiva 93/13/UE alcanzamos a ver la relevancia de esta cuestión, puesto que las cláusulas que se refieran al objeto principal del contrato no estarán sometidas al control de contenido, pero si al de transparencia, con lo cual, conviene tener presente si ostentan o no dicha categoría. Al constatar que la propia Directiva no contiene en su articulado una

definición que pueda arrojar luz sobre dicho concepto, hemos de seguir la pista que nos dibujan otros medios.

La jurisprudencia del TJUE ha tenido ocasión de pronunciarse¹⁴⁸ acerca de estos conceptos, aunque, en mi opinión, no resultan unas definiciones muy aclaratorias de la cuestión ya que cabría preguntarse cuáles son concretamente o a modo de ejemplo las «prestaciones esenciales» a las que se refiere el TJUE y que «caracterizan» el contrato.

Esta indefinición del TJUE culmina con la remisión a los tribunales nacionales acerca de la consideración de lo que supone un componente esencial del contrato con un criterio valorativo amplio, es decir, habrá que estar a cada caso concreto y atender a las circunstancias y contexto en el que se ha realizado¹⁴⁹.

Tampoco la doctrina¹⁵⁰ parece ponerse de acuerdo con la cuestión de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato con lo cual debemos ceñirnos a lo expuesto en el párrafo precedente y estar al supuesto particular.

¹⁴⁸ STJUE de 20 de septiembre 2017 (asunto C-186/16), párr. 35 donde indica: «En lo que respecta a la categoría de cláusulas contractuales incluidas en el concepto de «objeto principal del contrato», a efectos del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, el Tribunal de Justicia ha declarado que esas cláusulas deben entenderse como las que regulan las prestaciones esenciales del contrato y que, como tales, lo caracterizan (sentencias de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08, EU:C:2010:309, apartado 34, y de 23 de abril de 2015, Van Hove, C-96/14, EU:C:2015:262, apartado 33)». Añade en el párr. 36: «En cambio, las cláusulas de carácter accesorio en relación con las que definen la esencia misma de la relación contractual no pueden formar parte del concepto de «objeto principal del contrato», a efectos de la citada disposición (sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 50, y de 23 de abril de 2015, Van Hove, C-96/14, EU:C:2015:262, apartado 33)». También analiza esta cuestión y misma Sentencia, MARÍN LÓPEZ, M. J.: *El acuerdo novatorio sobre la cláusula suelo del préstamo hipotecario. Un análisis desde la Directiva 93/13/CE de cláusulas abusivas*, Reus, Madrid, 2019, págs. 64 y 65.

¹⁴⁹ PERTÍÑEZ VILCHEZ, F.: *La nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios*, ob. cit., págs. 38 y ss.

¹⁵⁰ Vid. MARTÍNEZ ESPÍN, P.: «El control de las condiciones generales de la contratación: Su aplicación al contrato de alquiler de vehículos», *Revista del Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, N.º 6, 2013, págs. 82, 83.

La propia definición¹⁵¹ que surge de los artículos del CC que afectan al dolo es un texto muy frecuente al que similarmente emplean las sentencias que afectan a las cláusulas que no superan el control de transparencia material.

Finalmente, la posibilidad de resarcir por los concretos daños y perjuicios causados al perjudicado por la cláusula incorporada al contrato por la vía del dolo incidental parece una solución respetuosa y consecuente con el *favor negotii* y alejada del exceso perjudicial¹⁵² que supondría la anulación de la totalidad del contrato.

La principal diferencia que podemos advertir entre el dolo y la transparencia material supone que el primero se basa en un componente subjetivo (comprensibilidad real), que incide en la moral (maquinación insidiosa) que se opone frontalmente a la buena fe, mientras la transparencia material aplica un criterio objetivo que desplaza el componente valorativo subjetivo con un criterio formal¹⁵³ (el cumplimiento de obligaciones precontractuales) alejado de la ética y, por tanto, más objetivo.

¹⁵¹ Artículo 1269. «Hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho. Artículo 1270. Para que el dolo produzca la nulidad de los contratos, deberá ser grave y no haber sido empleado por las dos partes contratantes. El dolo incidental sólo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios».

¹⁵² VON TUHR, A.: *Derecho Civil. Los hechos jurídicos. Volumen II*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 564.

¹⁵³ Vid. 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. *Derecho de contratos: nuevos escenarios y nuevas propuestas*, ob.cit., pág. 133.

CAPÍTULO II

1. LA INCIDENCIA DE LA CRISIS FINANCIERA EN EL CRÉDITO INMOBILIARIO

El crecimiento exponencial de la financiación hipotecaria vino propiciado por la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, que dinamizó¹⁵⁴ el mercado de crédito inmobiliario de una manera nunca vista hasta el momento¹⁵⁵. Dicho crecimiento hizo que pronto se convirtiese en una línea fundamental de la actividad bancaria que únicamente ve reducida su imparable marcha con el estallido de la crisis financiera mundial¹⁵⁶ que comenzó en el año 2007. Dicha crisis mantiene un profundo efecto en la forma en que se regulan las relaciones entre los bancos y sus clientes.

Particularmente, en España, la incontestable importancia del crédito inmobiliario venía reflejada en el PIB, al representar el 82% del total. A su vez, crea un incremento de la riqueza inmobiliaria neta de las familias muy por

¹⁵⁴ La importancia de esta nueva regulación fue puesta de manifiesto por gran parte de la doctrina, como recogen HUERTA VIESCA, M^a. I., RODRÍGUEZ RUÍZ DE VILLA, D.: «La especial protección de las hipotecas subsumidas en la Ley del Mercado Hipotecario frente a la quiebra del hipotecante (Comentario a la STS, 1^a, de 12 de diciembre de 1995)», *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 49, N.º 1, 1996, pág. 413, donde se desgranar las razones económicas y de política social y económica que dotaron de relevancia a dicha normativa.

¹⁵⁵ Vid. GONZÁLEZ SÁNCHEZ, S.: «Mercado del crédito inmobiliario», en ALBIEZ DOHRMANN, K. J., MORENO-TORRES HERRERA, M^a. L. (Dir.): *Los contratos de crédito inmobiliario*, ob. cit., págs. 61 a 63.

¹⁵⁶ Las causas de la irrupción de la crisis son heterogéneas y, al margen de las expresadas, se recomienda ver el estudio de MADRID PARRA, A.: «Respuestas jurídicas a la crisis financiera de 2008», *Cuadernos de derecho y comercio*, N.º 57, 2012, págs. 13 a 105.

encima de la media europea¹⁵⁷. Los diversos factores¹⁵⁸ que propiciaron este crecimiento pivotaban sobre el aumento del valor del inmueble hipotecado, los mayores plazos de amortización y el continuo descenso de los tipos de interés aparejados a estas operaciones. Posteriormente, el fenómeno especulativo que se desplegó sobre el mercado inmobiliario provocó un incremento de los precios en márgenes de 10% y 30% anuales que llevó al desplome¹⁵⁹ que marca el inicio de la crisis económica.

Desde el punto de vista internacional, un primer hito que anunciaba la sucesión de acontecimientos negativos con relevancia económico-financiera fue la intervención del Banco de Inglaterra en la entidad *Northern Rock* en septiembre de 2007. Con ello se pretendía devolver la confianza de los depositantes en la solvencia de los bancos y exigió al gobierno británico convertir a *Northern Rock* en propiedad pública temporal, así como proporcionar garantías financieras para aliviar los temores de los depositantes. Posteriormente, el colapso de *Lehman Brothers* en septiembre de 2008 generó una gran inquietud sobre la banca minorista y la banca de inversión (con un

¹⁵⁷ Datos que recoge DÍAZ FRAILE, J. M^a.: «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2017 (123/2017). Adaptación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a la de la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación a la limitación temporal de los efectos restitutorios derivados de la nulidad de las cláusulas suelo no transparentes/abusivas», en YZQUIERDO TOLSADA, M. (Dir.): *Comentarios a las Sentencias de Unificación de doctrina: civil y mercantil*, vol. 9, BOE, Dykinson, Registradores de España, Madrid, 2017, págs. 87 y ss.

¹⁵⁸ Como refiere DÍAZ FRAILE, J. M^a.: «Presente y futuro de la hipoteca como instrumento de fomento del crédito en el contexto del derecho comunitario. (Un proceso de reformas inacabado)», *Anuario de derecho civil*, Vol. 69, N.º 2, 2016, pág. 504, explica el autor los tres factores conducentes al desarrollo del mercado hipotecario de la siguiente manera: «Este enorme desarrollo se ha producido básicamente, además de por el propio crecimiento del mercado inmobiliario con el que el hipotecario vive en estrecha simbiosis en España, por tres factores: 1.º El incremento del «*loan to value*», que se elevó hasta el 70% del valor del inmueble hipotecado; 2.º Por el alargamiento del plazo de amortización, cuyo plazo estándar ha pasado en tal periodo de doce a veinte años; y 3.º por el descenso sostenido en los tipos de interés. Los dos primeros parámetros han seguido creciendo en los primeros años del presente siglo llegando al 80% en el caso del «*loan to value*» y a 26 años el periodo de amortización estándar».

¹⁵⁹ Vid. AMO GARCÍA, J. R.: «Tema 12. La burbuja inmobiliaria española, actuación de las entidades financieras ante el promotor y comprador de vivienda, alternativas a la financiación y comparativa europea», en LLEDÓ YAGÜE, F. (Dir.): *La protección del consumidor de inmuebles*, Dykinson, Madrid, 2013, págs. 385 y 386.

nivel de riesgo muy elevado en su operativa) que se realiza dentro del mismo grupo bancario.

La congelación de liquidez resultante del colapso del mercado de valores respaldados por hipotecas pronto suscitó amplios temores sobre una importante descapitalización del sector bancario y una creciente preocupación sobre el riesgo de crédito. Los gobiernos y los bancos centrales se apresuraron a enfrentar el problema. La crisis económica que resultó de la crisis financiera global ha contribuido a una crisis de deuda soberana de Europa¹⁶⁰, lo cual provocó, a su vez, un aumento de las tasas de desempleo y un evidente empeoramiento de las economías familiares¹⁶¹ con la consecuencia del impago de las deudas generadas. Todo ello produjo un aumento de los niveles de sobreendeudamiento e insolvencia. Debido al hecho de que la banca moderna

¹⁶⁰ Vid. BOUYON, S. MUSMECI, R.: «Las dos dimensiones del sobreendeudamiento: protección del consumidor y estabilidad financiera en la Unión Europea», en CUENA CASAS, M. (Dir.): *La prevención del sobreendeudamiento privado. Hacia un préstamo y consumo responsables*, ob. cit., pág. 103, donde analizan expresamente la relación acerca del sobreendeudamiento en el entorno de las entidades de crédito y exponen lo que sigue: «Basándose en la perspectiva de las entidades de crédito, el préstamo irresponsable figura como una causa complementaria del sobreendeudamiento de las familias en la UE. La gravedad de la crisis ha sido particularmente alta en aquellos países en los que los mercados de crédito han experimentado una expansión excepcional entre 2003 y 2007. La caída de los tipos de interés reales, resultante de la adopción de la moneda única, produjo en muchos países una tendencia de exceso de confianza en el sector bancario en contra de las perspectivas económicas globales, impulsando eventualmente a estrategias de asunción de riesgos excesivos. Estas dinámicas han contribuido significativamente al aumento del nivel medio de endeudamiento doméstico europeo y de los riesgos consecuentes relacionados con el sobreendeudamiento. Desde esta perspectiva, las entidades de crédito han jugado un papel crucial en España y Grecia. Un reciente estudio, destaca que una proporción entre el importe del préstamo y el valor de la garantía (loan to value o ratio de cobertura) y unos tipos de interés idénticos fueron aplicados a las hipotecas, tanto a los trabajadores permanentes como a los temporales, durante el periodo de expansión de los mercados de crédito. Además se ha observado que los precios de tasación han sido consistente y artificialmente incrementados con objeto de cumplir las disposiciones reguladoras en términos de ratio de cobertura. Análogamente, en Grecia, entre 1998 y 2007, los préstamos al consumidor se incrementaron en un promedio del 27%, registrando uno de los índices de crecimiento más altos de la UE. Asimismo, una regulación permisiva sobre protección al consumidor dio lugar a una publicidad confusa o engañosa de los productos financieros. Consecuentemente, la combinación de unas normas sobre préstamos descuidadas y unas disposiciones reguladoras inadecuadas es probable que hayan impactado en el nivel de endeudamiento de las familias en la UE».

¹⁶¹ En este sentido, ÁLVAREZ VEGA, M^a. I. et al.: *Crisis y familias hipotecadas. Impacto social y soluciones jurídicas en el Principado de Asturias*, Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo, Oviedo, 2005, pág. 38 y ss.

tiene un alto índice de internacionalización, la respuesta de los encargados de la regulación de los servicios bancarios y financieros ha tenido que ser internacional, nacional y regional en perspectiva.

Sin embargo, esa globalidad propia de los tiempos actuales hace que una respuesta efectiva a problemas económicos que implican a una multitud de países contenga una problemática añadida debido a la pluralidad de regulaciones¹⁶² y de soluciones diferentes que, en consonancia con la soberanía e intereses de estos países, existen en el mundo actual.

A esta multitud de regulaciones que componen el basamento de la actividad bancaria debemos añadir que las crisis económicas se reproducen de una manera cíclica y, con ellas, los cambios regulatorios en el ámbito bancario¹⁶³ que se apuran en corregir, con mayor o menor fortuna, el deterioro económico que se produce.

Además, una particularidad del sector bancario reside en que las entidades de crédito realizan sus operaciones con los fondos que reciben del público y en la confianza que los depositantes no los reclamarán todos a la vez, ya que las entidades de crédito no podrían hacer frente a esos pagos de manera inmediata¹⁶⁴. Las dudas sobre la solvencia de una entidad o la pérdida de la

¹⁶² Vid. TRELLO ESPADA, J.: «Actualización del Mercado Hipotecario en un entorno de crisis», en MUÑÍZ ESPADA, E., NASARRE AZNAR, S., SÁNCHEZ JORDÁN, E. (Coords.): *La reforma del mercado hipotecario y otras medidas financieras en el contexto de la crisis económica*, Edisofer, Madrid, 2009, pág. 21.

¹⁶³ Como describe FERNÁNDEZ, T. R.: «Ordenamiento crediticio y bancario español: reflexiones después de la crisis», en FERNÁNDEZ, T. R. (Dir.): *Comentarios a la ley de disciplina e intervención de las entidades de crédito*, ob. cit., págs. 13 y 14, reflexiona con motivo de la crisis bancaria comprendida entre los años 1977 y 1985, transmite lo cíclico de los problemas bancarios en que suceden parejos a la misma y las soluciones normativas que se ofrecen.

¹⁶⁴ SALVADOR ARMENDÁRIZ, M. A.: «Sistema de fuentes del derecho bancario: cuestiones actuales», en GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J. C., COLINO MEDIIVILLA, J. L. (Dirs.): *Cuestiones controvertidas de la regulación bancaria. Gobierno, supervisión y resolución de entidades de crédito*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018, pág. 29.

confianza en que los ahorros de los depositantes pudieran verse afectados son causas suficientes para desencadenar una crisis.

Dentro de la Unión Europea se han dado los primeros pasos hacia la unión bancaria, con la creación de un mecanismo único en el que la responsabilidad final de las tareas de supervisión específicas relacionadas con la estabilidad financiera de todos los bancos de la zona euro recae en el Banco Central Europeo.¹⁶⁵

Bajo la perspectiva nacional, y como consecuencia de la crisis económica, nuestro ordenamiento jurídico se ha visto sacudido por una enorme reforma de la regulación de la financiación inmobiliaria. Especialmente, y a efectos de lo que interesa al objeto del presente estudio, han salido a la luz las cláusulas abusivas insertadas en los procesos de contratación donde se incluyen condiciones generales que han provocado una avalancha jurisprudencial y normativa que dura hasta nuestros días.

Nuestro mercado financiero se ha visto especialmente afectado por las consecuencias de la mencionada crisis debido a su incardinación dentro de una economía global. De esta manera, la caída de *Lehman Brothers* en Estados Unidos produjo un efecto dominó en las economías de occidente y nuestro país se vio especialmente influido a mediados del año 2009 cuando varias entidades de crédito¹⁶⁶ vieron afectada su solvencia como consecuencia de la pertenencia a este entorno internacional.

No podemos olvidar la especial relevancia del mercado hipotecario en nuestra economía. Así, en los años previos a la crisis, la formalización de

¹⁶⁵ Vid. BURROWS, A.: *English Private Law*, Oxford University Press, Oxford, Third edition 2013, págs. 801 y 802.

¹⁶⁶ Vid. Informe sobre la crisis financiera y bancaria en España, 2008-2014, del Banco de España, que puede consultarse aquí: https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/OtrasPublicaciones/Fich/InformeCrisis_Completo_web.pdf (última consulta, 31 de agosto de 2020).

hipotecas anuales rozaba el millón y medio, sobre el total de fincas, en el año 2007. Esta cantidad descendió a la mitad durante los dos años siguientes, continuo su desplome hasta el año 2013, donde apenas se formalizaban doscientas cincuenta mil. A partir de ese momento, comienza una tímida subida hasta nuestros días¹⁶⁷. Esta realidad ha sido puesta de manifiesto en el Auto del Tribunal Supremo que plantea cuestión prejudicial al TJUE para conocer el alcance de la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado en noviembre de 2018.¹⁶⁸

Resulta indubitado que el crédito inmobiliario es una de las líneas de negocio fundamentales para las entidades de crédito, el número de transacciones ha aumentado tímidamente en los últimos tiempos, pero aún se sitúa lejos de los números previos a la crisis financiera. Así, en 2018 se vendieron alrededor de 550.000 bienes inmuebles, sin embargo, en los años precedentes a 2008 y 2007 la ratio de venta superaba las 880.000 transacciones por año¹⁶⁹.

La llegada de la crisis arribó a nuestras costas como un tsunami que arrolla todo a su paso. Como suele ser habitual en los tiempos de abundancia, se posterga o desdeña el pensamiento preventivo que lleva a imaginar tiempos de escasez y conflicto, lo cual lleva a una escasa preparación cuando se desatan los problemas.

Los juzgados y tribunales arrojan inequívocos indicadores acerca de las controversias financieras que acontecen a empresas y particulares. Por un lado, aumentan los incumplimientos contractuales basados en impagos, lo que a su vez genera una elevada conflictividad judicial¹⁷⁰, lo cual no deja de ser una

¹⁶⁷ Vid. GÓMEZ POMAR, F.: «La reforma hipotecaria: tres ideas para entrar legislativamente en el siglo XXI», *InDret*, N.º 4, 2017, pág. 3.

¹⁶⁸ ATS Recurso N.º 1752/2014, de 8 de febrero de 2017, FJ 8º.

¹⁶⁹ ALVES, P. URTASUN, A.: «Recent housing market development in Spain», *Economic Bulletin* 2/2019, 11 de abril 2019, Banco de España, pág. 1.

¹⁷⁰ GÓMEZ POMAR, F., GAROUPA, N., SÁEZ LACAVE, Mª. I.: «Justicia y crisis económica», *InDret*, 1/2009, págs. 2 y 3, los autores narran, a su vez, el desinterés político en implementar

expresión de los problemas de liquidez de unos y otros intervinientes que se ven avocados a lidiar con el más presente de los principios de la economía en tiempos de crisis, la escasez¹⁷¹. No en vano, la calidad del sistema judicial es un factor muy relevante en el desarrollo económico¹⁷² y la eficacia que sea capaz de desplegar afecta decisivamente a la economía.

Por otro lado, a los habituales litigios que persiguen reclamaciones de cantidad se une, paralelamente, un notable incremento de los concursos de acreedores y con ello el despliegue de dicho procedimiento ante los Juzgados de lo Mercantil que, debido a su alto grado de complejidad dilatan en el tiempo posibles soluciones que lastran aún más la pesada carga de asuntos que asumen estos juzgados especializados¹⁷³.

Ante este panorama, nuestro sistema no estaba preparado de manera adecuada y las soluciones que se sucedían parecían más bien pequeños parches para detener una hemorragia masiva que no lograba alcanzar la correcta hemostasia. A su vez, vistas las manifestaciones más que evidentes de los problemas de liquidez de empresas y particulares, la dilación y tardanza en la resolución de los asuntos por parte de una justicia obsoleta y saturada vienen a agrandar el problema.

Reseñada la importancia económica de nuestro mercado hipotecario se empezaba a vislumbrar en el horizonte un nuevo frente de batalla que sería el germen de la ingente litigación que se avecinaba. Los primeros pasos que nos ponían sobre la pista de ese fenómeno ya cercano fue la iniciativa, tanto del

soluciones que mejorasen la eficiencia de la justicia desde la óptica de su innegable relación con el devenir económico.

¹⁷¹ Vid. MOCHÓN MORCILLO, F.: *Economía. Teoría y política*, 3º edición, McGraw Hill, Madrid, 1993, págs. 25 y ss.

¹⁷² Como destacan MORA-SANGUINETTI, J.S., GÓMEZ POMAR, F.: «Males de la justicia: analizando los datos», *InDret*, N.º 1, 2014, pág. 1.

¹⁷³ Vid. GÓMEZ POMAR, F., GAROUPA, N., SÁEZ LACAVE, M^a. I.: «Justicia y crisis económica», ob. cit., pág. 4.

Pleno del Senado como de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, de solicitar al Banco de España de un informe¹⁷⁴ relativo a prácticas abusivas observadas en ciertas entidades de crédito con respecto a la revisión de las cuotas de préstamos con hipoteca.

La llegada de la crisis y el descenso de los tipos de interés habían hecho aflorar las denominadas cláusulas suelo que se encontraban «durmientes» en multitud de préstamos con garantía hipotecaria. Esta activación produjo una serie de reclamaciones frente a las entidades financieras y propició el sustrato de la avalancha judicial que se desarrollaría posteriormente.

Observado en perspectiva, el informe del organismo regulador no ha sido muy acertado ya que a pesar de la activación en cadena de las mencionadas cláusulas suelo, el Banco de España aseveraba que no existía una previsión de una especial conflictividad por esta cuestión y que el impacto de su aplicación sería mínimo en los consumidores.

A su vez, en un cierto tono laudatorio, se aplaudía la política de las entidades de crédito en su actividad comercial a la que describe como «prudente» y que beneficia la «estabilidad financiera». Enfatiza el organismo regulador en que esa política constituye un «elemento de interés público», y concluye que dichas cláusulas limitativas de los tipos de interés son admisibles siempre y cuando el prestatario haya sido informado de «forma adecuada».

¹⁷⁴ Vid. «Informe del Banco de España sobre determinadas cláusulas presentes en los préstamos hipotecarios.» *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Senado, Serie I, 7 de mayo de 2010, N.º 457, pág. 12 y ss.

2. LA PREOCUPACIÓN EUROPEA POR EL MERCADO HIPOTECARIO: LA DIRECTIVA 2014/17/UE, DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 4 DE FEBRERO DE 2014

Como se ha expresado, la pertenencia a la Unión Europea ha condicionado de manera evidente la legislación española en la búsqueda de un mercado común con unas reglas iguales para todos. Esta persecución de un marco legal equiparable a todos los países que forman parte de la Unión ha ido incrementándose con el correr de los años con el propósito de unificar más los conceptos legales y las líneas de actuación en los diferentes mercados.

La presencia de la transparencia como valor constante y cada vez más recurrente en el entorno europeo ha fortalecido su presencia en la regulación de la contratación con consumidores. Así, se han podido identificar varios estadios¹⁷⁵ en este campo en el que la información vuelve a ser el eje de la cuestión y su incremento en los aspectos más relevantes del negocio jurídico configuran el espectro legal que nos ocupa actualmente. Dicha información pasa a ser cada vez más precisa y por ello se personaliza con el fin de adaptar el producto a las verdaderas necesidades del consumidor. Se intenta prevenir, de esta manera, episodios de sobreendeudamientos indeseados o mayor riesgo en el crédito.

El mercado hipotecario, como no podía ser de otra manera, no ha permanecido ajeno a los intentos de unificación y armonización¹⁷⁶ en el entorno

¹⁷⁵ Así, CORDERO LOBATO, E.: «La LCCI en el contexto normativo y judicial de la transparencia y protección hipotecaria» en CARRASCO PERERA, Á. (Dir.): *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*, ob. cit., págs. 55 y 56, distingue entre un primer momento en que la transparencia únicamente venía referida a una información que versase sobre el precio de los productos, posteriormente, esta información se extiende a aspectos del bien o servicio que se va a contratar, y, finalmente, en el último estadio, nos encontramos en el momento actual en el cual prima la denominada información normalizada comprensiva de fichas que recogen la obligación de expresar todos los puntos necesarios que configuran la información precontractual necesaria.

¹⁷⁶ Vid. MUÑÍZ ESPADA, E.: «La política de la UE en materia de crédito inmobiliario», ALBIEZ DOHRMANN, K. J., MORENO-TORRES HERRERA, M^a. L. (Dirs.): *Los Contratos de crédito inmobiliario*, ob. cit., págs. 78 y 79.

de la Unión. Desde los años setenta del pasado siglo han realizado esfuerzos en varios frentes todos ellos encaminados a ese fin integrador dentro de sus fronteras.

Uno de los principales impulsos vino dado de la mano del Libro Blanco de la Comisión, de 18 de diciembre de 2007, sobre la integración del mercado europeo de crédito hipotecario con la confesada pretensión de «suprimir los obstáculos a la integración del mercado». Para dicho fin, el Libro Blanco fija cuatro objetivos¹⁷⁷ que, en esencia, pretenden eliminar barreras a la financiación transfronteriza, aumentar el catálogo de productos ofertados a los consumidores, así como la confianza entre operadores, y facilitar el cambio de prestamista en pro de una mejor competencia entre operadores.

Para la consecución de dichos objetivos se configuraba ya la idea de una ficha europea de información normalizada (FEIN) y extender al crédito hipotecario la TAE que inicialmente estaba prevista en la propuesta de Directiva de crédito al consumo. Ambos conceptos veremos que resultan ser después la materia indisponible que configura la Directiva de crédito inmobiliario.

Al contenido del Libro Blanco se añadieron las consideraciones de la Comisión de Expertos sobre Historiales de Crédito que configuraron unas

¹⁷⁷ «Facilitar la oferta y financiación transfronterizas de los créditos hipotecarios: es preciso eliminar los obstáculos existentes (marcos normativos, infraestructuras, etc.). Esta eliminación permitiría diversificar los instrumentos de financiación hipotecaria, garantizando, al mismo tiempo, la protección de los consumidores y la estabilidad del mercado; aumentar la gama de productos: de cara a satisfacer las necesidades de los consumidores, la eliminación de los obstáculos a la distribución y la venta debería favorecer la diversificación de los productos hipotecarios, redundando, en particular, en productos nuevos e innovadores; aumentar la confianza de los consumidores: los consumidores deben poder tomar decisiones fundadas, a partir de información clara y que permita la comparación. Los prestamistas deberían evaluar con mayor rigor la capacidad financiera de los prestatarios. Además, habría que proporcionar un adecuado asesoramiento; facilitar la movilidad del cliente: a fin de que el cliente pueda cambiar de prestamista, es preciso que exista transparencia en relación con los costes y con las características de los productos».

líneas de actuación¹⁷⁸ al sentar las bases de las novedosas regulaciones implementadas en el momento actual y que nacen en el entorno europeo.

Posteriormente, y con motivo de las consecuencias de la crisis económica de 2008, se reorientan esas líneas de actuación para dar una mayor protección a los consumidores que cristalizarían finalmente en la Directiva que se estudiará a continuación.

Dentro de este convulso panorama de excesiva conflictividad judicial y la pretensión armonizadora de un mercado hipotecario netamente regido por normas comunes a los países europeos, surge la necesidad de incorporar al ordenamiento español de la Directiva 2014/17/UE, 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 y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n.º1093/2010. Finalmente, se transpone a nuestro ordenamiento, bajo el nombre de Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario.

Dicha transposición no comenzaba con buen pie sus pasos en nuestro sistema jurídico, ya que, conforme con el artículo 42 de la propia Directiva, la transposición debería haberse realizado¹⁷⁹, a más tardar, el 21 de marzo de 2016. La aprobación de la LCCI acaece finalmente en marzo de 2019, tres años más tarde. Se ha de añadir que, aunque países como Alemania hayan realizado la transposición a tiempo tampoco está exentos de crítica en materia legislativa, ya

¹⁷⁸ Recogidas por FLORES DOÑA, M^a DE LA S.: «Principios orientadores del contrato de crédito hipotecario en el mercado europeo» en FLORES DOÑA, M^a., DE LA S. RAGA GIL, J. T. (Dir.): *El préstamo hipotecario y el mercado del crédito en la Unión Europea*, ob. cit., pág. 84, como «(i) la información precontractual, (ii) las bases de datos sobre créditos, (iii) la solvencia, (iv) la tasa anual equivalente y (v) el asesoramiento».

¹⁷⁹ Este retraso provocó la emisión de un dictamen por parte de la Comisión que advertía de la posibilidad de una sanción a España por la falta de transposición de la Directiva, como recoge MÁRQUEZ CHAMIZO, E.: «La transposición de la Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrero», en LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M^a. (Coord.): *Comentarios a la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019, págs. 87 y 88.

que, como observan algunos autores, a medida que el avance del derecho europeo se produce, se puede apreciar una falta de uniformidad¹⁸⁰ así como una técnica legislativa mejorable, lo cual constituye un pecado común a varios países miembros de la Unión Europea.

La Directiva se compone de cincuenta artículos, estructurados en catorce capítulos, y dos anexos.

El objetivo que se persigue es la instauración de un mercado de crédito unitario, armonizado, más transparente y eficiente, dotado de un alto nivel de protección de los consumidores. Para ello se implementa un intento de armonización, sobre todo en cuanto a la información precontractual se refiere, para paliar las sustanciales diferencias entre los distintos estados miembros.

En el texto de la Directiva se insiste con vehemencia en el comportamiento irresponsable de los participantes del mercado en la crisis financiera sin distinguir específicamente a que operadores concretos se refiere (considerandos 3 y 4). Esta admonición pasa de soslayo por las causas que trajeron el desastre económico sin hacer mención a la concesión de crédito con un alto índice de riesgo por impago y el consecuente sobreendeudamiento para las familias.

El texto destaca la voluntad de dotar a los consumidores de un alto grado de protección (considerandos 6 y 15, entre otros) arbitra para ello una serie de medidas que podrán ser ampliadas por los estados miembros en caso de que así lo consideren.

Al respecto de la educación financiera de los consumidores, a la cual la Directiva otorga una particular atención, es prudente destacar que desde el año

¹⁸⁰ Vid. ZIMMERMANN, R.: *El nuevo Derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado*, ob. cit., pág. 227.

2008, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y el Banco de España han puesto en marcha el Plan de Educación Financiera¹⁸¹ con el objetivo de contribuir a la mejora de la cultura financiera de los ciudadanos, dotándoles de herramientas, habilidades y conocimientos para adoptar decisiones financieras informadas y apropiadas.

Se subraya el apartado de evaluación de la solvencia del consumidor (considerandos 55 a 62, y artículo 18) como un apartado fundamental en la concesión del crédito. A ello se añade la importancia de la capacidad del consumidor de poder hacer frente al préstamo de acuerdo con las informaciones que intercambie con el prestamista.

Dicha evaluación de la solvencia tiene la pretensión¹⁸² de combatir el sobreendeudamiento que pudiera afectar al potencial prestatario en la fase precontractual y, por otro lado, potenciar un efecto disuasorio acerca de posibles conductas del prestamista en la concesión irresponsable de créditos con un elevado riesgo de impagos.

Para lograr el éxito de los objetivos fijados, la Directiva pone el acento en la información que debe recibir el consumidor a la hora de contratar. Dicha información puede dividirse en tres estadios diferenciados¹⁸³ que abarcan la

¹⁸¹ La información relevante acerca de esta actividad se encuentra recogida en la página web www.finanzasparatodos.es y en las páginas webs de la CNMV, www.cnmv.es y del Banco de España, www.bde.es.

¹⁸² FLORES DOÑA, M^a. DE LA S.: «Principios orientadores del contrato de crédito hipotecario en el mercado europeo» en FLORES DOÑA, M^a. DE LA S., RAGA GIL, J. T. (Dirs.): *El préstamo hipotecario y el mercado del crédito en la Unión Europea*, ob. cit., págs. 90 a 92.

¹⁸³ Vid. AGÜERO ORTÍZ, A.: «Comentario e interpretación de la nueva directiva en materia hipotecaria (Directiva 2014/17/UE). Una directiva para proteger a las entidades de crédito y a la propia Unión Europea», *Revista del Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, 15 de julio de 2014, Universidad de Castilla la Mancha, puede consultarse en el siguiente enlace: www.uclm.es/centro/cesco, págs. 6, 7 y 8. Véase también, ALBIEZ DOHRMANN, K. J.: «Una invitación a los Estados Miembros de la UE: Normas prudenciales a favor del consumidor en los préstamos para la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial (A propósito de la Directiva 2014/17/UE, de 4 de noviembre de 2014)», *Revista de Derecho Civil*, Vol. II, núm. 2 (abril-junio, 2015), pág. 20.

información publicitaria reflejada en el artículo 11 de la Directiva, la información general que afecta a los contratos de crédito reflejada en el artículo 13 y, finalmente, la denominada estrictamente «información precontractual» del artículo 14.

La capital importancia que se muestra hacia la información no resulta superflua, ya que, como tendremos ocasión de desarrollar, esta resulta el vehículo que hace efectiva la transparencia como valor fundamental que debe presidir la contratación.

El artículo 2 destaca como materia indisponible para los estados miembros la que verse acerca de la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) y el cálculo de la tasa anual equivalente (TAE).

La información resulta el *leit motiv* principal de la Directiva. Las informaciones han de ofrecerse principalmente al prestatario, pero también existe el intercambio de información veraz del prestatario hacia el prestamista en cuanto a la obligación de evaluar la solvencia se refiere (artículos 18 y 20) como expresión del endeudamiento responsable.¹⁸⁴

La Directiva ha obviado legislar acerca de cuestiones relevantes de las cuales era esperable y deseable una cuidada regulación. De esta manera, podemos señalar la ausencia de la fijación de unos tipos máximos de interés,¹⁸⁵ indeterminación de cláusulas que debieran considerarse abusivas o regular de una manera más uniforme, clara y tuitiva el ámbito de las ejecuciones hipotecarias.¹⁸⁶ Todo ello conforme a la experiencia reciente en la práctica

¹⁸⁴ ARROYO AMAYUELAS, E.: «La directiva 2014/17/UE sobre contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial», *InDret*, N.º 2, 2017, pág. 21.

¹⁸⁵ ARROYO AMAYUELAS, E.: «La directiva 2014/17/UE sobre contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial», ob. cit., pág. 14.

¹⁸⁶ Vid. AGÜERO ORTÍZ, A.: «Comentario e interpretación de la nueva directiva en materia hipotecaria (Directiva 2014/17/UE). Una directiva para proteger a las entidades de crédito y a la propia Unión Europea», ob. cit., págs. 15 y 16.

observada estos años, lo que hubiese sido una gran ayuda para resolver los problemas de litigación ya señalados que sufre nuestro ordenamiento.

En el análisis del texto de la Directiva, se puede advertir un tímido intento de armonización, que queda aún muy lejano, de un mercado común europeo de crédito inmobiliario, pero puede ser un paso en la dirección adecuada. La diferencia de sistemas de acceso al crédito en los distintos países que componen la Unión Europea hace complicada la tarea de establecer unas normas de común aceptación a ese nivel. A mayor abundamiento, el caso español contiene problemas ajenos a la gran mayoría de países del entorno comunitario. En el ámbito del crédito inmobiliario español, la excesiva problemática legal (por mor de la excesiva judicialización de los asuntos que lo circundan) que emana de este, y cuyas causas¹⁸⁷ son un compendio de políticas legislativas complejas y desacertadas, no se ha sabido afrontar las nuevas realidades ni hacerles frente con eficacia.

Otros países del espectro europeo han querido destacar el apartado precontractual con singular relevancia, así, con la transposición de la Directiva 2014/17/UE, el Derecho alemán ha querido poner un especial énfasis¹⁸⁸ a la evaluación de la solvencia económica de los prestatarios para evitar con ello la concesión de préstamos con elevado riesgo de impago.

¹⁸⁷ GONZALO LASHERAS, J. M.: «Directiva 2014/17/UE, 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 y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n.º 1093/2010», en LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M^a. (Coord.): *Comentarios a la Ley reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario*, ob. cit., págs. 56 y 57, el autor identifica los supuestos idiosincráticos que condicionan el caso español, como son; una mayor presencia activa por parte de los consumidores en el mercado como consecuencia de su mayor y mejor formación, unas políticas ineficaces en los tiempos de crisis y una gran litigiosidad en un marco regulatorio complejo.

¹⁸⁸ ARTZ, M.: «La normativa alemana», en ALBIEZ DOHRMANN, K. J., MORENO-TORRES HERRERA, M^a. L. (Dirs.): *Los Contratos de crédito inmobiliario*, ob. cit., págs. 228 a 230.

En el aspecto precontractual¹⁸⁹, la legislación francesa ha tenido siempre muy presente la relevancia de la información a los consumidores y, por ello, la adaptación de la Directiva 2014/17/UE ha venido a incidir en reforzar dicha información en su incorporación al código de consumo. Dicha transposición fue llevada a cabo por la Ordenanza 2016-351 de 25 de marzo de 2016 sobre contratos de crédito a los consumidores referentes a los bienes inmobiliarios de uso residencial junto con los Decretos 2016-607 de 13 de mayo y 2016- 622 de 19 de mayo.

El Decreto legislativo 72/2016 fue el encargado de incorporar la Directiva de crédito inmobiliario al ordenamiento italiano¹⁹⁰ y unirlo al Código Unificado Bancario. Es el artículo 120-novies el encargado de establecer las obligaciones precontractuales posteriormente desarrolladas por la legislación sectorial.

Es de celebrar la pretensión acerca de la disminución de riesgo en la concesión del crédito y, para ello, debe procurarse una información completa y suficiente. Sin embargo, puede emerger el problema que esa información se convierta en excesiva y redundante como veremos más adelante.

En definitiva, la idea que subyace a lo largo del articulado es la configuración de un crédito responsable¹⁹¹ por todas las partes integrantes del

¹⁸⁹ LEGRAND, V.: «La normativa francesa», en ALBIEZ DOHRMANN, K. J., MORENO-TORRES HERRERA, M^a. L. (Dirs.): *Los Contratos de crédito inmobiliario*, ob. cit., págs. 232 y 233.

¹⁹⁰ BALESTRA, L.: «La normativa italiana», en ALBIEZ DOHRMANN, K. J., MORENO-TORRES HERRERA, M^a. L. (Dirs.): *Los Contratos de crédito inmobiliario*, ob. cit., pág. 250.

¹⁹¹ DÍAZ ALABART, S.: «Contratación de créditos hipotecarios y protección del consumidor (Directiva 2014/17, de 4 de febrero)», en PEREÑA VICENTE, M., DELGADO MARTÍN, P. (Dirs.): *Nuevas orientaciones del Derecho Civil en Europa*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pág. 294. También en esta línea, véase GONZALO LASHERAS, J. M.: «Directiva 2014/17/UE, 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 y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n.º1093/2010», en LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M. (Coord.): *Comentarios a la Ley reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario*, ob. cit, págs. 68 y 69.

contrato, que permita generar confianza y que sea la información quien vertebré las relaciones de transparencia entre prestamistas y prestatarios.

3. RÉGIMEN JURÍDICO DEL CRÉDITO INMOBILIARIO: LA LEY 5/2019, DE 15 DE MARZO, REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO

3.1. Tramitación y aprobación parlamentaria

El anteproyecto de ley de la LCCI salía a la luz el durante el mes de julio de 2016 en lo que parecía ser una apresurada incorporación de la Directiva de crédito inmobiliario a nuestro Derecho¹⁹².

A su vez, de acuerdo con el dictado del artículo 561.2 de la LOPJ, el Anteproyecto de LCCI fue objeto de informe por el CGPJ, que ha sido especialmente crítico con el prelegislador. Éste, tal vez en previsión de otra cascada de reclamaciones judiciales en Juzgados y Tribunales, denunciaba la renuncia a incorporar la totalidad de las previsiones que incluía la Directiva, así como la imperdonable ausencia de una regulación más completa acerca de las normas de transparencia¹⁹³.

¹⁹² ALBIEZ DOHRMANN, K. J.: «Primerísimas observaciones al anteproyecto de ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario», *Revista Centro de Estudios de Derecho de Consumo (CESCO)*, N.º 20, 2016, págs. 42 y ss., donde el autor ya expresa que le parece una «mala transcripción de la Directiva» con una técnica legislativa muy mejorable y desestructurada.

¹⁹³ De esta manera lo expresa el CGPJ en las conclusiones de su informe: «La norma proyectada renuncia de este modo a incluir en su contenido requerimientos derivados de la norma europea, y en otros casos, incorpora otros aspectos no regulados en ella en uso de la autorización que se contiene en la misma. Y, al mismo tiempo, el prelegislador a renunciado a regular, de forma completa y sistemática, las normas de transparencia y el régimen de los operadores en la contratación inmobiliaria, eliminando la dispersión normativa, y proporcionando con ello mayor claridad y seguridad jurídica». El informe del CGPJ puede consultarse en el siguiente enlace que se acompaña aquí: <http://www.poderjudicial.es/cgpi/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> (última consulta, 31 de agosto de 2020).

Durante la tramitación de la LCCI, no ha sido la del CGPJ la única crítica que ha recibido el anteproyecto, así como el proyecto de ley. Diversos autores¹⁹⁴ no han dejado pasar la ocasión y lamentan la oportunidad perdida para normalizar el control la transparencia material hipotecaria. Se persiste en la dispersión normativa que arrastra la materia y se dilata en el tiempo la posibilidad de contemplar una verdadera contratación transparente. En términos menos contundentes, pero igualmente reprobatorios, se ha manifestado el Consejo de Estado en su dictamen del anteproyecto, donde indica que la importancia de la legislación que se iba a trasponer merecía una tramitación más esmerada¹⁹⁵.

Habida cuenta de las opiniones cosechadas por el anteproyecto de LCCI, a mi forma de ver, puede observarse una insatisfacción generalizada¹⁹⁶. Ello se

¹⁹⁴Vid. Entre otros, CARRASCO PERERA, Á.: «Examen y crítica del Anteproyecto de Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario», *Análisis GA&P*, abril 2017. Véase también CABANAS TREJO, R.: «Anotaciones de un notario perplejo al Anteproyecto de Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario», que puede consultarse en: <https://boletinjuridico.wordpress.com/2017/09/22/anotaciones-de-un-notario-perplejo-al-anteproyecto-de-ley-reguladora-de-los-contratos-de-credito-inmobiliario-articulo-publicado-en-el-diario-la-ley-no-9047-seccion-doctrina-22-de-septiembre-de-20/>. También, en este sentido, ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: «La inadmisibile regulación de los intereses de demora en el Proyecto de Ley de Crédito Inmobiliario», que puede consultarse en: <https://hayderecho.expansion.com/2018/01/30/la-inadmisibile-regulacion-los-intereses-demora-proyecto-ley-credito-inmobiliario/> y GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: «El proyecto de ley de crédito inmobiliario: ¿Acaso nos hemos vuelto locos?», que puede consultarse aquí: <https://almacenederecho.org/el-proyecto-de-ley-de-credito-inmobiliario-acaso-nos-hemos-vuelto-locos/> (últimas consultas, 31 de agosto de 2020)

¹⁹⁵ Dictamen del Consejo de Estado sobre Anteproyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, de 14 de septiembre de 2017, disponible aquí: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2017-709> (última consulta, 31 de agosto de 2020). Reflejando en sus conclusiones: «No cabe duda de la relevancia de la regulación que contiene el anteproyecto de Ley sometido a consulta, tanto desde la perspectiva de la protección de los prestatarios a los que se dirige, como desde el punto de vista de la articulación de un régimen jurídico específico para prestamistas e intermediarios del crédito inmobiliario. La diversidad de intereses afectados, la necesidad de reducir la litigiosidad en el sector y, en fin, la obligación de incorporar adecuadamente las previsiones europeas en la materia son factores que evidencian tal relevancia y que ponen de manifiesto la complejidad de la regulación proyectada, que habría merecido una tramitación más cuidada y sosegada».

¹⁹⁶ Incumple ese anhelo de la sociedad que refería DE CASTRO Y BRAVO, F.: «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», *Anuario de derecho civil*, Vol. 35, N.º 4, 1982, pág. 1081, al denunciar que las leyes deben ofrecer los medios suficientes y adecuados a los particulares para cumplir el fin que persiguen, de lo contrario «no logran el valor social propuesto».

debe tanto a la propia técnica legislativa empleada, que ha abusado de disposiciones reglamentarias y mantenido la dispersión normativa, como del acervo sustantivo de la misma, claramente insuficiente para los problemas a los cuales la LCCI debía dar solución que afectan, en última instancia, a la necesaria seguridad jurídica.

El devenir de la tramitación parlamentaria nos lleva al 17 de noviembre de 2017, cuando se aprueba en el Congreso de los Diputados el Proyecto de LCCI¹⁹⁷.

Como se ha señalado anteriormente, en un momento inicial, se quiso ver esta nueva ley como la solución a los problemas que se habían generado de falta de confianza en el ámbito de la contratación de préstamos o créditos garantizados mediante hipoteca sobre bienes inmuebles. A su vez, estaba llamada a resolver la ingente litigación que, por fuerza de su excesivo número, había colapsado los juzgados. Esta situación llevó al Acuerdo de 25 de mayo de 2017, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se atribuye a determinados juzgados, con competencia territorial indicada para cada uno de los casos, para que de manera exclusiva y no excluyente conozcan de la materia relativa a las condiciones generales incluidas en contratos de financiación con garantías reales inmobiliarias cuyo prestatario sea una persona física¹⁹⁸.

Dicho Acuerdo vino a constatar el anunciado fracaso¹⁹⁹ que supuso el Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero de medidas urgentes de protección de

De esta manera, la motorización legislativa que ha intentado resolver los problemas de abusividad y litigación se ha demostrado insuficiente.

¹⁹⁷ Boletín Oficial del Congreso de los Diputados, serie A, N.º 12-1, de 17 de noviembre de 2017.

¹⁹⁸ Boletín Oficial del Estado, N.º 126, de 27 de mayo de 2017, págs. 42998 a 43001.

¹⁹⁹ En este sentido, PÉREZ ESTRADA, M. J.: «Un año después del intento de solución extrajudicial en materia de cláusulas suelo», *Actualidad Civil*, N.º 2, 2018, pág. 2, advierte: «Un año después de la entrada en vigor del RDL 1/2017, podemos decir que el sistema de resolución extrajudicial introducido por el Gobierno para lograr una solución justa y rápida de las

consumidores en materia de cláusulas suelo (en adelante RDL 1/2017), en su vano intento de minorar la mencionada litigación por los costes y perjuicios que ello supondría, tal y como expresaba su exposición de motivos.²⁰⁰ Mas bien ha supuesto dilatar en el tiempo el flujo de demandas que vendrían a colapsar²⁰¹ los juzgados españoles.

Este exceso de actividad litigante no solo ha provocado un colapso indeseado en los juzgados, también ha puesto de manifiesto²⁰² una problemática soterrada que ha salido abruptamente a la luz y que afecta a su vez a los títulos ejecutivos, y en última instancia, a la más que deseable seguridad jurídica.²⁰³

reclamaciones a las entidades de crédito por la aplicación indebida de las cláusulas suelo ha fracasado o, si se quiere, nació frustrado. Son muchas las demandas de reclamación de cláusulas suelo que se han presentado en los tribunales en estos meses de entrada en vigor del RDL 1/2017. Sólo en los primeros tres meses de funcionamiento de los juzgados de primera instancia especializados en los litigios sobre cláusulas abusivas inmobiliarias se registraron un total de 57.068 demandas. La mayoría de las sentencias que están dictando estos juzgados son de allanamiento. El número de asuntos ingresados junto con la circunstancia del allanamiento corroboran la tesis defendida del fracaso del método de resolución del conflicto que se ha pretendido utilizar».

²⁰⁰ Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, donde destacaba: «Como es previsible que el reciente pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea suponga el incremento de las demandas de consumidores afectados solicitando la restitución de las cantidades pagadas en aplicación de las cláusulas suelo, resulta de extraordinaria y urgente necesidad arbitrar un cauce sencillo y ordenado, de carácter voluntario para el consumidor, que facilite que pueda llegar a un acuerdo con la entidad de crédito que les permita solucionar sus diferencias mediante la restitución de dichas cantidades. En este sentido, es importante resaltar que la medida trata, además, de evitar que se produzca un aumento de los litigios que tendrían que ser afrontados por la jurisdicción civil, con un elevado coste a la Administración de Justicia por cada pleito y un impacto perjudicial para su funcionamiento en forma de incremento sustancial del tiempo de duración de los procedimientos».

²⁰¹ En los datos sobre el efecto de la crisis en los órganos judiciales del Consejo General del Poder Judicial acerca de los asuntos acerca de acciones individuales sobre condiciones generales incluidas en contratos de financiación con garantías reales inmobiliarias cuyo prestatario sea una persona física donde puede observarse el enorme incremento de asuntos en trámite a ese respecto en el tercer trimestre de 2017 (59.327) y su crecimiento exponencial hasta el tercer trimestre de 2018 (235.059). Dichos datos pueden consultarse en el siguiente enlace: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estudios-e-Informes/Efecto-de-la-Crisis-en-los-organos-judiciales/> (última consulta, 31 de agosto de 2020).

²⁰² Vid. 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. *Derecho de contratos: nuevos escenarios y nuevas propuestas*, ob. cit., pág. 115.

²⁰³ En este sentido ESTRADA ALONSO, E. FERNÁNDEZ CHACÓN, I.: «El futuro de la ejecución hipotecaria española tras la sentencia del Tribunal de justicia de la Unión Europea, de 14 de marzo de 2013 (Mohamed Aziz c. Catalunyaixa)», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 737,

Persisten dudas irresueltas acerca de cuáles son los pasos que se deben seguir con el fin de obtener un contrato inatacable que proteja y conserve las legítimas aspiraciones de las partes. Este marco jurídico confiable y pacífico está, hoy en día, lejos de alcanzarse.

Si bien, la especialización de los juzgados ha sido vista en algunos informes como una cuestión deseable y que ayuda a tener una justicia más rápida y eficiente²⁰⁴. Sin embargo, debemos anudar la problemática de la litigación excesiva²⁰⁵ en nuestro sistema como un factor que produce un gran efecto desaliento para quien desee acudir a los tribunales a resolver las controversias.

Así las cosas, cabe preguntarse si la legislación existente en nuestro ordenamiento resulta adecuada para nuestro mercado de crédito hipotecario.

3.2. Visión general

Después del largo recorrido parlamentario, se aprueba finalmente la Ley 5/2019, de 15 de marzo, Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario, publicada en el Boletín Oficial del Estado (en adelante BOE) el 16 de marzo de 2019.

Prima facie, lo primero que llama la atención de la Ley objeto de estudio es su denominación acerca de los «contratos de crédito inmobiliario» que parece referirse únicamente a los contratos de apertura de crédito y obviar a los de

2013, pág. 1469, argumentaban los autores la necesidad de una intervención legislativa que pautase un previo control de las cláusulas abusivas para dotar de seguridad jurídica a los operadores del mercado hipotecario y los fedatarios públicos.

²⁰⁴ Como se desprende del análisis realizado del estudio de la OCDE que desgrana MORA-SANGUINETTI, J.S., GÓMEZ POMAR, F.: «Males de la justicia: analizando los datos», ob. cit., pág. 4.

²⁰⁵ MORA-SANGUINETTI, J.S. GÓMEZ POMAR, F.: «Males de la justicia: analizando los datos», ob. cit., págs. 2 y 3, destacando que, si bien, los tiempos de resolución son similares a los de nuestro entorno, se observa una alta tasa de litigiosidad unida a un escaso uso de las nuevas tecnologías e insuficiente personal de apoyo a los jueces.

préstamo. Independientemente del *nomen iuris* utilizado por el legislador lo cierto es que tanto préstamo como crédito se utilizan de manera análoga en la ley como sinónimos de lo que serían contratos de financiación para el acceso a la vivienda.

Dicha aclaración resulta pertinente por cuanto las diferencias entre el préstamo mercantil y el crédito resultan ciertamente relevantes.²⁰⁶ Entre estas diferencias destacan el carácter unilateral del préstamo mercantil frente a la bilateralidad del crédito²⁰⁷ o la disponibilidad de un máximo de capital que puede no ser utilizado en su totalidad y se debe devolver únicamente lo entregado junto con sus intereses pactados entre otras diferencias no menos destacables²⁰⁸ que los distinguen²⁰⁹ sobradamente.

²⁰⁶ ÁLVAREZ VEGA, M^a. I.: *La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente*, Thomson Reuters Civitas, Cizur menor (Navarra), 2010, págs. 204 a 207, donde expresa: «A pesar de la distinta naturaleza jurídica del contrato de crédito y el de préstamo, se considera improcedente tal diferenciación desde el punto de vista de protección al consumidor ya que, como se ha podido comprobar, las entidades bancarias han aprovechado su distinta naturaleza jurídica para limitar los beneficios de la Ley 2/1994 al circunscribir las limitaciones legales sobre subrogaciones entre las mismas, únicamente a los préstamos y no a los créditos hipotecarios. Es por ello que, la nueva regulación sobre el mercado hipotecario del año 2007 acaba con esa distinción “irreal”, lo que es aplaudido por las asociaciones de consumidores».

²⁰⁷ Vid. PULIDO BEGINES, J. L.: «Los contratos de préstamo bancario y de apertura de crédito» en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J., DÍAZ MORENO, A. (Coords.): *Derecho Mercantil, Volumen 7º, la contratación bancaria*, 15º edición, Marcial Pons, Madrid, 2013, pág. 123. Véase también, un resumen de las diferencias más relevantes entre el contrato de crédito y el de préstamo en GARCÍA RODRÍGUEZ, J. M^a.: *El sobreendeudamiento de las personas físicas en el nuevo marco de contratación del crédito inmobiliario*, ob. cit., pág. 29.

²⁰⁸ Vid. AÑOVEROS TRÍAS DE BES, X.: «Delimitación del concepto y naturaleza jurídica», en OLIVENCIA, M., FERNÁNDEZ-NOVOA, C., JIMÉNEZ DE PARGA, R. (Dir.): *Tratado de Derecho Mercantil, las entidades de crédito y sus operaciones, las operaciones bancarias de activo*, Marcial Pons, Madrid, 2007, págs. 46, 47, 48.

²⁰⁹ Distinción que expresa elaboradamente la Resolución Vinculante de la Dirección General de Tributos, V2832-11 de 1 de diciembre de 2011, al destacar las diferencias de ambos contratos de la siguiente manera: «Por sus características, préstamo y crédito responden a diferentes finalidades: El crédito se utiliza más en el ámbito empresarial, conlleva normalmente la apertura de una cuenta corriente y tiene por finalidad cubrir los gastos, corrientes o extraordinarios, en momentos puntuales de falta de liquidez. Por el contrario, el préstamo, generalmente, es personal y se concede a particulares para un uso privado, por lo tanto, se suelen requerir garantías personales (fianzas, avales) o reales (prendas o hipotecas). En síntesis, cabe señalar las siguientes diferencias entre préstamos y créditos: en el préstamo, la entidad financiera pone a disposición del cliente una cantidad fija y el cliente adquiere la obligación de devolver esa cantidad más unas comisiones e intereses pactados en el plazo acordado. En el crédito, la entidad financiera pone a disposición del

Es la propia Directiva 2014/17/UE la encargada de zanjar la polémica al establecer en su artículo 4.3 (definiciones) que se entiende por «Contrato de crédito» a «el contrato mediante el cual un prestamista concede o se compromete a conceder a un consumidor un crédito incluido en el ámbito de aplicación del artículo 3, en forma de pago aplazado, préstamo u otra facilidad de pago similar». De la misma manera, en el Proyecto de Ley de la LCCI, se realiza la pertinente aclaración al artículo 2.3, al afirmar que: «Las referencias que se realizan en esta Ley a los préstamos se entenderán realizadas indistintamente a préstamos y créditos». Finalmente, en la propia LCCI, queda recogido el mismo texto que figuraba en el proyecto de ley en el artículo 2.3.

Al margen de esta aclaración inicial, comienza el preámbulo de la tan esperada ley con el relato de la importancia de la regulación de los contratos de crédito inmobiliario por su papel en la estabilidad económica y la cohesión social. Establece para ello un régimen jurídico cuya pretensión y aspiración persigue un tráfico contractual seguro, ágil y eficaz, adjetivos estos que, a la vista del texto legal, tendremos ocasión de observar si se cumplen.

Una idea recurrente del legislador, nacional y europeo, es el anhelo de una mayor transparencia en la contratación que vendría a reforzar la maltrecha confianza de los mercados financieros y contribuiría a reestablecer la seguridad jurídica.

cliente, en una cuenta de crédito, una cantidad máxima de dinero de la que el cliente puede hacer disposiciones y reposiciones parciales o totales. En el préstamo, la cantidad concedida se ingresa en la cuenta del cliente y este deberá pagar intereses sobre la cantidad total concedida. En el crédito, sólo se pagan intereses sobre el capital utilizado; el resto del dinero está a disposición del cliente, pero sin devengo de intereses. El préstamo suele tener menores comisiones y tipos de interés más bajos que el crédito, si bien los intereses se deben pagar por la totalidad del importe concedido. También suele ser diferente el plazo de amortización de uno y otro, más largo en el préstamo que en el crédito. Generalmente los préstamos son personales y se conceden a particulares para uso privado; en general, para adquirir bienes de larga duración y de precio conocido (viviendas, vehículos). Los créditos suelen ser utilizados por profesionales y empresarios, que necesitan liquidez en determinados momentos de sus actividades empresariales y profesionales pero que, a priori, no saben exactamente ni cuándo ni cuánto van a necesitar».

Para ello, y aunque no se trate específicamente de una ley de consumidores, (su figura es una sombra que se proyecta a lo largo de todo el texto legal) el legislador ha optado por arbitrar una serie de preceptos²¹⁰ que son propios y frecuentes en la práctica de la defensa de los consumidores y que sustentan y vertebran la LCCI.

El propio nombre de la LCCI nos indica que la concesión de créditos para la adquisición de inmuebles es la actividad regulada por la misma. En la propia ley se establecen los elementos subjetivos que configuran la relación jurídica y, en el lado del acreditante, nos encontraremos en la mayoría de las ocasiones a una entidad de crédito.

En este sentido lo indica el Instituto Nacional de Estadística²¹¹ conforme el siguiente gráfico de hipotecas constituidas sobre el total de fincas por entidad, en este caso un banco, que concede el préstamo. En el gráfico podemos apreciar el descenso en la contratación desde el año 2008 para ir recuperándose, lentamente, a partir del año 2012 pero aún lejos de las cifras de antes de la crisis:

2008	443.692	2013	249.216
2009	396.011	2014	259.922
2010	360.091	2015	319.712
2011	274.404	2016	353.069
2012	326.317	2017	384.582

No en vano, es la actividad crediticia una actividad financiera fundamental de las entidades de crédito y de los bancos en particular. Esta particularidad

²¹⁰ COLLADO RODRÍGUEZ, N.: *La obligación del prestamista de evaluar la solvencia del consumidor de crédito*, ob. cit., pág. 61 y ss., donde la autora explica la intervención estatal para la defensa de los consumidores en tres técnicas bien definidas, como son; la imposición de legislación imperativa a través de derechos irrenunciables del consumidor, la lucha contra las cláusulas abusivas y los deberes de información, a las que hay que unir las sanciones disuasorias en caso de incumplimiento.

²¹¹ Estos datos pueden consultarse en la web del Instituto Nacional de Estadística en el siguiente enlace: <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=3224> (última consulta, 31 de agosto de 2020).

subjetiva hace que nos encontremos ante un estudio de una realidad poliédrica, en cuanto a ramas de estudio jurídico se refiere. Se debe observar bajo el prisma del Derecho Público, encargado de la regulación de la actividad bancaria y, por otro lado, de Derecho Privado, en cuanto a los contratos realizados entre empresas y particulares o entre empresas entre sí.

Establecida pues, la necesidad de una referencia obligada a los contratos en los cuales el prestamista sea una entidad de crédito debemos dar cuenta de las implicaciones que esto supone a la hora de analizar este tipo de contratos.

El principal rasgo característico que opera en las definiciones más clásicas de la doctrina es la presencia de un banco²¹² como uno de los elementos personales del contrato. A estos efectos, resulta indiferente el destino del dinero empleado en el negocio jurídico, contrariamente a lo que establece el *dictum* del artículo 311 del CCom. Esta teoría subjetivista imperante en la doctrina convive con la objetivista y funcional²¹³ basada en contratos que materialmente abordaban operaciones bancarias sin que en la relación comercial se encuentre una entidad inscrita para operar como un banco.

Unido a estas interpretaciones doctrinales, la jurisprudencia²¹⁴ de nuestro TS ha considerado la mercantilidad de estos contratos de manera

²¹² GARRIGUES, J.: *Contratos bancarios*, ob. cit., pág. 32, destaca: «Y si hemos afirmado que no hay más operaciones bancarias en sentido estricto que aquellas en las que participa un Banco, tendremos que afirmar ahora que siendo el contrato la vestidura jurídica de la operación bancaria, para que pueda calificarse un contrato como bancario en sentido propio tiene que participar en él una empresa bancaria (...)».

²¹³ Vid. TAPIA HERMIDA, A. J.: «El concepto y clasificación de los contratos bancarios» en SEQUEIRA, A. GADEA, E., SACRISTÁN, F. (Dirs.): *La contratación bancaria*, Dykinson, Madrid, 2007, págs. 132, 133.

²¹⁴ Vid. en este sentido, NIETO CAROL, U.: *Transparencia y protección de la clientela bancaria*, ob. cit., págs. 41 y 42; PRATS ALBENTOSA, L.: «El contrato de préstamo» en *Contratación bancaria*, ORDUÑA MORENO, F. J., TOMILLO URBINA, J. L. (Dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, págs. 120 y 121 y FERNÁNDEZ PÉREZ, N.: «Contratos de préstamo y garantía», en GALLEGO SÁNCHEZ, E. (Dir.): *Contratación mercantil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 773, 774 y 775 y CORTÉS, L. J.: «Contratos bancarios (I)», en URÍA, R., MENÉNDEZ, A. (Dir.): *Curso de Derecho Mercantil II*, 2º edición, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007, pág. 525. Discrepa, sin embargo, GÓMEZ GÁLLIGO, J.: «Limitación de los intereses de demora», en

prácticamente unánime tras la aparición de una sentencia de 9 de mayo de 1944 y todas las que siguieron en este sentido.

En la actualidad, se persigue por algunos autores un concepto unificador que procure conjugar ambos aspectos²¹⁵ en relación con la definición²¹⁶ recogida por la LOSSEC en su artículo primero.

MURGA FERNÁNDEZ, J. P., HORNERO MÉNDEZ, C. (Coords.): *Estudios sobre la ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario*, Reus, Madrid, 2020, pág. 204, entiende que los contratos de préstamo hipotecarios a particulares deben considerarse civiles y no mercantiles.

²¹⁵ NIETO CAROL, U.: *Transparencia y protección de la clientela bancaria*, ob. cit., pág. 35. Véase también RIVERO ALEMÁN, S.: *Crédito, Consumo y Comercio Electrónico. Aspectos jurídicos bancarios*, ob. cit., pág. 259, abogando por una consideración genérica de contratos de Derecho privado como categoría unitaria y zanjar de esta manera la distinción mercantil-civil.

²¹⁶ «1. Son entidades de crédito las empresas autorizadas cuya actividad consiste en recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables y en conceder créditos por cuenta propia. 2. Tienen la consideración de entidades de crédito: a) Los bancos. b) Las cajas de ahorros. c) Las cooperativas de crédito. d) El Instituto de Crédito Oficial.» En este sentido, interesa incorporar el estudio del término “entidades de crédito” en nuestro ordenamiento Jurídico que realiza LYCZKOWSKA, K.: *Garantías financieras. Análisis del Capítulo II del título I del Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2013, págs. 110 y 111, expresando: “En el ordenamiento español, el término “entidades de crédito” está asociado a varias interpretaciones, debiéndose esta variedad a la evolución de la norma reguladora. En principio, el Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, consideraba entidades de crédito “toda empresa que tenga como actividad típica y habitual recibir fondos del público en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otras análogas que lleven aparejada la obligación de su restitución, aplicándolos por cuenta propia a la concesión de créditos u operaciones de análoga naturaleza”, conceptuando como tales al Instituto de Crédito Oficial, las entidades Oficiales de Crédito, los Bancos privados, las Cajas de Ahorro, la Confederación Española de Cajas de Ahorro, la Caja Postal de Ahorros, las Cooperativas de Crédito, las Sociedades de Crédito Hipotecario, Las Entidades de Financiación, las Sociedades de Arrendamiento Financiero y las sociedades Mediadoras del Mercado de Dinero (art 1.2). No obstante, con la reforma del texto por la ley 3/1994, de 14 de abril, sólo quedaron en la lista el Instituto de Crédito Oficial, los Bancos, las Cajas de Ahorro, la Confederación Española de Cajas de Ahorro y las Cooperativas de Crédito. Las demás entidades recibieron el nombre de “establecimientos financieros de crédito” quedando vedada la captación de fondos reembolsables al público por parte de estas entidades (Disp. Ad. 1ª de la Ley 3/1994). Con todo, de acuerdo con la Disp. Adicional Séptima del RD-Ley 12/1995, de 28 de diciembre, dichos establecimientos financieros de crédito tendrán la consideración de entidades de crédito en todo lo demás. En consecuencia, tenemos unas entidades de crédito en sentido estricto (llamadas también “entidades de depósito”) y unos establecimientos financieros de crédito que tienen la consideración de entidades de crédito en todo lo que no sea la actividad de captar fondos del público (“entidades de crédito en sentido amplio”). El RDL no precisa qué entidades de crédito deben entenderse comprendidas en el ámbito del art. 7 RDL, pero la Directiva 47/2002 en su art. 2.1 o) al definir los derechos de crédito indica que deben proceder de operaciones concertadas con entidades de crédito, según se definen en la directiva 48/2006 en su art. 4.1, incluidas las entidades enumeradas en el art.2 de dicha norma. El art. 4.1 de la Directiva 48/2006 define una entidad de crédito como (i) una empresa cuya actividad consiste en recibir del público depósitos u otros fondos

Esta ley viene a incorporarse a un poblado²¹⁷ acervo de disposiciones que componen la regulación sobre la materia y, durante su desarrollo, podremos observar como se relaciona con ellas y su eficacia en este complejo campo normativo.

La LCCI parte de la base de la asimetría entre prestatario y prestamista en la fase precontractual e incide en que la información y advertencias no son consideradas suficientes²¹⁸ para la superación de dicha asimetría. Contrasta la anterior aseveración cuando el pilar fundamental que sustenta toda la ley es la información en sus diferentes modos y momentos que viene a cimentar la transparencia en la contratación del crédito inmobiliario.

reembolsables y en conceder créditos por cuenta propia, o (ii) una entidad de dinero electrónico con arreglo a la Directiva 46/2000. Por tanto, consideramos que las entidades de crédito a las que se refiere el art. 7 RDL son entidades de crédito en el sentido estricto, dado que según la interpretación conforme a la Directiva 47/2002, es necesario que tengan la facultad de recibir fondos del público, no siendo suficiente la capacidad de otorgar créditos o préstamos».

²¹⁷ Entre otras, podemos citar la Ley 41/2007, por la que se modifica la Ley 2/1981, de regulación del Mercado Hipotecario, Real Decreto 1975/2008, de 28 de noviembre, sobre las medidas urgentes a adoptar en materia económica, fiscal, de empleo y de acceso a la vivienda, Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo, 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 administrativa, Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible, la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, desarrollada por el Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, la Orden EHA 2899/2011, de 28 de octubre de 2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, y las Circulares del Banco de España 5/2012, 3/2014 y 4/2016.

²¹⁸ Así lo expresa el preámbulo de la LCCI, al decir: «Dichos considerandos ponen de relieve, además, la asimétrica posición que ocupan en la relación contractual el prestamista y el prestatario, que no queda salvada por el simple hecho de proporcionar al cliente información y advertencias. Se exige, por tanto, a la parte que domina la relación que, como profesional, tenga un plus de responsabilidad en su comportamiento hacia el prestatario».

Resulta llamativo que, pese a su importancia, no se encuentre una definición de la transparencia material en el artículo 4 LCCI²¹⁹. Considero que hubiese sido muy adecuado hacer una definición²²⁰ precisa de dicho concepto en la ley.

Una de las novedades más relevantes con respecto a la Directiva europea se encuentra en el ámbito de aplicación de la LCCI. El artículo 2.1 consagra dicho ámbito y extiende su carácter protector y tuitivo «cuando el prestatario fiador o garante sea una persona física», con independencia de que sean o no consumidores, como señala el apartado III del preámbulo de la LCCI²²¹. Esta cuestión se encontraba ya perfilada en la Orden EHA 2899/2011²²² que engloba en el término «cliente» a las personas físicas que contratan servicios de entidades de crédito. A su vez, se amplía la protección de la ley a los garantes personales de los prestatarios²²³.

No resulta esta la única cuestión que se compadece con regulaciones antecedentes a la LCCI, Recordemos, que la Orden EHA 2899/2011 se basaba en los trabajos preparatorios que conformaron finalmente la Directiva 2014/17

²¹⁹ Como observa SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B.: «Control de transparencia material y actuación notarial conforme a la jurisprudencia y a la Ley 5/2019, de contratos de crédito inmobiliario», *Revista de Derecho Civil*, Vol. 6, N.º 2 (abril-junio), 2019, pág. 246.

²²⁰ Una definición que condensa el recorrido jurisprudencial del concepto y las nociones que marca la LCCI la arroja SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B.: «Control de transparencia material y actuación notarial conforme a la jurisprudencia y a la Ley 5/2019, de contratos de crédito inmobiliario», ob. cit., pág. 246, como «comprensibilidad real de la carga económica y jurídica que se asumirá con la firma del contrato».

²²¹ «De esta forma, la presente Ley extiende su régimen jurídico a todas las personas físicas, con independencia de que sean o no consumidores. Esta ampliación de la esfera subjetiva de protección de la Ley frente a la Directiva sigue la línea tradicional de nuestro ordenamiento jurídico de ampliar el ámbito de protección a colectivos como los trabajadores autónomos».

²²² Art 2.1 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, refiere: «1. La presente orden será de aplicación a los servicios bancarios dirigidos o prestados a clientes, o clientes potenciales, en territorio español por entidades de crédito españolas o sucursales de entidades de crédito extranjeras. Se entenderá, a estos efectos, por clientes y clientes potenciales a las personas físicas».

²²³ ALBIEZ DOHRMANN, K. J.: «Ámbito personal y material de los contratos de crédito inmobiliario», en ALBIEZ DOHRMANN, K. J., MORENO-TORRES HERRERA, M^a. L. (Coords.): *Los contratos de préstamo inmobiliario*, Wolters Kluwer, Madrid, 2020, pág. 71.

y, en comparación con el régimen de transparencia establecido en la Orden, no se aprecian²²⁴ cambios significativos que permitan asegurar una mejora en el nivel de transparencia que permita resolver los problemas observados.

Esta ampliación del ámbito subjetivo, sobre el cual se despliegan las alas de la LCCI, viene a recoger la vieja aspiración de los trabajadores autónomos de encontrar un régimen de protección similar o equiparable al de los consumidores y poder beneficiarse de las disposiciones favorables que les brinda la ley.

De acuerdo con esa mutabilidad²²⁵ que ha operado en el concepto de consumidor, el legislador²²⁶, trata de superar el tradicional olvido²²⁷ que, hasta la Orden EHA 2899/2011, han tenido en nuestro Derecho el pequeño y mediano empresario junto con el profesional liberal. La diferencia de medios y recursos alejaban esta figura de la gran empresa, por lo tanto, su equiparación a efectos jurídicos carece de sentido en la mayoría de las ocasiones.

La LCCI no define el concepto de consumidor en su articulado ya que la figura del prestatario se configura en el artículo 4.1 como «toda persona física

²²⁴ Como así lo indica CORDERO LOBATO, E.: «La LCCI en el contexto normativo y judicial de la transparencia y protección hipotecaria», en CARRASCO PERERA, Á. (Dir.): *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*, ob. cit., págs. 79 y 80, argumenta que, por un lado, la Orden establecía un doble régimen de información a través de la FIPRE y la FIPER, mientras que en la regulación actual únicamente se conserva la personalizada (FEIN) que no incluye la información general, aunque se haya mantenido finalmente la FIPRE, la cual no será objeto de examen por el notario y, por otro lado, que la LCCI ha excluido de su ámbito de aplicación los contratos de crédito asegurados con hipoteca inversa.

²²⁵ Vid. AGUILAR RUÍZ, L.: *La protección legal del consumidor de crédito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, págs. 28 y 29.

²²⁶ Como expresamente destaca el preámbulo de la LCCI al advertir: «De esta forma, la presente Ley extiende su régimen jurídico a todas las personas físicas, con independencia de que sean o no consumidores. Esta ampliación de la esfera subjetiva de protección de la Ley frente a la Directiva sigue la línea tradicional de nuestro ordenamiento jurídico de ampliar el ámbito de protección a colectivos como los trabajadores autónomos. Así se configura el ámbito de aplicación de la vigente normativa de transparencia en materia de créditos hipotecarios que se regula en el Capítulo II del Título III de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios»

²²⁷ Vid. AGUILAR RUÍZ, L.: *La protección legal del consumidor de crédito*, ob. cit., págs. 63 y 64.

que sea deudor de préstamos que estén garantizados mediante hipoteca u otro derecho real de garantía sobre bienes inmuebles de uso residencial o cuya finalidad sea la adquisición o conservación de terrenos o inmuebles construidos o por construir». Sin embargo, resulta muy necesario conocer que entendemos como consumidor a efectos de esta ley, especialmente por el contenido del artículo 2.1.b) cuando se refiere al ámbito de aplicación y el contrato tenga por objeto: «b) La concesión de préstamos cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, siempre que el prestatario, el fiador o el garante sea un consumidor».

Para esta definición debemos acudir a la propia Directiva 2014/17/UE que nos remite, a su vez, a la Directiva 2008/48/CE que homogeneiza²²⁸ el concepto de consumidor definiéndolo como «la persona física que, en las operaciones reguladas por la presente Directiva, actúa con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional».

También el ámbito de aplicación alcanza una mayor extensión en el lado del prestamista, lo cual, ha motivado una modificación²²⁹ de la Ley Hipotecaria para abarcar este nuevo escenario, tal y como se expresa en la Disposición Final primera de la LCCI.

Si bien, aunque estemos ante una Directiva de mínimos, contrasta que dicha extensión subjetiva se haga en clara oposición al ámbito subjetivo de

²²⁸ ALBIEZ DOHRMANN, K. J.: «Problemas y contradicciones en la protección del prestatario no consumidor en la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario», *Revista de Estudios Jurídicos*, N.º 19, 2019, pág. 8.

²²⁹ OLIVA IZQUIERDO, A. M.: «Breve resumen de la ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario», extraído de la página web de Notarios y Registradores, disponible en: <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/resumen-ley-reguladora-contratos-creditos-inmobiliarios/> (última consulta 31 de agosto 2020).

aplicación²³⁰ de la Directiva 2014/17, centrada exclusivamente en los consumidores, desarrollada y pensada para estos.

A la vista del artículo 2. 1 de la Directiva, como ocurre con las directivas de consumo que son habitualmente de «mínimos», se establece que «la presente Directiva no será óbice para que los Estados miembros mantengan o adopten disposiciones más estrictas en materia de protección del consumidor...», sin embargo, la ampliación subjetiva no se hace porque sea de mínimos, pues no amplía los derechos de los consumidores sino que amplía la protección de la ley a no consumidores, por lo que quizás no sea correcta la mención a Directiva de mínimos y si lo que dice el preámbulo de la LCCI «Esta ampliación de la esfera subjetiva de protección de la Ley frente a la Directiva sigue la línea tradicional de nuestro ordenamiento jurídico de ampliar el ámbito de protección a colectivos como los trabajadores autónomos», lo que es algo ajeno a que sea de «mínimos», en el sentido de las directivas de protección de los consumidores.

A su vez, es cierto que el preámbulo de la Ley española dice que «...también permite que por parte de los Estados miembros se adopten disposiciones más estrictas en materia de protección de las personas consumidoras, incluyendo también la posibilidad de ampliar el ámbito de aplicación a no consumidores». Es de suponer que se refiere a lo expresado a partir del considerando séptimo de la Directiva refiriéndose a la posibilidad de dictar disposiciones más estrictas en materia de protección de los consumidores y las posibilidades de los considerandos 12 y 14, no parece que se refieran a ampliar el ámbito de protección a no consumidores sino la posibilidad de

²³⁰ Como así lo indica el considerando decimoprimeros de la Directiva 2014/17 al indicar: «Dado que los consumidores y las empresas no están en la misma posición, no necesitan disponer del mismo grado de protección. Si bien procede garantizar los derechos de los consumidores mediante disposiciones con respecto a las cuales no puedan establecerse excepciones en los contratos, resulta razonable dejar que las empresas celebren contratos de otro tipo».

ampliar materias no reguladas al sistema de protección de la Directiva que se refiere exclusivamente a consumidores.

Por el contrario, si encontramos otra remisión expresa a esa ampliación del espectro subjetivo en la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, en cuyo considerando 13 del preámbulo dice lo siguiente «Por ejemplo, los Estados miembros podrán decidir extender la aplicación de lo dispuesto en la presente Directiva a las personas jurídicas o físicas que no sean «consumidores» en el sentido de la presente Directiva, como organizaciones no gubernamentales, empresas de reciente creación o pequeñas y medianas empresas».

Con la publicación de la LCCI se pone fin a una larga tramitación parlamentaria que, en su exagerada dilación en el tiempo, fue testigo de diversos avatares políticos que lastraron su avance y postergaron su publicación en el BOE.

Debido a esta sinuosa singladura, el correr del tiempo permitió prolijos estudios y comentarios, analizados previamente en este trabajo, acerca de la gestación de la tan anunciada ley. Todo ello, aumentaba las expectativas acerca del texto definitivo que fue finalmente aprobado con bastantes modificaciones con respecto a los textos propuestos en el anteproyecto y el proyecto de ley.

Mencionadas expectativas querían ver en la aprobación de la LCCI una solución definitiva a los problemas que lastraban el mercado español hipotecario y su elevada litigiosidad, unido a una gran desconfianza entre los operadores. Estas pretensiones estaban abocadas a su frustración²³¹ debido a que la Directiva

²³¹ Vid. CUENA CASAS, M.: «Informe de la ponencia sobre el Proyecto de ley de crédito inmobiliario. La banca gana... y todos los partidos se dejan», *Hay Derecho*, 17 de diciembre de 2018, que puede consultarse aquí: <https://hayderecho.expansion.com/2018/12/17/informe-de-la-ponencia-sobre-el-proyecto-de-ley-de-credito-inmobiliario-la-banca-gana-y-todos-los-partidos-se-dejan/> (última consulta, 31 de agosto de 2020).

2014/17 difiere del carácter idiosincrático²³² de la problemática española que es diferente a la de los países del entorno²³³. La Directiva de crédito inmobiliario persigue dotar de instrumentos a los países miembros para encaminarlos a un mercado común de crédito inmobiliario y elevar la protección de los consumidores que, recordemos, no son los protagonistas de la LCCI.

Así las cosas, al grado de insatisfacción general que venía fraguándose desde los primeros pasos de la transposición de la ley hemos de añadir un poso de descontento y una sensación de oportunidad perdida²³⁴. Aunque el tiempo irá mostrando la utilidad o inutilidad de esta ley para la solución de los problemas advertidos, del texto de la norma no cabe esperar una respuesta inmediata ni adecuada. Las disposiciones de la LCCI parecen cambiar formalmente algunos aspectos de la contratación, pero parecen obviar el fondo

²³² CARRASCO PERERA, Á.: «Introducción a la “Nueva ley hipotecaria”», *Revista del Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, el 15 marzo de 2019, pág. 3, expresando en las páginas 2 y 3: «Es una ley hecha para la praxis española y determinada por los demonios históricos del pasado hipotecario español, que toma la Directiva como mera ocasión para producir la enésima reforma del sistema inmobiliario. De hecho, las “preocupaciones” de la directiva no son las preocupaciones españolas». En este sentido también se ha manifestado la «Circular Informativa n.º 20» de la firma *Uria & Menéndez* en marzo de 2019, al considerar como netamente hispánico uno de los motivos de la novedosa legislación acerca de la contratación de crédito inmobiliario en estos términos: «El segundo, puramente español, tiene que ver con las modificaciones de distintos aspectos (transparencia y abusividad de ciertas cláusulas relativas a intereses moratorios o vencimiento anticipado, entre otros) del régimen vigente en materia de crédito hipotecario. Estas modificaciones resultan, en buena medida, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“TJUE”) y de la Sala Primera del Tribunal Supremo, con el objetivo, al menos en apariencia, de que se aclaren las dudas que hasta ahora se han suscitado en su aplicación y se reduzca la elevada litigiosidad generada en este ámbito». Dicha circular puede consultarse en el siguiente enlace: <https://www.uria.com/es/publicaciones/circulares-informativas/Procesal> (última consulta, 31 de agosto de 2020).

²³³ PASQUAU LIAÑO, M.: La LCCI: «Un cambio de modelo en las técnicas de protección del prestatario», en ALBIEZ DOHRMANN, K. J., MORENO-TORRES HERRERA, M^a. L. (Coords.): *Los contratos de préstamo inmobiliario*, ob. cit., págs. 51 y ss.

²³⁴ Vid. En este sentido, AGÜERO ORTÍZ, A.: «Principales medidas introducidas por la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario», *Revista del Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, 8 de marzo de 2019, págs. 27 y 28. También en este sentido se ha pronunciado CARRASCO PERERA, Á.: «Actores e incentivos en el juego de la transparencia hipotecaria de la ley 5/2019», *Revista del Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, 29 de marzo de 2019, pág. 1.

del problema²³⁵. Se apunta, entre otras razones, a un excesivo desarrollo reglamentario, la injustificable regulación de los intereses de demora, apartándose de manera evidente de la jurisprudencia del TS, o el alambicado trámite de comprobación de la transparencia material. Asuntos, todos ellos, en los que tendremos ocasión de detenernos posteriormente para su adecuado estudio.

A pesar de lo dicho, hay medidas que si ejercerán una protección efectiva del prestatario y se han mejorado aspectos²³⁶ como las subrogaciones en los préstamos con garantía hipotecaria al devolver²³⁷ al deudor un poder de decisión

²³⁵ Como apunta MUÑÍZ ESPADA, E.: «Los préstamos inmobiliarios y su desarrollo normativo», en ALBIEZ DOHRMANN, K. J., MORENO-TORRES HERRERA, M^a. L. (Coords.): *Los contratos de préstamo inmobiliario*, ob. cit., pág. 46.

²³⁶ Vid. ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: «La Ley de Crédito inmobiliario (al fin...). Principales novedades», *Hay Derecho*, 19 de marzo de 2019, que puede consultarse en el siguiente enlace: <https://hayderecho.expansion.com/2019/03/19/ley-credito-inmobiliario-principales-novedades/> (última consulta, 31 de agosto de 2020).

²³⁷ Como establece la Disposición final tercera de la LCCI: «Se modifica el artículo 2 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, que queda redactado como sigue: «Artículo 2. Requisitos de la subrogación. El deudor podrá subrogar a otra entidad financiera de las mencionadas en el artículo anterior sin el consentimiento de la entidad acreedora, cuando para pagar la deuda haya tomado prestado el dinero de aquélla por escritura pública, haciendo constar su propósito en ella, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.211 del Código Civil. La entidad que esté dispuesta a subrogarse presentará al deudor una oferta vinculante en la que constarán las condiciones financieras del nuevo préstamo hipotecario. La aceptación de la oferta por el deudor implicará su autorización para que la oferente se la notifique a la entidad acreedora y la requiera para que le entregue, en el plazo máximo de siete días naturales, certificación del importe del débito del deudor por el préstamo hipotecario en que se ha de subrogar. La certificación deberá ser entregada con carácter obligatorio en el plazo máximo de siete días naturales por parte de la entidad acreedora. Entregada la certificación y durante los quince días naturales siguientes a esa fecha, la entidad acreedora podrá ofrecer al deudor una modificación de las condiciones de su préstamo, en los términos que estime convenientes. Durante ese plazo no podrá formalizarse la subrogación. Transcurrido el plazo de quince días sin que el deudor haya formalizado con la entidad acreedora la novación modificativa del préstamo o crédito hipotecario, podrá otorgarse la escritura de subrogación. Para ello bastará que la entidad subrogada declare en la misma escritura haber pagado a la acreedora la cantidad acreditada por ésta, por capital pendiente e intereses y comisión devengados y no satisfechos. Se incorporará a la escritura un resguardo de la operación bancaria realizada con tal finalidad solutoria. En ningún caso, la entidad acreedora podrá negarse a recibir el pago. En caso de discrepancia en cuanto a la cantidad debida, y sin perjuicio de que la subrogación surta todos sus efectos, el juez que fuese competente para entender del procedimiento de ejecución, a petición de la entidad acreedora o de la entidad subrogada, citará a éstas, dentro del término de ocho días, a una comparecencia, y, después de oírlas, admitirá los documentos que se presenten, y acordará, dentro de los tres días, lo que estime procedente. El auto que dicte será apelable en un sólo efecto, y el recurso se sustanciará por los trámites de apelación de los incidentes».

sobre su préstamo anteriormente hurtado con la ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios. A su vez, se ha clarificado quien debe asumir²³⁸ los gastos asociados al préstamo hipotecario (artículo 14). Se aprecia en la redacción de dicho artículo una disonancia con respecto de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a ese respecto como tendremos ocasión de observar en un análisis más detenido.

También me parece positivo la habilitación de la Disposición Adicional 12^a que dispone el intercambio de informaciones (positivas y negativas) que, con base en un interés legítimo²³⁹, facilita el sistema de información sin contravenir el RGDPD.

3.3. La imperatividad como propuesta de solución

Dentro del extenso articulado de la LCCI hay dos grandes cuestiones que destacan por encima del resto. Por un lado, la configuración y desarrollo del concepto de transparencia material y su aplicación a los contratos de crédito inmobiliario y, por otro lado, el afán de combatir y expulsar de manera eficaz las cláusulas abusivas que pudieran existir en este tipo de contratos. La sistematización de otros aspectos²⁴⁰ en los que puede dividirse el estudio, que

²³⁸ Artículo 14.1.e) «Información clara y veraz de los gastos que corresponden al prestamista y los que corresponden al prestatario. Los siguientes gastos se distribuirán del siguiente modo: i. Los gastos de tasación del inmueble corresponderán al prestatario y los de gestoría al prestamista. ii. El prestamista asumirá el coste de los aranceles notariales de la escritura de préstamo hipotecario y los de las copias los asumirá quien las solicite. iii. Los gastos de inscripción de las garantías en el registro de la propiedad corresponderán al prestamista. iv. El pago del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados se realizará de conformidad con lo establecido en la normativa tributaria aplicable (...)».

²³⁹ Lo destaca CUENA CASAS, M.: «Crédito y datos positivos de solvencia patrimonial. Avances en la Ley de crédito inmobiliario», *Hay Derecho*, 26 de noviembre de 2019, y que puede consultarse en el siguiente enlace: <https://hayderecho.expansion.com/2019/11/26/credito-y-datos-positivos-de-solvencia-patrimonial-avances-en-la-ley-de-credito-inmobiliario/> (última consulta, 31 de agosto de 2020).

²⁴⁰ Vid. CORDERO LOBATO, E.: «La LCCI en el contexto normativo y judicial de la transparencia y protección hipotecaria», en CARRASCO PERERA, Á. (Dir.): *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*, ob. cit., págs. 42 y 43.

son muchos en esta ley, serán objeto de tratamiento posterior, pero entiendo que la pretensión fundamental de este texto legal va orientado a resolver los inmediatos problemas de litigación existentes en nuestro país y el peso específico del articulado se encuentra enfocado en esa cuestión.

Con respecto a dichos problemas, es destacable que la imperatividad de las normas de la LCCI, acerca de las cuestiones que estaban suscitaban más controversia judicial, es una forma taxativa de acabar con el problema. Sin embargo, es imposible no observar ciertas incoherencias puesto que se han regulado con una técnica de trazo grueso que ha sido irrespetuosa con la jurisprudencia pese a las múltiples advertencias por la doctrina o el CGPJ en el periodo formativo de la LCCI.

Dicha imperatividad que destila parte del texto de la ley configura una intervención profunda del legislador en la materia atinente al crédito inmobiliario y la cumbre de esta voluntad intervencionista del legislador se manifiesta con vehemencia en la Disposición Final 15^a.1. d), que habilita al Gobierno²⁴¹ para desarrollar, vía Real Decreto, un modelo de contrato de préstamo con garantía hipotecaria de utilización voluntaria por las partes.

Esta voluntariedad preserva dicho contrato de su catalogación como un contrato forzoso, pero si pudiera responder a una naturaleza similar como la del contrato necesario de hecho²⁴². Este supuesto se produce en un sector del mercado en el que se observa una tendencia monopolística por parte de las entidades bancarias y resulta evidente la intervención de los poderes públicos al dictar normas de obligado cumplimiento respecto a determinadas cláusulas

²⁴¹ La literalidad del precepto expresa: «d) El establecimiento de un modelo de contrato de préstamo con garantía hipotecaria y de medidas que favorezcan su utilización, que será voluntaria para las partes».

²⁴² ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, ob. cit., pág. 435, indicando, además, que los contratos necesarios son frecuentemente contratos de adhesión.

contractuales, informaciones que han de recibir e intercambiar o el propio cálculo de la TAE.

3.3.1. *La problemática de las cláusulas abusivas*

Al tratar el conocido tema de las cláusulas abusivas resulta obligada la cita y la referencia a la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, transpuesta a nuestro ordenamiento por la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación. Para hacernos una idea de la definición del concepto de cláusula abusiva debemos acudir al artículo 3²⁴³, puntos 1 y 2 de la Directiva. El mismo concepto se recoge de manera muy similar en el artículo 82.1²⁴⁴ del TRLGDCU.

La propia Ley sobre condiciones generales de la contratación, en su exposición de motivos, detalla que la abusividad es un concepto que se predica únicamente en una relación contractual en la que interviene un consumidor, aunque no lo desarrolla posteriormente en su articulado. Sin embargo, si lo hace la jurisprudencia²⁴⁵ de la Sala Primera del TS y, a su vez, la jurisprudencia

²⁴³ «Artículo 3. 1. Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. 2. Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión. El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba».

²⁴⁴ «1. Se considerarán cláusulas 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».

²⁴⁵ Entre otras, STS 367/2016, de 3 de junio, 30/2017, de 18 de enero o 8/2018, de 10 de enero.

europea²⁴⁶ puntualiza la protección tuitiva que dibuja el deber judicial de controlar de oficio las cláusulas abusivas.

A pesar de dichas leyes tuitivas, España ha sufrido un fenómeno de litigación sin precedentes como consecuencia de dichas cláusulas que ya hemos tenido ocasión de comentar y, frente al mismo, parece erigirse el texto de la LCCI al tratar de atajar el problema de una manera vehemente.

En los asuntos más relevantes y de los cuales se ha hecho eco expreso la LCCI podemos observar las cláusulas que han sido objeto de una mayor controversia judicial y las cuáles son tratadas en el texto legal de manera imperativa con la esperanza de cercenar de raíz la problemática reseñada. Dichas cláusulas son:

- La cláusula suelo
- La cláusula de vencimiento anticipado
- La cláusula de intereses de demora
- La cláusula de gastos de formalización de contrato de préstamo con garantía hipotecaria.

Merece comenzar esta parte del breve repaso a las cláusulas susceptibles de ser abusivas con la controvertida cláusula suelo. Una cláusula conocida en el sector financiero español pero que no empezó a tener verdadera importancia hasta que, a raíz de los bajos tipos de interés provocados por la crisis económica, empezó a desplegar sus efectos de manera que los prestatarios no pudieran beneficiarse económicamente de dicha circunstancia.

²⁴⁶ Vid. CÁMARA LAPUENTE, S.: «Doce tesis sobre la STJUE de 21 de diciembre 2016: Su impacto en la jurisprudencia del TJUE y del TS, no solo sobre la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo», *InDret*, N.º 1, 2017, pág. 18.

Con la judicialización de esta cláusula comenzaron a adquirir peso y relevancia los reproches jurídicos a ciertos comportamientos abusivos de las entidades de crédito.²⁴⁷ Todo ello conformó el caldo de cultivo en el que se ha gestado el constructo jurisprudencial de la transparencia material como eje de la contratación seriada con consumidores.

La teoría de la transparencia material basaba su planeamiento al suponer la existencia y licitud²⁴⁸ de cláusulas que eran conocidas por el adherente/prestatario y habían superado los controles al efecto. Eran, por tanto, cláusulas transparentes²⁴⁹. Sin embargo, el legislador no parece albergar una fe

²⁴⁷ Como refiere CARRASCO PERERA, Á.: «Introducción a la “Nueva ley hipotecaria», ob. cit., pág. 1, «todo empezó por la cláusula suelo» haciendo referencia a los cambios operados en la legislación con motivo de la puesta en cuestión de la licitud o ilicitud de la forma de insertar esa cláusula en los contratos de crédito inmobiliario. Posteriormente, el tumulto jurídico creado, así como la litigación al efecto y con ello lo que denomina el «culto de la transparencia» como obsesión del legislador de nuestros días con respecto a la contratación privada.

²⁴⁸ La propia STS 241/2013, de 9 de mayo, FJ 15º, salía al paso de un pensamiento tan frecuente como desinformado que asociaba la mera existencia de la cláusula suelo a una nulidad radical, desarrollando su parecer acerca de su licitud en los párrafos que a continuación se transcriben: «256. Las cláusulas suelo son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. Es necesario que esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, de tal forma que cuando el suelo estipulado lo haga previsible, esté informado de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio. 257. No es preciso que exista equilibrio “económico” o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo – máxime cuando el recorrido al alza no tiene límite-. 258. Más aun, son lícitas incluso las cláusulas suelo que no coexisten con cláusulas techo y, de hecho, la oferta de cláusulas suelo y techo cuando se hace en un mismo apartado del contrato, constituye un factor de distorsión de la información que se facilita al consumidor, ya que el techo opera aparentemente como contraprestación o factor de equilibrio del suelo».

²⁴⁹ Vid. AGÜERO ORTÍZ, A.: «Cláusula suelo transparente porque el consumidor tuvo conocimiento de la misma: ¿Existe alguna diferencia entre el control de transparencia y la evaluación del consentimiento? Comentario a la STS de 9 de marzo de 2017 (JUR 2017\55055)», *Revista del Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, N.º 21, 2017, págs. 171 a 179. En el mismo sentido YZQUIERDO TOLSADA, M.: «Comentario de la Sentencia del Tribunal supremo de 9 de marzo de 2017 (171/2017). Cláusula suelo comprensible, negociada libremente y perfectamente válida», en YZQUIERDO TOLSADA, M. (Coord.): *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina Civil y Mercantil*, Vol. 9, 2017, págs. 123 y ss. A su vez, y analizando otra sentencia de la sala Primera del Tribunal Supremo que considera transparente una cláusula suelo al haber quedado acreditado que el prestatario, en su propio escrito de demanda, conocía la existencia de la propia cláusula y las consecuencias de la misma, DEL SAZ DOMÍNGUEZ, L.: «Por segunda vez, una cláusula suelo es transparente para el Tribunal supremo. STS (Sala primera) núm. 673/2018, 29 de noviembre de 2018», *Revista del Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, 6 de mayo de 2019.

sin fisuras en esta creación ya que el artículo 21.3²⁵⁰ de la LCCI prohíbe su existencia.

La conocida sentencia de 9 de mayo de 2013, que veremos con mayor detenimiento al tratar aspectos más específicos de la transparencia, declaraba la nulidad de las cláusulas suelo contenidas en las condiciones generales de los contratos de préstamo con garantía hipotecaria de varias entidades de crédito. Destacaba la «falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato» A su vez, el fallo de la sentencia advertía que no había lugar a la retroactividad de los efectos de dicha resolución. Se perjudica, a mi parecer, un principio tan elemental como el recogido en el artículo 1303²⁵¹ del CC al prohibir la *restitutio in integrum*.

Este matiz tan particular de la Sala Primera de nuestro TS propició que el juzgado de lo Mercantil n.º1 de Granada y la Audiencia Provincial de Alicante remitiesen peticiones de decisión prejudicial al TJUE que se resuelven por la

También observa una cláusula transparente la STS 605/2019, de 12 de noviembre, añadiendo una sorprendente argumentación el FJ 2º en la cual, el alto tribunal, considera excepcionalmente relevante la intervención del padre del prestatario que había sido subdirector de la oficina en la que fue concedido el préstamo y avalista de la operación. Colige el tribunal que la presencia de este padre «debió» (sin mayor argumentación), «ser decisiva para la concesión del préstamo hipotecario (...)». No explica la sentencia como el prestatario adquiriría la comprensibilidad de la carga económica del contrato ni la ligazón de la intervención paternal para alcanzar ese conocimiento. Más recientemente, otra cláusula suelo fue declarada transparente por el Tribunal Supremo que entendía que el prestatario tuvo conocimiento de dicha cláusula durante la fase precontractual y por ello la aceptó «conscientemente», dicha resolución provocó los comentarios críticos –que comparto– de CARRASCO PERERA, Á. AGÜERO ORTÍZ, A.: «Transparencia de la cláusula suelo por constar que el demandante manejó varias ofertas de distintas entidades. STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia núm. 9/2020 de 8 de enero (JUR/2020/14139)», *Revista del Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, 15 de febrero de 2020. Por otro lado, no parece existir un criterio claro en cuanto al control de condiciones generales de la contratación en los pequeños empresarios como se observa a la vista de la disonancia entre las sentencias 98/2020, de 20 de enero y la 812/2020, de 11 de marzo, ante casos sustancialmente idénticos aplicando dos criterios diferentes, como analiza PERTÍÑEZ VILCHEZ, F.: «¿Qué son a juicio del Tribunal Supremo los requisitos de incorporación? O por qué a un taxista se le elimina la cláusula suelo y a otro no», *Revista del Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, 14 de mayo de 2020.

²⁵⁰ «3. En las operaciones con tipo de interés variable no se podrá fijar un límite a la baja del tipo de interés».

²⁵¹ «Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes».

STJUE de 21 de diciembre de 2016²⁵² al declarar esa limitación temporal incompatible con el Derecho de la Unión.

Finalmente, la propia Sala Primera del Tribunal Supremo, corrige su jurisprudencia en el sentido apuntado por el TJUE, mediante la Sentencia de 24 de febrero de 2017²⁵³, como era de prever, lo que provoca una singular cascada de paradójicas sentencias²⁵⁴ que deshacían los postulados del propio TS y que habían mantenido ordenadamente varias audiencias provinciales. Son ejemplo de ello, las STS 247, 248 y 249, de 20 de abril de 2017, así como la STS 334/2017, de 25 de mayo.

No obstante, el tema de la retroactividad no resultaba la cuestión más relevante acerca de las resueltas por los tribunales nacionales y europeos acerca de la cláusula suelo. Estas resoluciones fueron la base para aplicar una doctrina común a la hora de declarar nulas el resto de cláusulas abusivas que, como una incesante lluvia, no han dejado de salpicar la actividad de los juzgados en los últimos años y, se han propiciado muchos y muy variados cambios legislativos.

²⁵² STJUE, de 21 de diciembre de 2016, párr. 75, donde resuelve: «De todas las consideraciones anteriores resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión».

²⁵³ STS 123/2017, 24 de febrero, FJ 5º, especialmente relevante es el punto segundo de el expresado fundamento de derecho, en el cual explica la fuerza obligatoria, erga omnes, de las sentencias que resuelven cuestiones prejudiciales, con lo cual, y en base a la misma, se modifica la jurisprudencia de la sala primera acerca de los efectos retroactivos de la declaración de nulidad de la sentencia de 9 de mayo de 2013.

²⁵⁴ Como describe CÁMARA LAPUENTE, S.: «Las (seis) SS.T.S posteriores a la S.T.J.U.E. 21 de diciembre 2016. El control de transparencia sigue en construcción, muta y mutará aún más: Hacia la transparencia subjetiva (comentario a las SS.T.S. de 24 de febrero 2017, 9 marzo 2017, 20 abril 2017 y 25 mayo 2017)», *Boletín del Colegio de Registradores de España*, ob. cit., pág. 1771, relatado como la intervención del TJUE condiciona de manera absoluta la decisión sobre unos asuntos que, en base a la anterior jurisprudencia emanada del propio TS, debería haber tenido un destino diferente, pero ese cambio de criterio arroja nuevos resultados cuyo destino es revocar sus propios fallos.

Como ha quedado dicho, tendremos ocasión, mas adelante, de detenernos en la transparencia material, su gestación, desarrollo jurisprudencial y el mecanismo que articula la LCCI para intentar garantizarla en los contratos de crédito inmobiliario.

Sal continuar con el estudio de las diversas cláusulas abusivas que fueron objeto de revisión judicial y que tienen un tratamiento propio en la LCCI, acudimos a la cláusula de vencimiento anticipado, mediante la cual se concede un poder al acreedor para, en caso de impago, poder resolver el contrato con los matices que se han creado a raíz de la casuística judicial.

La configuración de la cláusula de vencimiento anticipado junto con la posición privilegiada que le otorgaba la LH al otorgar la posibilidad de obtener un título ejecutivo directo frente a los deudores hipotecarios, pusieron de manifiesto el escaso control registral ante cláusulas abusivas insertadas en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria que sería posteriormente criticado por el TJUE²⁵⁵.

La abusividad de esta concreta cláusula contractual podría establecerse en términos de proporcionalidad, puesto que no se veta la existencia de la cláusula en si misma, sino que se ha pulido la posibilidad de su activación por el acreedor en función del grado de incumplimiento del deudor. Proporcionalidad esta que debe ser tenida en cuenta a la luz de la necesidad de un mecanismo resolutorio²⁵⁶

²⁵⁵ Como critica con dureza MIQUEL GONZÁLEZ, J. M^a.: «Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios», *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, N.º 27, 2013, pág. 224 y ss., exponiendo las perjudiciales consecuencias provocadas la reforma Ley Hipotecaria en la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de regulación del mercado hipotecario, al otorgar una serie de privilegios a las entidades financieras que evitaban los oportunos controles que podría realizar el registrador de la propiedad y que, en última instancia, permitían sortear una vigilancia de las cláusulas abusivas.

²⁵⁶ Vid. GÓMEZ POMAR, F.: «¿Qué hacemos con los créditos hipotecarios impagados y vencidos? El Tribunal Supremo ante la sentencia Abanca del TJUE», *InDret*, N.º 2, 2019, pág. 5 y ss.

ante el incumplimiento contractual, pero con la capacidad de cohonestar con la buena fe y la protección de la parte débil del contrato.

Así, en un primer momento, nuestro alto tribunal llegó a sostener²⁵⁷ que era posible vencer anticipadamente el contrato en atención a lo común de las cláusulas en la práctica forense de la concesión de préstamos, así como la referencia al artículo 1255 CC y considerar dicho impago como una «manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial contraídas», si bien, añade que en algunas circunstancias podría darse un «ejercicio abusivo» de la cláusula en cuestión para incumplimientos de escasa relevancia o exista un ejercicio desproporcionado de dicha habilitación contractual.

Esta inicial postura de la Sala Primera del TS se incardinaba en un contexto favorable²⁵⁸ a la respuesta dada por el TS, ya que, tanto la propia DGRN como los cambios legislativos operados en las leyes procesales, entendían que dicha cláusula era admisible y congruente con los postulados de los artículos 1255 y 1124 del CC.

Como se ha expresado, la cuestión parecía ir centrándose en el carácter del incumplimiento y la proporcionalidad de tan gravosa consecuencia, especialmente sangrante en las ejecuciones hipotecarias que se habían disparado

²⁵⁷ STS 506/2008, 4 de junio, FJ 4º. A su vez, la STS 792/2009, de 16 de diciembre aceptaba la validez de dichas cláusulas con base en el artículo 1255 entendiendo que el incumplimiento de pago de las cuotas, por parte del prestatario, constituiría una «dejación de las obligaciones de carácter esencial».

²⁵⁸ Como lo recoge DÍAZ FRAILE, J. Mª.: «Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 26 de marzo de 2019, sobre la abusividad de determinadas cláusulas de vencimiento anticipado de préstamos hipotecarios (De Modestino a Bauman, o del “Derecho sólido” al “Derecho líquido”)), *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 11, N.º 2, 2019, pág. 522, destacando la doctrina pacífica que venía sosteniendo la DGRN que reconocía el carácter inscribible de las cláusulas de vencimiento anticipado, así como el apoyo a esta postura que vino de la mano de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, al recoger este tipo de pactos en su artículo 693.

con motivo de la crisis²⁵⁹. A este respecto, el TJUE²⁶⁰ ya comenzaba a dar pistas a los legisladores de los países miembros. De esta manera, en España, se produce la modificación del artículo 693 de la LEC por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, donde se exige el impago de al menos tres cuotas para poder activar el vencimiento anticipado.

Este cambio legislativo fue insuficiente a ojos de la justicia europea que, aplicó el artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, (cuando la respuesta que deba dar a una cuestión prejudicial no le planteé dudas razonables) y dicta el Auto de 11 de junio de 2015²⁶¹. Del texto del ATJUE se deduce que la posible abusividad de la cláusula vendrá por la operatividad de la cláusula en el contrato de que se trate. Permite al juez nacional razonar acerca de su abusividad por el desequilibrio que pueda existir entre las partes, independientemente de lo que preceptúa el art. 693 de la LEC.

Se debe recordar que el vencimiento anticipado de un préstamo con garantía hipotecaria es la antesala de la ejecución hipotecaria, y, en último

²⁵⁹ Según los datos del CGPJ, en 2008 se iniciaron 58.686 ejecuciones hipotecarias, en 2009 fueron 93.319, alcanzando el mayor número en 2010 con 93.636 para comenzar un lento descenso hasta el momento actual, estos datos pueden ser consultados en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/Las-ejecuciones-hipotecarias-presentadas-en-los-juzgados-cayeron-un-37-8---en-2017>.

²⁶⁰ STJUE, 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11, caso Aziz, párr. 73, expresando: «En particular, por lo que respecta, en primer lugar, a la cláusula relativa al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración por incumplimientos del deudor en un período limitado, corresponde al juez remitente comprobar especialmente, como señaló la Abogado General en los puntos 77 y 78 de sus conclusiones, si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo».

²⁶¹ ATJUE, 11 de junio de 2015, asunto C-602/13, caso BBVA, párr. 53.

término, la pérdida efectiva del bien inmueble con el lanzamiento y puesta a disposición de la parte ejecutante.

Con estos mimbres que disponía la justicia europea, el TS, con cita expresa del ATJUE de 11 de junio, manifiesta en su Sentencia de 23 de diciembre de 2015²⁶² que las disposiciones legales son insuficientes a la hora de observar y determinar la gravedad del incumplimiento y, acerca de la posibilidad correctora por parte del consumidor afectado.²⁶³ Recuerda el alto tribunal que la declaración de nulidad no conlleva *per se*, el sobreseimiento de la ejecución hipotecaria²⁶⁴.

Posteriormente, el TJUE²⁶⁵ expuso que no cabe la moderación de las consecuencias de la abusividad por medio de su sentencia de 26 de enero de 2017 lo cual lleva al TS a plantear dos peticiones de decisión prejudicial por medio de Auto de fecha 8 de febrero de 2017 que, en esencia, preguntaba²⁶⁶ acerca de si

²⁶² STS 705/2015, de 23 de diciembre, FJ 5º (quinto motivo: vencimiento anticipado)

²⁶³ Vid. DÍAZ FRAILE, J. M.: «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 (5618/2015)», en YZQUIERDO TOLSADA, M. (Coord.): *Comentarios a las Sentencias de Unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*, vol. 7, BOE, Dykinson, Registradores de España, Madrid, 2015, págs. 317 y ss.

²⁶⁴ Comienza, de esta manera, con esa sentencia y las que la siguen, el cambio jurisprudencial del alto Tribunal con respecto a la cláusula de vencimiento anticipado, como bien recoge DÍAZ FRAILE, J. M.: «Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 26 de marzo de 2019, sobre la abusividad de determinadas cláusulas de vencimiento anticipado de préstamos hipotecarios (De Modestino a Bauman, o del “Derecho sólido” al “Derecho líquido”)», *Cuadernos de derecho transnacional*, ob. cit., pág. 524.

²⁶⁵ STJUE de 26 de enero de 2017, asunto C-421/14, caso Banco Primus.

²⁶⁶ Concretamente, las preguntas planteadas fueron estas: «1) ¿Debe interpretarse el artículo 6.1 de la Directiva 93/13[...] 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 [de declarar el vencimiento anticipado del préstamo]? 2) ¿Tiene facultades un tribunal nacional, conforme a la Directiva 93/13[...], 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

resulta necesario el sobreseimiento de las ejecuciones hipotecarias ante la abusividad declarada de la precitada cláusula. El TJUE responde a las cuestiones planteadas por el TS en su sentencia de 26 de marzo de 2019²⁶⁷ rechaza la posible integración de una cláusula²⁶⁸ declarada nula, pero añade ciertos matices para dulcificar su decisión. Todo ello en un escenario de ejecuciones paralizadas y procedimientos ordinarios implementados bajo las premisas del artículo 1124 CC (con declarada intención de acudir a la posterior ejecución) y al albur de las sentencias que, en un contexto de inseguridad jurídica manifiesta, definían los caminos procesales hasta la llegada de la LCCI.

Con este panorama jurisprudencial llega la LCCI, y su regulación del vencimiento anticipado viene recogido al artículo 24, en el que indica la posibilidad de vencer anticipadamente el contrato en dos momentos:

- a) Primera mitad del préstamo: Siempre que las cuantías vencidas y no satisfechas equivalgan al tres por ciento del capital concedido, considerando cumplido este requisito cuando dichas cuotas equivalgan al impago de 12 plazos mensuales o un número de cuotas equivalente a esos doce meses.
- b) Segunda mitad de duración del préstamo: Siempre que las cuantías vencidas y no satisfechas equivalgan al siete por ciento del capital concedido,

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?».

²⁶⁷ STJUE de 26 de marzo de 2019, párr. 64: «Habida cuenta de las anteriores consideraciones, ha de responderse a las cuestiones prejudiciales planteadas en los asuntos C-70/17 y C-179/17 que los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13 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, por otra parte, 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».

²⁶⁸ CABANAS TREJO, R.: *Aspectos contractuales y procesales de la nueva ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario*, ob. cit., pág. 321.

considerando cumplido este requisito cuando dichas cuotas equivalgan al impago de 15 plazos mensuales o un número de cuotas equivalente a esos quince meses.

A estos plazos debemos añadirle el *dictum* del art. 24.1.c) que obliga al prestamista a otorgar un mes de plazo al prestatario para el cumplimiento de sus obligaciones antes de acudir a la activación del vencimiento anticipado.

A su vez, quiebra parcialmente²⁶⁹ la regla atinente a la irretroactividad general de la LCCI establecida en la disposición transitoria primera, ya que, en su punto cuarto, de la misma disposición transitoria, establece la aplicación del artículo 24 para los contratos celebrados antes de la entrada en vigor de la LCCI.

Al respecto de esta cuestión de la retroactividad, alcanza al estado de la litigación en el momento actual²⁷⁰. El TS²⁷¹ define su criterio acerca de las ejecuciones hipotecarias vivas. Se sobreseen en caso de haberse iniciado el préstamo en función de una cláusula nula y continúan en caso de que los impagos de la parte ejecutada sean equivalentes a lo que regulan las actuales disposiciones de la nueva legislación del crédito inmobiliario.

²⁶⁹ Vid. ARMIJO PLIEGO, A.: «Variaciones en el tipo de interés. Vencimiento anticipado e intereses de demora» en LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M^a. (Coord.): *Comentarios a la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario*, ob. cit. págs. 404 y 405.

²⁷⁰ Vid. LÓPEZ VOZMEDIANO, M. A.: «Incidencias de la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario en la práctica de los juzgados especializados», *El Notario del siglo XXI*, N.º 84, marzo-abril, 2019.

²⁷¹ STS 463/2019, de 11 de noviembre, por la cual, la Sala Primera de lo Civil, aplica los beneficios que otorga la LCCI a los consumidores y fija un criterio jurisprudencial en las ejecuciones hipotecarias en curso en las cuales no se haya producido la entrega de la posesión al adquirente de la siguiente manera: «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».

También la LCCI refiere cambios en los procesos ejecutivos vivos al momento de la vigencia de la ley, especialmente por el nuevo periodo de oposición, por plazo de diez días, que se otorga a los deudores hipotecarios para formular incidente extraordinario de oposición, tal y como expresa la Disposición transitoria tercera.

Otra de las cláusulas regulada de manera imperativa por la LCCI es la del interés de demora. Resulta incomprensible e injustificable la voluntad del legislador de mantener el alcance de este tipo de intereses²⁷² en tres puntos porcentuales por encima del interés remuneratorio en el artículo 25²⁷³. Este artículo no es respetuoso con la jurisprudencia²⁷⁴ emanada por el Tribunal Supremo –refrendada por el TJUE²⁷⁵– y se separa de lo preceptuado en los

²⁷² Interesa incorporar la definición de los intereses moratorios que, con base en la doctrina española e italiana, emite ORDÁS ALONSO, M.: *El interés de demora*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004, pág. 20, expresa: «En principio, y como tendré ocasión de ir poniendo de manifiesto a lo largo de la presente monografía, por intereses moratorios hemos de entender aquellos que tienen por finalidad la indemnización o el resarcimiento del daño causado al acreedor por el retraso en el cumplimiento de una obligación pecuniaria». Acoge esta misma definición, DOMÍNGUEZ RUÍZ, L.: «Medidas de protección del deudor hipotecario: la limitación de los intereses de demora», en ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., MURGA FERNÁNDEZ, J. P. (Dirs.): *Vivienda, préstamo y ejecución*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, págs. 632 y 633.

²⁷³ El punto primero del artículo 25, expresa: «1. 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 sólo podrá devengarse sobre el principal vencido y pendiente de pago y no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

²⁷⁴ STS 265/2015, de 22 de abril, donde se establece la abusividad de los intereses de demora que superen en más de dos puntos porcentuales el interés remuneratorio. En este sentido, merece ser destacado el análisis de la jurisprudencia sobre esta cuestión realizado en VÁZQUEZ GARCÍA, D.: *La contratación bancaria en la reciente doctrina del Tribunal Supremo*, Wolters Kluwers, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2017, págs. 249 y ss. A su vez, dicha sentencia fue objeto de crítica, entre otros, por ALFARO ÁGUILA REAL, J.: «La Sentencia del Tribunal Supremo sobre cláusulas abusivas de intereses moratorios», en su blog *Derecho Mercantil* que puede ser consultado en el siguiente enlace: <https://derechomercantilesana.blogspot.com/2015/05/la-sentencia-del-tribunal-supremo-sobre.html> (última consulta 31 de agosto de 2020).

²⁷⁵ STJUE, de 7 de agosto de 2018, asuntos acumulados C-96/16 y C-94/17, especialmente el párrafo 69: «De este modo, si bien es cierto que la jurisprudencia del Tribunal Supremo cuestionada en el litigio principal no parece formar parte de las disposiciones más rigurosas que los Estados miembros pueden adoptar a fin de garantizar un mayor nivel de protección de los consumidores con arreglo al artículo 8 de la Directiva 93/13, puesto que –según el Gobierno español expuso ante el Tribunal de Justicia en la vista– la referida jurisprudencia no parece tener

apartados 2 y 3 del artículo 28 de la Directiva 2014/17, especialmente la parte del texto que expresa que dichos recargos en caso de impago «no excedan de lo necesario para compensar al prestamista de los costes que le acarree el impago».

Resulta llamativo que la norma que fija el límite máximo de los intereses de demora es imperativa, lo que constituye una rigidez máxima que impide la posibilidad de pacto entre las partes y que dicha cláusula no puede ser susceptible, por tanto, del control de abusividad, tal y como se desprende del artículo 1.2 de la Directiva 1993/13 de cláusulas abusivas. Parece más razonable²⁷⁶ pensar que la posibilidad de pacto entre las partes hubiese sido, al menos, una solución más interesante a la vista del artículo 7.1 de la misma Directiva que emplaza a los estados miembros a velar «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 entre profesionales y consumidores».

La redacción del artículo resulta también criticable. El legislador indica en dicho precepto que el interés de demora expresado se aplicará a «el caso de préstamo o crédito concluido por una persona física que esté garantizado

fuerza de ley ni constituir una fuente del Derecho, no es menos verdad que la elaboración de un criterio jurisprudencial —como el definido por el Tribunal Supremo en este caso— responde al objetivo de protección de los consumidores que persigue la citada Directiva. En efecto, del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 y de la concepción general de la misma se desprende que la finalidad de la Directiva no es tanto garantizar un equilibrio contractual global entre los derechos y las obligaciones de las partes en el contrato como evitar que se produzca un desequilibrio entre esos derechos y esas obligaciones en detrimento de los consumidores. Concluyendo el TJUE en su párrafo 71: Por consiguiente, procede responder a la letra a) de la segunda cuestión prejudicial del asunto C-96/16 y a la primera cuestión prejudicial del asunto C-94/17 que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una jurisprudencia nacional, como la del Tribunal Supremo cuestionada en el litigio principal, según la cual una cláusula no negociada de un contrato de préstamo celebrado con un consumidor, que establece el tipo de interés de demora aplicable, es abusiva por imponer al consumidor en mora en el pago una indemnización de una cuantía desproporcionadamente alta, cuando tal cuantía suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado en el contrato».

²⁷⁶ Coincido con el razonamiento expresado por DÍAZ FRAILE, J. M^a.: «Intereses de demora en los préstamos hipotecarios. La jurisprudencia del Tribunal Supremo y su compatibilidad con el Derecho comunitario», *Revista de Derecho Civil*, Vol. 5, N.º 2, 2018, págs. 318 y 319.

mediante hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial». En primer lugar, hace una innecesaria referencia a préstamos o créditos al obviar lo regulado en el art. 2.3 LCCI acerca de que se entenderán dichos términos de manera indistinta a lo largo del articulado de la ley. En segundo lugar, emplea la acepción «concluido» sin precisar el contenido jurídico de dicho término²⁷⁷, por tanto, desconozco si se refiere a un contrato que se ha perfeccionado, que se ha terminado o que se encuentra en mora y, por tanto, genera los intereses que describe el artículo.

Para concluir el breve estudio de las cláusulas que pudieran ser abusivas y que tienen expreso tratamiento en la LCCI, debemos fijar la mirada en la que regula los gastos derivados del contrato de préstamo, comúnmente conocida como la «cláusula de gastos».

Mediante dicha cláusula, el prestamista adjudicaba al prestatario el pago de los costes irrogados por la formalización del préstamo con garantía hipotecaria lo cual parecía indicar, dibujar al menos, una abusividad por la evidente falta de reciprocidad de dichos gastos y un desequilibrio palmario en perjuicio del consumidor, tal como se hacía eco la conocida sentencia del TS²⁷⁸ en su primera aproximación a esta cuestión.

El posterior recorrido jurisprudencial por los juzgados de primera instancia y las Audiencias Provinciales transitaba por significativos cambios de criterio y disparidad²⁷⁹, pero que, finalmente, podemos resumir en dos cuestiones muy concretas; cuales eran concretamente los gastos controvertidos

²⁷⁷ Crítica que expresa también SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B.: «Los intereses de demora en la jurisprudencia y en la Ley 5/2019 de contratos de crédito inmobiliario», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 773, 2019, pág. 1552, al añadir el escaso sentido que tiene el precepto al incorporar el término de «persona física» en vez de recurrir a «prestatario» y «prestamista», lo cual complica la comprensión y el sentido del artículo.

²⁷⁸ Vid. STS 705/2015, de 23 de diciembre.

²⁷⁹ CABANAS TREJO, R.: *Aspectos contractuales y procesales de la nueva ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario*, ob. cit., pág. 278. Calificando de «caos» la situación creada por la desigualdad en el tratamiento de esta cuestión por los sucesivos órdenes jurisdiccionales.

y si deben ser sufragados en todo o en parte por el prestamista o por el prestatario. Planteada la controversia de esta manera, volvemos a encontrarnos ante un problema de definición y otro de proporcionalidad.

El TS zanjó esta cuestión a principios de enero de 2019 al fijar su doctrina²⁸⁰ en cinco sentencias acerca de a quien correspondía el pago de cada uno de los conceptos discutidos con la aplicación de la cláusula de gastos. De esta manera, el arancel notarial pasa a ser abonado al 50% por las partes en cuanto a los costes de su matriz, lo mismo sucede a las escrituras de modificación (por ejemplo, novaciones). Las copias que se soliciten serán a cargo del solicitante. En cuanto al Registro de la Propiedad, la inscripción corre a cargo del prestamista y su cancelación al prestatario. Los gastos de gestoría se dividen por la mitad también y el impuesto de Actos Jurídicos Documentados no se vio afectado por el RDL 17/2018 al no tener carácter retroactivo, por tanto, a efectos de estas sentencias, el prestatario era quien asume dicho impuesto.

Sin embargo, el recorrido jurisprudencial no cesa y el TJUE se pronuncia de nuevo en su sentencia de 16 de julio de 2020 (asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19) arguye, que ante la laguna que se genera en el contrato por la anulación de alguna de sus cláusulas accesorias los jueces pueden aplicar supletoriamente el Derecho nacional y proceder a su integración²⁸¹. El TS, a su vez, sostiene que esta sentencia del TJUE viene a confirmar su postura al

²⁸⁰ Vid. STS 44, 46, 47, 48 y 49/2019, de 23 de enero de 2019, FF.JJ 4º, 5º, 6º y 7º.

²⁸¹ Concretamente, expresa el TJUE, al párr. 54: «Una vez recordadas estas consideraciones, procede asimismo señalar que el hecho de que deba entenderse que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido justifica la aplicación de las disposiciones de Derecho nacional que puedan regular el reparto de los gastos de constitución y cancelación de hipoteca en defecto de acuerdo entre las partes. Pues bien, si estas disposiciones hacen recaer sobre el prestatario la totalidad o una parte de estos gastos, ni el artículo 6, apartado 1, ni el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 se oponen a que se niegue al consumidor la restitución de la parte de dichos gastos que él mismo deba soportar».

respecto de los gastos hipotecarios en su sentencia de 24 de julio de 2020²⁸². Lo cual es correcto a pesar de cierto ruido mediático²⁸³ a la publicación de la sentencia europea. En esencia, el TJUE conviene con el TS²⁸⁴ que una vez declarada la nulidad de una cláusula lo que corresponde es actuar como si esa cláusula nunca hubiese existido, es entonces cuando se debe aplicar el Derecho nacional por los tribunales nacionales para determinar a quien corresponden los gastos. Que es, en este caso, lo que sostiene nuestro alto tribunal.

Aun así, es cierto que persisten puntos de divergencia con el TJUE. Por ejemplo, la consideración del TS de la comisión de apertura como parte del precio del préstamo²⁸⁵ (no sólo el interés remuneratorio), por tanto, incluida en la TAE, lo cual nos llevaría a plantear que únicamente sería factible un control de transparencia sobre dicha comisión. Esto no se compadece con lo declarado por el TJUE que expresa claramente que dicha comisión no integra el precio²⁸⁶

²⁸² STS 457/2020, de 24 de julio, FJ 3º: «8.- En conclusión, la jurisprudencia de esta sala distinguió, en cuanto a los gastos que son objeto de este procedimiento, entre aquellos gastos cuyo pago, conforme a las disposiciones de Derecho nacional aplicables en defecto de tal cláusula, correspondía al consumidor y aquellos cuyo pago correspondía al banco, y condenó al banco a pagar estos últimos al consumidor. Doctrina cuya corrección ha resultado plenamente confirmada por la STJUE de 16 de julio de 2020, en los asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19».

²⁸³ Se sucedieron diversas noticias en distintos medios que daban a entender una contradicción o enmienda del TJUE al TS. Sirvan como ejemplo https://www.abc.es/economia/abci-tjue-sentencia-deben-devolver-gastos-hipotecas-vinculados-clausulas-abusivas-202007161116_noticia.html, y <https://elpais.com/economia/2020-07-16/el-tribunal-de-la-ue-dictamina-que-los-gastos-hipotecarios-derivados-de-una-clausula-abusiva-deben-devolverse-al-cliente.html> (última consulta 31 de agosto de 2020).

²⁸⁴ Una buena explicación de esta coincidencia entre estos tribunales la realiza ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: «Los gastos de la hipoteca tras la Sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020», publicado en el blog “Hay Derecho”, 20 de julio de 2020, que puede consultarse aquí: <https://hayderecho.expansion.com/2020/07/20/los-gastos-de-la-hipoteca-tras-la-sentencia-del-tjue-de-16-de-julio-de-2020/> (última consulta 31 de agosto de 2020).

²⁸⁵ Vid. BLANCO, J. L.: «Respuesta europea respecto a la naturaleza jurídica de la comisión de apertura en los préstamos hipotecarios: ¿Una enmienda al posicionamiento del Tribunal Supremo?», *Revista del Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, 31 de julio de 2020, págs. 3 y ss.

²⁸⁶ Como expone con claridad al párrafo 71: «El hecho de que una comisión de apertura esté incluida en el coste total de un préstamo hipotecario no implica que sea una prestación esencial de este».

o retribución por formar parte de la TAE, con lo cual, podrá ser objeto de control de abusividad²⁸⁷.

La LCCI vuelve a dar un giro a la distribución de los gastos y en la multitud de apartados del artículo 14.1.e)²⁸⁸ se encuentra el nuevo reparto. Añade la forma de cálculo de las compensaciones que correspondan al prestamista subrogado.

De acuerdo con el texto de la LCCI, me permito observar, que se ha abordado el tema de las cláusulas abusivas con una técnica legislativa de trazo grueso que ha sido irrespetuosa con la jurisprudencia pese a las múltiples advertencias por la doctrina o el CGPJ en el periodo formativo de la LCCI.

Contrasta que uno de los expresos fines de la nueva regulación del crédito inmobiliario sea la posibilidad de la negociación y la comparativa de las diferentes ofertas, sin embargo, la legislación imperativa sobre las cuestiones más controvertidas, a raíz de los abusos bancarios de los últimos años, delimita o ahoga la horquilla del 1255 CC a la hora de poder manejar los diferentes elementos sobre los que plantear esa hipotética negociación.

²⁸⁷ En consonancia con el razonamiento que comparto de AGÜERO ORTÍZ, A.: «Nuevamente dando esquinazo a la Directiva 93/13/CEE: Comisión de apertura y restitución de gastos. Comentario a las SSTs 44, 46, 47, 48 y 49/2019, de 23 de enero», *Revista del Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, 30 de enero de 2019, págs. 8 y 9, diferenciando entre el precio del préstamo del coste total. No todas las partidas que incluye la TAE corresponden al precio.

²⁸⁸ Cuyo texto dice: «e) Información clara y veraz de los gastos que corresponden al prestamista y los que corresponden al prestatario. Los siguientes gastos se distribuirán del siguiente modo: i. Los gastos de tasación del inmueble corresponderán a prestatario y los de gestoría al prestamista. ii. El prestamista asumirá el coste de los aranceles notariales de la escritura de préstamo hipotecario y los de las copias los asumirá quien las solicite. iii. Los gastos de inscripción de las garantías en el registro de la propiedad corresponderán al prestamista. iv. El pago del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados se realizará de conformidad con lo establecido en la normativa tributaria aplicable».

3.3.2. *Respuestas de la DGSJFP a las dudas interpretativas de la ley*

Desde los trabajos preparatorios de la LCCI habían surgido no pocas dudas acerca de su aplicación o de algunos conceptos que se desarrollan en la propia ley. Con motivo de utilizar una metodología coherente y un discurso nítido y eficaz, muchas de estas cuestiones, errores advertidos o dudas interpretativas, aparecen integradas en el presente estudio en los capítulos y apartados correspondientes al tratar cuestiones concretas que provienen de la ley. No obstante, resulta ilustrativo hacer un repaso a los múltiples y diferentes pronunciamientos de la DGRN²⁸⁹ (actualmente, Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, DGSJFP) con respecto a las dudas que surgen en el entorno de la aplicación de la LCCI como órgano directivo de dos profesiones íntimamente relacionadas y con un gran protagonismo en el crédito inmobiliario.

La importancia de la LCCI debe ser considerada a la vista de la gran cantidad de operaciones jurídicas que afecta y el enorme valor económico del mercado que regula y desarrolla. Debido a estos factores tan relevantes, la interpretación de la LCCI resulta una cuestión capital para quienes vayan a operar bajo su ámbito de aplicación.

Es precisamente ese ámbito el que ha dado pie a algunas de las cuestiones más controvertidas al adoptar la ley nacional un criterio de protección subjetivo que abarca a toda persona física, como ya se ha comentado previamente. De esta manera, se va más allá del propio texto de la Directiva europea.

A la vista del ámbito de aplicación consagrado en el artículo 2.1 de la LCCI, cabe cuestionarse si una persona física no consumidora o jurídica ha de

²⁸⁹ Desde la publicación del Real Decreto 139/2020, de 28 de enero, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales, en su artículo 2.2 suprime la DGRN y pasa a denominarse Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, conforme al art. 2.1.A).1^a.c.

realizar la comparecencia prevista en el artículo 15 acerca de la comprobación del cumplimiento del principio de transparencia material habida cuenta que en los contratos celebrados con no consumidores no es predicable control de transparencia ni abusividad, sino, únicamente, control de incorporación conforme establece el Tribunal Supremo²⁹⁰ en su jurisprudencia. Tal vez resulte un acto superfluo a la vista de lo anterior.

Es precisamente para la garantía de esa transparencia lo que produce un rápido desarrollo reglamentario de la de LCCI (Real Decreto 309/2019, de 26 de abril y Orden ECE/482/2019, de 26 de abril). Previamente a la entrada en vigor de la ley, la DGRN ha tenido ocasión de pronunciarse, ya sea a excitación del Consejo General del Notariado como por propia iniciativa, acerca de cuestiones que vienen a resolver algunas de las dudas que suscitaba la inmediata aplicación del nuevo régimen de los contratos de crédito inmobiliario.

De esta manera, el 16 de mayo de 2019, la DGRN emite una resolución en consulta²⁹¹ sobre la interpretación de determinados aspectos de la LCCI y

²⁹⁰ STS 533/2019, de 10 de octubre, FJ 4º, donde la sala expresa su pacífica y asentada jurisprudencia: «2.- En efecto, la exclusión de la cualidad de consumidor en el demandante hace improcedente la realización de los controles de transparencia y abusividad pretendidos en la demanda, según reiterada y uniforme jurisprudencia de esta sala (sentencias 367/2016, de 3 de junio ; 30/2017, de 18 de enero ; 41/2017, de 20 de enero ; 57/2017, de 30 de enero ; 587/2017, de 2 de noviembre ; 639/2017, de 23 de noviembre ; 414/2018, de 3 de julio ; y 230/2019, de 11 de abril , entre otras)».

²⁹¹ Dicha consulta fue planteada por el CGN en los siguientes términos: «a) Si el prestamista, intermediario de crédito inmobiliario o su representante designado pueden actuar a través de un gestor. b) Si la respuesta fuera positiva, ¿cuál es el medio jurídico de acreditación ante el notario de tal circunstancia, así como su contenido? c) ¿Cuál es el medio técnico a emplear por el notario cuando el prestamista, intermediario de crédito inmobiliario o su representante designado actúe por sí, o a través de un tercero, si esto último es posible, dado que las obligaciones que impone la LCCI y su normativa de desarrolla implican comunicaciones que son exteriorización de una función pública que, conforme a la legislación notarial, quedan sujetas a determinados requisitos de forma y fondo para que sean válidas? d) ¿Cabe sustituir a voluntad del notario la remisión circunstanciada en extracto prevista tanto en el LDCCI, como en el RDCCI, por una copia simple electrónica? e) ¿Se pueden emplear por el consumidor medios telemáticos para elegir libremente al notario de su elección que quedarían ratificados cuando el mismo comparece en la notaría exhibiendo el citado documento nacional de identidad o el documento oficial expedido con idéntica finalidad, siempre que los mismos permitan de manera síncrona al prestamista, intermediario de crédito inmobiliario o su representante designado conocer al notario elegido?».

del Real Decreto 309/2019, en el ejercicio de funciones notariales de comprobación de la transparencia. Mencionada resolución se pronuncia acerca de la consideración de la figura del gestor como un interlocutor válido a través del cual puedan operar los intervinientes en el crédito inmobiliario reflejados en el texto de la LCCI, la acreditación de dicha circunstancia y otras cuestiones operativas para la práctica de la función notarial.

La respuesta de la DGRN a las consultas planteadas, resumidamente, entiende que los gestores pueden encuadrarse entre los representantes designados, lo que podrá ser acreditado ante el notario al remitir una copia autorizada electrónica de la escritura de poder. Con respecto a la libre elección de notario, y su importancia a efectos del artículo 15 LCCI, la Dirección General manifiesta la relevancia fundamental de tal supuesto en garantía de los derechos de los consumidores. Se añade que los medios telemáticos son muy bienvenidos, si bien, lo fía a un sistema que se implemente en el futuro cercano con el fin de que «El cliente pueda realizar esa designación en su domicilio, o fuera de la oficina bancaria».

El 13 de junio del mismo año, apenas un mes después, aparece la Instrucción de 13 de junio de 2019, de la DGRN, sobre el depósito de condiciones generales de la contratación, y el reflejo del mismo en las escrituras de préstamo y en el registro de la propiedad, desde la entrada en vigor de la ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, que, como cuyo nombre indica y posteriormente desarrolla el texto de la instrucción, versa acerca de dudas interpretativas que se daban acerca del depósito en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

Dicho registro adquiere importancia en dos momentos²⁹² de la contratación inmobiliaria. El primero es al que se refiere la instrucción, atinente al depósito de los clausulados con condiciones generales de la contratación que han de coincidir con el contrato de crédito inmobiliario establecido por las partes. El segundo momento es la remisión que se ha de hacer al RCGC de las sentencias firmes en las que se declare la nulidad, cesación o retractación de condiciones generales abusivas. Dichos momentos quedan reflejados en la modificación de la LCGC que realiza la Disposición final cuarta²⁹³ de la LCCI.

La instrucción aborda tres cuestiones que se cuestionan la necesidad del control y constancia del depósito previo de las condiciones generales, la forma en que debe realizarse el mencionado depósito y la forma de actuar cuando se observen discrepancias entre el contrato y el clausulado depositado en el Registro.

La Dirección General es clara al advertir que deberá existir ese control del previo depósito de las condiciones generales tanto por parte del notario como del registrador dentro de sus respectivas funciones y destaca la gratuidad del procedimiento. Con respecto a la segunda cuestión, la DGRN adopta una

²⁹² DEL REY BARBA, S.: *La calificación registral de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2019, pág. 204.

²⁹³ Cuyo texto, expone: «Se modifican los apartados 2 y 4 del artículo 11, que quedan redactados como sigue: "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».

postura flexible²⁹⁴ al permitir tanto el depósito íntegro de los modelos de contrato como formularios de cláusulas que vengan ordenados por materias. Finalmente, con respecto a la disimilitud o desemejanza entre cláusulas concretas del préstamo que se firme y las que figuren depositadas se entiende que dichas cláusulas pasan a ser particulares, o lo que es lo mismo, que han sido negociadas individualmente, por tanto, no impiden su inscripción, basándose para ello en el *dictum*²⁹⁵ del art. 23.3 LCCI.

A medida que se acercaba la fecha de la entrada en vigor y consecuente aplicación efectiva de la LCCI se abunda en algunas cuestiones que afloraban a raíz de la anterior consulta formulada por el CGN. Así, el día 15 de junio de 2019, aparece publicada en el BOE la Instrucción de 14 de junio de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre el uso de las plataformas informáticas de las entidades financieras y gestorías, para la tramitación de la información previa a las escrituras de préstamo hipotecario, en los días siguientes a la entrada en vigor de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, disposición número 9003. También el mismo día se publica la Instrucción de 14 de junio de 2019, de la DGRN, sobre la firma de operaciones cuya comercialización, oferta y entrega al consumidor de la información se han desarrollado bajo la vigencia de la normativa anterior, formalizándose el préstamo tras la entrada en vigor de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, disposición número 9004.

²⁹⁴ Vid. Resumen de la Instrucción DGRN 13 de junio de 2019, sobre depósito de condiciones generales de la contratación, y el reflejo del mismo en las escrituras de préstamo y en el registro de la propiedad, que puede consultarse aquí: <https://www.notariosyregistradores.com/web/cuadros/a-mano/resumen-instruccion-dgrn-13-junio-2019-sobre-deposito-condiciones-generales-contratacion-y-ley-contratos-credito-inmobiliario/#enlace>. (última consulta 31 de agosto de 2020).

²⁹⁵ «El notario hará constar en el contrato el carácter de condiciones generales de las cláusulas que tengan esta naturaleza y que figuren previamente inscritas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, o la manifestación en contrario de los contratantes».

Estas instrucciones venían a resolver dos cuestiones que se habían planteado con motivo de la entrada en vigor de la LCCI, una de carácter más operativo y otra de carácter interpretativo.

La primera de las instrucciones expresadas establece su objeto acerca de los medios telemáticos seguros a los que obliga el artículo 14.1 LCCI sin precisar cuales deben ser esos medios. Esta instrucción ha sido objeto de crítica²⁹⁶ puesto que, por un lado, parece innecesario hablar de medidas de seguridad adicionales al margen de la plataforma notarial existente y, por otro lado, se irroga la DGRN unas funciones legislativas que no le corresponden al establecer nuevos plazos para el uso de medios alternativos a los digitales.

La segunda instrucción del centro directivo ilustra acerca de la eficacia de la FIPER en los tramos temporales de préstamos que se formalicen tras la entrada en vigor de la LCCI. La DGRN hace notar que no basta con que la FIPER hubiese sido emitida antes de la entrada en vigor de la LCCI, sino que se debe acreditar fehacientemente que ha sido expresamente aceptada por la parte prestataria y sus garantes. En cualquier caso, si debe destacarse la necesidad del acta previa en cualquier caso por *mor* de la operativa que describe los artículos 15.3 y 15.7 LCCI que se refiere a la autorización o inscripción de escrituras por el notario y registrador respectivamente y están condicionados por la existencia y reseña del acta.

Como apuntes anejos a las cuestiones tratadas, es destacable que esta instrucción de la DGRN parece más referida al acta que al uso de la FIPER, puesto que la Disposición Final Tercera (de la cual se hace eco la propia instrucción) refiere claramente que: «Esta orden entrará en vigor el día 16 de junio de 2019, subsistiendo hasta esta fecha la obligación de facilitar la ficha de

²⁹⁶ Vid. ALBIEZ DOHRMANN, K. J.: «Las dos primeras instrucciones de la DGRN sobre la transparencia en los contratos de crédito inmobiliario», *Revista del Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, 22 de junio de 2019.

información personalizada (FIPER), a excepción de los apartados siete y doce del artículo segundo, que entrarán en vigor a los 3 meses de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado». De esta manera resolvía el entuerto creado con la regulación que hacía la LCCI en su Disposición Transitoria Cuarta que queda derogada de manera tácita²⁹⁷.

Posteriormente, a raíz del plazo establecido hasta el 31 de julio como fecha límite para poder realizar la firma de operaciones sin hacer uso de las plataformas informáticas previstas que se recogía en la Instrucción de 14 de junio de 2019, se dicta una nueva Instrucción de 31 de julio de 2019, sobre el uso de las plataformas telemáticas para la preparación del acta de información previa y la escritura de préstamo hipotecario.

Esta nueva instrucción establece que a partir del 1 de agosto (de 2019), «Las operaciones de préstamo deberán tramitarse empleando los medios telemáticos establecidos en la normativa reguladora de los préstamos hipotecarios», que deberán tener una serie de características de acuerdo con la LCCI y el Real Decreto 309/2019 que establece los siguientes apartados:

- a) Seguridad.
- b) Uso de la plataforma notarial para las actuaciones del notario que constituyen función pública.
- c) Conexión de las plataformas de los bancos o entidades con la red telemática de los notarios.
- d) Garantía de libre elección de notario.
- e) Eficacia de la Instrucción.
- f) Periodo transitorio.

²⁹⁷ ALBIEZ DOHRMANN, K. J.: «Las dos primeras instrucciones de la DGRN sobre la transparencia en los contratos de crédito inmobiliario», ob. cit., pág. 5.

- g) Recopilación de información a efectos de la revisión y seguimiento en la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos.

Posteriormente, el 20 de diciembre de 2019, se dicta la Instrucción de la DGRN 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.

Esta instrucción es la de mayor profundidad y calado de cuantas se han dictado en interpretación de la LCCI y lo hace por diversas consultas planteadas con base en el artículo 103²⁹⁸ de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, por parte de el CGN y del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España (CORPME), y consultas informales que plantean los operadores jurídicos relacionados con la aplicación de la LCCI.

Pasamos a extraer las conclusiones más relevantes, especialmente las que tienen que ver con la fase precontractual, a las que llega el centro directivo en respuesta a las consultas planteadas.

Ante las dudas surgidas acerca de la autorización de la escritura pública en los préstamos denominados “mixtos²⁹⁹” y las cuestiones subyacentes que les afectaban (régimen de gastos, necesidad de acta previa e informaciones precontractuales entre otras que desarrolla la Instrucción), la DGRN concluye

²⁹⁸ «Artículo 103. Consultas vinculantes. 1. El Consejo General del Notariado y el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles podrán elevar consulta a la Dirección General de los Registros y del Notariado respecto de aquellos actos o negocios susceptibles de inscripción en cualquiera de los Registros a su cargo. 2. Las consultas evacuadas de conformidad con lo dispuesto en este artículo serán vinculantes para todos los Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles, quienes deberán ajustar la interpretación y aplicación que hagan del ordenamiento al contenido de las mismas. 3. Reglamentariamente se establecerá el procedimiento mediante el cual se articularán las mencionadas consultas».

²⁹⁹ Supuestos en los que el préstamo es concedido a personas jurídicas ostentando la situación de garante personal o real una persona física y viceversa.

que la LCCI no es aplicable a los prestatarios personas jurídicas ni resulta obligatoria el acta previa con ellas, sin embargo, si será necesaria dicha acta para todas las personas físicas fiadoras o garantes en aplicación de lo dispuesto en los arts. 14 y 15 LCCI.

En el supuesto de que uno de los cónyuges deba otorgar su consentimiento para la constitución de hipoteca en aplicación del art. 1320 del CC³⁰⁰, será equiparado a la figura del hipotecante no deudor y, en su virtud, habrá de otorgarse acta previa.

En relación con los gastos del préstamo hipotecario, estos pueden ser negociados con la persona jurídica que tenga la posición de prestataria en el préstamo que se trate, no son imputables estos gastos al fiador o garante que es persona física.

Resulta muy ilustrativo el desarrollo de la consulta n.º2 planteada por el CGN³⁰¹ y la posterior respuesta, por su relación con las obligaciones de transparencia e información precontractual recogidas en la LCCI. A estos efectos, el órgano directivo entiende que la garantía hipotecaria no es un requisito indispensable para la sujeción del préstamo a la LCCI, por tanto, un préstamo personal formalizado con persona física consumidora con la finalidad de adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir queda sujeto a la aplicación de la LCCI a todos los

³⁰⁰ «Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe».

³⁰¹ «2º) ¿A qué préstamos personales se extiende la aplicación de la ley y en qué medida? ¿Quedan dentro del ámbito de aplicación los préstamos hipotecarios sobre inmuebles que no tengan carácter residencial?»

efectos en materia de información precontractual³⁰² pero no resulta obligatoria el acta previa.

La DGRN analiza también la obligatoriedad del acta previa en supuestos en los que una persona física actúe como prestataria, fiadora o garante, al ser la finalidad del préstamo la de adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir. La Dirección General llega a la conclusión de la obligatoriedad de dicha acta aún en el supuesto de que se trate de inmuebles de uso no residencial.

Para los supuestos de subrogación y las obligaciones de información precontractual que pudieran dimanar de los préstamos, la DGRN distingue entre la venta entre particulares. El comprador asume la deuda y sin intervención del acreedor, en cuyo caso no serán necesarias las obligaciones de transparencia formal ni se ha de otorgar acta (a salvo queda la información y condiciones atinentes al préstamo convenido), y la venta entre particulares en el que si interviene la entidad financiera como acreedor para dar su consentimiento. En este último supuesto, han de cumplirse las obligaciones informativas y ha de otorgarse el acta notarial para acreditar la transparencia material. La subrogación activa que no modifique ni altere la posición del deudor no se traduce en formalidad informativa alguna.

En los casos de novación modificativa del préstamo si habrá de autorizarse un acta previa, pero con un contenido más restringido o acotado a las modificaciones de que se trate y que difieran de lo pactado inicialmente.

³⁰² Vid. Resumen de la Instrucción DGRN 20 de diciembre de 2019 sobre dudas en la aplicación de la ley de contratos de crédito inmobiliario, que puede consultarse en el siguiente enlace <https://www.notariosyregistradores.com/web/normas/destacadas/resumen-instruccion-dgrn-20-de-diciembre-de-2019-ley-contratos-credito-inmobiliario/> (última consulta 31 de agosto de 2020).

Como ha quedado dicho, aquí se concentran las Instrucciones de la DGRN que interpretan el texto de la LCCI sin perjuicio de que en otros apartados del presente estudio se incorporen anotaciones que resuelvan o planteen dudas acerca de la aplicación de la LCCI para una mejor comprensión metodológica.

3.4. Consecuencias de su aprobación

El panorama inmediatamente anterior a la aprobación de la LCCI hacía augurar un endurecimiento de las condiciones de acceso al crédito. Las recientes modificaciones legales³⁰³ venían a intentar paliar las inexplicables polémicas protagonizadas por el Tribunal Supremo³⁰⁴ en cuanto a la decisión acerca de quien debe hacerse cargo del pago del impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

Esta decisión gubernamental, unida al errático comportamiento³⁰⁵ de nuestro alto tribunal, hacían tambalearse la, ya de por sí mermada, seguridad jurídica. Se había creado un clima de desconcierto sobre los operadores jurídicos que observaban expectantes el incierto panorama a la espera de una calma que aún tardaría en llegar.

³⁰³ Real Decreto-ley, 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, el cual contiene únicamente un artículo por el cual considera sujeto pasivo del impuesto al prestamista.

³⁰⁴ En particular las Sentencias 1505/2018, de 16 de octubre, 1523/2018, de 22 de octubre y la 1531/2018, de 23 de octubre de la Sección Segunda de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, que, conforme al Real decreto-ley citado en la nota precedente generaban una situación de incertidumbre e inseguridad jurídica que afectaba al mercado hipotecario.

³⁰⁵ Sirvan de ejemplo las Sentencias 44, 46, 47, 48 y 49/2019, de 23 de enero de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo que sienta la nueva doctrina jurisprudencial sobre cláusulas abusivas, y modifica, una vez más, anteriores resoluciones como la 705/2015 de 23 de diciembre acerca de los gastos hipotecarios.

De esta manera, durante el primer trimestre del año 2019, aunque la adquisición de vivienda experimentaba un ligero aumento, la aprobación de los créditos para dicha adquisición en los hogares españoles vieron confirmado³⁰⁶ el endurecimiento previsto, si bien, de carácter leve.

Con la aprobación de la LCCI, que no de su entrada en vigor, ya se empezaban a notar los primeros efectos³⁰⁷ sobre el mercado hipotecario español que se pueden sistematizar de la siguiente manera:

- a) Reducción de inseguridad jurídica y de la litigiosidad.
- b) Aumento de actividad crediticia y mejor funcionamiento del mercado hipotecario.
- c) Elevación de la competencia entre operadores.
- d) Aumento de los tipos de interés.
- e) Endurecimiento de las condiciones de acceso al crédito.
- f) Aumento de préstamos a tipo fijo.

Muchas de estas consecuencias eran las esperadas por los operadores jurídicos³⁰⁸ debido a la relación causa-efecto que se establece en determinadas cuestiones. Por ejemplo, los mayores gastos impuestos a los prestamistas en la nueva regulación hacían prever una repercusión directa en el aumento de los tipos de interés, lo que produce un encarecimiento del crédito.

³⁰⁶ Vid. MENÉNDEZ PUJADAS, Á.: «Encuesta sobre Préstamos Bancarios en España: abril de 2019», *Artículos analíticos, Boletín Económico 2/2019 del Banco de España*, 9 de abril de 2019, pág. 7.

³⁰⁷ «Recuadro 5. La ley reguladora de contratos de crédito inmobiliario», *Boletín Económico 1/2019 del Banco de España*, págs. 3 y 4.

³⁰⁸ Algunas prácticas concretas ya hacían augurar una disminución en solicitudes de crédito o un retraso en la formalización de escrituras debido a los nuevos plazos y condiciones impuestos en la nueva norma, como refleja esquemáticamente LÓPEZ, S.: «Efectos adversos de la Ley 5/2019 reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario para prestatarios, promotores de vivienda y entidades financieras». *Newsletter Fieldfisher Jausas*, 22 de marzo 2019. También DEL REY BARBA, S.: *La calificación registral de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios*, ob. cit., pág.383, advertía del endurecimiento de las condiciones.

A su vez, la exigencia de una evaluación de solvencia de cierto rigor y con estrictos requisitos es previsible que rebaje los riesgos asociados al impago y, por tanto, las ratios de incumplimiento se vean disminuidas, cuestión que, por otro lado, va en conexión con el sobreendeudamiento y será objeto de tratamiento mas adelante.

Una vez entrada en vigor la LCCI, los análisis del Banco de España³⁰⁹ presentan que el crédito a hogares para adquisición de vivienda experimentó pocos cambios con respecto a los meses precedentes. El hecho más significativo es una reducción de la demanda de financiación a las entidades bancarias que el organismo regulador explica por diversas razones:

- a) Menor confianza de los consumidores.
- b) Cambios regulatorios.
- c) Empeoramiento de las previsiones en el mercado de la vivienda.
- d) Financiación con fondos propios.

A lo anterior cabe añadir un efecto positivo de la competencia en el mercado que ha permitido una leve relajación de las condiciones económicas de los préstamos. No obstante, podemos añadir que la pérdida de confianza y demás razones expresadas, unidas a consumidores en riesgo de exclusión financiera, pudieran llevar a estos acudir a otros tipos de financiación ajenos a los organismos reguladores, lo cual aumenta exponencialmente el riesgo de las operaciones y la aparición de un sobreendeudamiento que perjudique seriamente la situación financiera de los prestatarios.

³⁰⁹ Vid. MENÉNDEZ PUJADAS, Á.: «Encuesta sobre Préstamos Bancarios en España: octubre de 2019», *Artículos analíticos, Boletín Económico 4/2019 del Banco de España*, 22 de octubre de 2019, pág. 6.

Durante el último trimestre del 2019³¹⁰, la tendencia observada continuaba prácticamente igual con respecto a los últimos meses del año. En este periodo se produjo una considerable reducción de la demanda de financiación a las entidades de crédito para la adquisición de vivienda y resulta el mayor desplome desde el año 2013. Las causas que explican esta línea descendente en el mercado de crédito hipotecario son muy similares con respecto a las ya expresadas en las que persiste la pérdida de confianza de los consumidores, los cambios regulatorios y un aumento de la financiación distinta a la ofrecida por las entidades de crédito (tanto fondos propios como otros operadores del mercado).

El primer trimestre del año 2020 no se observan cambios relevantes en el mercado hipotecario. Se mantiene la tendencia reduccionista en la solicitud de préstamos o créditos para adquisición de vivienda a las entidades de crédito por las mismas causas y razones que en los trimestres precedentes³¹¹. Sin embargo, el aumento de formalización de hipotecas sobre vivienda ha sido de un 4,1% en 2019 respecto al año anterior y han aumentado exponencialmente los préstamos hipotecarios a tipo fijo al superar a los de tipo variable³¹².

A las razones expuestas por el BE acerca de la reducción en el número de hipotecas formalizadas por los bancos se ha de añadir otra consecuencia de singular importancia como es el aumento del importe de las hipotecas, tal y como constatan las estadísticas registrales representadas en el IRAI³¹³.

³¹⁰ MENÉNDEZ PUJADAS, Á.: «Encuesta sobre préstamos bancarios en España: enero de 2020», *Artículos analíticos. Boletín Económico del Banco de España 1/2020*, pág. 10.

³¹¹ MENÉNDEZ PUJADAS, Á.: «Encuesta sobre préstamos bancarios en España: abril de 2020», *Artículos analíticos. Boletín Económico del Banco de España 2/2020*, pág.9

³¹² Vid. Boletín Estadístico Registral (BER), N.º 39, junio 2020, págs. 1 y ss., que puede consultarse en el siguiente enlace: <https://www.registradores.org/actualidad/portal-estadistico-registral/boletin-estadistico-registral> (última consulta 31 de agosto de 2020).

³¹³ Este índice lo realiza el colectivo de registradores de la propiedad en el que aportan indicaciones estadísticas acerca del sector inmobiliario. La tendencia del crecimiento en el importe de las hipotecas puede observarse con nitidez desde el tercer trimestre de 2019 que coincide con la entrada en vigor de la LCCI. Si bien, se ha de constatar un ligero descenso, porcentualmente poco significativo, en el importe de las hipotecas durante el primer trimestre de 2020. Puede consultarse

Este índice también nos revela otro dato significativo al poner de manifiesto el aumento en el número de hipotecas. Esto nos lleva a la conclusión de constatar la «huida» de la financiación bancaria hacia otros operadores en la intermediación financiera para la adquisición de vivienda.

A la vista de los datos reseñados, puede observarse que el objetivo de devolver la confianza al mercado de crédito inmobiliario no se ha logrado aún, si bien, es tal vez un poco precipitado asegurarlo con certeza y habrá que observar la evolución de los próximos meses. Por otro lado, el esfuerzo legislativo empleado para garantizar la seguridad jurídica y la transparencia material, como consecuencia de una verdadera comprensión de los prestamistas acerca de las estipulaciones y sus consecuencias en el contrato, supone un modelo de contratación excesivamente normado que protege al prestamista de hipotéticas reclamaciones futuras y que ha logrado encarecer y dificultar el acceso al préstamo.

Conviene poner de manifiesto que una reducción en la inseguridad jurídica viene dada por una legislación imperativa que fija criterios (en ocasiones discutibles) acerca de cuestiones controvertidas para resolver problemas acuciantes. Ello no debe hacer perder la perspectiva de una visión de conjunto, al recordar que, anudado a la seguridad jurídica se encuentra el problema de litigación excesiva de nuestro entorno. A la vista de la estadística judicial³¹⁴ se observa que ha aumentado un 6,3% la Tasa de Litigiosidad en la jurisdicción civil (4,1% la Tasa global). Respecto a las acciones individuales sobre condiciones generales incluidas en contratos de financiación con garantías

aquí: <https://www.registradores.org/indice-registral-de-actividad-inmobiliaria> (última consulta 31 de agosto de 2020).

³¹⁴ Datos extraídos de la estadística del CGPJ, que pueden ser consultados aquí: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Actividad-de-los-organos-judiciales/Juzgados-y-Tribunales/Justicia-Dato-a-Dato/> (última consulta 31 de agosto de 2020).

inmobiliarias cuyo prestatario sea una persona física³¹⁵, el número de asuntos ha experimentado una evolución con tendencia a la baja desde el último trimestre de 2018, donde ingresaron 48.170 procedimientos, hasta el tercer trimestre de 2019 (24.846 asuntos). Posteriormente, repuntan el número de procedimientos durante el último trimestre de 2019 (29.305) para luego volver a disminuir durante el primer trimestre de 2020 (22.652). Con carácter general, el número de asuntos ingresados en los órganos judiciales por litigación acerca de cláusulas presuntamente abusivas arroja en 2018 un número total de 202.787 procedimientos, y en 2019 de 132.471.

A la vista de las cifras presentadas, la influencia de la LCCI en la atenuación o mitigación del fenómeno litigioso no puede ser observada con dichos datos, ya que, se corresponderá, en todo caso, con los contratos de crédito suscritos a partir de la entrada en vigor de la ley. A mayor abundamiento, los datos parecen seguir un lógico descenso que varía conforme los hitos jurisprudenciales anteriormente descritos, pero distan aún de haber solucionado el problema de litigación masiva en el que seguimos inmersos.

4. INTERVENCIÓN DEL NOTARIO EN LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO

Con la entrada en vigor de la LCCI el papel del notario adquiere una singular importancia. Sin embargo, debemos preguntarnos el valor, carácter jurídico y relevancia que tenía hasta el momento el deber de asesoramiento previo que emanaba de los instrumentos por ellos sancionados. Es decir, surge el deber de analizar los pormenores de la relevancia de su intervención y si con

³¹⁵ Datos recogidos de la estadística del CGPJ sobre el efecto de la crisis en los órganos judiciales por TSJ hasta Primer Trimestre 2020 que puede ser consultado en el siguiente enlace: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Datos-penales-civiles-y-laborales/Civil-y-laboral/Efecto-de-la-Crisis-en-los-organos-judiciales/> (última consulta 31 de agosto de 2020).

la legislación previa a la aprobación de la LCCI los nuevos deberes consagrados para su papel en el crédito inmobiliario no resultan superfluos o innecesarios.

Resulta curioso observar que la figura del notario brilla por su ausencia en el texto de la Directiva 2014/17 y ello, tal vez, porque la figura de este fedatario público resulta diferente en cuanto a su actividad para este tipo de contratos en otros países europeos y, sobre todo, por el problema idiosincrático español reflejado en páginas anteriores respecto a los consabidos problemas de litigación acerca de cláusulas abusivas y la considerable merma en la seguridad jurídica que ha operado en el sistema.

No parece haber dudas acerca de la naturaleza jurídica de la relación contractual que se establece entre el notario y el cliente que solicita su intervención. Se califica de manera prácticamente unánime como un contrato de arrendamiento de servicios. Aunque parece ser la definición más apropiada, la consideración particular del notario como funcionario público y, por otro lado, como profesional del Derecho, ha suscitado algunas manifestaciones³¹⁶ acerca de su adecuación a dicha calificación.

De esta manera, ya resulta conocida³¹⁷ la preexistencia de un asesoramiento informativo y preventivo por parte de notarios y registradores³¹⁸

³¹⁶ VERDERA SERVER, R.: *La responsabilidad civil del Notario*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, págs.126 y ss., donde el autor razona acerca de la singular naturaleza de la relación entre el notario y el cliente y, a pesar de los matices existentes y la postura sin fisuras de la jurisprudencia mayoritaria, identifica que la prestación del notario como un contrato de obra en el cual, entiendo, se acomoda mejor dicha figura.

³¹⁷ Vid. SOLER SOLÉ, G., SERRA RODRÍGUEZ, A., IZQUIERDO BLANCO, P.: *Cláusulas abusivas en la contratación bancaria*, Bosch, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2014, pág. 41. En el mismo sentido, PERTÍÑEZ VILCHEZ, F.: *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, ob. cit., págs. 239 y ss. También en la misma línea, GÓMEZ GÁLLIGO, J.: *Control notarial y registral de la legalidad de los préstamos hipotecarios*, en ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., MURGA FERNÁNDEZ, J. P. (Dirs.): *Vivienda, préstamo y ejecución*, ob. cit., págs. 689 y ss.

³¹⁸ Vid. MONTES RODRÍGUEZ, M^a. P.: «Las condiciones generales de los contratos bancarios y la protección de los consumidores y usuarios», en CUÑAT EDO, V., BALLARÍN HERNÁNDEZ, R. (Dirs.): *Estudios sobre jurisprudencia bancaria*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2000, págs. 129 a 131. Con respecto a los registradores de la propiedad SILLERO CROVETTO, B.: «El Derecho a la información y a la protección del consumidor en la compraventa de vivienda», en CAÑIZARES LASO, A. (Coord.): *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, Tecnos, Madrid, 2006, pág.

en el control de supuestas cláusulas abusivas en contratos con condiciones generales de contratación. Se incluye en ese control preventivo un control de transparencia³¹⁹ acerca de los requisitos de información establecidos en la conocida Sentencia de 9 de mayo de 2013.

Aunque centraré el estudio en la figura del notario debido al papel preeminente que le otorga la LCCI, conviene destacar que tanto notarios como registradores tienen, y han tenido, papeles diferentes y complementarios³²⁰ con respecto al control de legalidad de las cláusulas de los contratos de crédito inmobiliario.

La Directiva 2014/17, se refiere en todo momento a «los prestamistas y, en su caso, los intermediarios de crédito o los representantes designados», que, según las definiciones que aparecen en la LCCI, ninguno podrá ser un fedatario público, como los que han de proporcionar las diferentes informaciones a que se refieren los artículos 13, 14 y 15, de la Directiva, completados por las «explicaciones adecuadas» a que se refiere el artículo 16. Por tanto, la actividad notarial conducente a la superación de la transparencia material resulta una creación de nuestro legislador.

50, señala: «La Disposición Adicional 2ª de la LCGC modifica los artículos 222, 253 y 258 de la Ley Hipotecaria, imponiendo a los Registradores de la propiedad una triple obligación: - De información a los consumidores y usuarios respecto a los derechos y deberes que le asisten al amparo de la L. Def. Consum., sobre aspectos generales del procedimiento registral, requisitos para la inscripción, recursos contra la calificación, etc. – De denegar la inscripción de las cláusulas abusivas. – De control de la información general. Con todas estas medidas se intensifica la información que permitirá al consumidor conseguir una correcta formación de su voluntad a la hora de contratar la adquisición de una vivienda».

³¹⁹ Como así se establecía ya desde la Resolución de 13 de septiembre de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN), BOE N.º 246, de 14 de octubre de 2013, págs. 83557 a 83570, expresando: «Cuestión distinta, por tanto, a la del control de contenido o abusividad es la relativa a la transparencia de la cláusula debatida, requisito esencial según el Tribunal Supremo para la licitud de la misma. Sobre tal extremo el registrador no sólo puede sino que debe comprobar si han sido cumplidos los requisitos de información establecidos en la normativa vigente, pues se trata de un criterio objetivo de valoración de dicha transparencia».

³²⁰ Vid. BALLUGERA, GÓMEZ, C.: «Tratamiento registral de las cláusulas abusivas de las hipotecas», en AA.VV.: *El contrato bancario, tiempos revueltos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, pág. 282.

Previamente a sumergirnos en la responsabilidad del notario al abrigo de las funciones reseñadas en la LCCI, resulta conveniente detenerse en el escenario preexistente a dicha norma. Se deben desgranar los pormenores de la actuación del notario con especial incidencia en el carácter del que estaban revestidos los instrumentos notariales y las consecuencias jurídicas que dimanaban de dichos instrumentos. A su vez, veremos el desempeño de la importante función que la norma le reserva para la acreditación de la transparencia material.

Como parte relevante de la función notarial, una vez ha sido requerido para prestar sus servicios, resulta el deber de asesorar a los otorgantes de la escritura sobre su valor, alcance y efectos, tal y como recoge el artículo 147³²¹ del Decreto de 2 de junio de 1944 por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado. En el texto se consagra expresamente una obligación de control de legalidad y que la voluntad ha sido debidamente informada con la evidente intención de corregir las asimetrías y desequilibrios³²² que pudieran existir entre las partes otorgantes. De esta manera, dentro de los efectos que produce el instrumento jurídico notarial

³²¹ Artículo 147 del reglamento de la organización y régimen del notariado, el cual expone: «El notario redactará el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, e informará a aquéllos del valor y alcance de su redacción, de conformidad con el artículo 17 bis de la Ley del Notariado. En el texto del documento, el notario consignará, en su caso, que aquél ha sido redactado conforme a minuta y si le constare, la parte de quien procede ésta y si la misma obedece a condiciones generales de su contratación. Asimismo, el notario intervendrá las pólizas presentadas por las entidades que se dedican habitualmente a la contratación en masa y sean conformes a la voluntad de las partes. 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 necesitado de ella. También asesorará con imparcialidad a las partes y velará por el respeto de los derechos básicos de los consumidores y usuarios».

³²² ÁVILA ÁLVAREZ, P.: *Derecho Notarial*, Bosch, 7º edición, Barcelona, 1990, pág. 17.

válidamente otorgado, el artículo 1218³²³ del CC nos ilustra acerca de su valor probatorio.

Si atendemos a la redacción del artículo 147 del RN, resulta pertinente destacar que en la mayoría de los contratos de préstamo o crédito hipotecario se obvian algunos apartados de dicho precepto. La práctica habitual es la entrega de una minuta previamente redactada al notario por una de las partes y en la que se contienen condiciones generales de la contratación.

Contrasta este enfoque, que podríamos denominar «utilitarista» - en *pro* de dotar de agilidad a las operaciones - con la extensión y complejidad de los instrumentos en que quedan redactadas las minutas. Todo ello en detrimento de una mayor racionalidad que aligere esa carga de interminables cláusulas y condiciones que, en la mayoría de las ocasiones, resultan innecesarias por las previsiones legales al efecto.

En esencia, en esa participación previa del notario, tal y como se desprende de las normas que disciplinan su profesión, se despliega un control de legalidad que debe proyectarse de una manera protectora y tuitiva sobre la forma y el fondo del negocio jurídico de que se trata³²⁴ y que debe dotarlo de seguridad jurídica para los contratantes.

Aparte de la función notarial de asesoramiento preventivo, se puede afirmar que existe una suerte de segundo control de legalidad³²⁵ realizado por la

³²³ «Los documentos públicos hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste. También harán prueba contra los contratantes y sus causahabientes, en cuanto a las declaraciones que en ellos hubiesen hecho los primeros».

³²⁴ Así, recoge algunos criterios de la función notarial en la contratación con condiciones generales, ORDUÑA MORENO, F. J., SÁNCHEZ MARTÍN, C.: *Control de transparencia y contratación bancaria. Régimen jurídico y doctrina jurisprudencial aplicable*, ob. cit., pág. 95, destacando el juicio de legalidad, por un lado, y, por otro lado, un examen que ha de hacerse de manera garantista en consecuencia a la asimetría de posición contractual.

³²⁵ CALVO GONZÁLEZ-VALLINAS.: *Las cláusulas de la hipoteca*, Fundación Beneficentia et peritia iuris, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006, págs. 65 a 71.

calificación registral que emiten los registradores de la propiedad siempre a salvo de una hipotética declaración de abusividad que quedaría en manos de los Juzgados y Tribunales al ser una función estrictamente jurisdiccional.

En el préstamo o crédito hipotecario, su acceso al Registro viene ligado por el carácter real de la hipoteca y a pesar del *dictum*³²⁶ del artículo 1.1 de la Ley Hipotecaria, los Libros de Registro contienen multitud de cláusulas personales, muchas de ellas abusivas, que no han sido depuradas como sería deseable.

La meticulosidad de la regulación implementada por la LCCI abarca, por tanto, cuestiones que parecen ya previstas³²⁷ en el desarrollo de la actividad notarial ordinaria, tales como su deber de asistencia y consejo³²⁸ de una manera activa e imparcial que resulta fundamental para garantizar la seguridad jurídica.

A raíz de este razonamiento, nos encontramos con el inciso del artículo 15.6 de la LCCI acerca del valor probatorio, la comprensión y aceptación del contenido de los documentos que se han autorizado y que ha revisado el notario. Este inciso, empero, se antoja de nuevo superfluo no sólo por el hecho de hacer prueba en el sentido expresado que configura el artículo 1218 del CC no resulta necesario detenerse en la función de asistencia y consejo, sino que, además, por

³²⁶ «El Registro de la Propiedad tiene por objeto la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles. Las expresadas inscripciones o anotaciones se harán en el Registro en cuya circunscripción territorial radiquen los inmuebles. Los asientos del Registro practicados en los libros que se determinan en los artículos doscientos treinta y ocho y siguientes, en cuanto se refieran a los derechos inscribibles, están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en esta Ley».

³²⁷ Vid. CÁMARA LAPUENTE, S.: «Transparencia “material” y función notarial en la Ley 5/2019 ¿Control, carga o trampa?», *El Notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, N.º 84, 2019, págs. 18-25.

³²⁸ SCHWACHTGEN, A.: «¿Hacia una Fe pública universal ejercida por una profesión única en su género?» en AA.VV.: *La Fe Pública*, Junta de Decanos de los colegios notariales de España, Madrid, 1994, págs. 39 y 40.

mor del artículo 193³²⁹ del RN, con base en el principio del consentimiento informado, el notario ha de ir mas allá y debe asegurar la comprensibilidad³³⁰ de aquello que se va a firmar, sin limitar la intervención notarial a una repetición mecánica del texto de los instrumentos que van a ser firmados. Para ello requiere una conducta activa del notario y no simplemente pasiva y observadora.

Contrasta este esfuerzo regulador por nuestro legislador con la concisión que existe en algunos registros europeos³³¹ como un ejemplo de precisión y

³²⁹ «Los notarios darán fe de haber leído a las partes y a los testigos instrumentales la escritura íntegra o de haberles permitido que la lean, a su elección, antes de que la firmen, y a los de conocimiento lo que a ellos se refiera, y de haber advertido a unos y a otros que tienen el derecho de leerla por sí. A los efectos del artículo 25 de la Ley del Notariado, y con independencia del procedimiento de lectura, se entenderá que ésta es íntegra cuando el notario hubiera comunicado el contenido del instrumento con la extensión necesaria para el cabal conocimiento de su alcance y efectos, atendidas las circunstancias de los comparecientes. Igualmente darán fe de que después de la lectura los comparecientes han hecho constar haber quedado debidamente informados del contenido del instrumento y haber prestado a éste su libre consentimiento. Si alguno de los otorgantes fuese completamente sordo o sordomudo, deberá leerla por sí; si no pudiere o supiere hacerlo será precisa la intervención de un intérprete designado al efecto por el otorgante conocedor del lenguaje de signos, cuya identidad deberá consignar el notario y que suscribirá, asimismo, el documento; si fuese ciego, será suficiente que preste su conformidad a la lectura hecha por el notario».

³³⁰ En este sentido, BORRELL, J.: «Carácter rogado de la función: El previo requerimiento, concurso de requerimientos. Deber de prestación en la función: excusas. Deberes de imparcialidad y asesoramiento: El artículo 147 del Reglamento Notarial. Examen de antecedentes y expedientes. Control de legalidad.» en BORRELL, J. (Coord.): *Derecho Notarial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 75 y 76, donde explica: «Sin perjuicio del examen detallado de la materia en el tema correspondiente, queda claro que en un instrumento público el notario no se limita a garantizar la identidad de quien lo suscribe y la conformidad de éste con el contenido; le incumbe asegurar que, o el firmante ha comprendido el alcance y efectos de lo que firma o al menos, siendo dicho extremo por definición subjetivo y perteneciente al ámbito interno, ha tenido ocasión de comprenderlo atendidas sus circunstancias».

³³¹ CALVO GONZÁLEZ-VALLINAS, R.: *Las cláusulas de la hipoteca*, ob. cit., págs. 21 y 22, en la cual expone las cualidades de algunos Registros de Europa continental: «Las inscripciones de hipoteca se hacen de manera concisa en los Registros europeos. En Francia, el titular de la hipoteca remite al Conservador, junto al título constitutivo de la hipoteca, dos bordereaux, redactados conforme a un modelo oficial, que exige la constancia de unos datos muy precisos: la designación de las partes, la elección de un domicilio por el acreedor, la causa de la garantía, el capital y las cantidades accesorias garantizadas, el inmueble o los inmuebles gravados (art. 54 del Decreto de 14 de octubre de 1955). Uno de los bordereaux se devuelve al presentante, y el otro es objeto de archivo por la vía del enlissement. En el Registro alemán, la hipoteca accede a la sección III (Abteilung III), en la que se inscriben las hipotecas, las deudas inmobiliarias (Grundschulden) y deudas de renta (Rentenschulden). La inscripción es extraordinariamente breve: en ella se expresa el principal, los intereses, el plazo, la fecha del consentimiento dado a la inscripción (Bewilligung) y la fecha de la inscripción misma».

brevedad, lo que, sin duda, beneficia la comprensión de la publicidad registral, al limitar de manera esquemática los datos que deben acceder al Registro.

Por tanto, con la novedosa y elaborada regulación de la actividad de notario recogida en la LCCI se aprecia del texto de la norma, y del Real Decreto 309/2019 y la Orden ECE 482/2019 que la desarrollan parcialmente, un afloramiento de una confusa regulación³³² en cuanto a la multiplicidad y solapamiento de actuaciones y, en definitiva, la forma que marca el camino que ha de realizar el prestatario para alcanzar el hito de la superación del control de transparencia en su vertiente material.

Dicha regulación, con el afán de articular una información relevante y tempestiva al prestatario, se antoja en cierta medida excesiva. Parece abarcar ciertos aspectos ya considerados en cuanto a las funciones notariales se refiere y en la actividad que se despliega el deber de asistencia y consejo que los fedatarios públicos tienen la obligación de facilitar.

Ante la posible responsabilidad que pudiera surgir del notario, como veremos a continuación, cabe recordar que resulta posible anular alguna cláusula por ausencia de transparencia material, pero parece, *prima facie*, que no cabe esa reclamación al banco prestamista³³³. ¿Podremos decir entonces que el notario opera como un «escudo» de los bancos frente a las posibles reclamaciones que pudieran acontecer?

Es cierto que de la redacción de la LCCI se desprende una traslación de la responsabilidad (con motivo del «ritual» de la transparencia material) del prestamista hacia el notario, pues es quien debe acreditar el entendimiento y

³³² Vid. CARRASCO PERERA, Á.: «El Notario siempre llama tres veces (como poco)», *Revista del Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, 23 de mayo de 2019.

³³³ CARRASCO PERERA, Á.: «Funciones notariales en la comprobación de la transparencia y en la titulación del contrato», en CARRASCO PERERA, Á. (Dir.): *Comentario a la Ley de Crédito Inmobiliario*, ob. cit., pág. 355.

conformidad del prestatario y debe seguir un procedimiento establecido en la ley que le obliga a una serie de actuaciones concretas y determinadas. Esta actuación del notario se reviste como una garantía hacia el prestatario y, por otro lado, como una valiosa prueba para el prestamista.

Las explicaciones y los deberes de aportar información corresponden al prestamista para, posteriormente, ser revisados y validados por el notario, que actúa como un supervisor de la actividad desarrollada por el prestamista.

Sin embargo, la existencia del acta emanada por el notario y que recoge la LCCI en su artículo 15 únicamente beneficia, de manera muy notable, al prestamista³³⁴. Constituye un elemento probatorio en su favor para cercenar de raíz hipotéticas reclamaciones en el futuro en el ámbito de la transparencia y abusividad. Por otro lado, al prestatario en nada beneficia la existencia de esa acta.

4.1. El procedimiento para el control de la transparencia material en los contratos de crédito inmobiliario

Bien podría pensarse que la razón de ser de la LCCI y las acuciantes necesidades de nuestro ordenamiento, en atención a los problemas dimanantes de la financiación inmobiliaria, convergen todas entorno a la transparencia material. Este constructo doctrinal y jurisprudencial, fruto de su tiempo y circunstancias, pretende ser la solución a las causas más que citadas de su advenimiento y lograr un doble objetivo: Dotar de un mecanismo fiable a los

³³⁴ Comparto plenamente la opinión sostenida por CABANAS TREJO, R.: *Aspectos contractuales y procesales de la nueva ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario*, ob. cit., pág. 171, añade que la existencia del acta perjudica los intereses del prestatario sobremanera, complica cualquier posible reclamación que pudiera ejercitar frente al prestamista en el futuro, y añade más adelante (pág. 173) que la transparencia material opera como un «escudo protector del negocio ya celebrado y, en última instancia, del profesional», todo ello bajo un prisma de gran desconfianza entre los operadores jurídicos intervinientes.

contratos de crédito inmobiliario que devuelva la seguridad jurídica al mercado y reducir a su mínima expresión la litigación³³⁵ existente hasta el momento por causa de estos contratos.

Para ello, y de acuerdo con el camino marcado por la Sala Primera del Tribunal Supremo, se plasman en la LCCI los pasos a seguir para la consecución de un contrato que cumpla los requisitos más exigentes de transparencia. Se distinguen dos fases claramente diferenciadas³³⁶ ante el prestamista primero y, posteriormente, ante el notario. Del texto de la ley deben rescatarse tres datos esenciales:

- i) Documentación, que debe ser facilitada por el prestamista.
- ii) Información, que debe ser facilitada al prestatario de forma adecuada
- iii) Comprensión, que debe ser acreditada por el notario.

En la primera fase que tiene lugar en las relaciones entre el prestamista y prestatario, el primero debe facilitar al segundo la documentación que refleja el artículo 14.1 de la LCCI, que se resume en la FEIN, la FiAE, la copia del proyecto de contrato que debe reflejar lo contenido en los documentos referidos y la totalidad de los gastos asociados a la firma del contrato. En caso de un préstamo a interés variable debe facilitarse un documento que exprese las cuotas periódicas y su posible evolución. Dentro de este compendio de documentación, el propio artículo reseñado añade que habrá de incorporarse una «manifestación firmada por el prestatario» en la cual ha de declarar que ha

³³⁵ Cabría añadir que en pro de este loable fin también coadyuva la regulación imperativa atinente a determinadas cláusulas habituales en la contratación con condiciones generales en el espectro de la financiación inmobiliaria con garantía real, como si el legislador no tuviese muy claro que pudiera existir una contratación verdaderamente transparente pretérita a la LCCI.

³³⁶ Vid. MARÍN LÓPEZ, M. J.: «El control de transparencia material», en CARRASCO PERERA, Á. (Dir.): *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*, ob. cit., pág. 266. También del mismo autor, véase MARÍN LÓPEZ, M. J.: «Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (BOE N.º 65, de 16-III-2019)», *Ars Iuris Salmanticensis: AIS: revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, Vol. 7, N.º 2, 2019, pág. 262.

recibido la documentación, así como una explicación de su contenido. Se desconoce si esa manifestación se ha de hacer en un documento aparte.

Resulta curioso observar en este momento, tan trascendental en la formación del contrato, el peculiar «olvido» de otros documentos e informaciones en los que incide la LCCI, como los que contempla el art. 5.2 acerca de las circunstancias personales del prestatario y su situación financiera, la publicidad del art. 6, la información general del art. 9 o la propia FIPRE recogida en el art 21 de la Orden EHA/2899/2011. Dicha falta de relevancia acerca de esas informaciones facilitadas me hace pensar que la aplicación práctica se verá afectada, precisamente, por este desdoro que les hace el artículo 15 de la LCCI al rebajar su categoría e importancia. Por otro lado, se refuerza la idea del exceso de información realmente decisiva a la hora de formalizar los contratos de crédito inmobiliario y, consecuentemente, se podría calificar como un exceso legislativo.

Al margen de lo reflejado en el párrafo anterior, al art. 14.2 LCCI³³⁷, se establece un deber general para el prestamista de facilitar toda la información necesaria al prestatario, particularmente, a consultas que le sean formuladas, explicaciones y ejemplos prácticos acerca del funcionamiento de las cláusulas financieras del contrato.

De esta manera, una vez con la documentación y las explicaciones adecuadas, el prestatario puede dirigirse al notario para que realice las funciones que le asigna el art. 15 LCCI, que, como bien dice su enunciado, procederá a «comprobar» si se cumple o no la transparencia material y deberá «informar

³³⁷ «2. Además de lo dispuesto en el apartado anterior, el prestamista suministrará al prestatario toda la información que fuera necesaria. En particular, el prestamista responderá a las consultas que le formule el prestatario acerca del contenido, significado y trascendencia práctica de los documentos entregados. Las explicaciones deberán contener ejemplos de aplicación práctica de las cláusulas financieras, en diversos escenarios de coyuntura económica, en especial de las relativas a tipos de interés y, en su caso, de los instrumentos de cobertura de riesgos financieros que se vayan a suscribir con ocasión del préstamo».

individualizadamente» acerca de las cláusulas específicas de la FEIN y la FiAE. Finalmente, realizará un test al prestatario con el fin de concretar estos extremos.

Esta comprobación se realizará sobre la documentación remitida por el prestamista, intermediario de crédito o representante designado al notario elegido por el prestatario en los términos que describe el artículo 12 del RD 309/2019. En caso de error o incidencia, el notario comunicará esta circunstancia al prestamista, intermediario de crédito o representante designado para que subsane. Esta circunstancia interrumpe el plazo de diez días que describe el art. 14 LCCI.

En esta labor de comprobación e información, el notario verificará la entrega en plazo y la propia documentación del artículo 14.1 que hemos visto y levantará un acta, en claro beneficio del prestamista³³⁸, al acreditar dicha circunstancia, así como el asesoramiento realizado. Dicha acta resulta fundamental en atención a lo expresado en el artículo 22.1 LCCI, el cual dispone que «el notario no autorizará escritura pública si no se hubiere otorgado el acta prevista en el artículo 15.3. Los registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles no inscribirán ninguna escritura que se refiera a préstamos regulados por esta Ley en la que no conste reseña del acta conforme al artículo 15.7». Sobre esta cuestión volveremos un poco más adelante.

Durante este intercambio, excesivo y redundante, de informaciones³³⁹ y «reinformaciones» que se suceden en primer lugar con el prestamista

³³⁸ SÁNCHEZ LERÍA, R.: «Sobre el deber de información y transparencia material en la nueva ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario», en MURGA FERNÁNDEZ, J. P., HORNERO MÉNDEZ, C. (Coords.): *Estudios sobre la ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario*, Reus, Madrid, 2020, págs. 165 y 166, razonando que el acta emanada por el notario constituye un arma procesal relevante para el prestamista en caso de enfrentarse a una hipotética reclamación del prestatario.

³³⁹ Como refiere GARCÍA RODRÍGUEZ, J. M^a.: *El sobreendeudamiento de las personas físicas en el nuevo marco de contratación del crédito inmobiliario*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019, pág.

(hipotéticamente, si suponemos que ha cumplido punto por punto sus deberes conforme a la LCCI) y, posteriormente, con el notario, llegamos al momento previo a la firma en el cual resulta ya muy difícil dar marcha atrás, y, además, el notario no es *per se* un experto de la práctica financiera del crédito inmobiliario³⁴⁰ en la que, además, no ha intervenido y solo conoce por referencias del prestatario, una pequeña parte de la actividad desplegada por las entidades comercializadoras.

A este respecto, es interesante reflexionar acerca de las diferencias entre la información previa bancaria y el consentimiento informado en medicina, por ejemplo ¿Sería válida una renuncia del prestatario a recibir la información precontractual? Porque si en una materia que afecta a la vida y salud de las personas, se puede renunciar ¿Por qué no en un ámbito que afecta a los intereses económicos? El art. 4.1 de la Ley de Autonomía del Paciente dice que «toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada». En este supuesto concreto parece evidente que la renuncia a ser informado repercutiría en el acceso a la validación notarial con el levantamiento del acta. De tal forma, que, si el prestatario tiene los documentos que requiere la LCCI, los entrega al fedatario público, pero asegura que no ha recibido explicaciones y se niega a recibir las del notario se incumplirían de manera evidente los artículos 15.1 y 15.2.b) y c) ya que la LCCI es especialmente clara al expresar que «el notario deberá informar individualizadamente» y reflejarlo en el acta. Si lo anterior no quedase acreditado documentalmente, no se podrá autorizar la escritura de préstamo (art. 15.5).

60 donde relata la complementariedad de las explicaciones del notario y del prestamista acerca de las mismas cuestiones.

³⁴⁰ CARRASCO PERERA, Á.: «Funciones notariales en la comprobación de la transparencia y en la titulación del contrato», en CARRASCO PERERA, Á. (Dir.): *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*, ob. cit., págs. 332 y 333.

Como colofón a la peculiar actividad desplegada por el notario en todo este proceso, debe realizar un test en los términos del art. 15.2. c) LCCI, que no tiene otro objeto que reiterar (aunque el precepto dice «concretar») la recepción de la documentación y la información que ha recibido³⁴¹. Las dudas operativas que suscita este precepto son varias³⁴² y será el tiempo y la práctica los que nos digan acerca de su eficacia, que, a la vista de sus hechuras, no resulta especialmente esperanzador.

En estas condiciones, la transparencia material quedaría cumplida por una triple coincidencia³⁴³ que ha de verificar el notario entre el proyecto del contrato, el contenido de la FEIN y la escritura de préstamo. En cuanto al test que señala el artículo 15.2.c), se convierte en una especie de complemento ornamental que viene a reiterar que se han recibido los documentos y las informaciones que marca la legislación al efecto, de lo contrario no hubiese realizado el acta del artículo 15.2. LCCI.

Sin embargo, en la práctica habitual se observa que el notario no refleja habitualmente la coincidencia de la escritura con el proyecto de contrato y con la FEIN, lo cual, en mi opinión, hace perder el valor preeminente que

³⁴¹ VÁZQUEZ LÓPEZ, J. C.: «Modelos de acta de comprobación del cumplimiento del principio de transparencia material (artículo 15 de la Ley reguladora de contratos de crédito inmobiliario)», que puede consultarse: <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/modelos/modelos-de-acta-de-comprobacion-del-cumplimiento-del-principio-de-transparencia-material/> (última consulta, 31 de agosto de 2020), destaca que el notario no examina ni emite juicio acerca de la comprensión del asesoramiento recibido por el prestatario y que el test, únicamente, concreta «la documentación entregada y el asesoramiento prestado por el notario con expresión bastante en el acta».

³⁴² CARRASCO PERERA, Á.: «Funciones notariales en la comprobación de la transparencia y en la titulación del contrato», en CARRASCO PERERA, Á. (Dir.): *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*, ob. cit., págs. 334 y 335, donde el autor se pregunta acerca de como se puede conocer si el test ha sido superado, quien elabora el mismo, si es posible su repetición y, en definitiva, la idoneidad del test para el resultado que se pretende conseguir.

³⁴³ Vid. «Ley 5/2019: La triple coincidencia entre la escritura, el proyecto de contrato y la FEIN es la clave de la transparencia en la contratación de préstamos hipotecarios», que puede verse en el siguiente enlace: <https://regispro.es/ley-5-2019-la-triple-coincidencia-entre-la-escritura-el-proyecto-de-contrato-y-la-fein-es-la-clave-de-la-transparencia-en-la-contratacion-de-prestamos-hipotecarios/> (última consulta, 31 de agosto de 2020).

fundamenta la existencia del acta y contraviene el artículo 15.7 LCCI, así como los artículos 29 y 30 de la Orden EHA/2899/2011, que expresan claramente la necesidad de esa identidad y no discrepancia entre las condiciones y el contrato de préstamo.

Esta cuestión ha provocado que algunos registradores suspendiesen la inscripción de escrituras de préstamo hipotecario al no constar de manera expresa la mencionada coincidencia. La DGSJFP ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones³⁴⁴ al revocar dichas notas suspensivas al entender, en su Resolución de 29 de noviembre de 2019 y las que siguen, que: «Sin duda, 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. Ahora bien, ello no significa que se deba exigir, como si de formas

³⁴⁴ Resolución de 29 de noviembre de 2019, de la Dirección General de los Registros y el Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad accidental de Fuengirola n.º1, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo con garantía hipotecaria, Resolución de 29 de noviembre de 2019, de la Dirección General de los Registros y el Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad de Logroño n.º2, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo con garantía hipotecaria. Cuestión que ya abordada, a su vez, en la Instrucción de la DGRN de 20 de diciembre de 2019 que sostiene idénticos argumentos. En el mismo sentido e idéntica argumentación, Resolución de 15 de enero de 2020, de la Dirección General de los Registros y el Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad de Vilanova i la Geltrú n.º2, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo con garantía, Resolución de 15 de enero de 2020, de la Dirección General de los Registros y el Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad de Madrid n.º9, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo con garantía hipotecaria y Resolución de 16 de enero de 2020, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad de Sitges, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo con garantía hipotecaria, Resolución de 22 de enero de 2020, de la Dirección General de los Registros y el Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad de Zafra, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo con garantía hipotecaria, Resolución de 28 de enero de 2020, de la Dirección General de los Registros y el Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad de San Fernando de Henares, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo con garantía hipotecaria y Resolución de 28 de enero de 2020, de la Dirección General de los Registros y el Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad de Madrid n.º17, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo con garantía hipotecaria.

rituales se tratara, la mención expresa del cumplimiento de cada uno de los detalles que en su conjunto configuran esa imprescindible transparencia, entre ellos la coincidencia de las condiciones del préstamo con las comunicadas en la FEIN».

A mayores, la Instrucción de 13 de junio de 2019 – ya vista - indicaba que no impide la inscripción en el Registro de la Propiedad la discrepancia o diferencia entre las condiciones generales depositadas y las que figuren en la escritura que finalmente se autorice. La Dirección General entiende que dichas cláusulas ya no serían condiciones generales, sino particulares, todo ello, expresa la entonces denominada DGRN, «como garantía de la flexibilidad de la negociación en el tráfico inmobiliario y de la autonomía de la voluntad».

La Instrucción todavía va más allá al afirmar que «todo aquello que exceda la mera comprobación del depósito de las condiciones generales queda al margen del control de legalidad notarial y de calificación registral», con lo cual, parece reconducir la labor de dichos fedatarios públicos a una mera función compiladora y a un automatismo que se compadece poco con la pretendida tutela de la parte más débil del contrato. Debo recordar que estamos ante un contrato de adhesión y esa presunción de que la cláusula es negociada únicamente por no figurar en las que hayan accedido al registro puede dar pie a abusos indeseados y a una relajación del control de la transparencia³⁴⁵. Entiendo que sería deseable hacer una llamada en la escritura a esas discrepancias para conocimiento fehaciente del adherente como sugiere la DGSJFP.

³⁴⁵ FOS DE LA RUBIA, F. T.: «Las instrucciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 13 de junio, 14 de junio y 20 de diciembre de 2019», en CASTILLO MARTÍNEZ, C. (Coord.): *La nueva regulación de los contratos de crédito inmobiliario*, Wolters Kluwer, Madrid, 2020, pág. 592. A su vez, BALLUGERA GÓMEZ, C.: «Transparencia registral. Obligatoriedad de la inscripción en el registro de condiciones generales de la contratación», en CASTILLO MARTÍNEZ, C. (Coord.): *La nueva regulación de los contratos de crédito inmobiliario*, ob. cit., pág. 136, indica que esa coincidencia entre escritura y FEIN supone el cumplimiento de la transparencia material, por tanto, a *sensu contrario*, podemos entender que su incumplimiento provocará que no se alcance dicha transparencia.

En resumen, habida cuenta de las precisiones que realiza el centro directivo podemos concluir que:

- a) Las cláusulas insertadas en préstamos hipotecarios que difieran de las condiciones generales depositadas se presume que han sido negociadas individualmente.
- b) El fedatario público comprobará, únicamente, que se ha realizado el depósito en el RCGC.
- c) No resulta necesaria la mención expresa de la coincidencia de la escritura con el proyecto de contrato y la FEIN.

Por tanto, el cumplimiento de la transparencia material que descansa sobre los hombros del notario, de acuerdo con la LCCI, se alinea con el tratamiento que aplicaba a la actividad del fedatario público la jurisprudencia del TS. Según el alto tribunal, la intervención notarial no era una actividad suficiente para garantizar la transparencia material³⁴⁶. Pienso que debe mantenerse esta aseveración, ya que no es en sede notarial donde el contrato se «transforma» en transparente, sino que debe ser durante todo el *iter* precontractual previo³⁴⁷ cuando el contrato adquiera todos los requisitos que lo hacen válido, eficaz y, por supuesto, transparente.

³⁴⁶ BLANCO SARALEGUI, J. M^a., BLÁZQUEZ MARTÍN, R.: «Jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo en materia de cláusulas abusivas en productos bancarios. Especial referencia a préstamos hipotecarios», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 773, 2019, pág. 1637, donde los autores recopilan las sentencias que indican las razones por las cuales impiden al prestatario rechazar la firma en sede notarial, STS 367/2017, de 8 de junio, 486/2018, de 12 de septiembre), y aquellas que intentan probar la existencia de una información precontractual por parte del prestamista (STS 171/2017, de 9 de marzo, 486/2018, de 12 de septiembre).

³⁴⁷ Coincido con lo expuesto por CARRASCO PERERA, Á.: «Funciones notariales en la comprobación de la transparencia y en la titulación del contrato», en CARRASCO PERERA, Á. (Dir.): *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*, ob. cit., págs. 325 y ss., que expone con acierto las consideraciones jurisprudenciales que avalan que al momento de producirse la visita al notario el prestatario ya tiene tomada su decisión, destacando, que el exceso de informaciones, aunque sean explicadas con acierto por el notario, no producen *per se* la ansiada transparencia.

El notario no puede suplir la carencia o ausencia de una actividad que corresponde a una de las partes del contrato y, como se ha visto, sus funciones al detalle desvelan un trabajo de cotejo documental que, a pesar de algunas notas positivas, no es la sede notarial el lugar que está llamado a cumplir con la transparencia material.

4.2. Responsabilidad del notario actuante

La responsabilidad del notario puede contemplarse en tres aspectos³⁴⁸, la administrativa, por la infracción de las normas que regulan su ejercicio, la penal, por la comisión de ilícitos con ese carácter, y la civil por los daños que fuesen evaluables patrimonialmente causados en el ejercicio de su actividad.

Dentro de la responsabilidad civil del notario, la DGRN ha marcado unas pautas en las cuales podemos entender los diferentes momentos³⁴⁹ en que ésta pudiera producirse.

La intervención del notario en la formalización del crédito inmobiliario viene definida de una manera resumida en el apartado IV del Preámbulo de la LCCI como «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,

³⁴⁸ CERVERA TAULET, A.: «La responsabilidad administrativa, civil y penal del notario. Su respectivo alcance.» en BORRELL, J. (Coord.): *Derecho Notarial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 1041.

³⁴⁹ CERVERA TAULET, A.: «La responsabilidad administrativa, civil y penal del notario. Su respectivo alcance.» en BORRELL, J. (Coord.): *Derecho Notarial*, ob. cit., pág. 1046, donde expone: «La DG distingue tres fases o momentos de los que puede surgir tal responsabilidad: - El asesoramiento previo. - La redacción del instrumento y la dación de fe. - La posible gestión o tramitación del documento, ésta última calificada por la propia DG como actuación puramente extra notarial, pero que genera responsabilidad por los daños causados». En el mismo sentido, véase, VERDERA SERVER, R.: *La responsabilidad civil del Notario*, ob. cit., págs. 33 y 34.

concurrir al tiempo de autorizar en escritura pública el contrato de préstamo o crédito hipotecario».

En el supuesto de incumplimiento por el notario de su labor de control de esas informaciones precontractuales, podría calificarse como infracción muy grave de acuerdo con la disposición final sexta de la LCCI³⁵⁰, que modifica la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social al añadir un apartado e) al apartado h) de la letra A), Infracciones muy graves, del apartado Dos del Régimen Disciplinario de los notarios, art. 43, Régimen del Cuerpo único de Notarios.

La descripción de las funciones del notario en la concesión del crédito inmobiliario viene a ser un corolario a la sucesión de regulaciones que se han incorporado los últimos años y alcanzan su cénit en el artículo 15.2, donde se concretan los deberes de su actuación como una asesoría pormenorizada e individualizada y la realización de un test que culmina con la elaboración del acta cuyo contenido supone, ni más ni menos, el cumplimiento de transparencia material (artículo 15.6)

La actividad de los notarios en la contratación del crédito inmobiliario venía recogida de manera dispersa en varias disposiciones. Así, el artículo 29.2 de ley 2/2011, de 4 de marzo de Economía Sostenible, desarrollado por la Orden EHA 2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, o el artículo 18 de la Ley 2/2009 de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito. También el artículo 23 de la LCGC, o el artículo 84 del

³⁵⁰ «e) El incumplimiento del período de información precontractual obligatorio previo a la autorización de la escritura en los préstamos y créditos hipotecarios sobre vivienda residencial y de levantar el acta previa a su formalización en los términos previstos en la Ley.»

TRLGDCU suponían hitos de control notarial en préstamos y créditos con garantía real, sin olvidar lo recogido en el preámbulo de la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios³⁵¹ (vigente hasta el 29 de abril de 2012) en cuanto señala el papel de colaboración que tiene el notario en la perfecta comprensión del contrato de préstamo:

«... la Orden, además de facilitar la selección de la oferta de préstamo más conveniente para el prestatario, pretende asimismo facilitar a éste la perfecta comprensión e implicaciones financieras del contrato de préstamo hipotecario que finalmente vaya a concertar. De ahí la exigencia de que tales contratos, sin perjuicio de la libertad de pactos, contengan un clausulado financiero estandarizado en cuanto a su sistemática y contenido, de forma que sean comprensibles por el prestatario.

A esa adecuada comprensión deberá colaborar el notario que autorice la escritura de préstamo hipotecario con la expresa advertencia al prestatario del significado de aquellas cláusulas que, por su propia naturaleza técnica, pudieran pasarle inadvertidas. Las significativas precisiones que sobre la actuación de los notarios establece la Orden en su artículo 7 justifican, por lo demás, que, aun constituyendo desarrollo del citado artículo 48.2 de la Ley 26/1988, la presente disposición se dicte conjuntamente por los Ministros de Justicia y de Economía y Hacienda».

³⁵¹ A pesar del esfuerzo realizado por esta Orden de 1994 en regular gran parte de la fase precontractual en la contratación hipotecaria, el Tribunal Supremo veía insuficiente dicha Orden en el aseguramiento de la transparencia material, tal y como relata CABANAS TREJO, R.: *Aspectos contractuales y procesales de la nueva ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario*, ob. cit., págs. 113 y 115.

Además, el art. 7 de la OM de 5 de mayo de 1994, que, de acuerdo con el preámbulo, hay que entender que es el que regulaba el deber de colaboración del notario.

Previo a la entrada en vigor de la LCCI, el artículo 30 de la Orden EHA 2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios³⁵² dibujaba el camino que posteriormente se seguiría con la nueva ley al restringir su aplicación a las personas físicas.

³⁵² «Artículo 30. Acto de otorgamiento.1. En materia de elección de notario se estará a lo dispuesto en el Reglamento Notarial aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944 y demás disposiciones aplicables. 2. El cliente tendrá derecho a examinar el proyecto de escritura pública de formalización del préstamo hipotecario en el despacho del notario al menos durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento. El cliente podrá renunciar expresamente, ante el notario autorizante, al señalado plazo siempre que el acto de otorgamiento de la escritura pública tenga lugar en la propia notaría. 3. 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. Asimismo, los notarios informarán al cliente del valor y alcance de las obligaciones que asume y, en cualquier caso, deberá: a) Comprobar si el cliente ha recibido adecuadamente y con la suficiente antelación la Ficha de Información Personalizada y, en su caso, si existen discrepancias entre las condiciones de la oferta vinculante y el documento contractual finalmente suscrito, e informar al cliente tanto de la obligación de la entidad de poner a su disposición la Ficha de Información Personalizada, como de aceptar finalmente las condiciones ofrecidas al cliente en la oferta vinculante dentro del plazo de su vigencia. b) En el caso de préstamos a tipo de interés variable, comprobar si el cliente ha recibido la información prevista en los artículos 24, 25 y 26, y advertirle expresamente cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias: 1.º Que el tipo de interés de referencia pactado no sea uno de los oficiales a los que se refiere el artículo 27. 2.º Que el tipo de interés aplicable durante el período inicial sea inferior al que resultaría teóricamente de aplicar en dicho período inicial el tipo de interés variable pactado para períodos posteriores. 3.º Que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés, como cláusulas suelo o techo. En particular, el notario consignará en la escritura esa circunstancia, advirtiendo expresamente de ello al cliente e informándole, en todo caso, sobre: i) Los efectos de estos límites ante la variación del tipo de interés de referencia. ii) Las diferencias entre los límites al alza y a la baja y, de manera especial, si se ha establecido únicamente un límite máximo a la bajada del tipo de interés. c) Informar al cliente de cualquier aumento relevante que pudiera producirse en las cuotas como consecuencia de la aplicación de las cláusulas financieras pactadas. En particular deberá advertir de los efectos que la existencia, en su caso, de períodos de carencia tendría en el importe de las cuotas una vez finalizados tales períodos; así mismo, advertirá de la previsible evolución de las mismas cuando se hubieran pactado cuotas crecientes o cuando se hubiera previsto la posibilidad de interrumpir o posponer la amortización del préstamo. d) Informar al cliente de la eventual obligación de satisfacer a la entidad ciertas cantidades en concepto de compensación por desistimiento o por riesgo de tipo de interés en los términos previstos en los artículos 8 y 9 de la 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. e) En el caso de que el préstamo no esté denominado en euros, advertir al cliente sobre

Posteriormente, el artículo 6³⁵³ 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, realizó un intento de reforzar la transparencia material al incorporar una expresión manuscrita del prestatario en los contratos de préstamo hipotecario, pero ha encontrado escaso éxito³⁵⁴ en su desarrollo tanto por los juzgados como por la doctrina.

En el aspecto judicial, basta con examinar la jurisprudencia que ha analizado la responsabilidad civil de los notarios para apreciar que se les exige una mayor diligencia superior a la normal, dimanante de sus obligaciones de asesoramiento e información exhaustiva, más acentuada cuando se trata de consumidores.

el riesgo de fluctuación del tipo de cambio. f) Comprobar que ninguna de las cláusulas no financieras del contrato implican para el cliente comisiones o gastos que debieran haberse incluido en las cláusulas financieras. g) En el caso de hipoteca inversa deberá verificar la existencia del correspondiente asesoramiento independiente. En caso de que la formalización de la hipoteca inversa se realice en contra de la recomendación realizada por el asesoramiento independiente, se deberá advertir de este extremo al cliente. h) Informar al cliente de los costes exactos de su intervención. 4. La decisión del funcionario por la que deniegue la autorización del préstamo o la inscripción de alguna de sus cláusulas deberá efectuarse mediante escrito motivado, ordenado en hechos y fundamentos de derecho. Dicha decisión será recurrible ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en los plazos y forma previsto para el recurso de alzada».

³⁵³ «Artículo 6. Fortalecimiento de la protección del deudor hipotecario en la comercialización de los préstamos hipotecarios. 1. En la contratación de préstamos hipotecarios a los que se refiere el apartado siguiente se exigirá que la escritura pública incluya, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita, en los términos que determine el Banco de España, por la que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato. 2. Los contratos que requerirán la citada expresión manuscrita serán aquellos que se suscriban con un prestatario, persona física, en los que la hipoteca recaiga sobre una vivienda o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir, en los que concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) que se estipulen limitaciones a la variabilidad del tipo de interés, del tipo de las cláusulas suelo y techo, en los cuales el límite de variabilidad a la baja sea inferior al límite de variabilidad al alza; b) que lleven asociada la contratación de un instrumento de cobertura del riesgo de tipo de interés, o bien; c) que se concedan en una o varias divisas».

³⁵⁴ Vid. TORRES RUÍZ, 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., MORENO-TORRES HERRERA, M^a. L. (Dirs.): *Los Contratos de crédito inmobiliario*, ob. cit., pág. 452.

No existe en el ordenamiento jurídico español una regulación específica de la responsabilidad civil del notario (a diferencia de la responsabilidad de los registradores que se regula en la Sección 1ª del Título XII de la Ley Hipotecaria). Existe algún supuesto concreto de responsabilidad del notario, como en el caso de los testamentos nulos (arts. 705 y 715 del CC), si bien la única norma general sobre responsabilidad en el otorgamiento de instrumentos públicos es el art. 146 del RN. Por tanto, ante la ausencia de un régimen específico regulador, la responsabilidad civil deberá fundarse en las reglas generales de la responsabilidad civil.

Dice el párrafo 1º del art. 146 del RN que «El notario responderá civilmente de los daños y perjuicios ocasionados con su actuación cuando sean debidos a dolo, culpa o ignorancia inexcusable. Si pudieren repararse, en todo o en parte, autorizando una nueva escritura el notario lo hará a su costa, y no vendrá este obligado a indemnizar sino los demás daños y perjuicios ocasionados».

En consecuencia, nos encontramos ante el clásico sistema de responsabilidad por culpa, una responsabilidad subjetiva, por tanto, en la que no cabe ningún tipo de objetivación ni de inversión de carga de la prueba.

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse³⁵⁵, en relación con el artículo 146 del RN, al señalar que se trata de una norma de imputación subjetiva de la responsabilidad.

³⁵⁵ STS 2849/2012, de 9 de marzo, FJ 5º, donde expresa: «El artículo 146 RN establece una norma de imputación subjetiva de la responsabilidad que exige determinar si, atendiendo a las circunstancias concurrentes, la actuación de los notarios se desarrolló dentro de los parámetros razonables de la diligencia exigible, teniendo en cuenta el especial grado de diligencia que se impone a los notarios en el ejercicio de sus funciones, dada su alta cualificación profesional, en una sociedad en la que es notorio el incremento de la complejidad y proliferación de las actuaciones jurídicas (STS 5 de febrero de 2000 , RC n.º 1425 / 1995) y el grado de previsibilidad que la situación producida presentaba (SSTS 828, de 26 de octubre de 2005, RC n.º 889/1999)».

Si bien, respecto a la intervención notarial en estos supuestos de potenciales cláusulas abusivas insertas en un contrato de préstamo hipotecario, el criterio de nuestro Tribunal Supremo ha ido modulándose con el correr del tiempo al socaire de la evolución jurisprudencial. En ocasiones ha optado por otorgar una importancia menor a la intervención del notario³⁵⁶ debido a que su trabajo se circunscribía a un momento final del proceso y la aportación del fedatario a la superación de los controles de transparencia era escasa. Otras veces, la Sala Primera advierte que su función, individualmente considerada, no basta³⁵⁷ para sostener el deber de transparencia sin un «protocolo» o «actuación específica» al efecto, lo que parece anunciar el *iter* previsto posteriormente en el artículo 15 de la LCCI.

Posteriormente,³⁵⁸ nuestro alto tribunal parece otorgar un valor relevante a la intervención del fedatario público en cuanto al control preventivo de las

³⁵⁶ Vid. STS 138/2015, de 24 de marzo.

³⁵⁷ Así lo argumenta la STS 464/2014, de 8 de septiembre, FJ 2º, párr. 9º, al expresar que la importancia del control preventivo que realizan los notarios no basta por sí solo para dar cumplimiento al deber de transparencia.

³⁵⁸ STS 788/2017, de 9 de marzo, FJ 2º, donde expresa: «5. En una acción individual como la presente, el juicio sobre la transparencia de la cláusula no tiene por qué atender exclusivamente al documento en el cual está inserta o a los documentos relacionados, como la previa oferta vinculante, sino que pueden tenerse en consideración otros medios a través de los cuales se pudo cumplir con la exigencia de que la cláusula en cuestión no pasara inadvertida para el consumidor y que este estuviera en condiciones de percatarse de la carga económica y jurídica que implicaba. En este sentido, en la contratación de préstamos hipotecarios, puede ser un elemento a valorar la labor del notario que autoriza la operación, en cuanto que puede cerciorarse de la transparencia de este tipo de cláusulas (con toda la exigencia de claridad en la información que lleva consigo) y acabar de cumplir con las exigencias de información que subyacen al deber de transparencia.» Es de destacar, a su vez, los términos que se recogen en la STS 296/2020, de 12 de junio, al destacar: “En el caso de las denominadas cláusulas suelo, en principio y salvo prueba en contrario, su inclusión en la escritura pública y su lectura por el notario o, en su caso, por los contratantes /arts. 25 de la Ley del Notariado y 193 del Reglamento Notarial) suele satisfacer ambos aspectos, puesto que su claridad semántica no ofrece duda. Es decir, respecto de esta modalidad concreta de condiciones generales de la contratación, en la práctica solamente no superarían el control de inclusión cuando se considere probado que el adherente no pudo tener conocimiento de su existencia (porque no se incluyó en la escritura pública, sino en un documento privado anexo que no se le entregó, o porque el notario no leyó la escritura, por poner dos ejemplos que han sido resueltos recientemente por la sala)».

condiciones generales de la contratación *ex ante* y la información que debe suministrarse para superar los requisitos de transparencia.

Sentado lo anterior, el *dictum* de los artículos 12 y 13 de la LCCI, parece señalar que, una vez superado el trámite notarial, el contrato sería inatacable y no sería posible el planteamiento de acciones derivadas sobre la comprensibilidad real de lo que se contrata. A pesar del cumplimiento de todas las obligaciones precontractuales que nos indica la normativa al respecto, todas ellas constituyen una presunción *iuris tantum*, por tanto, admiten prueba en contrario, y más aún al tener en cuenta que dicha comprensibilidad³⁵⁹ resulta imposible de probar por entero.

Aunque no suele plantear muchas dudas cual es la jurisdicción competente, sin embargo, el hecho de que en la responsabilidad de los notarios coexista un aspecto público y uno privado hace necesario plantearse esta cuestión. Los notarios son funcionarios públicos, pero ejercen su función en el ámbito privado, e incluso su remuneración no proviene del Estado, como es habitual en el resto de funcionarios, sino que está a cargo de los particulares que solicitan su intervención, por lo que, a pesar de su carácter público, suele considerarse su función como concerniente al ámbito jurídico privado y equipararse a un contrato de prestación de servicios, por lo que la jurisdicción competente sería la civil.

En el ámbito de la responsabilidad profesional, y a pesar de su condición de funcionarios públicos, no son aplicables las normas reguladoras de la responsabilidad de las administraciones públicas (Capítulo IV, del Título Preliminar de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector

³⁵⁹ PERTÍÑEZ VILCHEZ, F.: «Transparencia material y transparencia documental en los contratos de préstamo hipotecario», en ALBIEZ DOHRMANN, K. J., MORENO-TORRES HERRERA, M^a. L. (Dir.): *Los contratos de crédito inmobiliario*, ob. cit., págs. 436 y 437.

Público), como argumentan diversas resoluciones³⁶⁰ de los tribunales civiles que abordan este tipo de reclamaciones en las que se reclama por responsabilidad civil profesional de estos fedatarios públicos.

³⁶⁰ Por todas, la SAPGC 2306/2009 de 8 de abril. FJ 4º.1 «A la Administración no le es imputable la responsabilidad del Notario por los daños que ocasione en su función (S.T.S., Sala de lo contencioso administrativo, de 13 de octubre de 1998), estableciéndose por la D.G.R.N. que la declaración de responsabilidad civil no puede obtenerse por vía administrativa por ser competencia exclusiva de los Tribunales ordinarios».

CAPÍTULO III

1. LOS DEBERES IMPERATIVOS DE INFORMACIÓN

La cuestión acerca de la exigencia a las partes de facilitar informaciones ha sido objeto de una interesante y profusa literatura jurídica de carácter histórico³⁶¹ que pervive hasta nuestros días sin encontrar un acomodo definitivo. No existe la solución idónea ni uniforme a la cuestión en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno ni, como veremos, en la legislación actual.

El debate se establece entre los deberes morales, principalmente ligados a la buena fe, y el posible reproche jurídico ante un incumplimiento por alguna de las partes. No obstante, se ha de poner de manifiesto que la discusión reside en si cierto margen de la buena fe se quedaría en el campo de la ética o debe trascender a la esfera jurídica.

Esta distinción fue puesta de relieve en una afamada sentencia del Tribunal Supremo norteamericano³⁶² cuyo eco pervive actualmente. La

³⁶¹ DE LA MAZA GAZMURI, I.: *Los límites del deber precontractual de información*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2010, págs. 39 a 45, donde se realiza un rico estudio acerca de la cuestión de los límites de los deberes de información a lo largo de diferentes contextos históricos y reflexiones en los casos paradigmáticos. Véase también, SALAZAR REVUELTA, M.: «El deber de información, transparencia y responsabilidad ante los depósitos de los clientes por parte de la banca: precedentes romanos», *Revista Internacional de Derecho Romano*, Octubre 2013, págs. 88-149.

³⁶² LAIDLAW V. ORGAN, 15 U.S. 2 Wheat. 178 (1817), pág. 195. «*The question in this case is, whether the intelligence of extrinsic circumstances, which might influence the price of the commodity, and which was exclusively within the knowledge of the vendee, ought to have been*

controversia surgió cuando un comerciante de tabaco poseía una información relevante que afectaba al precio del bien que pretendía comprar. Durante los tratos previos ocultó este hecho, esa privilegiada información, al vendedor. Este último se negaba a entregar la mercancía al entender que le había perjudicado esa ocultación de la información lo que generó la demanda del comprador y el posterior litigio que culminó con la victoria del demandante. Desde ese momento se crea una doctrina hoy día vigente en Estados Unidos, aunque dista de ser una cuestión pacífica.

Precisamente, apelar a la moralidad del comerciante es un recurso frecuente. En el ámbito bancario, conocemos reglas deontológicas, códigos de conducta, servicios de atención o defensores del cliente³⁶³ y demás recursos de diverso contenido que pretenden otorgar un matiz ético a su actividad profesional. Sin embargo, la mayor parte de ellos tienen *per se* una escasa capacidad para hacer efectivos los derechos de los clientes y se convierten en una mera declaración de intenciones³⁶⁴ sin fuerza vinculante³⁶⁵.

communicated by him to the vendor? The court is of opinion that he was no bound to communicate. It would be difficult to circumscribe the contrary doctrine within proper limits, where the means of intelligence are equally accessible to both parties. But at the same time each party must take care no to say or do anything tending to impose upon the other».

³⁶³ De esta manera, el artículo 29 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero, obligaba a las entidades de crédito, aseguradoras y empresas de servicios de inversión a contar con un departamento o servicio de atención al cliente encargado de atender y resolver las quejas y reclamaciones desarrollando este artículo la Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo, sobre los departamentos y servicios de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades financieras.

³⁶⁴ DOMONT-NAERT, F.: «Le rôle de la déontologie et la protection des consommateurs dans le secteur bancaire et financier», en AA.VV.: *La Déontologie bancaire et financière-The ethical Standarts in Banking and Finance*, Éditions Bruylant, Bruxelles, 1998, expresando: «*La déontologie ne permet pas un contrôle efficace de l'ensemble des intervenants sur le marché. En effet, l'efficacité des norms déontologiques repose essentiellement sur la seule force de pression du groupement professionnel. Ceci conduit à rendre inopérant le contrôle à l'égard des entreprises se situant volontairement en dehors du groupement».*

³⁶⁵ Conviene matizar que las resoluciones favorables en el sentido que se presenta la reclamación tienen un carácter vinculante para la entidad tal y como recoge el artículo 7.3 de la Orden ECO/734/2004.

Misma crítica corresponde otorgar a los servicios de reclamaciones de los supervisores financieros³⁶⁶ (Banco de España, Comisión Nacional del Mercado de Valores y Dirección General de Seguros), cuyos informes pueden constituir una interesante arma procesal en cuanto a su contenido jurídico sustantivo si se pretende acudir posteriormente a un juzgado, pero que no obligan a las entidades ya que no tienen carácter vinculante para ninguna de las partes.

Los deberes previos de información se han ido implementado con fuerza en las regulaciones sectoriales. Se ha pasado de una evolución de unos deberes genéricos de información, en conexión con el principio de autorresponsabilidad de las partes y la buena fe, a una regulación imperativa de los mismos que puede dar pie a situaciones no deseadas de ineficacia o incluso nulidad del contrato debido a la ausencia de alguno de estos deberes de información. Incluso podría favorecerse una utilización espuria³⁶⁷ como forma simple de desvincularse de un contrato que contiene todos los elementos esenciales para su validez.

Una de las manifestaciones en el ámbito del crédito inmobiliario del principio de autorresponsabilidad es la educación financiera³⁶⁸ deseable del consumidor medio para el desarrollo de su comportamiento en el manejo de los intereses que le son propios.

Por todo ello, resulta innegable la importancia de la necesidad de unos deberes de información previos en la negociación contractual. Se debe atender

³⁶⁶ Vid. PINILLOS LORENZANA, A.: «La protección del cliente en los mercados financieros», en CAMPUZANO LAGUILLO, A. B., CONLLEDO LANTERO, F., PALOMO ZURDO, R. J. (Dirs.): *Los Mercados Financieros*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 95 a 103.

³⁶⁷ Vid. ACOSTA MÉRIDA, M^a DEL P.: «Protección del consumidor en la fase precontractual», en YZQUIERDO TOSLADA, M. (Coord.): *Derecho del consumo*, Cálamo, Mataró (Cataluña), 2005, pág. 76.

³⁶⁸ LÓPEZ, FRÍAS, M. J.: «Algunas ideas sobre la necesidad de la educación financiera a tres bandas: consumidores, entidades financieras y poderes públicos», en ALBIEZ DOHRMANN, K. J. MORENO-TORRES HERRERA, M^a. L. (Dirs.): *Los contratos de crédito inmobiliario*, ob. cit., pág. 189.

a la realidad singular de los contratantes y el objeto del propio contrato³⁶⁹. Si bien, debe matizarse el grado y la forma en que esta se suministra puesto que, como veremos, existen muchas variables que determinarán sí, realmente, dicha información ejerce como un elemento facilitador de la transparencia o, por el contrario, como un agente que sirva para crear una mayor confusión respecto a los términos contractuales.

Sin olvidar la desigual posición desde la cual se inicia la relación contractual, las partes tienen un recíproco deber de suministrarse determinadas informaciones como principio general. Esta afirmación ha venido afianzándose³⁷⁰ en los últimos tiempos principalmente debido al empuje del Derecho de Consumo y ha tenido un desmedido eco en las legislaciones, principalmente de Europa Occidental, al representar la base de la regulación consumerista de nuestro tiempo.

Como hemos tenido ocasión de observar, la generalidad de la regulación de la fase precontractual en Derecho Común, la falta de concreción ha hecho proliferar una legislación sectorial que transforma esa determinada fase en un compendio de informaciones abrumador y reiterativo que adolece de eficacia para lograr los fines pretendidos de protección a la parte más débil del contrato. Es por ello, que es de agradecer, por su sencillez y concreción, el criterio

³⁶⁹ ZUBERO QUINTANILLA, S.: *Las declaraciones publicitarias en la contratación*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 345 y 346, analizando la composición de la obligación de informar: «En línea con lo dispuesto en nuestro ordenamiento jurídico, la obligación de información se compone de un elemento material, cual es la obligación nacida del contrato, y un elemento abstracto, que se identifica con la importancia que tiene la información para la parte contratante. Además, también comprende dos obligaciones para su deudor, una obligación de resultado de transmitir la información al acreedor, y una obligación de medios, que le exige utilizar los más adecuados para que sea posible transmitir la información».

³⁷⁰ Lo que parece trasladar el principio de autonomía de las partes por un concepto de solidaridad que persigue defender los intereses de ambas partes en un acuerdo frente a la actuación en el interés propio como recoge HESSELINK, M.: «The Values Underlying the Draft Common Frame of Reference: What Role for Fairness and “Social Justice”», *Study for the European Parliament*, PE 408 312 IP/A/IMCO/ST/2008-11, 2008, pág. 59, este estudio puede encontrarse en el siguiente enlace: https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL-JOIN_ET%282008%29408312 (última consulta, 31 de agosto de 2020).

expresado en el artículo 7 del Proyecto de Código Europeo de contratos de la Academia de Pavía³⁷¹, que condensa la información a suministrar de manera genérica pero completa, el fin teleológico (adquirir conciencia de la validez del contrato y del interés en su celebración) y los deberes de información junto con las consecuencias de esas omisiones en caso de producirse.

Otros instrumentos de *soft law* como los PECL (por sus siglas en inglés, *Principles of European Contract Law*³⁷²) no hacen una referencia específica³⁷³ a los deberes precontractuales de información, pero sí a las consecuencias³⁷⁴ de la inexactitud de la información suministrada en contratos ya celebrados. En términos similares se expresa el Proyecto de Marco Común de Referencia (DCFR o *Draft Common Frame of Reference*³⁷⁵ en su acepción inglesa), me parecen, por tanto, menos adecuados (por incompletos) para esta fase precontractual que aquí se estudia.

³⁷¹ El artículo 7 del Proyecto expresa: «1. En el curso de los tratos preliminares, cada parte tiene el deber de informar a la otra sobre todas y cada una de las circunstancias de hecho y de derecho, que conoce o debe conocer y que permitirían a la otra parte adquirir conciencia de la validez del contrato y del interés en su celebración. 2. En caso de omitir la información, o de declaración falsa, o reticente, si el contrato no se ha celebrado, o está viciado de nulidad, la parte que ha faltado a la buena fe responderá frente a la otra en la medida prevista en el artículo 6, apartado 4. Pero si el contrato ha llegado a perfeccionarse, restituirá la suma recibida o abonará la indemnización que el Juez estime conforme a la equidad, salvo el derecho de la otra parte a impugnar el contrato por error». Véase en este sentido, GARCÍA CANTERO, G.: *Estudios sobre el Proyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía*, ob. cit., págs. 102 a 104.

³⁷² Los PECL son una serie de principios de derecho de la contratación privada europea redactados bajo la supervisión del profesor danés Ole Lando con el afán de la unificación de la disciplina en el ámbito europeo.

³⁷³ Vid. LARA AGUADO, Á.: «La responsabilidad precontractual en derecho comparado», en SÁNCHEZ LORENZO, S. (Coord.): *Derecho Contractual Comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, ob. cit., págs. 670 y 671.

³⁷⁴ De esta manera, la responsabilidad por la ruptura de las negociaciones viene regulada en su Sección tercera, en el artículo 2:301, apartados 2 y 3, que establece, en primer lugar, la responsabilidad de una parte que ha negociado o interrumpido esas negociaciones siempre que lo haya hecho contrariamente a la buena fe y al trato justo, y define, en segundo lugar, que resulta contrario a estos conceptos establecer negociaciones sin tener una intención real de obligarse.

³⁷⁵ El DCFR es un trabajo que contiene una relación de principios, definiciones y reglas del Derecho privado europeo cuya intención es unificar el mismo con la idea de un futuro Código Civil europeo.

Actualmente, los listados de deberes de información, como veremos con mayor detalle, constituyen una práctica legislativa muy habitual y recurrente. Su fundamentación descansa en la protección de la parte más débil del contrato que, bien por falta de formación, conocimiento o experiencia, carece de elementos esenciales para poder prestar un conocimiento informado y coherente con sus intereses. Dichos intereses suelen estar confrontados con la superior posición que toma habitualmente la otra parte contratante, generalmente representada por un profesional que suele realizar con habitualidad las operaciones que oferta y su posición y conocimientos hacen que la igualdad de armas sea una ficción imposible de alcanzar.

Esta técnica se encuentra incardinada principalmente en los contratos con condiciones generales de la contratación en los cuales se impone al predisponente un deber de diligencia que implica facilitar la información necesaria como contraprestación³⁷⁶ por la redacción unilateral del clausulado del contrato.

No podemos obviar que la irrupción de la transparencia material supone un nuevo reto en las tradicionales teorías contractuales y ha venido a ocupar un lugar tradicionalmente reservado para el error como vicio del consentimiento. De esta manera, la información precontractual delimitará, por un lado, que su aportación y contenido sean los necesarios para superar la mencionada transparencia material, y, por otro lado, que dicha información no pueda ser susceptible de inducir al error en la contratación.

El resultado de esta apreciación y distinción entre la transparencia material y el error vicio arroja un sustrato básico a ambas figuras, que no es otro

³⁷⁶ PERTÍÑEZ VILCHEZ, F.: *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004, pág. 32.

que la información como elemento capital de la fase precontractual que cimienta la estructura del contrato³⁷⁷.

Al considerar, de esta manera, que la ley impone unos deberes de información, previo al análisis del contrato concreto de crédito inmobiliario, es preciso identificar las características o condiciones³⁷⁸ generales que debe poseer la información que va a desplegarse, ya que no toda información podría ser válida ni adecuada.

Dichas características pueden resumirse en cinco elementos que necesariamente deberían predicarse de toda información precontractual:

- a) Idoneidad: Que sea adecuada y permita lograr el fin para el que ha sido concebida.
- b) Oportunidad: Que dicha información sea aportada de manera tempestiva.

³⁷⁷ SCHULZE, R.: «Introduction», en SCHULZE, R. PERALES VISCASILLAS, P. (Eds.), *The Formation of Contract: New Features and Developments in Contracting*, Nomos, Baden Baden (Alemania), 2016, pág. 16, argumenta: «*The pre-contractual information duties play a key role in relation to the smooth transitions between the pre-contractual phase and the conclusion of the contract. Above all, it is the relationship between these information duties and the traditional rules on mistake and other defects in consent which belong to the core challenges for the modern theory of contract conclusion: further examination will be necessary from the perspective of the distribution of informational risks between the parties to an existing contract*».

³⁷⁸ GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L.: *Derecho Mercantil de obligaciones, parte general*, ob. cit., pág. 425, identificando las condiciones que *prima facie* deberían cumplir las informaciones precontractuales: «-Efectiva, eficaz o practicable; es decir, ha de tratarse de una información idónea para producir efecto, en aras a la consecución de la finalidad perseguida. Así, de conformidad con el art. 13, LGDCU, la información debe permitir al consumidor lograr un conocimiento de aquello de lo que se le quiere y debe informar, y esto “de forma cierta y objetiva”, mediante cauces que faciliten al público y a los profesionales, el acceso a los datos relevantes, y –en su caso- actualizada, continuada o periódica. – Oportuna, la información debe ser proporcionada al interesado, no en cualquier momento, sino precisamente en aquel instante o durante aquel periodo de tiempo, en el que el acceder a esa información puede resultarle útil. Incluso pudiera ser que la inoportunidad en forma de retraso, pudiera hacer que la información quedara obsoleta; posibilidad muy verosímil en ámbitos como los de las operaciones propias de mercados de valores. – Veráz, esta información ha de ser fidedigna, garantizándose su correspondencia con la realidad. – suficiente, por incluir todos los datos relevantes para que –p.ej.- el potencial adquiriente o usuario pueda adoptar decisiones de consumo». Véase también las características que establece MARTÍNEZ DE SALAZAR BASCUÑANA, L.: *Condiciones generales y cláusulas abusivas en los contratos bancarios*, EDICIP, Cádiz, 2002, págs. 183 y 184. Donde explica que la información debe ser útil y utilizable, para no inducir a error y pueda elegir las operaciones que le resulten más beneficiosas y, a su vez, pueda ser usada, facilitada tempestivamente logrando un conocimiento adecuado por el adherente.

- c) Veracidad: La información debe ser cierta y real para la validez del contrato y, también, para un mejor funcionamiento del mercado.
- d) Suficiencia: La información debe contener todos los datos relevantes para la toma de decisiones.
- e) Utilidad: Debe ser fácilmente manejable por los operadores y debe servir a ambos para perfeccionar el contrato.

La apariencia de que la obtención de cuantiosas cantidades de información por *mor* de la ley para poder celebrar un contrato parece una premisa aparentemente protectora y tuitiva, sin embargo, dicha práctica no carece de detractores³⁷⁹ y sus razones son poderosas, como podremos comprobar a en las páginas sucesivas.

1.1. El procedimiento de toma de decisiones del consumidor de crédito

Una de las preocupaciones de los últimos años en el Derecho del Consumo ha sido la de procurar entender el comportamiento del consumidor en el mercado y la forma en la que toma sus decisiones para intentar, de esta

³⁷⁹ MARÍN LÓPEZ, M. J.: «La formación del contrato con consumidores», en PARRA LUCÁN, M. A. (Dir.): *Negociación y perfección de los contratos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pág. 796, donde manifiesta: «El establecimiento de listas de deberes de información ha sido criticado por parte de la doctrina. Es cierto que la abundancia de contenidos informativos puede ser contraproducente para el consumidor, y que sería más eficaz (y más adecuada al fin de protección de la norma) la formulación de una regla general sobre el contenido que debe mencionarse. Así quizás bastaría con informar sobre las prestaciones principales del contrato y los elementos que permitan definir y comparar el contrato frente a otros en el mismo sector del tráfico, indicando igualmente las cláusulas o características que se apartan de las que son comunes en ese sector». Véase también lo expresado por ZIMMERMANN, R.: *El nuevo Derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado*, ob. cit., págs. 246 y 247, advierte: «En primer lugar, muchas personas se resisten a cualquier tipo de instrucción forzosa: simplemente, no leen los larguísimos documentos que se les presentan. En segundo lugar, y mucho más importante, la cantidad de información obligatoria que se proyecta sobre el consumidor no siempre comporta un nivel de transparencia deseable: un consumidor al que se le proporciona una sobrecarga de información es tan incapaz de tomar una decisión informada como aquel que no recibe en absoluto ninguna. La imposición de deberes de información al empresario, en otras palabras, no siempre es un remedio que pueda mitigar el déficit de información del consumidor».

manera, establecer métodos predictivos que permitiesen analizar con mayor fiabilidad las interacciones en el intercambio de bienes y servicios. La evolución de los estudios acerca del comportamiento de los consumidores a la hora de tomar sus decisiones ha pasado, en un primer momento, por una visión inicial que sostiene el análisis económico más tradicional³⁸⁰. Dicho análisis parte de la base de que el suministro de información produce elecciones racionales y, para el supuesto de que esta información sea insuficiente, inespecífica o cause desequilibrios por su asimetría, sería autorregulada por el propio mercado, lo que parece ser una solución que se ha desvelado poco eficaz³⁸¹ a la vista de los resultados.

Desde la perspectiva de la denominada ciencia de la Ley, la Economía y el comportamiento³⁸² se defiende que dicho comportamiento humano no siempre viene guiado por la racionalidad o la coherencia, sino que obedece a ciertos sesgos cognitivos que son posteriormente analizados y utilizados por los operadores para la consecución de sus intereses³⁸³.

En la literatura jurídica actual se ha pasado, por tanto, de la idea de que los consumidores adoptaban sus decisiones financieras en función de sus intereses y objetivos a la realidad de que dichos consumidores no gestionan adecuadamente la información para su provecho. Desconocen los riesgos asumidos y las consecuencias reales de sus decisiones. El estudio combinado de

³⁸⁰ Se podría decir que comparte la visión del legislador de los últimos tiempos pero que, poco a poco, va modificándose ya que, como venimos advirtiendo, se aprecia un mayor intervencionismo en la regulación atinente al derecho contractual privado.

³⁸¹ HUALDE MANSO, T.: *Del consumidor informado al consumidor real. El futuro del Derecho de Consumo europeo*, Dykinson, Madrid, 2016, págs. 124 y 125, destaca la insuficiencia de las soluciones que puede aportar este sistema de autorregulación aboga por una legislación imperativa en el espectro precontractual que arbitre sanciones en caso de incumplimiento.

³⁸² SUNSTEIN, C., JOLLS, C., THALER, R.: «A Behavioral Approach to Law and Economics», *Stanford Law Review*, Vol. 50, 1998, págs. 1471 y ss., este trabajo, uno de los principales, iniciales y más reconocidos dentro de la disciplina, arroja una definición de la tarea del estudio conjunto de la ley y la economía conductual como la posibilidad de determinar las implicaciones que tiene el comportamiento humano y las consecuencias legales que conlleva para los mercados.

³⁸³ Vid. HUALDE MANSO, T.: *Del consumidor informado al consumidor real. El futuro del Derecho de Consumo europeo*, ob. cit., pág. 127.

materias como el Derecho, la Economía o la Psicología³⁸⁴, aplicadas al crédito hipotecario, revelan como el lenguaje empleado en los contratos, el aplazamiento de ciertos costes para que no parezcan inmediatos o el propio ánimo positivo de quien solicita un préstamo para comprar un inmueble que se convierta en su hogar, son sesgos que, convenientemente explotados, marcan el camino para el perfeccionamiento de un contrato de estas características y, en ocasiones, distraen la atención del comprador de aquello que pudiera serle más beneficioso.

La percepción del consumidor de crédito parece centrarse en los costes inmediatos y tiende a rebajar la importancia de los diferidos³⁸⁵, aunque estos incrementen sustancialmente el precio final. A la altura de nuestra problemática que estudia los contratos de crédito que se alargan por años y que pueden estar sujetos a condiciones que hagan variar sustancialmente las cantidades que ha de abonar el consumidor (conceptos que se pueden cargar al inicio del contrato, durante el mismo o a la finalización³⁸⁶) el aspecto realmente importante sería tener en cuenta la suma de todos los conceptos y arrojar un valor total³⁸⁷, de ahí que desde el entorno europeo se venga a dar una importancia capital a la expresión de la TAE³⁸⁸.

³⁸⁴ Vid. CELENTANI, M., GANUZA, J. J., GÓMEZ POMAR, F.: «El régimen legal del crédito hipotecario en España: un análisis económico», en GANUZA, J. J., GÓMEZ POMAR, F. (Coords.): *Presente y futuro del mercado hipotecario español: un análisis económico y jurídico*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pág. 104.

³⁸⁵ ZAMIR, E., TEICHMAN, D.: *Behavioral Law and Economics*, Oxford University Press, Oxford, 2018, pág. 299.

³⁸⁶ Sirva de ejemplo las comisiones de apertura, las cláusulas limitativas de suelo y techo, los gastos de formalización, tasación o la cancelación de la hipoteca.

³⁸⁷ Como expresan GÓMEZ POMAR, F., GANUZA, J. J., ARTIGOT, M.: «Y todos estos pleitos, ¿Para qué?», *InDret*, N.º 4, 2018, págs. 4, 5 y 6. Indicando que a mayor contingencia más se complica el proceso de toma de decisiones del consumidor que suele inclinarse por las ofertas que ofrezcan más ventajas al inicio del contrato.

³⁸⁸ La TAE debe expresarse de manera completa y no engañosa, que no pueda llevar al consumidor a adoptar una decisión equivocada con respecto a sus intereses, como advierte la STJUE de 15 de marzo de 2012, asunto C-453/10, caso Perenicvá, párr. 47. Y no solo a nivel europeo, también en los Estados Unidos de América se otorga a la TAE un lugar muy destacado con capacidad para «combatir los efectos adversos de la racionalidad imperfecta», como señala

La implementación de este conocimiento que se desprende de la literatura científica ya se puede observar en materias como la inversión en mercados secundarios³⁸⁹, por lo que resulta razonable pensar que acabará por afectar e informar la práctica legislativa de otros órdenes como el que nos ocupa.

1.2. La técnica legislativa de los deberes imperativos de información

Como se ha dicho, la generación de una profusa legislación que consista en incorporar listados de información precontractual resulta una «apariencia», una presunción, un tanto aventurada en mi opinión, que el mero hecho de establecer un amplio número de informaciones previas, en la mayoría de las ocasiones de marcado carácter técnico, pueda garantizar que el acto transaccional se realiza sin asomo de duda y con una íntegra comprensión de todos los aspectos que lo componen.

Conviene distinguir entre los deberes generales de revelar información y los deberes específicos o especiales³⁹⁰. Estos últimos son los más comunes debido, principalmente, a la incidencia de las Directivas comunitarias que utilizan frecuentemente esta práctica legislativa. Los deberes específicos o especiales se vehiculan una vez que la ley obliga a la incorporación de estos listados de información, convirtiéndose de esta manera en deberes de obligado

BAR-GILL, O.: «Contrato de préstamo hipotecario: Derecho, Economía y Psicología», en GANUZA, J. J., GÓMEZ POMAR, F. (Coords.): *Presente y futuro del mercado hipotecario español: un análisis económico y jurídico*, ob. cit., págs. 142 y ss.

³⁸⁹ Como lo demuestra la guía elaborada por la CNMV denominada «Psicología económica para inversores» y que puede ser consultada en su página web corporativa en el siguiente enlace que se acompaña: https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/Guias/Psicologia_economica_para_inversores.pdf. (última consulta, 31 de agosto de 2020), donde se analizan los sesgos más comunes en la toma de decisiones de las personas desde la perspectiva de la economía conductual y se procura arrojar propuestas y soluciones que ayuden en la toma de decisiones financieras anticipándose a los comportamientos predecibles.

³⁹⁰ Vid. AA.VV.: «Hacia una revisión del aquis de consumo», en CÁMARA LAPUENTE, S. (Dir.): *La revisión de las normas europeas y nacionales 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*, ob. cit., págs.146 y ss.

cumplimiento que el legislador identifica como necesarios e imperativos para establecer un consentimiento informado y consecuente con los intereses de las partes.

Como regla general, si partimos de la consideración de que una mayor información es siempre mejor que menos información en cualquier caso y sin mayor análisis, difícilmente se podrá articular una crítica con sentido a esta técnica legislativa. Sin embargo, si nos hacemos las preguntas adecuadas podremos comprender este aserto no resulta *per se* correcto ni adecuado.

En primer lugar, conviene advertir sobre que materias se pretende desplegar la actividad legislativa que imponga esos deberes, sobre que campos de conocimiento o actividades. En segundo lugar, a que personas va a afectar dicha legislación y, en tercer lugar, resulta adecuado observar la forma en que esos deberes de información llegan a quienes han de hacer uso de ellos.

Respecto al primer punto señalado, es importante tener en cuenta el grado de complejidad de la materia que se pretende regular, ya que la inmediata consecuencia de esto es el lenguaje más o menos técnico que ha de emplearse. La segunda cuestión apuntada referente al ámbito subjetivo receptor de esa información se ha de contemplar la tradicional generalidad de dicho espectro al diferenciar entre un público potencial que podríamos calificar como «instruido» y otro tipo de público que carecería de estudios o experiencia para la adecuada comprensión de la terminología empleada.

En cuanto a la forma que la información llega a los contratantes, se debe contemplar el efecto de lo establecido en las leyes a los obligados a suministrarla. Del texto de la LCCI observamos que el *modus operandi* implica inundar al prestatario de documentos con multitud de datos reiterativos y redundantes. Si bien, hemos de advertir que en la LCCI existe un intercambio de informaciones

entre los participantes del contrato, dichas informaciones tienen objetivos muy diferentes como tendremos ocasión de contemplar.

A la luz del Derecho europeo de contratos, las técnicas más utilizadas empleadas por el legislador³⁹¹ para regular la protección de los consumidores se articulan alrededor de unas normas de fuerte impronta imperativa *pro* consumidor, que se distribuyen en la celebración, desarrollo e interpretación como en el desistimiento del contrato.

Pero sin duda, la técnica más habitual, y la que se emplea en la LCCI, es la de los deberes imperativos de información precontractual, que, como ya se ha dicho, resulta en la práctica la elaboración de largas listas que contienen una serie de mandatos acerca de la información que debe ser suministrada con el fin de lograr un equilibrio en los conocimientos de las partes y, con ello, facilitar la igualdad de armas entre ellas.

Esta técnica legislativa ha sido ampliamente criticada³⁹² y se puede afirmar que los listados de información precontractual imperativa no garantizan una mejor comprensibilidad de lo que se contrata ni resulta con ello que la parte que pretende ser protegida con dicha regulación adopte sus decisiones de una manera más adecuada.

³⁹¹ Conforme al desglose que realizan BEN-SHAHAR, O., SCHNEIDER, C.: «Regulatory Techniques in consumer protection. A critique of european consumer contract law», *Common Market Law Review*, Vol. 50, 2013, pág. 109, establecen cuatro categorías de técnicas legislativas que oscilan entre las disposiciones imperativas y las normas supletorias favorables al consumidor de la siguiente manera: «*The four consumer protection techniques commonly employed in European contract law are (1) mandatory pro consumer arrangements, which must be part of every consumer contract; (2) mandated disclosure; (3) regulation of entry to and withdrawal from contracts; and (4) pro-consumer default rules and contract interpretation*».

³⁹² BEN-SHAHAR, O., SCHNEIDER, C.: «The Failure of Mandated Disclosure», *University Of Pennsylvania Law Review* 159, 2011, pág. 651, donde, a modo de resumen, expresan que la evidencia empírica demuestra, una y otra vez, que los mandatos imperativos previos a la contratación fracasan regularmente en el cumplimiento de su función. Ello puede ser debido a que esta idea descansa sobre falsos postulados acerca del comportamiento de los consumidores, y el público en general, acerca de como se comportan y como toman sus decisiones.

Lamentablemente, no es únicamente esta práctica legislativa la que falla de manera persistente, sino que los remedios *pro futuro* que llevan tiempo implementándose parecen no arrojar resultados esperanzadores. Es el caso de la educación financiera³⁹³ que, a pesar de sus notables esfuerzos, tampoco se manifiesta como un remedio eficaz a los problemas planteados ya que el comportamiento de los operadores no parece conseguir los resultados esperados.

Para el supuesto que nos ocupa en el presente estudio, nos encontramos ante unas informaciones que han de ser facilitadas por las partes como consecuencia de un imperativo legal que persigue, por un lado, asegurar la comprensión de lo que se contrata sin dar pie a posibles cláusulas abusivas o sorpresivas y, por otro lado, obtener un grado de detalle de la solvencia de los potenciales prestatarios que permita alejar el riesgo de impago del contrato que finalmente se perfeccione.

En la práctica, el prestatario rara vez va a poder gozar de un poder de negociación real y, difícilmente, podría lograr cambiar alguna de las cláusulas predispuestas por el prestamista. Se encuentra, por tanto, en la encrucijada de valorar el coste de oportunidad que supone el oponerse a cláusulas que no le convencen enteramente con el riesgo de comprometer la firma del contrato, lo cual le supondría un perjuicio muy notable. Ante esta situación, la asimetría entre las partes sigue patente, cosa que los deberes de información no logran solucionar y persiste la condición de una autonomía de la voluntad *secuestrada* ya que la libertad contractual es mínima o insignificante ante la intervención de una legislación imperativa³⁹⁴.

³⁹³ Vid. BEN-SHAHAR, O., SCHNEIDER, C.: “The Failure of Mandated Disclosure”, ob. cit., pág. 667.

³⁹⁴ DÍEZ-PICAZO, L. GULLÓN, A.: *Instituciones de Derecho Civil. Volumen I/2. Doctrina general del contrato y de las obligaciones. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, ob. cit., pág. 25, destaca la actividad legislativa del

Precisamente, la autonomía de la voluntad prácticamente desaparece³⁹⁵ por los dos factores preponderantes en este tipo de relación contractual. Por un lado, surge la legislación imperativa que marca el curso de la *lex contractus*, y, por otro lado, la persistente existencia de condiciones generales de la contratación³⁹⁶. De esta manera, nos encontramos por un contrato mediatizado por el legislador, que fija el camino a seguir por el prestamista, el cual establece un articulado respetuoso con los preceptos imperativos y, finalmente, el prestatario únicamente le resta adherirse a un documento en el que su voluntad ha tenido escasa o ninguna influencia.

Sin embargo; no podría hablarse de un acto unilateral impuesto³⁹⁷ por el predisponente ya que la necesidad del conocimiento efectivo del contenido del contrato o del consentimiento de ambas partes sostienen un precario equilibrio que conserva, en apariencia al menos, la condición sinalagmática del contrato adquirida con libertad. A todo ello hay que sumar un efecto de la transparencia

Estado acorde con condicionamientos de política económica y social de la siguiente manera: «Se recorta de esta manera la libertad contractual, pues aunque las partes son todavía libres para contratar o no contratar, si contratan deben hacerlo sometándose a un esquema impuesto legalmente. Puede hablarse así de unos contratos normados o contratos con un contenido imperativo determinado».

³⁹⁵ Vid. PAGADOR LÓPEZ, J.: *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas. La Ley de condiciones generales de la contratación de 1998*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pág. 131.

³⁹⁶ Recuerda que la mera existencia de condiciones generales de la contratación no impide la libertad de acuerdo entre las partes, como indica, DURÁN RIVACOBÁ, R.: «Valor jurídico de las condiciones generales en la contratación», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 706, 2008, pág. 665.

³⁹⁷ RODRÍGUEZ MARÍN, C.: «Los principios generales de la contratación y el control de cláusulas “abusivas” en el Proyecto de Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario: un antes y un después,» en ALBIEZ DOHRMANN, K. J., MORENO-TORRES HERRERA, M^a. L. (Dirs.): *Los contratos de crédito inmobiliario*, ob. cit., pág. 491, a su vez, resulta interesante la reflexión que realiza la autora acerca de la libertad contractual al respecto de la legislación imperativa en la página 484 del mismo texto, donde argumenta: «Hoy en día no se concibe una legislación sin un control sobre las condiciones generales. Estas, cuando atentan contra los derechos del adherente se consideran nulas por el derecho, se tienen por no puestas y en definitiva deben desaparecer. Lo cual no debe significar que la libertad se restrinja al máximo, todo lo contrario, debe seguir erigiéndose como un pilar fundamental del Derecho privado. Otra cosa es que el poder usarla o invocarla esté sujeto al propio imperio de la ley».

buscado por el legislador como es la posibilidad de comparar entre diferentes ofertas. Así, se propicia la competencia³⁹⁸ en el mercado.

De lo anterior se colige que la intervención estatal cercena o, al menos, disminuye considerablemente, el impacto del artículo 1255 CC sobre las partes. Sin embargo, a pesar de esta ausencia del poder de disposición de las partes sobre los contratos, esta técnica legislativa ha tenido aceptación en ocasiones como una solución factible a los problemas de abusos que pudieran surgir *inter partes*.³⁹⁹

Merece ser destacado el madrugador esfuerzo legislativo empleado en el Derecho inglés de contratos que sienta las bases de su regulación actualmente. Así, en septiembre de 1968 se creó un comité bajo el mandato de Lord Crowther que vino a realizar el más ambicioso estudio acerca del crédito al consumo

³⁹⁸ Así lo contemplaba la Directiva 2014/17, en su considerando sexto: «La presente Directiva debe desarrollar por consiguiente un mercado interior más transparente, eficiente y competitivo mediante unos contratos de crédito coherentes, flexibles y equitativos en materia de bienes inmuebles, promoviendo a la vez la sostenibilidad de la concesión y la contratación de préstamos, así como la inclusión financiera, y proporcionando, por tanto, un nivel elevado de protección a los consumidores». Véase también el extracto recogido en la exposición de motivos de la LCCI, apartado IV: «En este sentido, la ley contribuye a la implantación de un mercado único europeo más transparente, competitivo y homogéneo, con contratos de crédito que afectan a bienes inmuebles mas equitativos y que aseguran un elevado nivel de protección a las personas físicas que obtienen financiación». En este sentido se manifiesta a su vez, MIRALLES SÁEZ, E.: «La protección del cliente en la relación bancaria», en SEQUEIRA, A., GADEA, E., SACRISTÁN, F. (Dirs.), *La contratación bancaria*, ob. cit., pág. 281, argumentando que la información precontractual garantiza la libertad contractual debido a la posibilidad que ofrece de comparar entre diferentes ofertas y potencia la competitividad de las diferentes entidades de crédito.

³⁹⁹ En este sentido lo apunta GARCÍA AMIGO, M.: *Condiciones generales de los contratos. (Civiles y Mercantiles)*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, pág. 250, razona: «De cuanto precede hay que concluir que no es el Derecho dispositivo lo que ofrecerá el remedio para impedir las injusticias y evitar los posibles abusos a que puede dar lugar la utilización de condiciones generales en la contratación. Solamente utilizando la técnica de las normas jurídicas imperativas podría cortar con tales anomalías jurídicas; pero ello supondría reglamentar imperativamente el contenido positivo de toda relación contractual, impidiendo el funcionamiento del principio de la autonomía de la voluntad, conduciéndonos al sistema de condiciones generales de la contratación utilizado en Rusia o en Alemania Oriental, consistente en que la Administración o el Gobierno dictan en forma reglamentaria imperativa dichas condiciones generales». Véase también HOWELLS, G., WEATHERILL, S.: *Consumer protection law*, Dartmouth Publishing Company Limited, Aldershot (Inglaterra), 1995, págs. 42 y ss., en una línea favorable a una intervención pública en la actividad consumerista pero diferenciando los grados en los que la misma ha sido una política popular y aceptada.

llevado a cabo en el país anglosajón. El resultado de dicho estudio fue denominado *The Crowther Report*, publicado en marzo de 1971, en el cual se arroja un profundo análisis de las implicaciones económicas y sociales del crédito al consumo, así como de sus fortalezas y debilidades. Las conclusiones de dicho informe contenían la propuesta de una novedosa legislación que distinguiese entre las reglas generales de aplicación y las reglas para las operaciones de crédito al consumo.

El gobierno inglés aceptó varias de las recomendaciones de *The Crowther Report* y se mostró dispuesto a emprender una serie de reformas legislativas que comenzaron por el *Voluntary Code*, que establecía pautas generales respecto a préstamos personales, y *The White Paper on The Reform of the Law on Consumer Credit*, donde se implementaban las líneas maestras seguidas en *The Crowther Report*, para, finalmente, aprobar con gran consenso, tanto en la Cámara de los Comunes como en la Cámara de los Lores, la *Consumer Credit Act* (en adelante CCA), el 31 de julio de 1974⁴⁰⁰.

Con la llegada de la CCA se establece la necesidad de una información transparente y verdadera a la hora de la concesión de los préstamos, la CCA, establece la prohibición general de la publicidad engañosa y señala con detalle la información que debe ser incluida durante la fase negociadora de los créditos, como veremos posteriormente, la CCA identifica diversos momentos en los cuales se debe detallar la información; en la fase de la publicidad, antes de la ejecución del contrato, en el propio documento contractual y durante la vida del contrato.

El objetivo principal sobre el cual orbitan estos deberes de información es el concepto denominado *Truth In Lending* (verdad en los préstamos) que

⁴⁰⁰ Vid. GOODE, R. M.: *The Consumer Credit Act, A Student's Guide*, Butterworth & Co Ltd, Londres, 1979, págs. 5 y ss.

persigue proveer a los consumidores con la información necesaria para realizar una contratación racional y adecuada.

En 2004, el gobierno inglés implementó nuevas regulaciones acerca de la información precontractual que debe ser recogida en los contratos con consumidores con instrucciones muy claras⁴⁰¹ acerca de la forma y el texto que debe acompañar dicha información.

En resumen, la información que deben tener sería la atinente a la naturaleza del contrato, las partes que lo componen, la información financiera relevante al acuerdo, así como una declaración acerca de los medios disponibles de protección al consumidor.⁴⁰²

Dentro de la ley inglesa no encontramos una única fórmula que rijan la fase precontractual de una manera diáfana y precisa. Se ha llegado a emplear el término de «navaja suiza», por las múltiples posibilidades que arroja, para delimitar los deberes de trato justo precontractual y de responsabilidad por la ruptura de negociaciones.⁴⁰³

El silogismo empleado por el legislador para aplicar listas de información previa a la contratación parte de una premisa comprensible; Ante un asunto complejo surge la conveniencia de informar concienzudamente a quienes vayan

⁴⁰¹ «a) Fácilmente legible y, cuando corresponda, de un color que sea fácilmente distinguible del fondo en el que se muestran; b) Sin intercalar con ninguna otra información o redacción aparte de subtítulos de cantidades totales y referencias cruzadas a los términos del acuerdo; c) De igual prominencia, excepto que los encabezados pueden tener más prominencia ya sea con letras mayúsculas, subrayado, letras más grandes o en negrita u otras; y d) Contenido en un documento que: (i) Está separado del documento que incorpora el acuerdo pertinente (en el sentido de la regulación 3) y cualquier otro documento al que se hace referencia en el documento que incorpora ese acuerdo; (ii) Se encabeza con las palabras "Información previa al contrato"; (iii) No contiene ninguna otra información o redacción aparte del encabezado mencionado en el subpárrafo (ii); (iv) Está en papel o en otro medio duradero que esté disponible y accesible para el deudor o el arrendatario; y (v) Es de una naturaleza que permite al deudor o al arrendatario eliminarlo del lugar donde se le muestra».

⁴⁰² RAMSAY, I.: *Consumer law and Policy, Text and Materials on Regulating Consumer Markets*, Hart Publishing, 2007, págs. 533 a 538.

⁴⁰³ ANDREWS, N.: *Contract Law*, ob. cit., págs. 20 y 36.

a participar de ese asunto sin tener los conocimientos previos necesarios. A mayor información resulta mayor el conocimiento acerca de lo que se contrata⁴⁰⁴.

Por tanto, esta técnica legislativa, puede resultar atractiva *ab initio*, por su claridad, sencillez y fácil implementación⁴⁰⁵, pero que, a la vista de su contenido y resultados resulta manifiestamente mejorable.

1.3. Efectividad de los deberes imperativos de informaciones precontractuales

A lo largo de las páginas precedentes se ha podido dibujar un panorama poco alentador respecto a la técnica legislativa acerca de la imposición de informaciones que se han de facilitar en el momento previo a la contratación. Estas informaciones pueden no llegar a cumplir sus objetivos de transparencia por una serie de problemas concretos que vamos a ver a continuación.

En un primer momento, lo que llama la atención al contemplar el mandato que nos indica la LCCI es la gran cantidad de información que han de intercambiarse los intervinientes. Esta circunstancia provoca un efecto de sobrecarga⁴⁰⁶ que imposibilita la toma de decisiones debido a la multitud de

⁴⁰⁴ BEN-SHAHAR, O.: «Los deberes legales de información en las hipotecas: esperanzas frustradas», GANUZA, J. J., GÓMEZ POMAR, F. (Coords.): *Presente y futuro del mercado hipotecario español: un análisis económico y jurídico*, ob. cit., págs. 152 y 153, donde el autor señala los atractivos de las obligaciones legales de información precontractual como una práctica reconocida, fácil de aplicar y que goza de cierto consenso entre los operadores jurídicos a la hora de valorarlos como una legislación positiva y beneficiosa para las partes. Con ello, a pesar de las posteriores críticas que veremos del autor en esta y otras obras relacionadas con los deberes previos de información, nos presenta este fenómeno legislativo como una idea con sentido que, posteriormente, y ante la evidencia científica observada, se puede defender que ha fracasado en sus postulados y objetivos.

⁴⁰⁵ HUALDE MANSO, M^a. T.: «El consumidor ignora el contenido de su contrato. La falta de lectura en los contratos de adhesión», ob. cit., pág. 6.

⁴⁰⁶ Vid. BEN-SHAHAR, O. SCHNEIDER, C.: «The Failure of Mandated Disclosure», ob. cit., pág. 687. En el mismo sentido, ZIMMERMANN, R.: *El nuevo Derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado*, ob. cit., pág. 246. Véase también, DE LA MAZA GAZMURI, I.: *Los límites del deber precontractual de información*, ob. cit., pág. 144 y ss., donde expone: «La existencia de extensos listados de información es un antídoto a la falta de

datos⁴⁰⁷ que han de tenerse en cuenta y dificultan en exceso la toma de decisiones.

Este efecto de sobrecarga en la información es, sin lugar a duda, la consecuencia inmediata más evidente de cuantas componen el elenco de efectos de los deberes imperativos de información. Este fenómeno ha sido estudiado desde la década de los años setenta por científicos de diversas disciplinas. Sostienen que una mayor riqueza de la información generaba la consecuencia de una pérdida de la atención⁴⁰⁸ y esto a pesar de que el aporte de la información pueda ayudar a clarificar conceptos en el sentido del aforismo que define la luz del sol como el mejor desinfectante⁴⁰⁹. Sin embargo, el exceso de luz y claridad puede cegarnos⁴¹⁰ y anular nuestra capacidad para tomar decisiones.

No es únicamente el excesivo volumen de los datos⁴¹¹ que recibe el prestatario junto con una abrumadora carga de informaciones, sino que,

información, pero se trata de un antídoto que produce efectos colaterales en términos de racionalidad imperfecta, el consumidor no es capaz de procesar adecuadamente la información».

⁴⁰⁷ Un ejemplo paradigmático de sobrecarga de información por la multitud de datos son los artículos 5 y 6 de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo, en los cuales se elaboran interminables listas de deberes de información precontractual que carecen de la adecuada sistematización.

⁴⁰⁸ HERBERT. A. SIMON.: «Designing organizations for an information-rich world», en GREENBERGER, M. (Ed.): *Computers, Communications, and the Public Interest*, Johns Hopkins Press, 1971, págs. 37-52, en palabras del propio autor lo que la información consume es algo obvio, que es la atención de a quien va dirigida. Es por esto, que una gran cantidad de información va a crear un déficit en la atención que se preste a la misma, con lo cual, es necesario discriminar de manera eficiente entre la abundancia de información.

⁴⁰⁹ Vid. BEN-SHAHAR, O., SCHNEIDER, C.: «Regulatory Techniques in consumer protection. A critique of european consumer contract law», ob. cit., pág. 110, que, a su vez, refiere la conocida cita de la obra de BRANDEIS, L.: *Other people's money and how the bankers use it*, Frederick A. Strokes Company, New York, 1914, pág. 92. En el original: «Sunlight is said to be the best of disinfectants; electric light the most efficient policeman».

⁴¹⁰ Como sostiene PAREDES, T.: «Blinded by the Light: Information Overload and Its Consequences for Securities Regulation», *Washington University Law Review*, Vol. 81, Issue 2, 2003, pág. 419, también con base en la cita de Louis D. Brandeis, alude al exceso de luz como ejemplo a la problemática de la sobrecarga por superabundancia de informaciones. Sostiene que las decisiones complejas tienden a ser más acertadas cuando se basan en informaciones más reducidas y, en el sentido opuesto, las decisiones simples que han de basarse en mayor cantidad de información tienden a ser erróneas en mayor proporción.

⁴¹¹ GARCÍA VICENTE, J. R.: «La contratación con consumidores», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (Dir.): *Tratado de contratos, Tomo II*, ob. cit., pág. 1463, donde define

anudadas a las mismas, se encuentran consideraciones de carácter técnico que han de ser forzosamente tenidas en cuenta para la toma de decisiones que implican compromisos a un largo plazo.

A su vez, el efecto de sobrecarga se manifiesta a través de varios fenómenos psicológicos⁴¹² que impiden tomar la decisión más acorde con los intereses de quien contrata, ya que le impiden escoger correctamente entre las diversas y cuantiosas opciones ya sea por ignorancia, optimismo, falsas representaciones o tendencia a simplificar operaciones complejas.

Además, debemos tener en cuenta que la sobrecarga de información no se produce únicamente alentada por el legislador en su afán protector y tuitivo. Resulta muy habitual en la práctica de contratación de productos muy comunes en el mercado (como pueden ser tarjetas de crédito, créditos al consumo, préstamos personales o, incluso, los propios créditos inmobiliarios), que el oferente redacte unos contratos extraordinariamente complejos, con una gran cantidad de cláusulas, en su mayoría irrelevantes pero que distraen la atención de una forma muy efectiva sobre aspectos clave del contrato y que, el efecto de sobrecarga es una estrategia calculada.⁴¹³ El funcionamiento de esta calculada operación se basa en la limitada capacidad de atención del consumidor en determinados puntos del contrato y distraerla en los que sean mas

como «apabullante» el número y contenido de deberes de información en la legislación especial que circunda la contratación con consumidores.

⁴¹² De esta manera, COLLADO RODRÍGUEZ, N.: *La obligación del prestamista de evaluar la solvencia del consumidor de crédito*, ob. cit., págs. 89 y 90, identifica seis barreras psicológicas producidas por el efecto de sobrecarga, como la imposibilidad de detectar condiciones que puedan ser adversas a sus intereses, la carencia de conocimientos suficientes en el asunto que se trate, la asunción de falsos presupuestos, el optimismo que lleva a infravalorar los sucesos negativos que puedan afectar al cumplimiento de los pagos, la simplificación de procedimientos a largo plazo y, finalmente, la tendencia a las valoraciones sesgadas de las características del contrato.

⁴¹³ PERSSON, P.: «Attention manipulation and information overload», *Behavioural Public Policy*, vol. 2, issue, 1, 2018, págs. 97 y 98, argumenta, desde una perspectiva económica, que la atención limitada de los consumidores hace ineficaces sus decisiones frente a la manipulación de la atención como estrategia de los proveedores de la información. No solo la cantidad de información provoca ese efecto de sobrecarga, sino que la complejidad de la misma es un elemento sustancial para elevar la dificultad en la toma de decisiones.

inconvenientes para él. De esta manera, se impide a su vez la adecuada comparativa por el excesivo coste de tiempo y recursos que supondría y, con ello, el consumidor no obtendrá el producto más acorde a su capacidad financiera ni se propicia una adecuada competencia⁴¹⁴ del mercado.

De esta manera, esa capacidad del consumidor de discernir la información relevante de la que no lo es depende en gran medida de su propia formación o de su pericia para valerse de asesores que puedan ayudarle en su toma de decisiones. Por ello, una legislación que perpetúa el efecto de sobrecarga no ayuda a mejorar la atención del consumidor medio, más bien acentúa la complejidad de las operaciones.

Habida cuenta del cambio operado en el derecho de contratos patrio con el surgimiento de la teoría de la transparencia material, el camino que se abre ante nosotros parece matizar o sobrepasar las disposiciones contenidas en los códigos decimonónicos que rigen la práctica actual. La necesidad de nuevas regulaciones que incorporen las especialidades que surgen en la práctica forense habitual revela un panorama de transformación que ha de desembocar en profundas reformas de nuestro derecho de obligaciones a riesgo de quedar desfasado y se convierta en ineficaz.

Sirviéndose de otros campos de estudio, como la psicología social, la doctrina anglosajona incorpora la racionalidad imperfecta o la disonancia cognitiva⁴¹⁵ para explicar el proceso de toma de decisiones de un consumidor medio. Entienden que la cantidad de información, el escaso tiempo disponible y la propia naturaleza humana no hacen posible un estudio probabilístico

⁴¹⁴ Como explica BAR-GILL, O.: «Contrato de préstamo hipotecario: Derecho, Economía y Psicología», en GANUZA, J. J., GÓMEZ POMAR, F. (Coords.): *Presente y futuro del mercado hipotecario español: un análisis económico y jurídico*, ob. cit., pág.139.

⁴¹⁵ Vid. LUQUIN BARGARECHE, R.: *El Crédito al Consumo en el Contexto de Crisis: Impacto Normativo y Tutela del Consumidor*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, págs. 86, 87 y 88.

adecuado para decisiones de este calibre. Por ello, se toman decisiones más cortoplacistas o infundadamente optimistas sin prever los acontecimientos negativos que pudieran llegar a aparecer en el futuro.

En íntima relación con el problema de la sobrecarga se encuentra el de la acumulación⁴¹⁶. El tiempo y el esfuerzo que se requieren para leer y comprender un listado de deberes imperativos de información pudiera parecer anecdótico, pero si se añaden otros contratos más habituales que pueden convivir en el tiempo, sobre todo en el ámbito del Derecho del Consumo, tales como contratos de telefonía, internet, televisión, luz, gas, agua, etc., la lectura de los mismos se convierte en ineficiente y la comprensión en inadecuada para la toma de decisiones.

Otra de las causas de la ineficacia de estas informaciones imperativas viene de la mano de los problemas anteriores y va aneja al contenido habitual de las informaciones. Se trata de la complejidad de los términos, la cual abunda en los reiterados tecnicismos que contiene su redacción y la falta de cultura financiera⁴¹⁷ del público en general. Todo ello desemboca forzosamente en un desconocimiento de cuestiones esenciales acerca de este tipo de contratación y, por tanto, los márgenes de desigualdad entre las partes se acentúan a pesar de las informaciones recibidas que resultan papel mojado.

El perfil técnico de los contratos de crédito inmobiliario obliga a manejar conceptos propios de la economía y del Derecho y a entender como interactúan en la vida del contrato ante los diferentes escenarios (especialmente tratándose

⁴¹⁶ BEN-SHAHAR, O., SCHNEIDER, C.: «The Failure of Mandated Disclosure», ob. cit., pág. 689 y 690. También, en este sentido y con base en el previo estudio que se cita, COLLADO RODRÍGUEZ, N.: *La obligación del prestamista de evaluar la solvencia del consumidor de crédito*, ob. cit., pág. 89.

⁴¹⁷ GIL-BERNET ESTEVE, L.: *La comercialización a distancia de servicios financieros: especial énfasis en la protección del consumidor y su control regulatorio*, Atelier, Barcelona, 2016, pág. 158, asevera que la falta de conocimientos financieros afecta a la adecuada formación de su voluntad a la hora de contratar y puede perjudicar sus intereses económicos.

de préstamos a largo plazo y con un interés variable que puede estar sujeto a periodos de revisión).

Conviene apreciar que la educación financiera existe para mejorar la comprensibilidad de los consumidores financieros y, en última instancia y como objetivo deseable, adoptar las decisiones adecuadas⁴¹⁸. Es por ello, que dicha educación busca la comprensión de la información que los operadores facilitan y no debe ser una mera facilitación de datos sin mayor explicación.

De la observación de los problemas anejos a la técnica legislativa descrita se puede destacar el volumen y la cantidad de la información que se dispensa, y, por otro lado, la complejidad de los términos que se relacionan, por ello, es en esta línea donde la literatura jurídica arroja una primera solución⁴¹⁹ consistente en seguir dos líneas fundamentales a la hora de implementar leyes basadas en dicha técnica. Se debe incorporar datos fácilmente interpretables por los consumidores (como el coste total de la operación que se trate) y que esa información esté diseñada para facilitar el trabajo de los operadores.

Frente a esta idea de simplificación de las operaciones hipotecarias surgen otras como la intervención directa gubernativa en el clausulado de los contratos de crédito inmobiliario⁴²⁰. No es una solución novedosa y se

⁴¹⁸ Dichas referencias se extraen de la definición de educación financiera que nos brinda la OECD y que viene recogida en ANDUJAR NAGORE, I., GIL DOLZ, J.: «El Plan Español de Educación Financiera: presente y futuro», en CUENA CASAS, M. (Dir.): *La prevención del sobreendeudamiento privado. Hacia un préstamo y consumo responsables*, ob. cit., pág. 856. Con el siguiente texto: «El proceso por el que los inversores y consumidores financieros mejoran su comprensión de los productos financieros, conceptos y riesgos y, a través de la información, la enseñanza y/o el asesoramiento objetivo, desarrollan las habilidades y confianza precisas para adquirir mayor conciencia de los riesgos y oportunidades financieras, tomar decisiones informadas, saber donde acudir para pedir ayuda y tomar cualquier acción eficaz para mejorar su bienestar financiero».

⁴¹⁹ Vid. BEN-SHAHAR, O., SCHNEIDER, C.: «Regulatory Techniques in consumer protection. A critique of european consumer contract law», ob. cit., pág. 119.

⁴²⁰ Solución que apunta DEL REY BARBA, S.: *La calificación registral de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios*, ob. cit., págs. 396 y ss., plantea la posibilidad de que sean las cláusulas más controvertidas las que posean una redacción obligatoria proveniente del Gobierno y consensuadas por los representantes de los intervinientes en el crédito inmobiliario (consumidores

compadece con la previsión existente en la Disposición Final 15ª de la LCCI que prevé, tanto la fijación de unas cláusulas determinadas, como el establecimiento de un modelo de contrato que podrá ser utilizado por las partes de manera voluntaria.

En mi opinión, al figurar en la LCCI un contenido imperativo con respecto a varias de las cláusulas controvertidas, y con rango legal, ya tenemos *de facto* una intervención del legislador acerca del clausulado del contrato. Al respecto de la posibilidad de emplear un contrato prerredactado reglamentariamente y de uso voluntario por las partes, entiendo que los prestamistas no accederían mansamente a la utilización de este modelo para mantener su posición dominante en el contrato como predisponentes habituales del contenido. Más aún, cuando su actividad ya se ha visto limitada –como acabamos de ver– por el contenido imperativo de la LCCI.

2. DIFERENTES ESTADIOS DE INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL EN LA LEY 5/2019, DE 15 DE MARZO, REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO

Dentro de las diferentes informaciones que jalonan el devenir contractual y que se destacan en la LCCI, así como en su desarrollo reglamentario, podemos identificar dos momentos individualmente considerados:

- a) Momento *ex ante* de la formalización del contrato. Especialmente en lo que concierne a los artículos 6, 9, 10, 11, 12, 13, 14 y 15 de la ley que expresan

y bancos, en esencia) y supervisadas por los reguladores, el CGPJ, la DGSJFP y representantes de notarios y registradores.

diferentes tipos de informaciones todas ellas antecedentes a la formalización del contrato.

- b) Momento que se extiende durante la vida del contrato. Particularmente los artículos 6, 7, 8, 9 y 10 del Real Decreto 309/2019.

En consecuencia, se ha de poner de relieve el ámbito que abarca la fase precontractual y conocer los elementos que la componen para analizar que informaciones comprende y coadyuvan para dar vida al contrato de crédito hipotecario. Del texto de la ley podemos extraer que la información se integra como un todo que vertebra la fase precontractual al marcar unas pautas de actuación concretas⁴²¹ tendentes a la perfección del contrato.

En el preámbulo (IV) de la LCCI se afirma que la regulación de la fase precontractual se hace de una manera detallada y se ha ido más allá de la mera 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 lo tanto, se pueda considerar cumplido el principio de transparencia en su vertiente material». De esta manera, la LCCI simplifica que la mera puesta a disposición de la información pertinente puede ser suficiente para alcanzar la transparencia material. De esta manera, se obvia que un volumen considerable de información, presentado de manera masiva y con

⁴²¹ De esta manera, el artículo 5.2, dice: «En la concesión, intermediación o prestación de servicios de asesoramiento sobre el préstamo, las actividades se basarán en la información sobre las circunstancias del prestatario y en cualquier requisito específico que éste haya dado a conocer, así como en hipótesis razonables sobre los riesgos para su situación durante la vigencia del contrato de préstamo. En cuanto a la prestación de servicios de asesoramiento, la actividad se basará también en la información obtenida del prestatario sobre su situación personal y financiera, así como sobre sus preferencias y objetivos, de modo que puedan recomendar contratos de préstamo adecuados. El análisis se basará en información que esté actualizada en la fecha de que se trate, y tendrá en cuenta hipótesis razonables sobre los riesgos existentes para la situación del prestatario a lo largo de la vigencia del contrato de préstamo propuesto».

tecnicismos jurídicos y económicos, es absolutamente insuficiente⁴²² o, mejor dicho, ineficaz, a la hora de garantizar la comprensibilidad real del contenido, obligaciones y consecuencias del contrato.

La LCCI distribuye la información que se ha de facilitar obligatoriamente al prestatario en genérica y concreta (o estricta como veremos más adelante). La genérica sería comprensiva de la publicidad, recogida al artículo 6 LCCI, y la información general que describe el artículo 9 LCCI, cuyo nexo común es la falta de concreción y personalización que, a medida del avance de la fase precontractual y de los tratos entre las partes, se especializa y personaliza hasta alcanzar esa información concreta que, esencialmente, se encuentra en los artículos 10 y 14 de la LCCI y con la que el prestatario podrá hacer comparativas con otras ofertas del mercado, acompasar la misma a su capacidad financiera y, en definitiva, valorar en conjunto acerca de la conveniencia de celebrar el contrato.

Previamente a sumergirnos en los pormenores de los diferentes momentos de la vida previa del contrato, conviene destacar algunas actividades que la LCCI considera separadamente en su articulado. Por un lado, tenemos el deber de los prestamistas de inscribir en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación las cláusulas que utilicen en los contratos de préstamo inmobiliario (art. 7 LCCI), así como la obligación de tenerlas disponibles en su página web, y en caso de carecer de esta, deberán estar a disposición de los clientes en sus establecimientos abiertos al público. Por otro lado, al artículo 13 LCCI, en un momento posterior, el prestatario⁴²³ deberá

⁴²² Un ejemplo sencillo de la ineficacia de esta consideración sería poner a disposición de un particular no versado en ingeniería aeronáutica, ni una rama similar, todos los planos y prescripciones técnicas acerca de como construir un avión y esperar que lo realice en las mismas condiciones que un experto en la materia.

⁴²³ El coste de esta tasación será asumido por el prestatario, tal y como se desprende del artículo 14.1.e), en caso de venta extrajudicial habrá de estarse al artículo 129.2.a) de la Ley Hipotecaria que indica que el tipo de subasta no podrá ser inferior al valor declarado en la tasación, sin embargo, hubiese resultado más conveniente modificar también, a efectos de una ejecución judicial, el límite

realizar una tasación del bien inmueble que se aporte en garantía. La tasación será realizada por una sociedad, servicio o profesional homologado independiente del prestamista o intermediario de crédito.

Finalmente, existe en la ley de crédito una prohibición general de las prácticas de venta vinculada, con las excepciones que determine la autoridad competente, siempre que acarreen «un claro beneficio a los prestatarios», como se expresa al artículo 17. A su vez, se aplican unas medidas de transparencia que informan al prestatario en su apartado 5º «a) que se está contratando un producto vinculado, b) del beneficio y riesgo de pérdidas, especialmente en los productos de inversión, que supone para el prestatario su contratación, c) de los efectos que, en su caso, la cancelación anticipada del préstamo o cualquiera de los productos vinculados produciría sobre el coste conjunto del préstamo y el resto de los productos o servicios vinculados».

Este artículo ha generado controversia en parte de la doctrina⁴²⁴ ya que supone *de facto* una autorización de las ventas vinculadas, lo que representa un interesante negocio⁴²⁵ para las entidades de crédito. En cualquier caso, lo que si

de 75% tal y como indica el artículo 682.2.1º de la LEC, comparto la crítica que formula CABANAS TREJO, R.: «Algunos problemas de ejecución de la hipoteca en la nueva Ley reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario», *El Notario del siglo XXI*, marzo-abril 2020, N.º90, que puede encontrarse en el siguiente enlace: <http://www.elnotario.es/opinion/9387-algunos-problemas-de-ejecucion-de-la-hipoteca-en-la-nueva-ley-reguladora-de-los-contratos-de-credito-inmobiliario-1> (última consulta 31 de agosto de 2020).

⁴²⁴ Como expresa CARRASCO PERERA, Á.: «Introducción a la “Nueva Ley Hipotecaria”», *Revista del Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, ob. cit., pág. 3, al calificarla norma como «abstrusa e hipócrita» advierte que no ha sido redactada para defender a los consumidores. Otros autores como TAPIA HERMIDA, A.: «Préstamos y seguros. Un matrimonio complejo: Las ventas agrupadas de préstamos hipotecarios con otros productos financieros y seguros en la futura Ley de contratos de crédito inmobiliario», que puede consultarse aquí: <http://ajtapia.com/2017/12/prestamos-seguros-matrimonio-complejo-las-ventas-agrupadas-prestamos-hipotecarios-otros-productos-financieros-seguros-la-futura-ley-contratos-credito-inmobiliario/> (última consulta, 31 de agosto de 2020), considera que puede arrojar beneficios a ambas partes.

⁴²⁵ Como sostiene CARRASCO PERERA, Á.: «Actores e incentivos en el juego de la transparencia hipotecaria de la ley 5/2019», *Revista del Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, 29 de marzo de 2019, pág. 4.

parece evidente es que la LCCI deja en manos del supervisor⁴²⁶ asumir decisiones que enfrentan los intereses de los consumidores con los de las entidades de crédito.

La LCCI no define en su articulado lo que debemos entender por información precontractual y su texto nos puede inducir a error. El artículo 10 LCCI lleva por nombre «Información precontractual de los préstamos inmobiliarios» sin embargo, únicamente habla de la información personalizada que constituye la FEIN, y obvia el resto de información que, por ser antecedente a la perfección del contrato, es también precontractual.

Así, la Orden ECE/482/2019, de 26 de abril, por la que se modifican la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios, y la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, habla de: «la obligación de utilizar un ejemplo representativo en la publicidad y en la información precontractual general, la exigencia de requisitos mínimos de conocimiento y competencia al personal de prestamistas e intermediarios inmobiliarios, la entrega de una ficha con advertencias estandarizadas al prestatario durante la fase precontractual y la información que el prestatario de un préstamo en moneda extranjera debe recibir durante la vigencia del contrato». Con lo cual, ya identifica, al menos, una información precontractual «general» y un documento –la FiAE– que será entregada durante la fase precontractual.

A mayor abundamiento, la propia Orden ECE/482/2019, modifica la Orden EHA/2899/2011 para adaptar la definición de la FIPRE a la LCCI.

⁴²⁶ Vid. ZAMARRIEGO MUÑOZ, A.: «Ventas vinculadas y combinadas. Políticas de remuneración», en LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M^a. (Coord.): *Comentarios a la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario*, ob. cit., pág. 289.

Cabe suponer que el propio nombre de la FIPRE es suficientemente expresivo como para ser considerada también «información precontractual».

Por todo ello, considero que una denominación más adecuada del artículo 10 sería deseable. Mi propuesta se inclinaría por «Información personalizada de los préstamos inmobiliarios» o, directamente, «Ficha Europea de Información Normalizada». Con ello vuelve a quedar patente una técnica legislativa descuidada que no se compadece con lo que realmente es la información precontractual relevante de la cual depende, en gran medida, la perfección del contrato.

2.1. La publicidad

Nos encontramos ante un concepto amplio de fase precontractual, en el que las diferentes partes son vectores dirigidos a un mismo fin. Durante este recorrido, el primer acontecimiento que surge del *iter* negocial viene dado por la publicidad, que constituye un elemento con capacidad para lograr la primera toma de contacto entre las partes y ejercer influencia sobre el posterior comportamiento económico de los operadores.

La publicidad se corresponde con un primer estrato del devenir contractual, con vocación de influir en la decisión final⁴²⁷ del receptor. Por tanto, presenta un alto componente de atracción que busca y persigue alentar, mediante una información concreta y destacada, la perfección del contrato por las características que dicha publicidad expone.

Antes de acudir a la redacción de la LCCI interesa pasar de lo general a lo particular, es decir, de la regulación de la publicidad como fenómeno con

⁴²⁷ Vid. BELANDO GARÍN, B.: «La protección pública del consumidor de servicios financieros (banca, bolsa y seguros)», en BATALLER GRAU, J., VEIGA COPO, A. (Dirs.): *La protección al cliente en el mercado asegurador*, Thompson Reuters-Civitas, Madrid, 2014, pág. 295.

interés jurídico desde el espectro europeo, hasta las concretas disposiciones que dispone el texto de la LCCI, sin olvidar la particular legislación sectorial de desarrollo reglamentario en la actividad bancaria.

De esta manera, la publicidad ha gozado de varias definiciones⁴²⁸ en el Derecho que presentan conservan aspectos comunes de los que es posible extraer ciertos elementos de su composición y las notas características⁴²⁹ del concepto en su vertiente jurídica.

⁴²⁸ La definición de la publicidad dada por la Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, en su artículo 2.a) fue respetada por la Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, establece el concepto en los siguientes términos: «Toda forma de comunicación realizada en el marco de una actividad comercial, industrial, artesanal o liberal con el fin de promover el suministro de bienes o la prestación de servicios, incluidos los bienes inmuebles, los derechos y las obligaciones. Definición muy similar a la empleada por la ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad a su artículo 2: Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones». Resulta ilustrativa la definición proveniente del Derecho público, por su ligazón con la información, la arrojada por MORÁN NAVARRO, S. A.: *La publicidad parlamentaria*, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2012, pág. 18, expresando: «Así pues, se debe considerar como un primer elemento de publicidad “lo que es contrario a lo secreto”, punto de partida que debemos tener en cuenta en la noción inicial de publicidad. No sería posible publicar ciertas cuestiones si no existiera una serie de procedimientos que nos permitan llegar al conocimiento de la información; esos medios o procedimientos que se utilizan para informar, sea cual fuere cada uno de ellos, serían el segundo elemento de la publicidad».

⁴²⁹ CAMACHO PEREIRA, C.: *La protección del consumidor frente al mensaje publicitario. Integración de la publicidad en el contrato*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, págs. 44 y 45, donde extrae diversas notas acerca del concepto de publicidad y los consumidores: «Se considera publicidad como “toda forma de comunicación”. Abarcando con esta definición toda forma de presentación del mensaje publicitario, independientemente de los medios y soportes utilizados, y de la técnica empleada para tal acto de comunicación. La referencia a toda forma de comunicación, supone utilizar el concepto de publicidad en un sentido muy amplio, lo que nos hace pensar que tanto a los efectos de aplicar las normas sobre su ilicitud, como a la hora de considerar integrado el contrato con los contenidos publicitarios, habrá de tenerse en cuenta lo previsto no sólo por el clásico anuncio publicitario, sino también en los publisreportajes, telepromociones, e incluso la información que pueda transmitir el emplazamiento del producto u otras comunicaciones comerciales que puedan surgir. – Tal comunicación puede ser realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional. Se excluye así de esta LGP la actividad publicitaria desarrollada en el ámbito particular o privado, ajeno a cualquier actividad profesional. La definición de la LGP, añade respecto a la que contenía la directiva 84/450/CEE, que la publicidad objeto de regulación puede provenir de una persona jurídica, pública o privada. – Suele exigirse el carácter retribuido de la publicidad para considerarla tal, sin embargo, consideramos que al mensaje comercial gratuito se

Conviene recordar que el ámbito de aplicación de la LCCI contiene un espectro subjetivo que abarca no solo a consumidores. Cuando se aplica a estos se debe tener presente el *dictum* de los artículos 61 y 65 del TRLGDCU⁴³⁰ acerca de la integración de la publicidad en el contrato. Dicha integración exigible al prestamista podrá ser invocada en el momento tempestivo y oportuno, que no es otro que el de la celebración del contrato.⁴³¹ Éste pasa entonces a desplegar sus efectos y se acomoda a lo enunciado previamente en el periodo publicitario.

No obstante, algún autor⁴³² sostiene que la información con carácter publicitario recogida en el artículo 6 y siguientes de la LCCI no es susceptible de integración en el contrato. Y ello por cuanto el notario únicamente realizará su función de control y asesoramiento estrictamente sobre la información personalizada del artículo 14.1 del mismo texto legal, tal y como recoge lo dispuesto en el artículo 15. Esa información es la que contiene los elementos

le aplican las mismas normas de ilicitud que al retribuido. – Como hemos venido diciendo, se trata de regular la publicidad comercial, es decir, aquella que tiene por finalidad promover de forma directa o incluso indirecta, la contratación de bienes, muebles o inmuebles, derechos y obligaciones».

⁴³⁰ «Artículo 61. Integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato. 1. La oferta, promoción y publicidad de los bienes o servicios se ajustarán a su naturaleza, características, utilidad o finalidad y a las condiciones jurídicas o económicas de la contratación. 2. El contenido de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aún cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato. 3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, si el contrato celebrado contuviese cláusulas más beneficiosas, estas prevalecerán sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad. Artículo 65. Integración del contrato. Los contratos con los consumidores y usuarios se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva, también en los supuestos de omisión de información precontractual relevante».

⁴³¹ GARCÍA VICENTE, J. R.: «Comentario al artículo 61. Integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato» en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.): *Comentario del texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, ob. cit., págs. 786 y 787.

⁴³² Cfr. ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: «Publicidad genérica versus información personalizada en la lcci: Distinta finalidad y efectos.», artículo que puede consultarse en el siguiente enlace: <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/publicidad-generica-versus-informacion-personalizada-en-la-ley-de-contratos-de-credito-inmobiliario/> (última consulta, 31 de agosto de 2020).

esenciales⁴³³ que acogerá el contrato en ciernes y, por tanto, sobre los que puede existir una fiscalización y son susceptibles de integración y exigencia de cumplimiento. La ausencia del carácter vinculante de la publicidad se explica por la evolución de la fase precontractual de amplio espectro. Al superar la fase de la publicidad y avanzar a la fase precontractual estricta (personalizada), los defectos previos quedarían corregidos⁴³⁴ y, como expresaba antes, será la información que fiscalice el notario la que adquiere una verdadera relevancia a efectos jurídicos.

Para el supuesto de que la oferta finalmente aceptada por el prestatario fuese diferente de la preexistente en la publicidad debemos estar al conocimiento efectivo de este cambio de condiciones por parte del prestatario⁴³⁵. De esta manera se respeta la autonomía de la voluntad del artículo 1255 CC, pero con la garantía del consentimiento informado.

Respecto a la regulación sectorial que afecta a los contratos de crédito inmobiliario, a efectos de la publicidad tenemos un particular sustrato normativo cimentado por la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios,⁴³⁶

⁴³³ ACOSTA MÉRIDA, M^a. DEL P.: «Protección del consumidor en la fase precontractual», en YZQUIERDO TOLSADA, M. (Coord.): *Derecho del consumo*, ob. cit., pág. 69, donde explica: «Ahora bien, no es indubitada la consideración de la publicidad como verdadera oferta contractual dirigida a persona incierta, pues se dice que para aceptar esta tesis sería preciso: a) que la publicidad contuviera los requisitos esenciales del contrato, es decir, la declaración del oferente debe contener todos los elementos del contrato de manera que el destinatario pueda limitarse a aceptar, y b) que existiera una verdadera intención de obligarse por parte del ofertante. Lo que supone que el ofertante no habrá de realizar ninguna otra manifestación contractual si la oferta es aceptada».

⁴³⁴ CASTAÑOS CASTRO, P.: «La información precontractual. La publicidad. La información general y la información personalizada», en ALBIEZ DOHRMANN, K. J., MORENO-TORRES HERRERA, M^a. L. (Coords.): *Los contratos de préstamo inmobiliario*, ob. cit., pág. 196.

⁴³⁵ GUILLÉN CATALÁN, R.: *El régimen jurídico de la oferta contractual dirigida a consumidores*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2010, pág. 30.

⁴³⁶ Dicha Orden define en su artículo 2.1 la actividad publicitaria de la siguiente manera: «1. A los efectos de lo dispuesto en esta orden se considera actividad publicitaria toda forma de comunicación por la que se ofrezcan productos o servicios bancarios, o se divulgue información sobre ellos, cualquiera que sea el medio de difusión que se utilice: prensa, radio, televisión, correo electrónico, Internet u otros medios electrónicos, carteles interiores o exteriores, vallas, octavillas,

desarrollada por la Circular 6/2010, de 28 de septiembre, del Banco de España, a entidades de crédito y entidades de pago, sobre publicidad de los servicios y productos bancarios y que se complementa con las disposiciones de la Orden EHA 2899/2011.

Recientemente, se ha publicado en el BOE de 15 de julio de 2020 la Circular 4/2020, de 26 de junio, del Banco de España, sobre publicidad de los productos y servicios bancarios. El artículo 4.1.e) incluye en su ámbito de aplicación subjetivo a «Los prestamistas inmobiliarios, los intermediarios de crédito inmobiliario o los representantes designados, según se definen en los artículos 4.2), 4.5) y 4.8) de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario».

Este régimen sectorial que trata de la publicidad en los servicios y productos bancarios ha abandonado el requisito de la previa autorización por las entidades reguladoras⁴³⁷ (Banco de España para el caso que nos ocupa y la CNMV para los servicios y productos de inversión) de la actividad de los emisores de esta publicidad. En su lugar, la Orden EHA/1718/2010 establece un sistema con criterios específicos a los que debe ceñirse la publicidad y, por otro lado, la supervisión del Banco de España, quien tiene capacidad para exigir

circulares y cartas que formen parte de una campaña de difusión, llamadas telefónicas, visitas a domicilio o cualquier otro sistema de divulgación. Asimismo, se considerarán actividades publicitarias aquellas comunicaciones destinadas a llamar la atención del público sobre servicios de gestión o de otro tipo, que presten las entidades con carácter adicional o en relación con otros productos o servicios bancarios, que no tengan la condición de servicios de inversión. 2. No se consideran actividades publicitarias y, por tanto, quedan excluidas de esta orden: a) Las campañas publicitarias corporativas, entendiéndose por tales las que contienen exclusivamente información genérica sobre una entidad o su objeto social que estén destinadas a darse a conocer al público. b) Aquellos contenidos informativos que figuren en las páginas propias de la entidad en Internet, o en otro medio de difusión, que resulten necesarios para llevar a cabo la contratación de una operación. c) Las informaciones que sobre las características específicas de las operaciones figuren en las páginas operativas de la entidad en Internet en las cuales se lleven a cabo».

⁴³⁷ Vid. MARTÍNEZ ESPÍN, P.: «El nuevo régimen de la publicidad de los servicios bancarios y los productos de inversión», *Revista del Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, págs. 5, 6 y 10.

el cese o la rectificación de la publicidad. El concreto procedimiento mediante el que se ejercerá esa potestad supervisora en el ámbito publicitario, sin perjuicio del procedimiento sancionador correspondiente, se regula también en la Circular 4/2020. Ésta adapta su contenido al nuevo entorno tecnológico e introduce un régimen específico acerca de la publicidad que se emite a través de medios digitales, redes sociales, audiovisuales o radiofónicos.

Interesa atraer la atención respecto a la información que debe venir recogida en la publicidad, consagrada en la LCCI en su artículo 6⁴³⁸ de forma muy detallada, aunque básica. No obstante, reserva a un posterior desarrollo reglamentario de los ejemplos representativos correspondientes a cantidades que pudiesen afectar a la comercialización del préstamo. Este desarrollo reglamentario viene de la mano del RD 309/2019, de 26 de abril por el que se desarrolla parcialmente la LCCI y por la Orden ECE/482/2019, de 26 de abril,

⁴³⁸ «1. Toda publicidad relativa a los contratos de préstamo que indique un tipo de interés o cualesquiera cifras relacionadas con el coste del préstamo para el prestatario deberá especificar de forma clara, concisa y destacada: a) la identidad del prestamista o, en su caso, del intermediario de crédito o representante designado; b) cuando proceda, que el contrato de préstamo estará garantizado por una hipoteca o por otra garantía real sobre bienes inmuebles de uso residencial, o por un derecho relativo a un bien inmueble; c) el tipo deudor, indicando si es fijo, variable o una combinación de ambos, junto con información sobre los gastos incluidos, en su caso, en el coste total del préstamo para el prestatario; d) el importe total del préstamo; e) la Tasa Anual Equivalente, en la forma en que se define en el artículo 4.14); la tasa se incluirá en la publicidad al menos de forma igualmente destacada que cualquier tipo de interés; f) cuando proceda: 1.º la duración del contrato de préstamo; 2.º el importe de los pagos a plazos; 3.º el importe total adeudado por el prestatario; 4.º el número de pagos a plazos; 5.º una advertencia sobre el hecho de que las posibles fluctuaciones del tipo de cambio podrían afectar al importe adeudado por el prestatario. g) el sistema de amortización y la fórmula de cálculo de las cuotas de amortización de principal y de intereses suficientemente detalladas como para que el prestatario pueda verificar con claridad la corrección de los importes cobrados; h) cuando proceda, la opción del deudor de poder dar en pago el inmueble hipotecado en garantía del préstamo, con carácter liberatorio de la totalidad de la deuda derivada del mismo. 2. La información mencionada en el apartado 1, excepto las enumeradas en sus letras a), b) o f) 5.º, se precisará mediante un ejemplo representativo y deberá conformarse siempre a este último. La persona titular del Ministerio de Economía y Empresa, adoptará los criterios para determinar el ejemplo representativo. 3. Si la celebración de un contrato relativo a un servicio accesorio, en particular un seguro, fuera obligatoria para obtener el préstamo o para obtenerlo en las condiciones ofrecidas, y el coste de ese servicio no pudiera determinarse de antemano, dicha obligación deberá mencionarse también de forma clara, concisa y destacada, junto con la Tasa Anual Equivalente (TAE). 4. La información mencionada en los apartados 1 y 3 deberá ser fácilmente legible o claramente audible, según sea el caso, en función del medio utilizado para la publicidad».

por la que se modifican⁴³⁹ la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio y la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre.

Del texto de la LCCI podemos extraer un contenido obligatorio que ha de figurar necesariamente en la oferta publicitaria. A él debe añadirse la publicidad de las condiciones generales de la contratación, a través del Registro de Condiciones Generales de la Contratación⁴⁴⁰ y de las propias páginas web de los prestamistas (quienes dispongan de ella, los que carezcan de página web tendrán que disponer de ellas gratuitamente a disposición de los potenciales prestatarios en sus establecimientos abiertos al público) que regula el artículo 7 de la LCCI.

Finalmente, mediante la Orden ECE/482/2019 se añade un apartado más (la letra d) al artículo 4.5 de la Orden EHA/1718/2010 que configura el contenido del ejemplo representativo de la siguiente manera:

«Dos. Se añade una letra d) al artículo 4.5, con el siguiente tenor literal:

«d) El ejemplo representativo a que se refiere el artículo 6.2 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, deberá ser determinado de conformidad con los siguientes criterios:

⁴³⁹ Como recoge la exposición de motivos de la Orden ECE/482/2019, apartado II, se modifica la Orden EHA/1718/2010 con el doble objetivo, por un lado, extiende su ámbito de aplicación al incluir la actividad publicitaria dirigida a clientes o potenciales clientes por parte de prestamistas e intermediarios de crédito y, por otro lado, se fijan las condiciones que ha de reunir el ejemplo representativo que conste en la publicidad que se realice.

⁴⁴⁰ Así lo expresa el artículo 1 del Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación, expresando: «El Registro de Condiciones Generales de la Contratación es un Registro de trascendencia jurídica en el tráfico privado, dependiente del Estado, que tiene por objeto la publicidad de las condiciones generales de la contratación y de las resoluciones judiciales que puedan afectar a su eficacia, en los términos previstos por la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, y este Reglamento».

1.º El capital inicial del préstamo empleado para la elaboración del ejemplo será de un mínimo de 100.000 euros o, a partir de dicho importe, un múltiplo de 50.000 euros, con un máximo de 300.000 euros.

2.º El plazo de amortización empleado para la elaboración del ejemplo será de un mínimo de 10 años o, a partir de dicho plazo, un múltiplo de 5 años, con un máximo de 30 años.

3.º Cuando el anuncio mencione una tarifa promocional o condiciones especiales de uso que deriven del funcionamiento normal del préstamo en cuestión, aplicable de forma temporal, el ejemplo representativo deberá ilustrar las condiciones normales de ejecución del contrato de préstamo.

4.º El ejemplo representativo indicará que tiene tal condición».

2.2. El asesoramiento previo en la concesión de crédito

La actividad de asesoramiento se encuentra incardinada dentro de los múltiples actos que se despliegan en la fase precontractual. Sin embargo, no es una fase propiamente dicha, sino que es un servicio concreto que también se desarrolla durante la vida del contrato y no únicamente en su fase de gestación, como tendremos ocasión de comprobar.

En primer lugar, interesa conocer la definición de este concepto para hacerlo más comprensible e intentar identificar su función dentro del crédito inmobiliario. Como indica el diccionario de la Real Academia de la Lengua⁴⁴¹, «asesoramiento» se corresponde con la «acción y efecto de asesorar o asesorarse», por tanto, acudimos al verbo «asesorar». De entre sus acepciones⁴⁴²

⁴⁴¹ <https://dle.rae.es/asesoramiento>

⁴⁴² <https://dle.rae.es/asesorar>, «1. tr. Dar consejo o dictamen. 2.pnl. Tomar consejo del letrado asesor, o consultar su dictamen. 3. pnl. Dicho de una persona: Tomar consejo de otra, o ilustrarse con su parecer».

recogemos la que nos interesa, «dar consejo o dictamen» y la ponemos en conexión con la emanada por la LCCI⁴⁴³ acerca de los servicios de asesoramiento como «toda recomendación personalizada que el prestamista, el intermediario de crédito inmobiliario o el representante designado haga a un prestatario concreto respecto a uno o más préstamos disponibles en el mercado».

Al margen del genérico deber de información, el deber de un Banco a este respecto puede observarse desde dos puntos de vista.⁴⁴⁴ En un primer momento, por la información publicitaria y, posteriormente, los deberes que corresponden a la relación con los clientes o terceros de hecho y acerca de supuestos con trascendencia económica como característica principal.

A su vez, el artículo 5.1 de la LCCI indica que los prestamistas, intermediarios de crédito inmobiliario y representantes designados «actuarán de manera honesta, imparcial, transparente y profesional» en cuanto a la concesión y asesoramiento sobre los contratos de préstamo. A este respecto, se debe recordar lo dispuesto en el 5.2 de la ley, que indica que dicho asesoramiento se basará en las informaciones obtenidas que permitan recomendar productos adecuados.

Informar no significa aconsejar, ni tampoco recomendar⁴⁴⁵. Informar es una acción que supone un carácter meramente descriptivo de las cualidades y

⁴⁴³ Al art. 4. 20). En la Directiva 2014/17 se encuentra al art. 4. «21) «servicios de asesoramiento»: la prestación de asesoramiento personalizado a un consumidor con respecto a una o varias operaciones de contratos de crédito, cuando constituya una actividad aparte de la concesión del crédito y de las actividades de intermediación de crédito establecidas en el punto 5».

⁴⁴⁴ GALLEGO SÁNCHEZ, E.: *Contratación Mercantil, volumen II, contratación bancaria*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 861 y 862.

⁴⁴⁵ ZUNZUNEGUI, F.: «Asesoramiento en la Ley de crédito inmobiliario», *Working Paper Revista de Derecho del Mercado Financiero*, N.º2, 2019, pág. 13, sostiene que esa separación de conceptos parece compadecerse con el sentido que quiere dar a dichos términos el Considerando 44 de la directiva 2017/14 cuando expresa: «Aunque la FEIN debe ser personalizada y reflejar las preferencias manifestadas por el consumidor, el suministro de dicha información personalizada no debe implicar una obligación de proporcionar asesoramiento».

condiciones de un producto que se oferta y publicita, sin embargo, aconsejar implica decir o advertir a alguien de lo que es beneficioso para él o sobre lo que ha de hacer⁴⁴⁶.

La frontera en entre ambos conceptos puede plantearse difusa en un inicio, pero, jurídicamente, existe una gran diferencia. Por ello, considero adecuado y pertinente el concepto de *mise en garde* (deber de advertencia) proveniente del Derecho francés⁴⁴⁷, que permite avisar de determinados riesgos en que pueden incurrir los clientes bancarios en la toma de decisiones.

Este asesoramiento supone un paso más allá en las simples explicaciones que se daban en las sucursales bancarias, que se antojan insuficientes a la vista de la envergadura e importancia económica del contrato. Resulta necesario, además, debido a la creciente complejidad⁴⁴⁸ que contienen las operaciones de crédito inmobiliario. Por ello, la LCCI y su desarrollo reglamentario, le han querido dotar de una regulación concreta.

De acuerdo con el texto de la LCCI, pueden prestar asesoramiento:

- a) Prestamistas
- b) Intermediarios de crédito inmobiliario
- c) Representantes designados

⁴⁴⁶ Como así lo indican las diferentes acepciones de la Real Academia de la Lengua disponibles en el siguiente enlace: <https://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=aconsejar>

⁴⁴⁷ BONNEAU, T.: *Droit Bancaire*, LGDJ Lextenso éditions, 11 édition, Issy-les-Moulineaux, 2015, págs. 416 a 418, asevera que este deber de advertencia, como una explicación acerca de lo que no debe hacerse y de los inconvenientes que determinadas situaciones podrían producir, es subsumible frente a todos los consumidores y, por tanto, ninguna obligación de consejo les es exigible a las entidades bancarias, de esta manera: «*Le législateur a pris le relais de la jurisprudence en matière de crédit à la consommation puisque le Code de la consommation consacre, depuis 2010, le devoir de mise en garde, en élargissant d'ailleurs le domaine de l'obligation à l'ensemble des consommateurs, qu'ils soient ou non avertis. En revanche, aucune obligation de conseil n'a été instituée*».

⁴⁴⁸ ZUNZUNEGUI, F.: «Asesoramiento en la Ley de crédito inmobiliario», ob. cit., pág. 3.

- d) Asesores reconocidos por las autoridades competentes y sujetos a supervisión.

Esta relación⁴⁴⁹ se extrae de la lectura del artículo 19 de la LCCI que ha sido desarrollado por el Real Decreto 309/2019, de 26 de abril. Del contenido de la Ley, y su desarrollo, se puede destacar que los asesores deben actuar «en el mejor interés del prestatario, informándose de las necesidades y circunstancias del prestatario (...)» como recoge el punto 4.d) del artículo 19. Deben reunir, a su vez, los requisitos de conocimientos y competencias que prescribe el artículo 16 LCCI. A continuación, en el camino que nos marca la ley, el asesor deberá informar al prestatario por escrito acerca de si se prestan o pueden prestarse los mencionados servicios. Dicha relación de asesoría deberá formalizarse en un contrato al efecto y, previamente, se deberá informar al prestatario acerca del conjunto de productos que dependerán si son ofertados por:

- a) El prestamista, intermediario de crédito vinculado o representante designado por los intermediarios vinculados, o bien,
- b) Intermediarios de crédito no vinculados o representantes designados por los intermediarios de crédito no vinculados.

Con respecto a los primeros, tomarán en consideración un número «suficientemente grande» (conforme al art. 19.4.b LCCI) de contratos de crédito de su gama de productos. Deberán recomendar los que más se adecúen al perfil del prestatario. Los segundos harán esa misma criba y recomendación

⁴⁴⁹ Todos ellos deberán cumplir unos requisitos de idoneidad y cualificación que refleja el art. 16 LCCI y compendia PEREA ORTEGA, R.: «El asesoramiento en préstamos inmobiliarios», en LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M^a. (Coord.): *Comentarios a la Ley Reguladora de Contratos de Crédito Inmobiliario*, ob. cit., págs. 322 y ss.

con las mismas características, pero tendrán que utilizar una muestra de productos disponibles⁴⁵⁰ en el mercado.

Todo ello conforma una actividad diferente⁴⁵¹ a la concesión o intermediación de préstamos (art. 3 RD 309/2019) y, como se ha dicho, será objeto de un contrato⁴⁵² que se formalizará previamente al servicio que se ha de prestar y en el que habrá de constar su contenido, alcance, condiciones y la cuantía de la retribución en su caso. Dicho contrato resulta distinto⁴⁵³ del propio contrato de crédito que se pretende, pero no se puede deslindar esta actividad del fin común perseguido, aunque sea una cuestión adyacente, incluso distinta. De acuerdo con el concepto de amplio espectro de fase precontractual que se ha estudiado en el presente trabajo, este contrato constituye un eslabón más de la cadena que forman los diferentes actos con relevancia jurídica que componen dicho espectro precontractual y, todos ellos, son afluentes del mismo recorrido que persigue un mismo fin.

En el Real Decreto 309/2019 se anticipa la pretensión de devolver la confianza y garantizar que el asesoramiento sea siempre en interés de los prestatarios, fiadores o garantes⁴⁵⁴ se incide en el artículo 3 la fijación en la información precontractual, de forma expresa, cuando se prestan los servicios

⁴⁵⁰ El art. 4.1.a) del Real decreto 309/2019 concreta más aún, al aseverar que se deberá presentar al prestatario «al menos 3 ofertas» de las disponibles en el mercado.

⁴⁵¹ Como señala CABANAS TREJO, R.: *Aspectos contractuales y procesales de la nueva ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario*, ob. cit., pág. 295, incide acerca del carácter autónomo del asesoramiento y, por ese motivo, deberá otorgarse un contrato específico.

⁴⁵² ZUNZUNEGUI, F.: «Asesoramiento en la Ley de crédito inmobiliario», ob. cit., pág. 10, destaca que la terminología empleada en la LCCI acerca de «contrato de servicios», puede llevar a confusión puesto que no está tipificado este contrato en nuestro Derecho, es por ello que parece prudente encuadrarlo en el arrendamiento de servicios, sin embargo, el contrato de comisión que recoge nuestro CCom es el que parece ajustarse mejor a su naturaleza jurídica.

⁴⁵³ Vid. PEREA ORTEGA, R.: «El asesoramiento en préstamos inmobiliarios», en LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M^a. (Coord.): *Comentarios a la Ley Reguladora de Contratos de Crédito Inmobiliario*, ob. cit., pág. 303.

⁴⁵⁴ Como así lo expresa su exposición de motivos (IV), con la pretensión de «garantizar en el sector un elevado grado de equidad, honestidad y profesionalidad, una gestión adecuada de los conflictos de intereses, en especial los derivados de la remuneración».

de asesoramiento o cuando no, así como la indicación específica acerca de si el asesor recibe retribuciones o cualquiera otra forma de ventaja, del prestamista o de un tercero.

Una vez más, estos apartados referentes al asesoramiento en la LCCI y su normativa de desarrollo guardan gran similitud con los consagrados en la Orden EHA/2899/2011, que, en su artículo 10⁴⁵⁵, ya regulaba el asesoramiento en materia bancaria de una manera muy similar a como se dibuja en el presente contexto solo que ésta última, lo hace de una manera más genérica y menos específica.

El tipo de información que se debe suministrar al prestatario tiene algunas notas características que se engloban bajo el concepto de «información personalizada». Esa personalización implica un conocimiento de la situación individual del prestatario⁴⁵⁶, sus preferencias, sus objetivos, su capacidad económica y financiera. En definitiva, supone adecuar el asesoramiento a las necesidades del cliente y siempre en su beneficio e interés conforme indica la regulación al efecto.

Así las cosas, el *iter* procedimental⁴⁵⁷ del asesoramiento parece discurrir de la siguiente manera:

⁴⁵⁵ «Cuando las entidades de crédito y los clientes decidan suscribir un contrato de servicio bancario de asesoramiento deberán informar expresamente a los clientes de esta circunstancia y, salvo que el servicio sea gratuito y así se le haga saber al cliente, habrán de recibir una remuneración independiente por este concepto. La prestación de este servicio estará sometida 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. A los efectos del presente artículo se entenderá por asesoramiento toda recomendación personalizada que la entidad haga para un cliente concreto respecto a uno o más servicios bancarios disponibles en el mercado».

⁴⁵⁶ Se respetan de esta manera las líneas que marcaba la Directiva 2014/17 en sus considerandos 63, 64 y 65 y el artículo 22 que, posteriormente, tendrían su reflejo en la LCCI al art. 19.4 englobando todas las actuaciones que constituyen esa «personalización».

⁴⁵⁷ Es una relación de etapas similar al completo estudio que describe PEREA ORTEGA, R.: «El asesoramiento en préstamos inmobiliarios», en LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M^a. (Coord.): *Comentarios a*

- a) Información expresa, previa y por escrito del prestamista o intermediario de crédito inmobiliario acerca de si se prestan o se pueden prestar servicios de asesoramiento.
- b) Información por parte del prestamista, intermediario de crédito o representante designado acerca de los productos que se tomarán en consideración y los gastos que podrían irrogarse.
- c) Formalización del contrato de servicios de asesoramiento, que incluye el contenido, alcance, condiciones y la retribución (si la hubiere).
- d) Con base en la información personalizada aportada se realizará la recomendación formulada con copia en papel o soporte duradero (art. 19.4.e LCCI).

Esta labor asesora se complementa con la actividad que desarrolla el notario para garantizar la transparencia material. De esta manera, el notario desplegará una actividad verificadora de los documentos entregados y el plazo en que fue hecha esa entrega.

La existencia de contrato del servicio de asesoramiento hace que nazca de esa relación una responsabilidad en caso de incurrir en dolo o negligencia⁴⁵⁸. En un primer momento, puede incidir en el incumplimiento de las normas administrativas que regula la LCCI en el régimen sancionador establecido en el Capítulo IV, o en los daños y perjuicios que pudieran ser causados con base en el artículo 1101 CC.

Tras la firma del contrato, las obligaciones de informar no terminan con la formalización, sino que perduran durante la vida del contrato en los términos

la Ley Reguladora de Contratos de Crédito Inmobiliario, ob. cit., págs. 308 y 309, sin embargo, parece anticipar la firma del contrato, que sería lo razonable, a la actividad de muestra del conjunto de productos que se tomarán en consideración, lo cual contraviene la regla preceptuada en el art. 19.3 LCCI que antepone ese momento a la formalización del contrato.

⁴⁵⁸ ZUNZUNEGUI, F.: «Asesoramiento en la Ley de crédito inmobiliario», ob. cit., pág. 20.

que reflejan los artículos 6 y siguientes del RD 309/2019 hasta el fin de la relación contractual.

2.3. Información general

En el análisis de los diversos apartados de información que componen la etapa precontractual en la contratación de crédito inmobiliario, llegamos a la información general que contempla la LCCI en su artículo 9⁴⁵⁹. Dicha información nos trae de vuelta a una vieja conocida como es la FIPRE (Ficha de Información Precontractual), que ya aparecía reflejada en el artículo 21 de la Orden EHA 2899/2011. La experiencia previa a la LCCI indica que albergaba

⁴⁵⁹ «Los prestamistas o, en su caso, los intermediarios de crédito vinculados o sus representantes designados facilitarán en todo momento, en soporte de papel o cualquier otro soporte duradero o en formato electrónico, información general clara y comprensible sobre los contratos de crédito. Esta información general deberá especificar: a) la identidad y dirección geográfica de quien emite la información; b) los fines para los que puede emplearse el crédito; c) las formas de garantía, cuando proceda, incluyendo la posibilidad de que esté situada en otro Estado miembro; d) la duración posible de los contratos de crédito; e) las formas de tipo deudor disponible, indicando si este es fijo o variable o una combinación de ambos, con una breve descripción de las características de los tipos fijos y variables, incluyendo sus implicaciones para el prestatario; f) cuando puedan contratarse créditos en moneda extranjera, una indicación de la misma, explicando las implicaciones que tiene para el prestatario la denominación de un crédito en moneda extranjera; g) un ejemplo representativo del importe total del crédito, del coste total del crédito para el prestatario, del importe total adeudado por el prestatario y de la TAE; h) una indicación de otros posibles costes, no incluidos en el coste total del crédito, para el prestatario que deban pagarse en relación con un contrato de crédito; i) la gama de las diversas opciones existentes para reembolsar el crédito al prestamista (incluyendo el número, la periodicidad y el importe de las cuotas de reembolso); j) cuando proceda, una declaración clara y concisa de que el incumplimiento de los términos y condiciones de los contratos de crédito no garantiza el reembolso del importe total del crédito en virtud del contrato de crédito (Nota del Autor: nótese que donde dice “incumplimiento” debe decir “cumplimiento”, de lo contrario la norma carecería de sentido); k) una descripción de las condiciones relacionadas directamente con el reembolso anticipado; l) una indicación de si es necesario evaluar el bien inmueble y, si procede, de quién es responsable de garantizar que se lleve a cabo la evaluación, y de si se originan costes conexos para el prestatario; m) una indicación de los servicios accesorios que el prestatario esté obligado a contratar para obtener el crédito o para obtenerlo en las condiciones ofrecidas y, si ha lugar, la aclaración de que los servicios accesorios pueden contratarse con un proveedor distinto del prestamista; n) una advertencia general sobre las posibles consecuencias de no cumplir los compromisos asociados al contrato de crédito; ñ) cuando proceda, la opción del deudor de poder dar en pago el inmueble hipotecado en garantía del préstamo, con carácter liberatorio de la totalidad de la deuda derivada del mismo; o) cualesquiera otras advertencias que establezca la persona titular del Ministerio de Economía y Empresa».

un volumen de información excesivo⁴⁶⁰ y que producía un gran efecto desalentador para el consumidor promedio.

El desarrollo reglamentario de la LCCI nos conduce a la Orden ECE/482/2019, de 26 de abril, por la que se modifican la orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios, y la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios lo que propicia una adaptación de la referida FIPRE en su artículo 2.6, destaca su carácter gratuito y que dicha información general ha de ser «clara» y «suficiente».

En contraposición con el artículo 10 de la LCCI (información personalizada), la información regulada en el artículo 9 es general y, por tanto, abstracta, en consonancia con la diferenciación que hacía la Orden EHA/2899/2011 entre la ficha de información precontractual (FIPRE) y la ficha de información personalizada (FIPER).

La Directiva 2014/17 ya destacaba la importancia de la información general en su considerando 38⁴⁶¹, del que se pueden extraer algunos aspectos relevantes que se concretan en la toma de decisiones con pleno conocimiento sobre la gama de productos y servicios que se ofrecen en el mercado. Para ello, la información general debe estar siempre accesible e instruye a los

⁴⁶⁰ Como refiere CARRASCO PERERA, Á.: «Introducción a la “Nueva Ley Hipotecaria”», *Revista del Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, ob. cit., pág. 4, criticando lo excesivo de la información suministrada que presumiblemente provocará el desinterés del consumidor y la necesidad de un resumen de las cuestiones más fundamentales de los datos que presenta.

⁴⁶¹ «Si bien la publicidad tiende a centrarse en uno o varios productos concretos, los consumidores deben poder tomar sus decisiones con pleno conocimiento de la gama de productos de crédito que ofrece el mercado. A ese respecto, la información general desempeña un papel importante a la hora de instruir a los consumidores en relación con la amplia gama de productos y servicios disponibles y sobre las características esenciales de los mismos. Conviene, por tanto, que el consumidor tenga, en todo momento, acceso a la información general relativa a los productos de crédito disponibles. En caso de que este requisito no sea aplicable a los intermediarios de crédito no vinculados, ello debe entenderse sin perjuicio de la obligación de dichos intermediarios de facilitar a los consumidores información precontractual personalizada».

consumidores sin perjuicio de la información personalizada que les será facilitada posteriormente.

Durante el recorrido del *iter* contractual, las relaciones entre las partes parten de una mayor inconcreción (fase publicitaria) para adquirir mayor detalle a medida que avanzan los pasos que han de llevar al perfeccionamiento del contrato hasta llegar a la FEIN, que ha de contemplar toda la información relevante y personalizada que debe contener obligatoriamente el crédito. De esta manera, se ha llegado a considerar que la propia información general podría ser tomada como una oferta⁴⁶² escrita que contiene todos los elementos susceptibles para ser contemplada como tal. Sin embargo, a la vista de las consideraciones que se harán más adelante, tendremos ocasión de comprobar si estas informaciones precontractuales generalistas podrían considerarse enteramente como una oferta contractual o, más bien, una *invitatio ad offerendum*.

En este supuesto podría acudir al concepto creado por el Derecho de la Unión, denominado «invitación a comprar», recogido en el artículo⁴⁶³ 2.i) de la Directiva 2005/29/ CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n° 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo (en adelante, Directiva

⁴⁶² Cfr. FUENTESECA DEGENEFTE, C.: «La información al consumidor previa a la celebración del contrato de crédito», en DÍAZ ALABART, S. (Dir.): *La protección al consumidor en los créditos hipotecarios (directiva 2014/17/UE)*, Reus, Madrid, 2015, pág. 133. No obstante a lo argumentado por la autora, la mayor concreción, implica que la consideración de oferta vinculante era más habitual otorgarla a la FIPER, como expresa la SAP Cádiz 410/2018, de 16 de julio, FJ 2º, y posteriormente, se plasmaría en la LCCI esa consideración de oferta vinculante a la FEIN, artículo 14.1.a).

⁴⁶³ Establece el concepto de «invitación a comprar» de la siguiente manera: «Comunicación comercial que indica las características del producto y su precio de una manera adecuada al medio de la comunicación comercial utilizado, y permite así al consumidor realizar una compra».

2005/29 o Directiva sobre prácticas comerciales desleales). En esencia, esta invitación a comprar se produce cuando concurren los datos esenciales de la información publicitaria y el consumidor podría adoptar su decisión de comprar⁴⁶⁴. Esta novedosa figura se situaría, de esta manera, en un terreno intermedio entre la oferta propiamente dicha y la *invitatio ad offerendum*.

Este concepto me suscita no pocas dudas. Aunque no es objeto de un detenido estudio en este trabajo, me inclino por rechazar lo exótico de su argumentación pues crea, en mi opinión, una figura superflua e innecesaria ante la existencia de categorías ya bien definidas en el espectro jurídico de la Unión⁴⁶⁵.

Los contratos de crédito inmobiliario constan de varias partes o estados que adquieren progresivamente⁴⁶⁶ mayor vinculación entre los contratantes. Con la información general, nos encontramos ante un estado primigenio en cuanto al desarrollo de la fase precontractual, y se precisa, por tanto, de una mayor delimitación de la concreta oferta que se trate de una forma cada vez más personalizada y precisa.

⁴⁶⁴ Este concepto a tenido ocasión de ser discutido en sede europea tras la cuestión prejudicial planteada por el defensor del consumidor sueco, que provoca la STJUE de 12 de mayo de 2011 (asunto C-122/10), y, aunque fueron siete las cuestiones planteadas, en la respuesta a la primera de ellas se condensa la interpretación que aquí interesa al párr. 33: «En estas circunstancias, procede responder a la primera cuestión que la expresión «permite así al consumidor realizar una compra», recogida en el artículo 2, letra i), de la Directiva 2005/29, debe interpretarse en el sentido de que existe una invitación a comprar desde el momento en que la información relativa al producto comercializado y a su precio es suficiente para que el consumidor pueda tomar una decisión sobre una transacción, sin que sea necesario que la comunicación comercial incluya también un medio concreto de adquisición del producto, o que aparezca en conexión con tal medio o con ocasión de él».

⁴⁶⁵ Comparto la crítica realizada por ALFARO ÁGUILA-REAL, J. con ocasión de las conclusiones del Abogado general previas a la Sentencia anteriormente comentada del concepto “invitación a comprar”, que puede ser consultada en <https://derechomercantilespana.blogspot.com/2011/02/el-concepto-de-invitation-comprar-en-la.html>. (última consulta, 31 de agosto de 2020).

⁴⁶⁶ Por ello, los contratos de crédito inmobiliario, a raíz de los sucesivos pasos que nos indica la regulación al efecto en un orden cronológico establecido, pueden incardinarse en los denominados «contratos de formación progresiva» en el sentido recogido por MORENO QUESADA, B.: *La oferta del contrato*, ob. cit., págs. 12 y 13.

De esta manera, el escaso aporte que hace el CC acerca de la definición de la oferta contractual implica que debemos acudir a los parámetros apuntados por la doctrina⁴⁶⁷ para delimitar los conceptos comprensivos de la oferta y si es incardinable dentro de la información general.

Así, nos encontramos con que la información general ya ha venido precedida de la publicitaria, pero resulta necesario la posterior plasmación en la FEIN de los elementos comprensivos de la oferta para entenderla completa, ya que ni en la publicidad ni con la información general se podría perfeccionar el contrato con su simple aceptación. Serán los términos que recoja la FEIN los que finalmente tengan la posibilidad de acceder al último requisito previo a la formalización del contrato: la comprobación de la transparencia material.

El carácter vinculante de la oferta no es un término que adquiera *per se* la oferta, sino que es una consideración no regulada en el CC, ni en general nuestro derecho positivo⁴⁶⁸. La LCCI, sin embargo, otorga esa consideración a la FEIN, puesto que así lo declara expresamente, en el contenido del artículo 14.1.a).

Al texto de la Directiva 2014/17 (fijada la información general en su artículo 13), la ley española añade dos apartados más y conserva el resto:

- «ñ) cuando proceda, la opción del deudor de poder dar en pago el inmueble hipotecado en garantía del préstamo, con carácter liberatorio de la totalidad de la deuda derivada del mismo;

⁴⁶⁷ MENÉNDEZ MATO, J. C.: *La Oferta Contractual*, ob. cit., pág. 46 y ss., donde el autor analiza una definición de la oferta, con base en las apreciaciones de la mayoría de la doctrina española, como «declaración de voluntad unilateral dirigida a una o varias personas con las que se desea contratar», y de la que extrae cuatro características que conforman el concepto de oferta, a saber: La declaración de voluntad, unilateral e inicial, dicha declaración debe ser recepticia y los requisitos específicos de la voluntad de contratar.

⁴⁶⁸ Como argumenta RUÍZ ARRANZ, A. I.: «La oferta de contrato: vinculación y responsabilidad», *Anuario de derecho civil*, 2018, Vol. 71, N.º 4, págs. 1408, 1409 y 1472, haciendo recapitulación acerca de la eficacia vinculante de la oferta y su carácter excepcional.

- o) cualesquiera otras advertencias que establezca la persona titular del Ministerio de Economía y Empresa».

De esta manera, se cumple lo preceptuado en el artículo 13. 2 de la Directiva 2014/17, que reflejaba que los Estados Miembros podrán incluir nuevos apartados a esa lista en caso de ser «pertinentes» y, al margen del desarrollo reglamentario ya implementado, deja la puerta abierta a posibles modificaciones futuras que hayan de aportar los prestamistas⁴⁶⁹.

Como es habitual en esta forma de legislar, se produce de nuevo el fenómeno de reiteración de informaciones⁴⁷⁰. Así, en la publicidad como en la general se comparten informaciones acerca de la identidad del prestamista, de las garantías, del tipo deudor, de la TAE, de los pagos aplazados o de los servicios accesorios, datos todos ellos que, por supuesto, serán incorporados también a la FEIN. A ello le debemos añadir, que en la descuidada técnica legislativa empleada lleva a cometer errores como el del artículo 9.j) que emplea el término «incumplimiento» donde debería decir «cumplimiento» lo que hace incomprensible ese apartado del artículo⁴⁷¹.

Por todo ello, para considerar cumplido el mandato que emana del artículo 9 LCCI se ha de poner a disposición del prestatario la conocida FIPRE en el sentido que ya se empleaba con anterioridad en nuestro ordenamiento con las escasas modificaciones operadas por la nueva regulación.

⁴⁶⁹ Vid. SILLERO CROVETTO, B.: «Normas de transparencia en la comercialización de préstamos inmobiliarios. Especial referencia a la información precontractual», en LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M. (Coord.): *Comentarios a la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario*, ob. cit., pág. 168.

⁴⁷⁰ CORDERO LOBATO, E.: «Obligaciones de información previa», en CARRASCO PERERA, Á. (Dir.): *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*, ob. cit., pág. 201.

⁴⁷¹ Lo recoge junto con una acertada crítica a la deficiente técnica legislativa empleada CORDERO LOBATO, E.: «Obligaciones de información previa», en CARRASCO PERERA, Á. (Dir.): *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*, ob. cit., págs.179 y 180.

Como se ha dicho, las informaciones que se proporcionan en el devenir contractual pasan por diferentes momentos y alcanzan una mayor concreción a medida que se avanza hacia el perfeccionamiento. También se ha observado que mucha de la información se repite una y otra vez con tozudez en cada uno de los diferentes estadios de las informaciones precontractuales (publicidad, general y FEIN).

Por ello, comparto la opinión⁴⁷² de que los estadios posteriores corrigen al anterior en caso de hipotéticas ausencias puntuales de información. De esta manera, se llega al trámite notarial en el que se examinan las informaciones aportadas por el prestatario con la obligación informadora cumplida en todos sus apartados y, por tanto, susceptible de arrojar un acta en sentido positivo.

De acuerdo con el razonamiento anterior, en el supuesto de la ausencia de la facilitación de la información general (en forma de FIPRE) por parte del prestamista no se colige una especial relevancia que altere el trámite del artículo 15 LCCI, si tenemos en cuenta el *dictum* del artículo 15.2.c) y el contenido a su vez del artículo 14.1. Los documentos a tener en cuenta por el notario son la FEIN, la FiAE, copia del proyecto de contrato, documento con referencia a las cuotas periódicas que se han de satisfacer (en caso de ser un préstamo a interés variable) y la información clara sobre la distribución de los gastos dimanantes de la operación.

2.4. Evaluación de solvencia

No cabe perder de vista que todo el recorrido precontractual, que impone tan variados y excesivos, deberes de información, tiene como fin la concesión

⁴⁷² Como refiere CORDERO LOBATO, E.: «Obligaciones de información previa», en CARRASCO PERERA, Á. (Dir.): *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*, ob. cit., pág.194, al expresar que las informaciones producidas posteriormente “sanar” los defectos que hubiera podido haber en las fases precedentes.

de un préstamo o crédito. La concreción del recorrido general descrito a lo largo de las páginas precedentes encuentra un momento clave cuando se procede a evaluar la solvencia del prestatario. Esta acción supone el momento trascendente en el que el banco podrá decidir con base en dicha evaluación, si concede o no la financiación solicitada.

En la evaluación de solvencia vienen a confluir dos elementos capitales, que son; el riesgo en el crédito y el sobreendeudamiento privado⁴⁷³. El primero trae causa de la actividad bancaria más frecuente y consiste en la previsible pérdida patrimonial que debería afrontar la entidad financiera en el supuesto de una pérdida de solvencia sobrevenida del prestatario que le lleve a incumplir sus obligaciones de pago⁴⁷⁴.

Por su parte, el sobreendeudamiento es un concepto principalmente utilizado por la doctrina iusprivatista y se traduce en el exceso de deuda que impide cumplir con las obligaciones de pago⁴⁷⁵. Sin embargo, no goza de una definición unificada debido a las diferentes percepciones que comprende en los distintos sistemas legales. Muestra, de esta manera, un perfil heterogéneo, pero con rasgos o características comunes⁴⁷⁶.

⁴⁷³ Coincido con CUENA CASAS, M.: «La evaluación de la solvencia en la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario», en MURGA FERNÁNDEZ, J. P., HORNERO MÉNDEZ, C. (Coords.): *Estudios sobre la ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario*, Reus, Madrid, 2020, pág. 87, al indicar que la Directiva 2014/17 traslada el foco de la regulación de la evaluación de solvencia de la normativa de disciplina bancaria a la de protección del cliente bancario.

⁴⁷⁴ COLLADO RODRÍGUEZ, N.: *La obligación del prestamista de evaluar la solvencia del consumidor de crédito*, ob. cit., pág. 152 y ss.

⁴⁷⁵ En palabras de ÁLVAREZ VEGA, M^a. I.: *La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente*, ob. cit., pág. 50, define el concepto de sobreendeudamiento como «aquella situación que denota un exceso de endeudamiento o un endeudamiento excesivo» tras analizar la composición del término de manera etimológica.

⁴⁷⁶ BOUYON, S. MUSMECI, R.: «Las dos dimensiones del sobreendeudamiento: protección del consumidor y esidad financiera en la Unión Europea», en CUENA CASAS, M. (Dir.): *La prevención del sobreendeudamiento privado. Hacia un préstamo y consumo responsables*, ob. cit., pág. 106, acotando las cuatro características sobre las que ha puesto el acento la Comisión Europea: «a) Sobre el ámbito, el sobreendeudamiento ha de ser considerado a nivel de una familia, ya que las personas físicas habitualmente ponen en común diversas fuentes de ingresos; b) En su dimensión económica, el sobreendeudamiento define una situación de incapacidad para cumplir puntualmente cualquier tipo de compromisos financieros (hipotecas, alquileres, facturas de

Es entre estos dos elementos donde se incardina la evaluación de solvencia. Podríamos decir que el riesgo en el crédito es la preocupación principal desde la óptica bancaria y, el sobreendeudamiento lo es desde la óptica de una política legislativa de prevención que atiende a la perspectiva de los particulares.

De acuerdo con la *European Banking Authority*⁴⁷⁷ (en adelante, EBA), el objetivo de la evaluación de solvencia debe consistir en verificar la capacidad del prestatario de cumplir con las obligaciones del contrato, así como la adecuación del producto a su perfil, bajo la premisa de un intercambio de informaciones que permita concretar estos extremos de la manera más aproximada posible.

La práctica habitual⁴⁷⁸ de los prestamistas se conformaba con la posibilidad de obtener la realización de la garantía (el bien inmueble hipotecado) más las cantidades, en forma de principal e intereses, que podrían dimanar de un hipotético procedimiento de ejecución hipotecaria. De esta manera, a la concesión indiscriminada de crédito con alto índice de riesgo (debido al déficit en la evaluación de su capacidad de endeudamiento⁴⁷⁹) se añadían otros factores

servicios...); c) Una dimensión temporal concreta específica que la incapacidad anteriormente mencionada se caracteriza como una situación no temporal, que presenta, por consiguiente, una base estructural; d) Finalmente, la situación de sobreendeudamiento y la protección relacionada han de tener en cuenta la preservación de unos niveles de vida mínimos».

⁴⁷⁷ Así lo recoge en «Draft Guidelines on loan origination and monitoring», *Consultation Paper EBA*, 19 de junio de 2019, pág. 36, dicha evaluación debe comprender un estudio de los ingresos presentes y futuros del prestatario, su situación financiera y su capacidad de pago para hacer frente a la obligación contractual.

⁴⁷⁸ MARÍN LÓPEZ, M. J.: «La obligación del prestamista de evaluar la solvencia», en CARRASCO PERERA, Á. (Dir.): *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*, ob. cit., pág. 212.

⁴⁷⁹ Como así lo destaca la SAP Asturias, Sección Quinta, 243/2018, de 15 de junio, FJ 3º, expresando: «Efectivamente, la O.M de 28-10-2.011, que no estaba vigente a la fecha de la constitución del préstamo, pretende atajar el sobreendeudamiento imponiendo a las entidades financieras el deber de un examen previo y serio de la solvencia del cliente con el fin de lograr una economía sostenible, pero olvida la recurrente que tal norma de conducta se introdujo, precisamente, por la situación indeseable de sobreendeudamiento que provocó la conducta desarrollada por las entidades financieras concediendo financiación sin una evaluación previa suficiente y seria del riesgo del cliente y su capacidad de solvencia y, en todo caso, no se acierta a

que multiplicaban el riesgo de impago de una manera exponencial⁴⁸⁰ y de incurrir en sobreendeudamiento: elevar el valor de la tasación del bien inmueble, aumentar el periodo de amortización del préstamo o la distorsión entre los importes mensuales a satisfacer al prestamista y los ingresos de la unidad familiar para hacer frente a las deudas.

Es precisamente el carácter desaconsejable de tales prácticas el que, en buena medida, motiva la necesidad de desarrollo de una evaluación de solvencia rigurosa y adecuada. El principio inspirador es la transparencia contractual convertida en la herramienta que permite la consecución del «préstamo responsable». Las garantías que ofrece la contratación responsable constituyen el encaje⁴⁸¹ entre la capacidad de obligarse financieramente por parte del prestatario y la necesidad de devolver lo prestado de acuerdo con sus circunstancias económicas⁴⁸². Es necesario poner el acento en que la regulación anterior ya dotaba de importancia al desarrollo del préstamo responsable y las

comprender por qué la decisión de la prestamista de contratar y perfeccionar el negocio entregando a la prestataria el capital (art. 1.753 CC y 312 C.Com) ha de constituir un servicio distinto de la prestación principal que compete al prestamista, que es la entrega del capital».

⁴⁸⁰ MÉNDEZ GUTIÉRREZ DEL VALLE, R.: «De la hipoteca al desahucio: ejecuciones hipotecarias y vulnerabilidad territorial en España», *Revista de Geografía Norte Grande*, N.º 67, 2017, pág. 17, donde el autor analiza la actividad de los prestamistas aumentando el riesgo de impago debido a estas prácticas que habían pasado inadvertidas ante los ojos de los organismos reguladores.

⁴⁸¹ Vid. ZUNZUNEGUI PASTOR, F.: «Evaluación de solvencia. Requisitos de conocimientos y competencia», en LÓPEZ JIMENEZ, J. M. (Coord.): *Comentarios a la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario*, ob. cit., pág. 232.

⁴⁸² En este sentido, la SAP Barcelona 275/2017, de 16 de junio, FJ 3º, definía con precisión el procedimiento de la evaluación de solvencia para lograr el préstamo responsable en los parámetros que se configuran actualmente: «Añadir como la aceptación de esta subrogación no resulta libre absolutamente para la entidad de crédito acreedora sino que se le exige la evaluación de la solvencia del nuevo deudor por el art. 18 de la Orden EHA/2899/11, de 28 de octubre, de Transparencia Y Protección Del Cliente De Servicios Bancarios, cuando al establecer los parámetros del préstamo responsable, indica como la entidad de crédito, antes de que se celebre cualquier contrato de crédito o préstamo, deberá evaluar la capacidad del cliente para cumplir con las obligaciones derivadas del mismo, sobre la base de la información suficiente obtenida por medios adecuados a tal fin, entre ellos, la información facilitada por el propio cliente a solicitud de la entidad. A estos efectos, las entidades deberán contar con procedimientos internos específicamente desarrollados para llevar a cabo la evaluación de solvencia mencionada en el párrafo anterior. Estos procedimientos serán revisados periódicamente por las propias entidades, que mantendrán registros actualizados de dichas revisiones».

prácticas incursas bajo el paraguas de este concepto, incluida la evaluación de solvencia, con un alcance superior al de una mera recomendación programática⁴⁸³, lo que sigue sin explicar la dejadez de las entidades financieras y la resistencia a su aplicación.

El legislador europeo otorga una gran relevancia a la evaluación de solvencia⁴⁸⁴ pero no especifica un procedimiento concreto acerca de cómo realizarla, limitándose a ofrecer una serie de recomendaciones prácticas acerca de la información patrimonial relevante del prestatario que debe de ser tenida en cuenta⁴⁸⁵ por el prestamista. A tal efecto, en la Directiva 2014/17 se contemplan dos momentos clave que pueden inferirse de su articulado:

- a) Los que podemos denominar «principios» que rigen la obligación de evaluar la solvencia del consumidor recogidos en el artículo 18.
- b) Las bases del procedimiento de evaluación conforme la información financiera y económica del consumidor del artículo 20.

Como reitera la LCCI en su preámbulo, su intención es ir más allá de la propia Directiva y reforzar la protección que se otorga al prestatario en la fase precontractual. Incide en la especial formación que ha de acreditar el personal encargado de evaluar la solvencia⁴⁸⁶ y comercializar los préstamos inmobiliarios.

⁴⁸³ De esta manera lo destaca la Memoria de reclamaciones 2018 del Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones del Banco de España a su página 91.

⁴⁸⁴ Como así lo expresan los considerandos 55 a 62 y los artículos 18, 19 y 20 de la Directiva 2014/17, destacado dicha evaluación como una práctica fundamental para conocer la capacidad del consumidor de asumir la deuda y poder devolver el crédito en su totalidad. Si bien, aunque la Directiva recalca la obligación de la evaluación de solvencia y la importancia de la misma para lograr un crédito alejado del riesgo de impago renuncia a definir procedimientos concretos.

⁴⁸⁵ Vid. AGÜERO ORTÍZ, A.: «Comentario e interpretación de la nueva directiva en materia hipotecaria (Directiva 2014/17/UE). Una directiva para proteger a las entidades de crédito y a la propia Unión Europea», ob. cit., pág. 13.

⁴⁸⁶ Así, el preámbulo de la LCCI expresa: «La sección 2.^a recoge las normas de conducta que prestamistas, intermediarios de crédito inmobiliario y representantes designados deben cumplir en el proceso de elaboración, promoción, comercialización y contratación de préstamos inmobiliarios, tanto respecto de su organización interna, como respecto del cliente. Cabe destacar algunas de ellas por su especial relevancia. Así, en primer lugar, se exige que el personal que evalúa

Antes de la aprobación de la LCCI, el marco regulador de la evaluación de solvencia en nuestro ordenamiento venía dado por el artículo 29.1 de la Ley de Economía Sostenible y el artículo 18 de la Orden EHA 2899/2011, de 28 de octubre, sobre transparencia y protección del cliente de servicios bancarios⁴⁸⁷. Se empleaba un sistema que no difiere sustancialmente del previsto en la nueva regulación, con lo que, vuelve a producirse, una vez más, un indeseable efecto de multiplicación normativa muy poco deseable.

En la actualidad, son los artículos 11 y 12 de la LCCI los que se encargan de regular la evaluación de solvencia. A la vista de dichos artículos podemos extraer ordenadamente los elementos que debe tener en cuenta el prestamista, intermediario de crédito o representante designado a la hora de realizar la evaluación:

- a) Situación de empleo
- b) Ingresos presentes y futuros previsibles durante la vida del préstamo
- c) Activos en propiedad
- d) Ahorros
- e) Gastos fijos y compromisos ya asumidos
- f) Ingresos a percibir tras la jubilación (en su caso)

El listado referido no opera con el carácter de *numerus clausus*, ya que los prestamistas podrán valerse de otros factores a tener en cuenta al margen de los expresados. Conviene destacar que la LCCI indica que los prestamistas deberán contar con procedimientos internos para llevar a cabo la evaluación pertinente (11.2 LCCI) y, a su vez, deberán consultar el historial crediticio (12.1

la solvencia y comercializa préstamos inmobiliarios deba cumplir con determinados requisitos de capacitación que aseguren (artículo 16) que el prestatario recibe una información adecuada y ajustada a sus necesidades por parte del prestamista».

⁴⁸⁷ Vid. FERRANDO VILLALBA, M^a. DE L.: «Los ficheros de solvencia negativos», en CUENA CASAS, M. (Dir.): *La prevención del Sobreendeudamiento Privado. Hacia un Préstamo y Consumo responsables*, ob. cit., págs. 257 y 258.

LCCI) a través de la CIRBE⁴⁸⁸ (Central de Información de Riesgos del Banco de España) y de entidades privadas que recaben información crediticia en esos mismos términos.

La regulación de la CIRBE se vio modificada por la Orden ETD/699/2020, de 24 de julio, de regulación del crédito revolvente y por la que se modifica la Orden ECO/697/2004, de 11 de marzo, sobre la Central de Información de Riesgos, la Orden EHA/1718/2010, de 11 de 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. Entre otros objetivos, «se introducen medidas conducentes a mejorar la información de la que disponen los prestamistas para realizar el análisis de la solvencia de los potenciales prestatarios, de forma que se puedan evitar situaciones de sobreendeudamiento que en numerosas ocasiones conducen a la postre a los prestatarios a no poder hacer frente a sus obligaciones financieras».

Encuentro especialmente relevante la nueva redacción que se da al apartado 1 del artículo tercero, por el que «(...) Los datos de los titulares, incluidos los de sus operaciones, cuyo riesgo acumulado en la entidad declarante sea superior a 1.000 euros se declaran con las finalidades previstas en el artículo 60, apartado cuarto, letras a) y b) de la Ley, de conformidad con lo previsto en los artículos primero y primero bis». Este cambio legislativo parece ir en la línea

⁴⁸⁸ Como explica GRACIANO REGALADO, J. C.: «La Central de Información de Riesgos de Banco de España (CIRBE): régimen jurídico, funcionamiento y acceso a la información», en CUENA CASAS, M. (Dir.): *La prevención del Sobreendeudamiento Privado. Hacia un Préstamo y Consumo Responsables*, ob. cit., págs. 423 a 425, donde detalla que la CIRBE se nutre de informaciones acerca del riesgo sobre préstamos y créditos concedidos que legalmente han de aportar las entidades de crédito y que se configura sobre tres aspectos: «Nivel de endeudamiento, información negativa o de incumplimiento previo de obligaciones de pago y las de naturaleza positiva basada en el cumplimiento en tiempo y forma de las mismas».

adecuada para la prevención del sobreendeudamiento y el favorecimiento del préstamo responsable.

De acuerdo con lo consignado en el artículo 35.5 LCCI cabe destacar que no es únicamente el prestamista el encargado de recabar la información relevante para la evaluación de solvencia, sino que también son sujetos activos de esta obligación los intermediarios de crédito o representantes designados, que han de presentar esa información obtenida al prestamista.

La variedad de informaciones que se han de recabar para la adecuada evaluación de solvencia no es una lista cerrada ni exhaustiva⁴⁸⁹, sino que abarca una multiplicidad de elementos con relevancia patrimonial y financiera, presente y futura, de los que cabe colegir que el prestatario podrá afrontar el pago del crédito en su totalidad. En la práctica habitual⁴⁹⁰, la relación de documentos relevantes que solicita el prestamista es comprensiva de la identificación pertinente, la relativa a los ingresos actuales y declaraciones de impuestos como parámetros básicos sobre los que realizar la evaluación.

A su vez, la EBA también enriquece la forma de realizar adecuadamente la evaluación de solvencia al proponer una serie de directrices⁴⁹¹ a los

⁴⁸⁹ MARÍN LÓPEZ, M. J.: «La evaluación de solvencia del prestatario en la Ley 5/2019 (II): La obtención por el prestamista de la información económica-financiera del prestatario», *Revista del Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, 16 de julio de 2019, pág. 2.

⁴⁹⁰ Vid. GARCÍA RODRÍGUEZ, J. M^a.: *El sobreendeudamiento de las personas físicas en el nuevo marco de contratación del crédito inmobiliario*, ob. cit., pág. 75.

⁴⁹¹ Recogidas en ZUNZUNEGUI PASTOR, F.: «Evaluación de solvencia. Requisitos de conocimientos y competencia», LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M. (Coord.): *Comentarios a la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario*, ob. cit., págs. 235 y 242 a 244, las seis directrices de la EBA, que son: «1) Deben comprobar la renta del consumidor, verificando la capacidad de generar ingresos y su historial. 2) Deben documentar y conservar la evaluación con la información utilizada durante la vigencia del contrato, facilitando el acceso a las autoridades supervisoras. 3) El diseño de la evaluación debe servir para prevenir el suministro de información falsa y su pronta identificación. 4) Deben contar con procedimientos para evaluar la capacidad del prestatario, teniendo en cuenta como factores relevantes de prevención del sobreendeudamiento otras obligaciones de pago y situaciones de mora. 5) Deben tenerse en cuenta los gastos comprometidos, incluidos los gastos de subsistencia del prestamista. 6) Por fin, deben tenerse en cuenta escenarios futuros negativos, incluyendo la reducción de renta en la jubilación o el aumento de tipos en los préstamos a interés variable».

prestamistas para llevar a cabo su labor. De su texto se infieren características similares a las que se recogen como parámetros válidos en la regulación de la LCCI. Se destaca, a este respecto, todos los datos con relevancia patrimonial y económica que se producen durante la vida del préstamo, las posibles variaciones que pueden acontecer y que pudieran afectar de alguna manera a la capacidad de pago del prestatario.

También, el Anejo 6 de la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, bajo la rúbrica de «Principios generales aplicables para la concesión de préstamos responsables» establece algunos criterios a tener en cuenta en las «políticas, métodos y procedimientos de estudio y concesión de préstamos o créditos» bajo un criterio de aplicación individual a cada concreta operación, vinculada a la capacidad del prestatario para cumplir las obligaciones que emanarían de la firma del contrato.

La forma habitual de evaluación que tienen las entidades de crédito (principales operadores jurídicos en la concesión de crédito inmobiliario) es la utilización del denominado *credit score*. Consiste en el empleo de un algoritmo que analiza los datos e informaciones que aporta el prestatario y los que se obtienen acerca del historial crediticio. Este algoritmo arroja un resultado que expresa una cifra numérica que indica el nivel de riesgo en la posible concesión del crédito que se pretende⁴⁹². Práctica a la que en nada parece oponerse la LCCI, máxime si se tiene en cuenta la posibilidad de que la denegación de una solicitud de préstamo pueda provenir de un «tratamiento automático de datos» prevista en su artículo 11.6.

⁴⁹² MARÍN LÓPEZ, M. J.: «La evaluación de solvencia del prestatario en la Ley 5/2019 (III): El procedimiento de evaluación de la solvencia y el informe de evaluación», *Revista del Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, 23 de julio de 2019, págs. 4 y 5.

Como consecuencia de la indeterminación de los diferentes textos legales acerca de un concreto procedimiento con parámetros claramente definidos para evaluar la solvencia, llama la atención el contenido del artículo 5.1.a) del Real Decreto 309/2019, de 26 de abril. En dicho artículo, se establece como requisito para la inscripción en el registro de los prestamistas de crédito inmobiliario la verificación por parte de las autoridades competentes del siguiente requisito (entre otros): «a) Que cuenten con los procedimientos escritos, así como con la capacidad técnica y operativa, para el adecuado cumplimiento de los requisitos de evaluación de la solvencia del prestatario y potencial prestatario a que se refiere el artículo 11, y de información al prestatario referidos en las letras a), b) d) y f) del artículo 35.1 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo». A la vista de lo anterior, los prestamistas tendrán que contar con un procedimiento escrito acerca del proceso evaluador y demostrar de alguna manera, indefinida por la ley, su capacidad técnica y operativa.

Respecto al momento en que ha de realizarse la evaluación de solvencia, el texto de la LCCI únicamente precisa que deberá tener lugar en un momento previo a la celebración del contrato, aunque con posibilidad de nuevas evaluaciones posteriores a la firma del contrato ante hipotéticas novaciones que pudiesen aumentar el importe a devolver⁴⁹³. A la vista del texto legal es posible definir con mayor precisión el momento en el que debe realizarse la evaluación, ya que el artículo 10.1 nos indica que antes de ofrecer la FEIN al prestatario, éste ya ha debido dar al prestamista «la información necesaria sobre sus necesidades, situación financiera y preferencias».

Así las cosas, aunque el *credit score* produce unos resultados automatizados en base a la información previamente suministrada, una

⁴⁹³ Vid. MARÍN LÓPEZ, M. J.: «La obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario», en CARRASCO PERERA, Á. (Dir.): *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*, ob. cit., págs. 225-226.

adecuada evaluación de solvencia obliga a tener en cuenta toda una serie de causas personalizadas capaces de contemplar comportamientos futuros y, de esta manera, reducir el riesgo de sobreendeudamiento en la operación.

Este procedimiento de evaluación de solvencia no genera en si mismo un gasto para el prestatario ya que el prestamista tiene la obligación de realizarlo de forma gratuita. No obstante, resultaría posible incluirlo como uno de los gastos de estudio⁴⁹⁴ que compondrían el precio de la comisión de apertura.

Una advertencia permanente que viene se hace desde el inicio de este trabajo estriba en los problemas que genera la transversalidad interdisciplinar de las materias que conforman la LCCI y, por tanto, los diferentes regímenes normativos que la afectan de diverso modo y manera. De esta forma, el legislador olvida tener en cuenta que el espectro subjetivo de prestamistas y de prestatarios condiciona la interpretación de los textos, con la consiguiente producción de omisiones indebidas o conflictos interpretativos de diverso orden. Así, el artículo 44.1 de la LCCI⁴⁹⁵ establece que las obligaciones que señala la Ley tienen carácter de normas de ordenación y disciplina bancaria, por tanto, sujetas a la LOSSEC (como reitera el art. 47.1 LCCI). De esta manera, se obvia que no sólo son entidades de crédito las que pueden ser prestamistas conforme la LCCI⁴⁹⁶.

Dicha circunstancia condicionará las consecuencias que pudiera sufrir el prestamista por el incumplimiento de sus obligaciones en la evaluación de la

⁴⁹⁴ Como expresa CABANAS TREJO, R.: *Aspectos contractuales y procesales de la nueva ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario*, ob. cit., pág. 263.

⁴⁹⁵ «Las obligaciones establecidas en esta Ley y sus normas de desarrollo tendrán el carácter de normas de ordenación y disciplina para los intermediarios de crédito inmobiliario, sus representantes designados y los prestamistas inmobiliarios, ya sean personas físicas o jurídicas cualquiera de los anteriores».

⁴⁹⁶ Así lo observa MARÍN LÓPEZ, M. J.: «La evaluación de solvencia del prestatario en la Ley 5/2019 (V): Consecuencias civiles del incumplimiento por el prestamista de su obligación de evaluar la solvencia del prestatario», *Revista del Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, 19 de septiembre de 2019, pág. 3.

solvencia. Se acota su responsabilidad a una mera sanción administrativa. Esta circunstancia contrasta con otras soluciones y medidas previstas en otros ordenamientos⁴⁹⁷ en el entorno europeo y cuenta con la desaprobación de la doctrina⁴⁹⁸ mayoritaria, así como, muy recientemente, de la jurisprudencia del TJUE⁴⁹⁹, al no articularse otras vías, principalmente civiles, que produzcan un

⁴⁹⁷ MARÍN LÓPEZ, M. J.: «La evaluación de solvencia del prestatario en la Ley 5/2019 (V): Consecuencias civiles del incumplimiento por el prestamista de su obligación de evaluar la solvencia del prestatario», ob. cit., pág. 6 y 7, dentro de esas soluciones el autor destaca las consecuencias anudadas al incumplimiento de evaluar la solvencia por parte del prestamista en países como Francia, Bélgica o Suiza, destacando que la sanción más habitual es la pérdida del derecho a cobrar intereses (en unos casos moratorios, en otros también los remuneratorios), matizando el autor que le parece una idea adecuada que debería haber sido recogida en la LCCI.

⁴⁹⁸ En este sentido, ZUNZUNEGUI PASTOR, F.: «Evaluación de solvencia. Requisitos de conocimientos y competencia», en LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M. (Coord.): *Comentarios a la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario*, ob. cit., pág. 246, también, ÁLVAREZ OLALLA, M. DE P.: «La obligación de evaluar la solvencia y su incumplimiento», en CUENA CASAS, M. (Dir.): *La prevención del sobreendeudamiento privado: Hacia un préstamo y consumo responsables*, ob. cit., págs. 725-810. Coincide en este sentido CUENA CASAS, M.: «Crédito y datos positivos de solvencia patrimonial. Avances en la Ley de crédito inmobiliario», *Hay Derecho*, que puede encontrarse en el siguiente enlace: <https://hayderecho.expansion.com/2019/11/26/credito-y-datos-positivos-de-solvencia-patrimonial-avances-en-la-ley-de-credito-inmobiliario/> (última consulta, 31 de agosto de 2020), apunta una expresiva crítica de la regulación de la evaluación de solvencia en la LCCI, en la que destaca que el incumplimiento en la prevención del sobreendeudamiento es contrario al camino marcado por las políticas de la Unión Europea. Esto incide, en su opinión -ya expresada en anteriores ocasiones- acerca de la importancia capital de la evaluación de solvencia y la escasa relevancia que le concede el legislador español en su normativa al no establecer sanciones adecuadas que combatan el préstamo irresponsable de manera eficaz. Esto fue expuesto en «Informe de la ponencia sobre el Proyecto de ley de crédito inmobiliario. La banca gana... y todos los partidos se dejan», ob. cit., A su vez, coincide, MARÍN LÓPEZ, M. J.: «La evaluación de solvencia del prestatario en la Ley 5/2019 (V): Consecuencias civiles del incumplimiento por el prestamista de su obligación de evaluar la solvencia del prestatario», ob. cit., págs. 7 y 8. También el mismo autor en MARÍN LÓPEZ, M. J.: «La obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario», en CARRASCO PERERA, Á. (Dir.): *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*, ob. cit., pág. 256, entiende que la LCCI incumple lo preceptuado por la Directiva 2014/17 al considerar que las sanciones que configura la ley no resultan ni efectivas ni disuasorias.

⁴⁹⁹ Si bien, aunque referida a los contratos de crédito al consumo, la STJUE de 5 de marzo de 2020, asunto C-679/18, párr. 38, al recordar la postura de la Abogada General, expresa que: «Tales sanciones no pueden garantizar por sí solas de manera suficientemente eficaz la protección de los consumidores frente a los riesgos de sobreendeudamiento e insolvencia que persigue la Directiva 2008/48, ya que no afectan a la situación de un consumidor concreto al que se ha concedido un contrato de crédito incumpliendo lo dispuesto en el artículo 8 de dicha Directiva». Esta sentencia resulta aplicable al crédito inmobiliario y las obligaciones de evaluar la solvencia que recoge la Directiva 2014/17, así como la propia LCCI, en el sentido que argumenta MARÍN LÓPEZ, M. J.: «El juez nacional debe examinar de oficio si el prestamista cumple su obligación de evaluar la solvencia del prestatario. Comentario a la STJUE de 5 de marzo de 2020», *Revista del Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, 22 de abril 2020, pág. 7 y ss. Lamentando, una vez más, la falta de previsión de medidas jurídico-privadas para sancionar estas conductas en nuestro Derecho.

efecto disuasorio adecuado. De esta manera, la LCCI mantiene la perspectiva en términos de ordenación y disciplina bancarias (que observan la solvencia desde la óptica de las entidades y no del cliente bancario), en lugar de hacerlo acerca de la prevención del sobreendeudamiento privado, como sería lo deseable⁵⁰⁰.

A mayor abundamiento, el tenor del artículo 11.4 LCCI anuncia otra consecuencia al margen de hipotéticas sanciones administrativas, que no es otra que la imposibilidad de «resolver, rescindir o modificar» el crédito concedido en caso de que se haya evaluado de manera incorrecta o incompleta la solvencia del prestatario. Ha de precisarse que la LCCI tampoco especifica cuando la información suministrada por el prestatario es completa, lo que obliga a guiarse por las consideraciones recogidas en diversos textos que se han apuntado antes y, en el supuesto que el prestamista no obtenga esa información, puede no conceder el préstamo (art 12.3 LCCI).

En términos generales, la regulación de la evaluación de solvencia resulta insuficiente y muy mejorable, aunque se han dado tímidos pasos en el intercambio de información de solvencia, pero sin llegar a colmar por entero la deseable pretensión que desemboque en un préstamo verdaderamente responsable. De ahí la conveniencia, a mi modo de ver, de la implementación de los denominados ficheros positivos de solvencia⁵⁰¹ como un complemento al

⁵⁰⁰ Como sostiene CUENA CASAS, M.: «Préstamo responsable y datos de solvencia patrimonial en la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario», *Actualidad Civil*, N.º 9, septiembre 2019.

⁵⁰¹ Las bondades de dichos ficheros positivos de solvencia se comentan con largueza en el artículo de CUENA CASAS, M.: «Intercambio de información positiva de solvencia y funcionamiento del mercado de crédito», *InDret*, N.º 3, 2017, págs. 1 y ss., argumenta que dichos ficheros no se definen como contraposición a los ficheros negativos que recogen únicamente los impagos o la morosidad de los prestamistas sino que, los ficheros positivos albergan el comportamiento del cliente durante el desarrollo del contrato de una manera más concreta. Indica, a su vez, los cumplimientos en el pago de las deudas avalan que se premien los buenos comportamientos, ya que, los ficheros positivos permiten observar la verdadera solvencia al establecer una visión más completa y realista de su comportamiento puesto que un deudor que sea solvente no implica *per se* que cumpla fielmente sus obligaciones de pago. De esta manera, se

concepto de préstamo responsable. Sus efectos benignos en la contratación de crédito los convierten en un arma eficaz frente al sobreendeudamiento privado y contribuyen a una evaluación de solvencia más adecuada, personalizada y veraz.

La actividad registrada en los ficheros positivos ofrece una visión más completa del acceso al crédito. Conjuga los conceptos que van desde el punto de vista de la supervisión bancaria (como el riesgo), hasta los que serían más estrictamente de Derecho Privado que se observan desde la perspectiva del particular (como el sobreendeudamiento). Para, finalmente, encontrar ese punto intermedio que combate la asimetría y afianza la igualdad de armas entre las partes.

Anticipándonos al futuro, es inevitable pensar que la irrupción de las nuevas tecnologías⁵⁰² dibuja un escenario futuro en el que la automatización de datos de consumidores y operadores en el sector financiero en general permitirán el uso de algoritmos para una gestión eficaz de la evaluación de la solvencia⁵⁰³. No obstante, el uso de esos novedosos medios no debe colisionar con los derechos de los consumidores o de cualesquiera operadores en el sector financiero.

favorece también la competencia, se incentiva el cumplimiento y el acceso al crédito al ayudar a la prevención del sobreendeudamiento.

⁵⁰² Como lo expresa el FSUG (Financial Services User Group) en su artículo, «Responsible consumer credit lending. *FSUG opinion and recommendations for the review of the Consumer Credit Directive*», ob. cit., pág. 13, advierte de la irrupción de las denominadas FinTechs compilando información sobre los consumidores de todo tipo y cuestiona su previsible colisión con la privacidad o el manejo de datos susceptibles de protección.

⁵⁰³ El uso de la tecnología Big Data ya aparece contemplado por la ESMA en el «Joint Committee Discussion Paper on the use of Big Data by Financial Institutions», JC 2016/86, págs. 4 y 10. A su vez, la BEUC expresa su análisis, que puede consultarse en el siguiente enlace: https://www.beuc.eu/publications/beuc-x-2017-030_gve_beuc_bigdata_esacconsultation_publication.pdf, argumentando que puede ser una buena oportunidad para los consumidores, con productos más personalizados pero que hay que permanecer vigilantes ante las repercusiones negativas que estas prácticas pudieran arrojar en el terreno de la exclusión financiera o la privacidad.

El uso indiscriminado de la tecnología para todo tipo de actividades, ya sean de ocio o laborales, deja una huella susceptible de ser monitorizada y que puede tener su reflejo en una evaluación del riesgo de un crédito mucho más completa⁵⁰⁴, que sea la que refleje más fielmente la reputación financiera del contratante.

La irrupción de las nuevas tecnologías revela una posible ausencia de regulación concreta del Big Data o de otros fenómenos como los *smart contracts*, que utilizan o se sirven del *Blockchain* para sustentar su existencia. Esta cuestión ha levantado suspicacias por la posibilidad de que estos medios puedan ser empleados para el blanqueo de capitales u otras operaciones con trascendencia jurídico-penal, frente a las que a falta de una concreta regulación en nuestro ordenamiento deberá acudir a las normas generales del Código Civil y las especiales de contratación electrónica y los servicios de información⁵⁰⁵.

2.5. Información precontractual en sentido estricto

La denominación de este epígrafe como información precontractual «estricta» obedece a la contraposición con la fase precontractual «amplia» –o general, que expresa el preámbulo de la Orden ECE/482/2019–, que contiene todos los elementos que son antecedentes al perfeccionamiento del contrato (publicidad, información general y, en definitiva, todo tipo de actos que persiguen formalizar un contrato). En consonancia con esta idea, la

⁵⁰⁴ Vid. CUENA CASAS, M.: «Fintech y crédito responsable: Big Data y credit scoring», en ZUNZUNEGUI, F. (Dir.): *Regulación Financiera y Fintech*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, págs. 120 y 121.

⁵⁰⁵ Vid. LEGERÉN-MOLINA, A.: «Los contratos inteligentes en España», *Revista de Derecho Civil*, Vol. V, N.º 2, 2018, págs. 210 y ss. Véase también, RÍOS LÓPEZ, Y.: «La tutela del consumidor en la “contratación inteligente”. Los “Smart contracts” y la “Blockchain” como paradigma de la cuarta revolución industrial», *Revista Consumo y Empresa*, N.º 9, enero 2019.

denominación que realiza la LCCI en su artículo 10⁵⁰⁶ como «Información precontractual de los préstamos inmobiliarios» no se refiere enteramente a toda la información precontractual sino a la información personalizada que se facilita a través de la FEIN, como expuse anteriormente.

A su vez, resulta importante destacar que, junto con la referencia que hace a la FEIN el artículo 10, tenemos que anudar el resto de documentos que componen el elenco sobre el que se va a desplegar el control de transparencia que realiza el notario⁵⁰⁷. Esos documentos son los que refleja el artículo 14.1 LCCI⁵⁰⁸ (que incluye la propia FEIN).

En definitiva, de la conjunción de los artículos 10 y 14 LCCI tenemos la parte comprensiva de lo que denominamos «información precontractual en sentido estricto». A la vista de la ley, es la que contiene todos los elementos para formalizar el contrato de préstamo al alcanzar el nivel de personalización y detalle que aspira a garantizar la transparencia de la operación.

2.5.1. *Función y naturaleza jurídica de la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN)*

Como se puede advertir del propio texto de la LCCI, la FEIN se corresponde con la que fuera la FIPER. Ambos son los documentos a través de

⁵⁰⁶ «1. El prestamista y, si ha lugar, el intermediario de crédito o su representante designado ofrecerán al prestatario la información personalizada que necesite para comparar los préstamos disponibles en el mercado, para evaluar sus implicaciones y para tomar una decisión fundada sobre la conveniencia de celebrar o no un contrato de préstamo sin demora injustificada, una vez que el prestatario haya dado la información necesaria sobre sus necesidades, situación financiera y preferencias, con suficiente antelación, que nunca será inferior a diez días naturales, respecto del momento en que el prestatario quede vinculado por cualquier contrato u oferta de préstamo.2. La información personalizada a que se refiere este artículo se facilitará mediante la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) que se recoge en el Anexo I de esta Ley».

⁵⁰⁷ Tal y como refiere el artículo 15.2.a) LCCI.

⁵⁰⁸ La FEIN, la FiAE, un documento que refleje las cuotas periódicas en caso de ser un préstamo a interés variable, una copia del proyecto de contrato y la información acerca de los gastos que corresponden a cada una de las partes.

los que se vehicula la información personalizada⁵⁰⁹, que guardan evidentes similitudes.

La importancia de la FEIN reside principalmente en varios aspectos que la regulación al efecto destaca. Por un lado, la Directiva 2014/17 le otorga la categoría de materia indisponible por los Estados Miembros en el artículo 2.2, junto con la TAE, ambas son objeto de la máxima armonización. Destaca en los considerandos 40 a 44 la necesidad de que la FEIN sea útil para el consumidor. Debe utilizar un lenguaje «sencillo y comprensible» que no coincida necesariamente con el jurídico (considerando 41). Los Estados Miembros, pueden complementar la información que se facilita a través de otros documentos que hagan más entendible el contenido de la FEIN siempre que no sean contrarios ni modifiquen el texto modelo que proporciona la Directiva (considerandos 42 y 43).

Por otro lado, estos aspectos anteriormente relatados cristalizan en el extenso y alambicado artículo 14 de la Directiva 2014/17⁵¹⁰, que en su copiosa

⁵⁰⁹ CABANAS TREJO, R.: *Aspectos contractuales y procesales de la nueva ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario*, ob. cit., pág. 125.

⁵¹⁰ «1. Los Estados miembros velarán por que el prestamista y, si ha lugar, el intermediario de crédito o su representante designado ofrezcan al consumidor la información personalizada que este necesita para comparar los créditos disponibles en el mercado, para evaluar sus implicaciones y para tomar una decisión fundada sobre la conveniencia de celebrar o no un contrato de crédito: a) sin demora injustificada una vez que el consumidor haya dado la información necesaria sobre sus necesidades, situación financiera y preferencias de conformidad con el artículo 20, y b) con suficiente antelación respecto del momento en que el consumidor quede vinculado por cualquier contrato u oferta de crédito.

2. La información personalizada a que se refiere el apartado 1, en papel o en cualquier otro soporte duradero, se facilitará mediante la FEIN, que figura en el anexo II. 3. Los Estados miembros velarán por que siempre que el consumidor reciba una oferta vinculante para el prestamista, esta sea facilitada en soporte de papel o cualquier otro soporte duradero y vaya acompañada de una FEIN cuando: a) el consumidor no haya recibido anteriormente una FEIN, o b) las características de la oferta difieran de la información indicada en la FEIN facilitada previamente. 4. Los Estados miembros podrán disponer que la entrega de la FEIN sea obligatoria antes de que se haga una oferta vinculante para el prestamista. Cuando un Estado miembro así lo disponga, exigirá que la FEIN solo deba volver a facilitarse cuando se cumpla la condición indicada en el apartado 3, letra b). 5. Los Estados miembros que, antes del 20 de marzo de 2014, hayan aplicado una ficha de información que satisfaga requisitos de información equivalentes a los expuestos en el anexo II podrán seguir utilizándola a los efectos del presente artículo hasta el 21 de marzo de 2019. 6. Los Estados miembros especificarán un período de siete días como mínimo

relación de mandatos a los Estados Miembros destaca que dicha información personalizada al consumidor servirá para comparar otras ofertas existentes en el mercado y elegir la más acorde con sus intereses. Para ello dispondrá de un periodo de tiempo de reflexión o ejercicio de su derecho de desistimiento,

durante el cual el consumidor dispondrá de tiempo suficiente para comparar las ofertas, evaluar sus implicaciones y tomar una decisión con conocimiento de causa. Los Estados miembros especificarán que el período a que se hace referencia en el párrafo primero será un período de reflexión antes de la celebración del contrato de crédito o un período para ejercer un derecho de desistimiento tras la celebración de dicho contrato, o será una combinación de ambas cosas. Cuando un Estado miembro especifique un período de reflexión antes de la celebración de un contrato de crédito: a) la oferta será vinculante para el prestamista mientras dure el período de reflexión, y b) el consumidor podrá aceptar la oferta en cualquier momento durante el período de reflexión. Los Estados miembros podrán establecer que los consumidores no puedan aceptar la oferta durante un lapso de tiempo que no supere los primeros diez días del período de reflexión. Cuando el tipo de interés o otros costes aplicables a la oferta se determinen sobre la base de la venta de obligaciones subyacentes o de otros instrumentos de financiación a largo plazo, los Estados miembros podrán establecer que el tipo de interés u otros costes puedan variar respecto de lo que se haya declarado en la oferta de conformidad con el valor de la obligación subyacente o de otro instrumento de financiación a largo plazo. Cuando el consumidor tenga derecho de desistimiento con arreglo al párrafo segundo del presente apartado, no se aplicará el artículo 6 de la Directiva 2002/65/CE. 7. Se considerará que el prestamista y, en su caso, el intermediario de crédito o representante designado que hayan facilitado la FEIN al consumidor han satisfecho los requisitos sobre información al consumidor previamente a la celebración de un contrato a distancia, que se establecen en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2002/65/CE, y que han satisfecho los requisitos del artículo 5, apartado 1, de dicha Directiva solo cuando al menos hayan facilitado la FEIN antes de celebrarse el contrato. 8. Los Estados miembros no modificarán el modelo de la FEIN excepto como se disponga en el anexo II. Toda información adicional que el prestamista o, en su caso, el intermediario de crédito o representante autorizado faciliten al consumidor o que estén obligados a facilitar al consumidor con arreglo al Derecho nacional figurará en un documento aparte, que podrá adjuntarse a la FEIN. 9. Se autorizará a la Comisión a adoptar actos delegados de conformidad con el artículo 40 para modificar la redacción habitual de la parte A del anexo II o las instrucciones de la parte B del mismo para atender a la necesidad de información o de formulación de advertencias en relación con nuevos productos que no se hayan comercializado antes del 20 de marzo de 2014. No obstante, dichos actos delegados no modificarán la estructura o el formato de la FEIN. 10. En las comunicaciones a través de telefonía vocal, según se mencionan en el artículo 3, apartado 3, de la Directiva 2002/65/CE, la descripción de las características principales del servicio financiero que se prevé prestar, conforme a lo especificado en el artículo 3, apartado 3, letra b), segundo guion, de esa misma Directiva, incluirá como mínimo los elementos que se especifican en el anexo II, parte A, secciones 3 a 6, de la presente Directiva. 11. Los Estados miembros velarán por que, al menos cuando no exista un derecho de desistimiento, el prestamista o, cuando corresponda, el intermediario de crédito o el representante designado faciliten al consumidor una copia del proyecto de contrato de crédito en el momento en que se haga una oferta vinculante para el prestamista. Cuando exista un derecho de desistimiento, los Estados miembros velarán por que el prestamista o, cuando corresponda, el intermediario de crédito o el representante designado se ofrezcan a facilitar al consumidor una copia del proyecto de contrato de crédito en el momento en que se haga una oferta vinculante para el prestamista».

mínimo de siete días (ampliable por los Estados Miembros), durante los que la oferta del prestamista se convertirá en vinculante.

En nuestro ordenamiento jurídico, la FEIN viene a sustituir a la FIPER del artículo 22 y el Anexo II de la Orden EHA 2899/2011 que, por mor de la Disposición Transitoria 4^a de la LCCI, mantuvo un confuso régimen transitorio hasta el 21 de marzo de 2019.

Son los artículos 10 y 14 de la LCCI los que establecen la obligación del prestamista, intermediario de crédito o representante designado, de facilitar al prestatario la información personalizada, canalizada a través de la FEIN, con una antelación mínima de diez días (arts. 10.1 y 14.1).

El contenido de la FEIN se ha transpuesto a la LCCI y conserva tal cual el texto de la Directiva 2014/17. Básicamente, consiste en rellenar la información que se indica en los apartados al efecto, si bien existe un cierto margen de disposición sobre algunas informaciones y la decisión acerca de si se incorporan o no reside en el prestamista o intermediario de crédito que es quien debe cumplimentar la FEIN, que, recordemos, conforme al art. 14.1.a) «tendrá consideración de oferta vinculante». A continuación, observaremos la naturaleza de esta información personalizada y el instrumento creado para reflejarla. Así, se cumple con lo preceptuado en la Directiva 2014/17 de armonizar en un documento un resumen de la información precontractual necesaria para la formalización del contrato de préstamo además de las obligaciones⁵¹¹ de información que expresa el artículo 14.2 LCCI en caso de ser «necesaria».

⁵¹¹ Obligaciones que sistematiza PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: «El deber de transparencia en la Ley 5/2019 de Crédito Inmobiliario. Información documental, explicaciones adecuadas y valor probatorio del acta notarial», *Revista de derecho bancario y bursátil*, N.º 154, abril-junio 2019, pág. 131, en obligaciones de asistencia, de explicaciones acerca de la adecuación del producto y la situación financiera del prestatario y explicaciones complementarias acerca de las características principales del contrato que no sean deducibles del formato estandarizado de la información.

De esta manera, el modelo de FEIN se compone de quince apartados o secciones (mas una introductoria), que sigue la denominación que indica la Parte B del modelo de FEIN, y sirve de manual de instrucciones. De su contenido se puede destacar lo que sigue a continuación.

En la sección que comprende el texto introductorio es destacable la importancia de la fecha puesto que la denominada «fecha de validez» será el plazo en el que la información que contiene pasaría a ser la que se aplique al crédito en caso de que el prestamista decida otorgarlo. Esta cuestión merece un comentario, ya que la supuesta «vinculación» de la oferta se entiende en el sentido que el prestamista no se puede apartar de esas condiciones fijadas durante el plazo otorgado⁵¹². No obstante –he aquí el hecho sorprendente– no bastará con la mera aceptación del prestatario para formalizar el contrato, sino que es el prestamista quien vuelve a tener un poder dispositivo sobre si decide o no conceder el préstamo⁵¹³.

Ante esta situación no queda muy claro entonces la consideración de la FEIN como oferta vinculante⁵¹⁴ *ex art. 14.1.a) LCCI*. El texto del CC⁵¹⁵ o del

⁵¹² Esta confusión de acepciones provocó los acertados, en mi opinión, comentarios de CARRASCO PERERA, Á.: «La entrega de la FEIN por la entidad prestamista tendrá la consideración de oferta vinculante del préstamo hipotecario ¿Qué significa esto?», *Revista del Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, 30 de abril de 2018, razonando que la mera aceptación del prestatario no constituirá un contrato en ningún caso, en todo caso una propuesta inmodificable durante un periodo de tiempo, todo ello sobre la base de que el contrato únicamente existirá en el momento de firmarse la escritura en el notario. Añade que el componente idiosincrático del ordenamiento español que necesita la intervención de un fedatario público para la perfección de este negocio jurídico, no es el supuesto que pensaba el legislador comunitario.

⁵¹³ Como indica el Anexo I de la LCCI que contiene el modelo de la FEIN al expresar que: «El presente documento no conlleva para (el prestamista) la obligación de concederle un préstamo».

⁵¹⁴ Para que la oferta fuese irrevocable sería necesario que contuviese el pleno contenido del contrato y no un mero resumen de información relevante, adecuándose más a este concepto el proyecto de contrato (Que describe la LCCI), como indica HERNÁNDEZ SAINZ, E: «El plazo de reflexión en la contratación de préstamos hipotecarios: instrumentos para su garantía», *InDret*, N.º4, 2017, pág. 32.

⁵¹⁵ Artículo 1262 del Código Civil: «El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato. Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta En los

CCom⁵¹⁶ respecto de la oferta no nos sirven como elementos para dirimir esta cuestión concreta, ya que, debido a su generalidad⁵¹⁷, no parecen ser subsumibles enteramente en el supuesto que nos ocupa.

Si nos atenemos a las características propias del contrato de crédito inmobiliario como un supuesto de formación sucesiva que culmina y se perfecciona con la firma ante fedatario público, por voluntad de la ley, en este caso, pero también por voluntad de las partes, nos sitúa en un escenario que la doctrina considera extramuros de la oferta⁵¹⁸, ya que:

- El contrato no se perfecciona por el mero consentimiento del aceptante.

contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación».

⁵¹⁶ Artículo 54 del Código de Comercio: «Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta. En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación».

⁵¹⁷ En este sentido, señala LARA AGUADO, Á.: «La oferta y aceptación contractuales», en SÁNCHEZ LORENZO, S. (Coord.): *Derecho Contractual Comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, ob. cit., págs. 698 y 699, la generalidad del precepto, así como su inconcreción a la hora de enumerar los requisitos que pudieran configurar la oferta y el contraste con la incorporación de elementos de *soft law* a la Propuesta de Modernización del Código Civil regulando con mayor detalle y amplitud la oferta y aceptación contractuales.

⁵¹⁸ Cfr. Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, ob. cit., pág. 330, destaca que «No son ofertas las propuestas que se hagan con reservas o salvo confirmación», añade «Tampoco hay oferta si, según la voluntad de las partes, el contrato sólo quedará formado cuando ambas partes suscriban un documento público o privado», abundando en la disonancia de las características de la oferta con esta denominada «oferta vinculante» CARRASCO PERERA, Á.: *Derecho de contratos*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, págs. 195 y ss., que desglosa los requisitos para la certeza de la existencia de oferta, destacando que no será válida si se la parte oferente puede aprobar o rechazar la aceptación del destinatario de la misma, a lo que se ha de sumar la necesidad acerca de la existencia de todos los elementos precisos para que la perfección del contrato provenga de la simple aceptación sin necesidad de posteriores negociaciones. A su vez, destaca ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil II, Derecho de obligaciones*, ob. cit., págs. 381 y ss., que la oferta tiene un ánimo definitivo y que concluye la fase negociadora con vocación de obligarse si es aceptada e insiste en que únicamente existe oferta «cuando el contrato puede concluirse simplemente mediante la aceptación, sin necesidad de ulterior declaración del oferente». En el mismo sentido, LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Nociones de Derecho Civil Patrimonial e introducción al Derecho*, 6ª edición, Dykinson, Madrid, 2008, pág. 284. Donde refiere los elementos que componen la oferta como «precisa, completa y definitiva y revelar inequívocamente el propósito de vincularse contractualmente el autor de la misma», añade, una vez más, que la mera aceptación daría vida al contrato.

- No cuenta con todos los elementos necesarios que desembocarían en el perfeccionamiento del contrato.
- No es definitiva, ya que son necesarios actos posteriores para su validación.

A la vista de lo anterior, se puede concluir que la FEIN no es, por tanto, oferta en el sentido técnico-jurídico de la palabra puesto que adolece de las características más básicas de ésta. Tampoco parece ser vinculante, en mi opinión, porque, aunque venga denominada así en las disposiciones al efecto, su poder obligacional frente al prestamista es realmente escaso, ya que puede modificar o, simplemente, no firmar el contrato en caso de no estar de acuerdo con lo que la FEIN expresa.

2.5.2. *La Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE)*

En uso de la habilitación contenida en la Directiva 2014/17⁵¹⁹, se añade la denominada FiAE (Ficha de Advertencias Estandarizadas) cuya función es la de informar al prestatario acerca de «la existencia de las cláusulas o elementos relevantes. Debe incluir, al menos, una referencia, en su caso, a los índices oficiales de referencia utilizados para fijar el tipo de interés aplicable, a la existencia de límites mínimos en el tipo de interés aplicable como consecuencia de la variación a la baja de los índices o tipos de interés a los que aquel esté referenciado, a la posibilidad de que se produzca el vencimiento anticipado del préstamo como consecuencia del impago y los gastos derivados de ello, a la distribución de los gastos asociados a la concesión del préstamo y que se trata de un préstamo en moneda extranjera».

⁵¹⁹ Vid. DE VIVERO DE PORRAS, C.: «El principio de transparencia material», en LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M. (Coord.): *Comentarios a la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario*, ob. cit., pág. 212.

A la vista de la descripción de la FiAE en la LCCI se vuelve a evidenciar el descuido en la redacción de los preceptos. En el presente caso, se nos indica que la FiAE deberá informar (en clara referencia a la cláusula suelo) acerca de «la existencia de límites mínimos en el tipo de interés aplicable como consecuencia de la variación a la baja de los índices o tipos de interés a los que aquel esté referenciado», cuando es la propia LCCI la que prohíbe imperativamente la existencia de dichas cláusulas en su artículo 21.3. Descuido, que, por otra parte, se reitera en la modificación que realiza la Orden ECE/482/2019, de 26 de abril de la Orden EHA 2899/2011, por la que se crea un nuevo capítulo II bis en el título III, en la sección 2ª, al artículo 32 duodécies (Información adicional sobre cláusulas suelo y techo) y, finalmente, corrige esta situación en el texto modelo de la FiAE que se aporta en la modificación del anexo II que únicamente contiene una referencia a la cláusula techo.

En resumen, la función de la FiAE es la advertencia sobre el clausulado financiero y las consecuencias económicas del vencimiento anticipado, su contenido se regula en la mencionada Orden ECE/482/2019, de 26 de abril.

2.6. Consecuencias del incumplimiento de los deberes de información precontractual en los contratos de crédito inmobiliario

Se debe diferenciar entre las consecuencias recogidas en la teoría general del contrato, particularmente las atinentes a los vicios del consentimiento, y las consecuencias específicas que vienen recogidas en la LCCI. Es necesario tener en cuenta la separación entre los diferentes tipos de contratos⁵²⁰ y sus específicas características.

⁵²⁰ Vid. MORENO QUESADA, B.: «La protección del consentimiento contractual, hoy», en Llamas Pombo, E. (Coord.): *Estudios de derecho de obligaciones: Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, ob. cit., págs. 458 y 459. En este sentido GARCÍA VICENTE, J. R.: «La contratación con consumidores», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.): *Tratado de contratos*, ob. cit.,

Al otorgar el legislador un valor preeminente a las informaciones imperativas previas a la formalización del contrato, se desarrolla un camino reglado que ha de andarse forzosamente. Obviar cualquiera de los preceptivos pasos del proceso de formación impide la válida celebración del contrato que ni siquiera llegaría a nacer⁵²¹, conforme al artículo 15.5 de la LCCI. El notario no podría autorizar de la escritura de préstamo.

Uno de los problemas preexistentes en el ámbito europeo era, precisamente, la ausencia de consecuencias previstas en las Directivas para el supuesto de que el empresario obligado a facilitar ciertas informaciones incumpliese ese deber⁵²². Se remite al desarrollo normativo de los países miembros la posibilidad de imponer reproches jurídicos a este tipo de comportamientos.

pág. 1471, explica que no existe una solución legal uniforme ni una consecuencia única o equiparable a todos los contratos debido a la especificidad y especialidad de cada contrato en el cual vengan insertados deberes de información.

⁵²¹ CARRASCO PERERA, Á.: *Derecho de Contratos*, ob. cit., pág. 178, indica: «Por regla, tampoco afecta a la sustantividad civil de la oferta y la aceptación que el Derecho sectorial imponga imperativamente un determinado procedimiento de producción del concurso de voluntades. Se trata de una cuestión de interpretación de las normas el saber en qué ocasiones el procedimiento de contratación es preceptivo, de forma que el contrato no puede formarse, ni los consentimientos emitirse válidamente salvo que se produzcan en el seno y a lo largo de un procedimiento reglado.» También expresa el autor su parecer sobre la nulidad contractual por falta de provisión de una información obligada, aseverando en la pág. 724: «En rigor, la infracción de un deber de información no debería dar lugar a la nulidad del contrato por causa de contravención a norma imperativa. No se puede anular un contrato porque una de las partes no haya suministrado a la otra, o al mercado en general, determinadas informaciones que pueden ser de importancia para proteger la correcta formación de la voluntad contractual o para garantizar un equilibrio en el intercambio, y esta información venga exigida por la norma imperativa. Además de las sanciones administrativas que puedan ser procedentes, un incumplimiento de aquella suerte es sustancialmente un incumplimiento contractual de la parte deudora. Se podrá solicitar en su caso la nulidad del contrato por error o dolo, pero no por infracción de la norma que impone el deber de información. O se podrá resolver el contrato, si la provisión de información puede construirse – como ocurrirá la mayoría de las veces- como una obligación implícita heterointegrada en el contrato por medio del art. 1258CC».

⁵²² Vid. AA.VV.: «Hacia una revisión del *acquis* de consumo», en CÁMARA LAPUENTE, S. (Dir.): *La revisión de las normas europeas y nacionales 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*, ob. cit., pág. 94.

De esta manera, nos encontramos con la insuficiencia de una regulación sectorial que no prevé expresamente sanciones al margen de las administrativas y que, por ello, no produce un adecuado efecto desalentador para los operadores que incurran en este tipo de prácticas. Por ello, a la vista de la dispersión normativa y del extraordinario volumen de operaciones que podemos subsumir bajo la contratación bancaria, no solo considero prudente una sistematización más adecuada de los preceptos que vinculen a las partes intervinientes, sino que, entiendo que deberían articularse reglas de uso práctico que sean aplicables a los clientes bancarios⁵²³ (donde pueden incluirse los pequeños y medianos empresarios) y entidades financieras, a cobijo de una regulación más simplificada y unificada.

Llama la atención que la LCCI no refleja en su articulado que la inobservancia e incumplimiento de las obligaciones precontractuales de información puedan tener mayor consecuencia que las sanciones previstas en el artículo 47, al encontrarnos en un supuesto de infracciones que dibuja el abanico del artículo 46⁵²⁴ (muy graves, graves y leves).

⁵²³ A este respecto NIETO CAROL, U.: «Es necesaria una ley de Transparencia Bancaria», *El notario del siglo XXI*, N.º 75, 2017, págs. 34 y ss., critica la insuficiencia de la norma debido a su rango administrativo del que no se pueden derivar derechos y obligaciones que se puedan hacer efectivos. A su vez, entiende que debe ampliarse el paraguas de protección hacia el más amplio concepto de cliente bancario y, para ello, aboga por la creación de una Ley de Transparencia Bancaria.

⁵²⁴ Dice el artículo 46: «1. Son infracciones muy graves: a) La realización de actos u operaciones por parte de un prestamista, intermediario o su representante designado o una sucursal en España con incumplimiento de las obligaciones previstas en esta Ley y en su normativa de desarrollo, siempre que por el número de afectados, la reiteración de la conducta o los efectos sobre la confianza de la clientela y la estabilidad del sistema financiero tales incumplimientos puedan estimarse como especialmente relevantes, conforme al apartado x) del artículo 92 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito. b) La realización reiterada y con carácter profesional de actos o negocios señalados en los artículos 2 y 4.5) por parte de un prestamista o intermediario inmobiliario sin estar previamente registrado en la forma y con los requisitos exigidos por la presente Ley. c) El incumplimiento por parte de un prestamista o intermediario de crédito inmobiliario del deber de confidencialidad sobre los datos recibidos de la Central de Información de Riesgos, su uso para fines diferentes de los previstos en la normativa reguladora de la misma, o la solicitud de informes sobre personas titulares de riesgos fuera de los casos expresamente autorizados en la citada normativa. Todo ello salvo que, por el número de afectados o por la importancia de la información, tales incumplimientos puedan

Para conocer el órgano competente para la instrucción del procedimiento en caso de articularse este procedimiento sancionador, hemos de acudir al Capítulo IV del Título IV (artículos 107 a 118) de la LOSS que, a su vez nos remite a la extinta Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común tal y como refiere el artículo 48 LCCI.

Ante el callejón sin salida que se presenta, ha acudido al rescate la Disposición Final 12.2 de la LCCI⁵²⁵ que modifica el artículo 90 de la LOSSEC que señala que será el Banco de España el órgano competente para la instrucción y resolución de dichos expedientes sancionadores. Considero que hubiese sido prudente reflejar esta modificación que plantea la Disposición Final 12.2 acerca

estimarse poco relevantes. 2. Son infracciones graves: a) La realización de actos u operaciones por parte de un prestamista, intermediario o representante designado o una sucursal en España con incumplimiento de las obligaciones señaladas en esta Ley y en su normativa de desarrollo, si no se dan las circunstancias descritas en el anterior apartado 1.a), salvo que tales hechos tengan carácter ocasional o aislado. b) La no remisión por parte de un prestamista o intermediario de crédito inmobiliario al Banco de España de los datos o documentos que deban serle remitidos o que el mismo requiera en el ejercicio de sus funciones en aplicación de lo previsto en el Capítulo VI de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, o su remisión incompleta o inexacta. A los efectos de esta letra se entenderá, asimismo, como falta de remisión, la remisión extemporánea fuera del plazo previsto en la norma correspondiente o del plazo concedido por el órgano competente al efectuar, en su caso, el oportuno requerimiento. c) El incumplir el deber de confidencialidad sobre los datos recibidos de la Central de Información de Riesgos, su uso para fines diferentes de los previstos en la normativa reguladora de la misma, o la solicitud de informes sobre personas titulares de riesgos fuera de los casos expresamente autorizados en dicha Ley, siempre que ello no suponga una infracción muy grave de conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior. 3. Son infracciones leves el incumplimiento de cualquier precepto de esta Ley o sus normas de desarrollo que no constituya infracción grave o muy grave de las señaladas en los dos apartados anteriores, de conformidad con lo previsto en el artículo 94 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito».

⁵²⁵ Queda el artículo 90 LOSSEC redactado del siguiente modo: «Artículo 90. Competencia para la instrucción de expedientes. 1. Corresponde al Banco de España la competencia para la instrucción y resolución de los expedientes a que se refiere este Título, pudiendo imponer las sanciones en él descritas y las medidas administrativas que, en su caso, procedan. Cuando los intermediarios de crédito inmobiliario, sus representantes designados, tasadores y los prestamistas inmobiliarios tenga su ámbito de actuación en una sola Comunidad Autónoma o cuando los hechos sancionables tengan su causa en relaciones comerciales directas entre los prestatarios y las entidades inmobiliarias y financieras, las Comunidades Autónomas serán quienes determinen los órganos competentes para la instrucción de las sanciones derivadas de la aplicación de la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario».

del artículo 90 LOSSEC en el propio artículo 48 LCCI para evitar equívocos innecesarios.

No obstante, que la propia ley no tenga en cuenta mayor reproche que las sanciones expresadas, no implica que no pueda acudir a las consecuencias que prevé la normativa general⁵²⁶ como un supuesto de *culpa in contrahendo*, o, incluso, en atención al carácter de dichos incumplimientos, articular posteriormente una reclamación por la falta de la debida transparencia material. El acta notarial estaría viciada al otorgarse bajo la premisa de informaciones falsas, o, en cualquier caso, defectuosas o incompletas.

Por tanto, entiendo que es posible emplear los remedios administrativos y de Derecho Privado⁵²⁷ para corregir el incumplimiento de la normativa y proteger los intereses de la parte afectada.

⁵²⁶ Vid. CORDERO LOBATO, E.: «Obligaciones de información previa», en CARRASCO PERERA, Á. (Dir.): *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*, ob. cit., pág. 194.

⁵²⁷ Como recuerda VALPUESTA GASTAMINZA, E.: «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de septiembre de 2014 (4339/2014). Error en la contratación de bonos estructurados por parte de inversores no cualificados. Contratación de los bonos a través de seguros *unit linked*», en YZQUIERDO TOLSADA, M. (Coord.): *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, Vol. 6, BOE, Dykinson, Registradores de España, 2016, pág. 505, al comentar la STS 464/2010, de 10 de septiembre de 2014, indicando que el incumplimiento de los deberes de información previos tienen una vertiente administrativa -en la normativa sectorial- pero, sobre todo, un incumplimiento que reside en el principio de buena fe, necesario para la formación del consentimiento y, por tanto, implica la utilización del derecho contractual privado.

CONCLUSIONES

I. Los contratos de crédito inmobiliario son el instrumento más habitual en el acceso a la vivienda en nuestro país. Su importancia radica en el elevado volumen de operaciones y el importante capital asociado que engloban. Constituyen, en la mayoría de las ocasiones, la principal operación financiera de los consumidores a lo largo de su vida. La negociación de este tipo de contratos ha experimentado una gran evolución durante los últimos años debido al auge del derecho de consumo y la pretendida unificación del derecho europeo de contratos.

II. La jurisprudencia del TS y el TJUE pone de relieve que la decisión de contratar se adopta en la fase precontractual y de acuerdo con las condiciones que en dicho momento se presentan. Es por ello, que la información que se proporciona debe ser comprendida y aceptada por quien contrata. De esta manera, la fase precontractual debe realizarse con absoluta nitidez y plena transparencia.

La fase precontractual está compuesta de los diversos actos instrumentales que persiguen la perfección del contrato. La regulación del crédito inmobiliario dispone una fase amplia, con varios momentos con sustantividad propia que comienzan desde la publicidad y continúan hasta la entrega de la FEIN.

III. La información previa en la contratación inmobiliaria no es suficiente *per se*. Dicha información debe ser capaz de superar la asimetría característica de este tipo de contratos. Por tanto, la información debe ser clara, concreta y sencilla, es decir, transparente.

El principio de transparencia aparece como elemento transversal que informa el ordenamiento jurídico y deviene una exigencia en la contratación privada. La reciente crisis económica, junto con la dispersión normativa y la complejidad técnica del mercado hipotecario, han sacado a la luz un problema de seguridad jurídica por falta de transparencia en la etapa precontractual. La consecuencia inmediata a este problema ha sido una litigación sin precedentes en nuestro ordenamiento que no encuentra reflejo en ninguno de los sistemas de nuestro entorno.

IV. El legislador nacional y europeo identifica la información como remedio para la falta de transparencia que sucede en la fase precontractual. Para devolver la confianza perdida de los operadores del mercado inmobiliario se dicta la Directiva 2014/17/UE, cuya redacción pone el acento en la mencionada fase precontractual. Su transposición se lleva a cabo en nuestro ordenamiento a través de la LCCI. Esta nueva ley dispone el régimen de transparencia de los contratos de crédito inmobiliario con el afán de expulsar las cláusulas abusivas y, con ello, poner fin a la multitud de reclamaciones judiciales existentes.

V. La LCCI articula diferentes estadios en la información precontractual que van de una información más genérica (arts. 6 y 9 LCCI) a una información más personalizada (art. 10 LCCI). Sin embargo, durante la fase negocial, se suceden diversos momentos con trascendencia jurídica (la FIPRE en el art. 21 de la Orden EHA/2899/2011, la evaluación de solvencia de los arts. 11 y 12 LCCI o el asesoramiento y recomendación en papel del art. 19.4.e entre otros) que carecen de la adecuada sistematización. La LCCI rebaja la importancia de

la información genérica, de forma que será únicamente la información precontractual estricta (art. 14.1 LCCI) la que tenga en cuenta el notario a la hora de comprobar el cumplimiento de la transparencia material (art. 15.2 LCCI).

VI. El legislador español ha optado por una profunda intervención en el crédito inmobiliario que desnaturaliza el contrato por negociación. El ejemplo más evidente es la Disposición Adicional 15^a.1. d) LCCI, que habilita al Gobierno para desarrollar un modelo de contrato de préstamo de utilización voluntaria por las partes. No obstante, no se debe confundir la libertad de obligarse, que permanece intacta, con la autonomía de la voluntad para poder negociar los términos de la relación contractual. La imperatividad de los preceptos (*ex art. 3 LCCI*), unido a la existencia de condiciones generales de la contratación, estrechan la horquilla del art. 1255 CC.

Esta imperatividad crea situaciones incomprensibles. Véase, por ejemplo, la imposibilidad de pacto de los intereses de demora del art. 25 LCCI o la prohibición expresa de la cláusula suelo (art. 21.3 LCCI), a pesar de las múltiples resoluciones judiciales que validaban su existencia si era objeto de negociación previa.

VII. El impacto de la aprobación de la LCCI en nuestro mercado inmobiliario muestra un aumento de los préstamos a tipo fijo, así como una reducción de la demanda de financiación a entidades de crédito. Los informes trimestrales del BE y la estadística registral indican, a su vez, un aumento en el importe total de los préstamos.

A nivel judicial, los datos del CGPJ indican una clara reducción de las acciones individuales sobre condiciones generales incluidas en contratos de financiación con garantía inmobiliaria. Sin embargo, estos datos no muestran la influencia de la LCCI en esa reducción de la litigación.

VIII. La creación del novedoso control de transparencia como un *tertium genus* al margen de los tradicionales controles de incorporación y contenido ha generado no pocas dudas y críticas de la doctrina. A este respecto, se han propuesto figuras como el dolo incidental (1270 CC), el control de contenido frente a la abusividad contra pequeños y medianos empresarios (art. 307 BGB) o la vuelta al control de incorporación como soluciones más realistas y manejables en el acervo del Derecho de Contratos. La postura diletante del TS en sus resoluciones ha generado una indeseada inseguridad jurídica.

IX. El papel del notario adquiere una gran relevancia en el crédito inmobiliario. Esta figura debe cumplir el papel de acreditar el cumplimiento de la transparencia material (art. 15 LCCI) de acuerdo con la verificación del proyecto de contrato, la FEIN y la escritura de préstamo. Sin embargo, la DGSJFP ha dictado instrucciones que reducen el nivel de exigencia del control de legalidad notarial pues aquel únicamente debe realizar una labor compiladora que, a mi juicio, contraviene el art. 15.7 LCCI, así como los arts. 29 y 30 de la Orden EHA 2899/2011.

A todo ello hay que unir que el notario no interviene en la negociación del contrato de que se trate, no es un profesional versado en todos los aspectos que encierra el crédito inmobiliario. Además, en el momento temporal en que las partes acuden a la notaría, es muy difícil dar marcha atrás como ha reflejado en numerosas ocasiones la jurisprudencia del TS. Por tanto, su papel en esta fase del proceso es puramente ornamental.

X. El acta notarial del art. 15.2 LCCI supone una presunción de cumplimiento que únicamente beneficia al prestamista (art.15.6 LCCI). Esto parece poner de manifiesto una inversión de la carga de la prueba acerca de la acreditación de los deberes de información que atañen al prestamista y choca frontalmente con lo preceptuado por el art. 82.4.d) del TRLGDCU.

XI. El art. 14.1.a) LCCI indica que la FEIN tendrá consideración de oferta vinculante. Esta categoría entra en contradicción con los rasgos definitorios de la oferta. La FEIN ni produce la perfección del contrato por su mera aceptación, ni cuenta con todos los elementos necesarios para denominarla como tal, además, necesita actos posteriores para su validación. Por tanto, no es una oferta en el sentido jurídico del término.

A mayor abundamiento, el Anexo I, Parte A LCCI, declara el poder dispositivo del prestamista con respecto a la concesión del préstamo. Por ello, al carecer de un verdadero poder obligacional, la FEIN carece también de eficacia vinculante.

XII. Los deberes imperativos de información son una técnica fácil de implementar, pero ineficaz para los fines que pretende. La literatura jurídica arroja múltiples evidencias de los sesgos que condicionan la toma de decisiones del consumidor. El excesivo volumen de las informaciones que se encuentran en la LCCI produce un efecto de sobrecarga que impide una correcta asimilación por parte del consumidor. Por tanto, no garantizan que se alcance la «comprensibilidad real» necesaria para superar la asimetría entre las partes.

XIII. El texto de la LCCI no contempla sanciones más allá de las administrativas (art. 46 y ss. LCCI) en caso de incumplimiento de las obligaciones precontractuales de información. Esto se debe a la consideración de normas de disciplina y ordenación bancaria (art. 44.1 LCCI, que detalla su sujeción a la LOSSEC) de dichas obligaciones cuando las lleven a cabo los intermediarios de crédito, los representantes designados y los prestamistas -ya sean personas físicas o jurídicas-. No obstante, se puede emplear el derecho contractual privado para combatir las irregularidades que pudieran haberse producido.

XIV. En definitiva, tras los cambios legislativos de los últimos años, estamos ante un *giro lampedusiano* en la fase precontractual del crédito inmobiliario. Todo cambia para que todo siga igual. La praxis relativa a la formalización de los préstamos no ha modificado sustancialmente la intervención del prestatario ni se garantiza su mejor comprensión. La posición de prevalencia sigue ostentándola el prestamista y la posibilidad de negociación ha sido cercenada hasta el extremo por la persistencia de condiciones generales de la contratación y la regulación imperativa que detalla la LCCI.

CONCLUSION

I. Real estate credit contracts are the most common legal instrument of access to housing in our country (Spain). Its relevance lies both in the high volume of operations and the large associated capital they involve. In most cases, these are the main financial operations of consumers throughout their whole lives. The negotiation of such contracts has undergone a great evolution in recent years due to the rise of consumer law and the purported unification of European contract law.

II. The case-law of the Supreme Court and the ECJ highlights that the decision to contract is taken at the pre-contractual stage in accordance with the conditions presented at that time. That is why the information provided must be understood and accepted by the contracting party. In this way, the pre-contractual phase must be carried out with absolute clarity and transparency.

The pre-contractual phase consists of different instrumental acts that pursue the perfection of the contract. The regulation of real estate credit is a wide phase, with several moments which are, in fact, phases in themselves, from advertising to the delivery of the FEIN.

III. Prior information on real estate contracts is not sufficient *per se*. Such information should be able to overcome the typical asymmetry of such agreements. Thus, the information must be clear, concrete and simple, that is, transparent.

The principle of transparency appears as an underlying cross-cutting element of the legal system that becomes a requirement in private procurement. The recent economic crisis, along with the regulatory dispersion and technical complexity of the mortgage market, has brought to light a problem of legal certainty regarding the lack of transparency in the pre-contractual stage. As a consequence, an unprecedented litigation, without parallel in comparative terms, has been triggered in our legal order.

IV. The national (Spanish) and European legislatures identify information as a remedy for the lack of transparency at the pre-contractual stage. Directive 2014/17/EU, whose wording emphasizes the relevance of the above-mentioned phase, aims at restoring the lost trust in real estate market. Its transposition has taken place in our legal system through the LCCI. This new law provides for the transparency regime for real estate credit contracts with the quest to expel unfair terms and, in so doing, put an end to the multiple judicial claims.

V. LCCI identifies different stages in pre-contractual information ranging from more generic (arts. 6 and 9 LCCI) to more personalized information (art. 10 LCCI). However, during the negotiating phase, several moments of legal relevance take place (FIPRE in art. 21 of Order EHA/2899/2011, the solvency assessment of arts. 11 and 12 LCCI or the advice and recommendation duties of art. 19.4(e), among others) which lack adequate systematization. Diminishing the importance of generic information, LCCI makes that only strict pre-contractual information (art. 14.1 LCCI) should be taken into account by the notary when checking the material transparency (art. 15.2 LCCI).

VI. The Spanish legislature has opted for a deep intervention in real estate credit which distorts the contract by negotiation. The most obvious

example is the Additional Provision 15a.1. d) LCCI, which enables the Government to develop a voluntary loan contract model by the parties. Nonetheless, the freedom to contract, which remains intact, should not be confused with the freedom of choice to negotiate the terms of the contractual relationship. The mandatory nature of the provisions (ex art. 3 LCCI), along with the existence of general terms and conditions of business, narrow the possibilities of art.1255 CC.

These mandatory precepts create incomprehensible situations. See, for example, the impossibility to agree on the moratory interests of art. 25 LCCI or the express prohibition of the floor clause (art. 21.3 LCCI), despite the multiple judgments validating its existence if it was priorly negotiated.

VII. The impact of LCCI adoption on our real estate market shows an increase in fixed-rate loans, as well as a reduction in demand for financing to credit institutions. The European Bank quarterly reports and the statistic denote, likewise, an increase in the total amount of loans.

At judicial level, CGPJ data point out a clear reduction in individual actions on general terms and conditions included in real estate-guaranteed financing contracts. However, these data do not show the LCCI's influence on the litigation reduction.

VIII. The creation of the innovative transparency control as a *tertium genus* outside the traditional incorporation and content controls has raised a number of doubts and doctrinal critics. In this regard, incidental malice (1270 CC), content control to prevent abuses against small and medium-sized enterprises (art. 307 BGB) or the return to incorporation control have been proposed, all of them, as more realistic and manageable solutions in the field of contract law. The Supreme Court hesitant attitude in its resolutions has created unwanted legal uncertainty.

IX. The role of the notary gains traction in real estate credit. This figure must certify the compliance with material transparency criteria (art. 15 LCCI) in accordance with the verification of the draft contract, the FEIN and loan deed. However, DGSJFP has issued some instructions lowering the level of exigency attached to this control, since the notary must only carry out a compiler task which, in my view, violates art. 15.7 LCCI, as well as arts. 29 and 30 of order EHA 2899/2011.

In addition, the notary is neither involved in the negotiation of the contract nor he is a professional versed in all aspects of real estate credit. Moreover, at the time when the parties come to the notary, it is very difficult to reverse previous decisions as the case-law of the Supreme Law has shown on numerous occasions. Its role in this stage of the process is thus purely ornamental.

X. The notarized document of art. 15.2 LCCI implies a presumption of compliance which only benefits the lender (Art.15.6 LCCI). This seems to reverse the burden of proof on the accreditation of the information duties concerning the lender and runs counter provisions of art. 82.4(d) TRLGDCU.

XI. Art. 14.1(a) LCCI states that the FEIN shall be considered a binding offer. Nevertheless, this category contradicts the defining features of the offer. The FEIN neither produces the perfection of the contract by its mere acceptance, nor has all the necessary elements to be named as such. In addition, it needs subsequent acts for its validation. Therefore, it is not an offer in purely legal terms.

Further still, Annex I, Part A LCCI, declares the lender's dispose right concerning the granting of the loan. Lacking binding force, FEIN is also ineffective.

XII. Imperative duties of information are a technique of easy implementation but ineffective for the purposes intended. The legal literature provides multiple evidences of consumer decision-making biases. The excessive volume of information found in the LCCI has an overload effect that impedes proper assimilation by the consumer. Thus, these do not guarantee the achievement of 'real understandability', necessary to overcome the asymmetry between parties.

XIII. The text of the LCCI does not provide for sanctions beyond the administrative ones (art. 46 and ss. LCCI) in case of non-compliance with pre-contractual obligations of information. This is due to the consideration of such obligations as rules of discipline and bank management (art. 44.1 LCCI, which details their subjection to LOSSEC) when they are carried out by credit intermediaries, designated representatives and lenders - whether they are natural or legal persons. However, private contractual law may be used to combat irregularities that may arise.

XIV. In short, after the legislative changes in recent years, we are facing a *Lampedusian* shift in the pre-contractual phase of real estate credit. Everything changes so everything remains the same. The formalization of loans has neither substantially changed the borrowers intervention nor has it guaranteed a better understanding. The dominant position is still hold by the lender and the possibility of negotiation has been cut short to the fullest by the persistence of general terms and conditions of business and the mandatory provisions of the LCCI.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: «Hacia una revisión del *acquis* de consumo», en CÁMARA LAPUENTE, S. (Dir.): *La revisión de las normas europeas y nacionales 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*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2012, págs. 107 y ss.

ACOSTA MÉRIDA, M^a DEL P.: «Protección del consumidor en la fase precontractual», en YZQUIERDO TOSLADA, M. (Coord.): *Derecho del consumo*, Cálamo, Mataró (Cataluña), 2005, págs. 65-79.

AGUILAR RUÍZ, L.: *La protección legal del consumidor de crédito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

AGÜERO ORTÍZ, A.: «Comentario e interpretación de la nueva directiva en materia hipotecaria (Directiva 2014/17/UE). Una directiva para proteger a las entidades de crédito y a la propia Unión Europea», *Revista del Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, 15 de julio de 2014, págs. 1 y ss.

- «Cláusula suelo transparente porque el consumidor tuvo conocimiento de la misma: ¿Existe alguna diferencia entre el control de transparencia y la evaluación del consentimiento? Comentario a la STS de 9 de marzo de 2017 (JUR 2017\55055)», *Revista del Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, N.º 21, 2017, págs. 171 y ss.

- «Principales medidas introducidas por la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario», *Revista del Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, 8 de marzo de 2019, págs. 1 y ss.
- «Nuevamente dando esquinazo a la Directiva 93/13/CEE: Comisión de apertura y restitución de gastos. Comentario a las SSTs 44, 46, 47, 48 y 49/2019, de 23 de enero», *Revista del Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, 30 de enero de 2019, págs. 1-18.

ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, 12º Edición, Edisofer, Madrid, 2003.

- *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, 11º Edición, Edisofer, Madrid, 2004.

ALBIEZ DOHRMANN, K. J.: «Primerísimas observaciones al anteproyecto de ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario», *Revista Centro de Estudios de Derecho de Consumo (CESCO)*, N.º 20, 2016, págs. 42 y ss.

- «Las dos primeras instrucciones de la DGRN sobre la transparencia en los contratos de crédito inmobiliario», *Revista del Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, 22 de junio de 2019.
- «Problemas y contradicciones en la protección del prestatario no consumidor en la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario», *Revista de Estudios Jurídicos*, N.º 19, 2019, págs. 5-27.
- «Ámbito personal y material de los contratos de crédito inmobiliario», en ALBIEZ DOHRMANN, K. J., MORENO-TORRES HERRERA, M^a. L. (Coords.): *Los contratos de préstamo inmobiliario*, Wolters Kluwer, Madrid, 2020, págs. 69-183.
- «Una invitación a los Estados Miembros de la UE: Normas prudenciales a favor del consumidor en los préstamos para la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial (A propósito de la Directiva 2014/17/UE, de

4 de noviembre de 2014)», *Revista de Derecho Civil*, Vol. II, núm. 2 (abril-junio, 2015), págs. 1-30.

ALIYEV, F.: «Review of the consumer credit directive», *BEUC Position Paper*, 8 de abril de 2019, págs. 1 y ss.

ALFARO ÁGUILA REAL, J.: «La Sentencia del Tribunal Supremo sobre cláusulas abusivas de intereses moratorios», en el blog *Derecho Mercantil*, 2017, disponible en: <https://derechomercantilespana.blogspot.com/2015/05/la-sentencia-del-tribunal-supremo-sobre.html> (última consulta 31 de agosto de 2020).

ÁLVAREZ OLALLA, M. DE P.: «La obligación de evaluar la solvencia y su incumplimiento», en CUENA CASAS, M. (Dir.): *La prevención del sobreendeudamiento privado: Hacia un préstamo y consumo responsables*, Thomson Reuters, Navarra, 2017, págs. 725 y ss.

ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: «La inadmisibile regulación de los intereses de demora en el Proyecto de Ley de Crédito Inmobiliario», *Hay Derecho*, 30 de enero de 2018, disponible en: <https://hayderecho.com/2018/01/30/la-inadmisibile-regulacion-los-intereses-demora-proyecto-ley-credito-inmobiliario/> (última consulta el 31 de agosto de 2020)

- «La Ley de Crédito inmobiliario (al fin...). Principales novedades», *Hay Derecho*, 19 de marzo de 2019, disponible en: <https://hayderecho.expansion.com/2019/03/19/ley-credito-inmobiliario-principales-novedades/> (última consulta, 31 de agosto de 2020)
- «Publicidad genérica versus información personalizada en la lcci: Distinta finalidad y efectos», *Notarios y Registradores*, 10 de junio de 2019, disponible en <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/publicidad-generic-versus-informacion->

[personalizada-en-la-ley-de-contratos-de-credito-inmobiliario/](#) (última consulta, 31 de agosto de 2020).

- «Los gastos de la hipoteca tras la Sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020», publicado en el blog «Hay Derecho», 20 de julio de 2020, disponible en: <https://hayderecho.expansion.com/2020/07/20/los-gastos-de-la-hipoteca-tras-la-sentencia-del-tjue-de-16-de-julio-de-2020/> (última consulta, 31 de agosto 2020).

ÁLVAREZ VEGA, M^a. I.: *La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente*, Thomson Reuters Civitas, Cizur menor (Navarra), 2010.

ÁLVAREZ VEGA, M^a. I. et al.: *Crisis y familias hipotecadas. Impacto social y soluciones jurídicas en el Principado de Asturias*, Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo, Oviedo, 2005.

ALVES, P. URTASUN, A.: «Recent housing market development in Spain», *Economic Bulletin* 2/2019, 11 de abril 2019, Banco de España, págs.1 y ss.

ANDREWS, N.: *Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2^o edition, 2015.

ANDUJAR NAGORE, I., GIL DOLZ, J.: «El Plan Español de Educación Financiera: presente y futuro», en CUENA CASAS, M. (Dir.): *La prevención del sobreendeudamiento privado. Hacia un préstamo y consumo responsables*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, págs.853 y ss.

AMO GARCÍA, J. R.: «Tema 12. La burbuja inmobiliaria española, actuación de las entidades financieras ante el promotor y comprador de vivienda, alternativas a la financiación y comparativa europea», en LLEDÓ YAGÜE, F. (Dir.): *La protección del consumidor de inmuebles*, Dykinson, Madrid, 2013, págs. 385 y ss.

AÑOVEROS TRÍAS DE BES, X.: «Delimitación del concepto y naturaleza jurídica», en OLIVENCIA, M., FERNÁNDEZ-NOVOA, C., JIMÉNEZ DE PARGA, R. (Dirs.): *Tratado de Derecho Mercantil, las entidades de crédito y sus operaciones, las operaciones bancarias de activo*, Marcial Pons, Madrid, 2007, págs. 35 y ss.

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. (Dirs.), *Derecho de Contratos: Nuevos Escenarios y Nuevas Propuestas*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pág. 111 y ss.

ARCE JANÁRIZ, A.: «La transparencia de la ley», *Cuadernos Manuel Jiménez Abad*, N.º 5, 2013, págs. 59 y ss.

ARGELICH COMELLES, C.: «Remedios del consumidor ante la abusividad en los instrumentos no financieros», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 771, 2019, págs. 13 y ss.

ARROYO AMAYUELAS, E.: «La directiva 2014/17/UE sobre contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial», *InDret*, N.º 2, 2017, págs. 1-44.

ARMIJO PLIEGO, A.: «Variaciones en el tipo de interés. Vencimiento anticipado e intereses de demora», en LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M^a. (Coord.): *Comentarios a la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019, págs. 389 y ss.

ARTZ, M.: «La normativa alemana», en ALBIEZ DOHRMANN, K. J., MORENO-TORRES HERRERA, M^a. L. (Dirs.): *Los contratos de crédito inmobiliario*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, págs. 225 y ss.

ÁVILA ÁLVAREZ, P.: *Derecho Notarial*, Bosch, 7º edición, Barcelona, 1990.

AZNAR GINER, E.: *Las negociaciones o tratos preliminares al contrato, doctrina y jurisprudencia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.

BALESTRA, L.: «La normativa italiana», en ALBIEZ DOHRMANN, K. J., MORENO-TORRES HERRERA, M^a. L. (Dirs.): *Los contratos de crédito inmobiliario*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, págs. 245 y ss.

BLANCO, J. L.: «Respuesta europea a la naturaleza jurídica de la comisión de apertura en los préstamos hipotecarios: ¿Una enmienda al posicionamiento del Tribunal Supremo?», *Revista del Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, 31 de julio de 2020, págs. 1-10.

BLANCO SARALEGUI, J. M^a., BLÁZQUEZ MARTÍN, R.: «Jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo en materia de cláusulas abusivas en productos bancarios. Especial referencia a préstamos hipotecarios», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 773, 2019, págs. 1632-1650.

BALLESTEROS GARRIDO, J. A.: *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*, José M^a Bosch editor, Barcelona, 1999.

BALLUGERA GÓMEZ, C.: *Las pólizas bancarias*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2001.

- «Tratamiento registral de las cláusulas abusivas de las hipotecas», en AA.VV.: *El contrato bancario, tiempos revueltos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, págs. 259 y ss.
- «Transparencia registral. Obligatoriedad de la inscripción en el registro de condiciones generales de la contratación», en Castillo Martínez, C. (Coord.): *La nueva regulación de los contratos de crédito inmobiliario*,

en Castillo Martínez, C. (Coord.): *La nueva regulación de los contratos de crédito inmobiliario*, Wolters Kluwer, Madrid, 2020, págs. 95-145.

BAR-GILL, O.: «Contrato de préstamo hipotecario: Derecho, Economía y Psicología», en GANUZA, J. J., GÓMEZ POMAR, F. (Coords.): *Presente y futuro del mercado hipotecario español: un análisis económico y jurídico*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, págs. 129 y ss.

BASOZABAL ARRUE, X.: «En torno a las obligaciones precontractuales de información», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 62, n.º 2, 2009, págs. 647 y ss.

BELANDO GARÍN, B.: «La protección pública del consumidor de servicios financieros (banca, bolsa y seguros)», en BATALLER GRAU, J., VEIGA COPO, A. (Dirs.): *La protección al cliente en el mercado asegurador*, Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2014, págs. 269 y ss.

BEN-SHAHAR, O. SCHNEIDER, C.: «Regulatory Techniques in consumer protection. A critique of european consumer contract law», *Common Market Law Review*, Vol. 50, 2013, págs. 109 y ss.

- «The Failure of Mandated Disclosure», *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 159, 2011, págs. 647 y ss.
- «Los deberes legales de información en las hipotecas: esperanzas frustradas», en GANUZA, J. J., GÓMEZ POMAR, F. (Coords.): *Presente y futuro del mercado hipotecario español: un análisis económico y jurídico*, Cizur Menor (Navarra), 2018, págs. 149 y ss.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: *Apuntes de Derecho Mercantil*, 15ª Edición, Aranzadi, Cizur menor (Navarra), 2014.

BETTI, E.: *Teoría General del Negocio Jurídico*, Comares, Granada, 2000.

BONNEAU, T.: *Droit Bancaire*, LGDJ Lextenso éditions, 11^o Édition, Issy-les-Moulineaux, 2015.

BORRELL, J.: «Carácter rogado de la función: El previo requerimiento, concurso de requerimientos. Deber de prestación en la función: excusas. Deberes de imparcialidad y asesoramiento: El artículo 147 del Reglamento Notarial. Examen de antecedentes y expedientes. Control de legalidad» en BORRELL, J. (Coord.): *Derecho Notarial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 55 y ss.

BOUYON, S. MUSMECI, R.: «Las dos dimensiones del sobreendeudamiento: protección del consumidor y estabilidad financiera en la Unión Europea», en CUENA CASAS, M. (Dir.): *La prevención del sobreendeudamiento privado. Hacia un préstamo y consumo responsables*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, págs. 99 y ss.

BRANDEIS, L.: *Other people's money and how the bankers use it*, Frederick A. Strokes Company, New York, 1914.

BURROWS, A.: *English Private Law*, Oxford University Press, Oxford, 3^o Edition, 2013.

BUSSANI, M.: *Libertà contrattuale e diritto europeo*, Utet Librería, Torino, 2005.

CABANAS TREJO, R.: «Anotaciones de un notario perplejo al Anteproyecto de Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario», <https://boletinjuridico.wordpress.com/2017/09/22/ anotaciones-de-un-notario-perplejo-al-anteproyecto-de-ley-reguladora-de-los-contratos-de-credito-inmobiliario-articulo-publicado-en-el-diario-la-ley-no-9047-seccion-doctrina-22-de-septiembre-de-20/> (última consulta 31 de agosto de 2020)

- *Aspectos contractuales y procesales de la nueva ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario*, Aferre Editor, Barcelona, 2019.
- «Algunos problemas de ejecución de la hipoteca en la nueva Ley reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario», *El Notario del siglo XXI*, marzo-abril 2020, N.º 90, págs. 58 y ss.

CALVO GONZÁLEZ-VALLINAS.: *Las cláusulas de la hipoteca*, Fundación Beneficentia et peritia iuris, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006.

CAMACHO PEREIRA, C.: *La protección del consumidor frente al mensaje publicitario. Integración de la publicidad en el contrato*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012.

CÁMARA LAPUENTE, S.: «Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas (un resumen crítico)», *El notario del siglo XXI*, N.º 61, 2015, págs. 142 y ss.

- «El control de transparencia de las cláusulas suelo como causa única y directa de su carácter abusivo (crítica y reconducción hacia el control de incorporación): Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014 (3903/2014)», en YZQUIERDO TOLSADA, M. (Coord.): *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, Vol. 6, 2016, págs. 201-222.
- «Las (seis) SS.T.S posteriores al S.T.J.U.E 21 de diciembre 2016. El control de transparencia sigue en construcción, muta y mutará aún más: Hacia la transparencia subjetiva. (comentario a las SS.T.S. de 24 de febrero 2017, 9 marzo 2017, 20 abril 2017 y 25 mayo 2017)», *Boletín del Colegio de Registradores de España*, N.º 42, 2017, págs. 1770 y ss.

- «Doce tesis sobre la STJUE de 21 de diciembre 2016: Su impacto en la jurisprudencia del TJUE y del TS, no solo sobre la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo», *Indret*, N.º 1, 2017, págs. 1-32.
- «Transparencia “material” y función notarial en la Ley 5/2019 ¿Control, carga o trampa?», *El Notario del siglo XXI*, N.º84, 2019, págs. 18 y ss.

CAÑIZARES LASO, A.: «Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo», *Revista de Derecho Civil*, Vol. II, N.º 3 (julio-septiembre, 2015), págs. 67 y ss.

CARRASCO PERERA, A.: «Artículo 7», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2001, págs. 1809-1846.

- *Derecho de contratos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010.
- «Desarrollos futuros del derecho de consumo en España, en el horizonte de la transposición de la Directiva de Derechos de los Consumidores», en CÁMARA LAPUENTE, S. (Dir.): *La revisión de las normas europeas y nacionales 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*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, págs. 311 y ss.
- «El espurio control de transparencia sobre condiciones generales de la contratación», *Revista del Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, N.º 7, 2013, págs. 164 y ss.
- «La doctrina casacional sobre la transparencia de las cláusulas suelo conculca la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva», *Revista del Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, N.º7, 2013, págs. 126 y ss.

- «Examen y crítica del Anteproyecto de Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario», *Análisis GA&P*, abril 2017, págs. 1 y ss.
- «La entrega de la FEIN por la entidad prestamista tendrá la consideración de oferta vinculante del préstamo hipotecario ¿Qué significa esto?», *Revista del Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, 30 de abril de 2018, págs. 1 y ss.
- «Introducción a la “Nueva ley hipotecaria”», *Revista del Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, el 15 marzo de 2019, págs. 1 y ss.
- «Actores e incentivos en el juego de la transparencia hipotecaria de la ley 5/2019», *Revista del Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, 29 de marzo de 2019, págs. 1 y ss.
- «El Notario siempre llama tres veces (como poco)», *Revista del Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, 23 de mayo de 2019, págs. 1 y ss.
- «Funciones notariales en la comprobación de la transparencia y en la titulación del contrato», en CARRASCO PERERA, Á. (Dir.): *Comentario a la Ley de Crédito Inmobiliario*, Thomson Reuters, Aranzadi, Madrid, 2019, págs. 315 y ss.

CARRASCO PERERA, Á., AGÜERO ORTÍZ, A.: «Transparencia de la cláusula suelo por constar que el demandante manejó varias ofertas de distintas entidades. STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia núm. 9/2020 de 8 de enero (JUR/2020/14139)», *Revista del Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, 15 de febrero de 2020, págs. 1 y ss.

CASTAÑOS CASTRO, P.: «La información precontractual. La publicidad. La información general y la información personalizada», en ALBIEZ DOHRMANN, K. J., MORENO-TORRES HERRERA, M^a. L. (Coords.): *Los contratos de préstamo inmobiliario*, Wolters Kluwer, Madrid, 2020, págs. 187-219.

CARTWRIGHT, J.: «Una introducción al Derecho de Contratos Inglés», en HORNERO MÉNDEZ, C., ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., OLIVA BLÁZQUEZ, F. (Dirs.): *Derecho de Contratos: Nuevos Escenarios y Nuevas Propuestas*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016, págs. 29 y ss.

CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo III, *Derecho de las Obligaciones, La Obligación y el contrato en general*, 16ª Edición, Reus, Madrid.

CELENTANI, M. GANUZA, J. J., GÓMEZ POMAR, F.: «El régimen legal del crédito hipotecario en España: un análisis económico», en GANUZA, J. J., GÓMEZ POMAR, F. (Coords.): *Presente y futuro del mercado hipotecario español: un análisis económico y jurídico*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, págs. 35 y ss.

CERVERA TAULET, A.: «La responsabilidad administrativa, civil y penal del notario. Su respectivo alcance» en BORRELL, J. (Coord.): *Derecho Notarial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 1041 y ss.

COLLADO RODRÍGUEZ, N.: *La obligación del prestamista de evaluar la solvencia del consumidor de crédito*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019.

CORDERO LOBATO, E.: «La LCCI en el contexto normativo y judicial de la transparencia y protección hipotecaria», en CARRASCO PERERA, Á. (Dir.): *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, págs. 41 y ss.

– «Obligaciones de información previa», en CARRASCO PERERA, Á. (Dir.): *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, págs. 175 y ss.

CORTÉS, L. J.: «Contratos bancarios (I)», en URÍA, R., MENÉNDEZ, A. (Dirs.): *Curso de Derecho Mercantil II*, 2º Edición, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007, págs. 517-554.

CUADRADO PÉREZ, C.: «Nuevas perspectivas de la responsabilidad contractual», en PEREÑA VICENTE, P., DELGADO MARTÍN, P. (Coords.): *Nuevas orientaciones del Derecho Civil en Europa*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2015, págs. 371 y ss.

CUENA CASAS, M.: «Intercambio de información positiva de solvencia y funcionamiento del mercado de crédito», *InDret*, N.º 3, 2017, págs. 1 y ss.

- «Informe de la ponencia sobre el Proyecto de ley de crédito inmobiliario. La banca gana... y todos los partidos se dejan», *Hay Derecho*, 17 de diciembre de 2018, disponible en el siguiente enlace: <https://hayderecho.expansion.com/2018/12/17/informe-de-la-ponencia-sobre-el-proyecto-de-ley-de-credito-inmobiliario-la-banca-gana-y-todos-los-partidos-se-dejan/> (última consulta, 31 de agosto de 2020).
- «Crédito y datos positivos de solvencia patrimonial. Avances en la Ley de crédito inmobiliario», *Hay Derecho*, 26 de noviembre de 2019, disponible en este enlace: <https://hayderecho.expansion.com/2019/11/26/credito-y-datos-positivos-de-solvencia-patrimonial-avances-en-la-ley-de-credito-inmobiliario/> (última consulta, 31 de agosto de 2020).
- «Préstamo responsable y datos de solvencia patrimonial en la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario», *Actualidad Civil*, N.º 9, septiembre 2019, págs. 1 y ss.
- «La evaluación de la solvencia en la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario», en MURGA FERNÁNDEZ, J. P., HORNERO MÉNDEZ, C. (Coords.): *Estudios sobre la ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario*, Reus, Madrid, 2020, págs. 81-143.

- «Fintech y crédito responsable: Big Data y credit scoring», en ZUNZUNEGUI, F. (Dir.): *Regulación Financiera y Fintech*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, págs. 89-124.

DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El Negocio Jurídico. Tratado Práctico y Crítico de Derecho Civil*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1971.

- «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», *Anuario de derecho civil*, Vol. 35, N.º 4, 1982, págs. 987-1086.
- *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1991.

DE COSSIO Y CORRAL, A., DE COSSIO Y MARTÍNEZ, M., LEÓN ALONSO, J. R.: *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo I, Parte General, Obligaciones y Contratos, Civitas, Madrid, 1988.

DE LA MAZA GAZMURI, I.: *Los límites del deber precontractual de información*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2010.

DE LOS MOZOS, J. L.: *Estudios sobre Derecho de contratos, integración europea y codificación*, Fundación Beneficentia et peritia Iuris, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005.

DE VIVERO DE PORRAS, C.: «El principio de transparencia material», en LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M. (Coord.): *Comentarios a la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019, págs. 201 y ss.

DEL REY BARBA, S.: *La calificación registral de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2019.

DEL SAZ DOMÍNGUEZ, L.: «Por segunda vez, una cláusula suelo es transparente para el Tribunal supremo. STS (Sala primera) núm. 673/2018, 29

de noviembre de 2018», *Revista del Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, 6 de mayo de 2019, págs. 1 y ss.

DÍAZ ALABART, S.: «Contratación de créditos hipotecarios y protección del consumidor (Directiva 2014/17, de 4 de febrero)», en PEREÑA VICENTE, M., DELGADO MARTÍN, P. (Dir.): *Nuevas orientaciones del Derecho Civil en Europa*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, págs. 281 y ss.

DÍAZ FRAILE, J. M^a.: «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 (5618/2015)», en YZQUIERDO TOLSADA, M. (Dir.): *Comentarios a las Sentencias de Unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*, vol. 7, BOE, Dykinson, Registradores de España, Madrid, 2015, págs. 317 y ss.

- «Presente y futuro de la hipoteca como instrumento de fomento del crédito en el contexto del derecho comunitario. (Un proceso de reformas inacabado)», *Anuario de derecho civil*, Vol. 69, N.º 2, 2016, págs. 501 y ss.
- «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 2017 (123/2017). Adaptación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a la de la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación a la limitación temporal de los efectos restitutorios derivados de la nulidad de las cláusulas suelo no transparentes/abusivas», en YZQUIERDO TOLSADA, M. (Dir.): *Comentarios a las Sentencias de Unificación de doctrina: civil y mercantil*, vol. 9, BOE, Dykinson, Registradores de España, Madrid, 2017, págs. 87 y ss.
- «Intereses de demora en los préstamos hipotecarios. La jurisprudencia del Tribunal Supremo y su compatibilidad con el Derecho comunitario». *Revista de Derecho Civil*, Vol. 5, N.º 2 (abril-junio), 2018, págs. 318 y 319.
- «Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 26 de marzo de 2019, sobre la abusividad de determinadas

cláusulas de vencimiento anticipado de préstamos hipotecarios (De Modestino a Bauman, o del “Derecho sólido” al “Derecho líquido”)), *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 11, N.º2, 2019, págs. 520 y ss.

DÍAZ RUÍZ, E.: «Crédito bancario responsable», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, homenaje al profesor D. Juan Luís Iglesias Prada, N.º extra 1, 2011, págs. 224 y ss.

DIEZ PICAZO, L.: *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, 1ª Edición, Civitas, Madrid, 2002.

- *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, Volumen Primero, Introducción a la Teoría del Contrato*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007.
- *Ensayos Jurídicos (1953-2011). Tomo II. Derecho de obligaciones y contratos. Derecho de daños. Enriquecimiento injustificado*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011.

DIEZ PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.: *Instituciones de Derecho Civil. Volumen I/2. Doctrina general del contrato y de las obligaciones. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, 2º edición, Tecnos, Madrid, 1998.

DOMÍNGUEZ RUÍZ, L.: «Medidas de protección del deudor hipotecario: la limitación de los intereses de demora», en ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., MURGA FERNÁNDEZ, J. P. (Dirs.): *Vivienda, préstamo y ejecución*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, págs. 629 y ss.

DOMONT-NAERT, F.: «Le role de la déontologie et la protection des consommateurs dans le secteur bancaire et financier», en AA.VV.: *La Déontologie bancaire et financière-The ethical Standarts in Banking and Finance*, Éditions Bruylant, Bruxelles, 1998, págs. 186-192.

DORAL GARCÍA, J. A.: *El contrato como fuente de obligaciones*, Eunate, Pamplona, 1993.

DURÁN RIVACOBIA, R.: «Valor jurídico de las condiciones generales en la contratación», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 706, 2008, págs. 655-724.

DURANY PICH, S.: «Artículos 5 y 7», en ALFARO ÁGUILA REAL, J. (Coord.): *Comentarios a la ley sobre condiciones generales de la contratación*, 1ª edición, Civitas, Madrid, 2002, págs. 274 y ss.

EGUSQUIZA BALMASEDA, Mª. A.: «Unificación contractual y convergencia normativa en las operaciones de activo y pasivo», en EGUSQUIZA BALMASEDA, Mª. A., LARA GONZÁLEZ, R. (Coords.): *Operaciones bancarias de activo y pasivo en el contexto de crisis económica: Hacia la unificación de la contratación privada*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, págs. 19 y ss.

ESTRADA ALONSO, E., FERNÁNDEZ CHACÓN, I.: «El futuro de la ejecución hipotecaria española tras la sentencia del Tribunal de justicia de la Unión Europea, de 14 de marzo de 2013 (Mohamed Aziz c. Catalunyaacaixa)», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 737, 2013, págs. 1415 y ss.

FENOY PICÓN, N.: «El control de transparencia (material) en la cláusula suelo. Su análisis a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo, de la doctrina científica, y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Anuario de derecho civil*, 2018, vol. 71, N.º 3, págs. 855 y ss.

FERRANDO VILLALBA, Mª DE L.: *La información de las entidades de crédito. Estudio especial de los informes comerciales bancarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

– «Los ficheros de solvencia negativos», en CUENA CASAS, M. (Dir.): *La prevención del Sobreendeudamiento Privado. Hacia un Préstamo y Consumo responsables*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, págs. 253 y ss.

FERNÁNDEZ PÉREZ, N.: «Contratos de préstamo y garantía», en GALLEGO SÁNCHEZ, E. (Dir.): *Contratación mercantil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 771-784.

FERNÁNDEZ, T. R.: «Artículo 48», en FERNÁNDEZ, T. R. (Dir.): *Comentarios a la ley de disciplina e intervención de las entidades de crédito*, Fundación Fondo para la Investigación Económica y Social Obra Social de la Confederación Española de Cajas de Ahorros, 2^o edición, Madrid, 1991, págs. 161-164.

FLORES DOÑA, M^a de la S.: «Principios orientadores del contrato de crédito hipotecario en el mercado europeo», en FLORES DOÑA, M^a. DE LA S., RAGA GIL, J. T. (Dirs.): *El préstamo hipotecario y el mercado del crédito en la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2016, págs. 83 y ss.

FORTEA GORBE, J. L.: *La protección del deudor hipotecario frente a las cláusulas abusivas*. Wolters Kluwer, Madrid, 2017.

FOS DE LA RUBIA, F. T.: «Las instrucciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 13 de junio, 14 de junio y 20 de diciembre de 2019», en CASTILLO MARTÍNEZ, C. (Coord.): *La nueva regulación de los contratos de crédito inmobiliario*, Wolters Kluwer, Madrid, 2020, págs. 584-614.

FUENTESECA, C.: *El dolo recíproco*. Dykinson, Madrid, 2002.

– «La información al consumidor previa a la celebración del contrato de crédito», en DÍAZ ALABART, S. (Dir.): *La protección al consumidor en los*

créditos hipotecarios (directiva 2014/17/UE), Reus, Madrid, 2015, págs..
127 y ss.

GALLEGO SÁNCHEZ, E.: *Contratación Mercantil, volumen II, contratación bancaria*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.

GARCÍA AMIGO, M.: *Condiciones generales de los contratos. (Civiles y Mercantiles)*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969.

GARCÍA CANTERO, G.: *Estudios sobre el Proyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía*, Reus, Madrid, 2010.

GARCÍA RODRÍGUEZ, J. M^a.: *El sobreendeudamiento de las personas físicas en el nuevo marco de contratación del crédito inmobiliario*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019.

GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L.: *Derecho Mercantil de obligaciones, parte general*, Marcial Pons, Madrid, 2003.

GARCÍA RUBIO, M^a P.: *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Tecnos, 1991, Madrid.

GARCÍA RUBIO, M^a P., OTERO CRESPO, M.: «La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo», *InDret*, N.º 2, 2010, págs. 1-62.

GARCÍA VALDECASAS, G.: *Parte general del Derecho Civil Español*, Civitas, Madrid, 1983.

GARCÍA VICENTE, J. R.: «Artículo 60. Información previa al contrato», 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, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, págs. 765-780.

- «La contratación con consumidores», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (Dir.): *Tratado de contratos*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 1629 y ss.
- «Comentario al artículo 61. Integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.): *Comentario del texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, págs. 780-794.

GARRIGUES, J.: *Contratos Bancarios*, JG, Madrid, 1958.

- *Contratos bancarios*, 2ª ed, Madrid, 1975.

GIL-BERNET ESTEVE, L.: *La comercialización a distancia de servicios financieros: especial énfasis en la protección del consumidor y su control regulatorio*, Atelier, Barcelona, 2016.

GIMÉNEZ VILLANUEVA, T.: «Normas de transparencia en la contratación bancaria», en NIETO CAROL, U. (Dir.): *Crédito al consumo y transparencia bancaria*, Consejo General del Poder Judicial, Civitas, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Madrid, 1998, págs. 651 y ss.

GÓMEZ GÁLLIGO, J.: «Limitación de los intereses de demora», en MURGA FERNÁNDEZ, J. P., HORNERO MÉNDEZ, C. (Coords.): *Estudios sobre la ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario*, Reus, Madrid, 2020, págs. 203-242.

- «Control notarial y registral de la legalidad de los préstamos hipotecarios», en ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., MURGA FERNÁNDEZ, J. P. (Dirs.):

Vivienda, préstamo y ejecución, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, págs. 689 y ss.

GÓMEZ POMAR, F.: «La reforma hipotecaria: tres ideas para entrar legislativamente en el siglo XXI», *InDret*, N.º 4, 2017, págs. 1 y ss.

– «¿Qué hacemos con los créditos hipotecarios impagados y vencidos? El Tribunal Supremo ante la sentencia Abanca del TJUE», *InDret*, N.º 2, 2019, págs. 5 y ss.

GÓMEZ POMAR, F., ARTIGOT GOLOBARDES, M.: «Costes, precios y excedente contractual en el control de la contratación de consumo, especialmente la hipotecaria», *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 73, N.º 1, 2020, págs. 7-100.

GÓMEZ POMAR, F., GANUZA, J. J., ARTIGOT, M.: «Y todos estos pleitos, ¿Para qué?», *InDret*, N.º 4, 2018, págs. 1 y ss.

GÓMEZ POMAR, F., GAROUPA, N., SÁEZ LACAVE, M^a. I.: «Justicia y crisis económica», *InDret* N.º 1, 2009, págs. 1 y ss.

GONZÁLEZ SÁNCHEZ, S.: «Mercado del crédito inmobiliario», en ALBIEZ DOHRMANN, K. J., MORENO-TORRES HERRERA, M^a. L. (Dirs.): *Los contratos de crédito inmobiliario*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, págs. 55 y ss.

GONZALO LASHERAS, J. M.: «Directiva 2014/17/UE, 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 y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n.º 1093/2010», en LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M^a. (Coord.): *Comentarios a la Ley reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019, págs. 55 y ss.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M^a.: «Los deberes de información precontractual en los contratos de préstamo», en CUENA CASAS, M. (Dir.): *La prevención del sobreendeudamiento privado. Hacia un préstamo y consumo responsables*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pág. 523 y ss.

GOODE, R. M.: *The Consumer Credit Act, A Student's Guide*, Butterworth & Co Ltd, Londres, 1979.

GRACIANO REGALADO, J. C.: «La Central de Información de Riesgos de Banco de España (CIRBE): régimen jurídico, funcionamiento y acceso a la información», en CUENA CASAS, M. (Dir.): *La prevención del Sobreendeudamiento Privado. Hacia un Préstamo y Consumo Responsables*, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2017, págs. 417 y ss.

GUILLÉN CATALÁN, R.: *El régimen jurídico de la oferta contractual dirigida a consumidores*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2010.

GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: «El proyecto de ley de crédito inmobiliario: ¿Acaso nos hemos vuelto locos?», en el blog *Almacén de Derecho*, 19 de diciembre de 2018, disponible en: <https://almacenederecho.org/el-proyecto-de-ley-de-credito-inmobiliario-acaso-nos-hemos-vuelto-locos> (última consulta, 31 de agosto de 2020).

GUILLÉN FERRER, M. J.: *El secreto bancario y sus límites legales (límites de derecho público)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

GUTIÉRREZ ALONSO, J. J.: «De transparencia y opacidad en el sector financiero», *Revista Española de Derecho Administrativo*, N.º 165, julio-septiembre 2014, págs. 455 y ss.

HERBERT. A. SIMON.: «Designing organizations for an information-rich world», en GREENBERGER, M. (Ed.), *Computers, Communications, and the Public Interest*, Johns Hopkins Press, 1971, págs. 37-52.

HERNÁNDEZ SAINZ, E: «El plazo de reflexión en la contratación de préstamos hipotecarios: instrumentos para su garantía», *InDret*, N.º4, 2017, págs.2 y ss.

HESSELINK, M.: *Precontractual Liability in European Private law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.

- «The Values Underlying the Draft Common Frame of Reference: What Role for Fairness and “Social Justice”», *Study for the European Parliament*, PE 408 312 IP/A/IMCO/ST/2008-11, 2008, disponible en: https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL-JOIN_ET%282008%29408312 (última consulta, 31 de agosto de 2020)

HOWELLS, G., WEATHERILL, S.: *Consumer protection law*, Dartmouth Publishing Company Limited, Aldershot (Inglaterra), 1995.

HUALDE MANSO, T.: *Del consumidor informado al consumidor real. El futuro del Derecho de Consumo europeo*, Dykinson, Madrid, 2016.

- «El consumidor ignora el contenido de su contrato. La falta de lectura en los contratos de adhesión», *InDret*, N.º.4, 2019, págs. 1-58.

HUERTA VIESCA, M^a. I., RODRÍGUEZ RUÍZ DE VILLA, D.: «La especial protección de las hipotecas subsumidas en la Ley del Mercado Hipotecario frente a la quiebra del hipotecante (Comentario a la STS, 1^a, de 12 de diciembre de 1995)», *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 49, N.º1, 1996, págs. 411 y ss.

LACRUZ BERDEJO, J. L. et al.: *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones. Volumen primero. Parte General. Teoría General del Contrato*, 4ª edición, Dykinson, Madrid, 2007.

– *Nociones de Derecho Civil Patrimonial e introducción al Derecho*, 6º edición, Dykinson, Madrid, 2008.

LARA AGUADO, Á.: «La responsabilidad precontractual en Derecho Comparado», en SÁNCHEZ LORENZO, S. (Ed.): *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, 3º edición, tomo I, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2016, págs. 627 y ss.

– «La oferta y aceptación contractuales», en SÁNCHEZ LORENZO, S. (Coord.): *Derecho Contractual Comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2016, págs. 681 y ss.

LASARTE ÁLVAREZ, C.: «La protección del consumidor como principio general del Derecho», en GONZÁLEZ PORRAS, J. M., MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P. (Coords.): *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García. Tomo II*, Colegio de Registradores de la propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, págs. 2619 y ss.

LEGERÉN-MOLINA, A.: «Los contratos inteligentes en España», *Revista de Derecho Civil*, Vol. V, N.º 2, 2018, págs. 210 y ss.

LEGRAND, V.: «La normativa francesa», en ALBIEZ DOHRMANN, K. J., MORENO-TORRES HERRERA, Mª. L. (Dirs.): *Los Contratos de crédito inmobiliario*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, págs. 231 y ss.

LÓPEZ FERNÁNDEZ, J.: «Ejecución hipotecaria y préstamo responsable», *Revista jurídica de la Región de Murcia*, N.º. 46, 2013, págs. 1-7.

LÓPEZ FRÍAS, M. J.: «Algunas ideas sobre la necesidad de la educación financiera a tres bandas: consumidores, entidades financieras y poderes públicos», en ALBIEZ DOHRMANN, K. J., MORENO-TORRES HERRERA, M^a. L. (Dir.): *Los contratos de crédito inmobiliario*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, págs. 173 y ss.

LÓPEZ, S.: «Efectos adversos de la Ley 5/2019 reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario para prestatarios, promotores de vivienda y entidades financieras», *Newsletter Fieldfisher Jausas*, 22 de marzo 2019, págs. 1 y ss.

LÓPEZ VOZMEDIANO, M. A.: «Incidencias de la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario en la práctica de los juzgados especializados», *El Notario del siglo XXI*, N.º 84, marzo-abril, 2019, págs. 14 y ss.

LLOBET I AGUADO, J.: *El deber de información en la formación de los contratos*, Marcial Pons, Barcelona, 1996.

LUQUIN BARGARECHE, R.: *El Crédito al Consumo en el Contexto de Crisis: Impacto Normativo y Tutela del Consumidor*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.

LYCZKOWSKA, K.: *Garantías financieras. Análisis del Capítulo II del título I del Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2013.

MADRID PARRA, A.: «Respuestas jurídicas a la crisis financiera de 2008», *Cuadernos de derecho y comercio*, N.º 57, 2012, págs. 13 y ss.

MARÍN LÓPEZ, M.: «La formación del contrato con consumidores», en PARRA LUCÁN, M. A. (Dir.): *Negociación y perfección de los contratos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, págs. 789 y ss.

- «El control de transparencia material», en CARRASCO PERERA, Á. (Dir.): *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, págs. 257 y ss.
- «Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (BOE n.º 65, de 16-III-2019)», *Ars Iuris Salmanticensis: AIS: revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, Vol. 7, N.º 2, 2019, págs. 260 y ss.
- «La obligación del prestamista de evaluar la solvencia», en CARRASCO PERERA, Á. (Dir.): *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, págs. 211 y ss.
- «La evaluación de solvencia del prestatario en la Ley 5/2019 (II): La obtención por el prestamista de la información económica-financiera del prestatario», *Revista del Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, 16 de julio de 2019, págs. 1 y ss.
- «La evaluación de solvencia del prestatario en la Ley 5/2019 (III): El procedimiento de evaluación de la solvencia y el informe de evaluación», *Revista del Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, 23 de julio de 2019, págs. 1 y ss.
- «La evaluación de solvencia del prestatario en la Ley 5/2019 (V): Consecuencias civiles del incumplimiento por el prestamista de su obligación de evaluar la solvencia del prestatario», *Revista del Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, 19 de septiembre de 2019, págs. 1 y ss.
- «El juez nacional debe examinar de oficio si el prestamista cumple su obligación de evaluar la solvencia del prestatario. Comentario a la STJUE de 5 de marzo de 2020», *Revista del Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, 22 de abril 2020, págs. 1 y ss.

MARKESINIS, B., UNBERATH, H., JOHNSTON, A.: *The German Law of Contract*, Hart Publishing, Oxford, Second Edition 2006.

MÁRQUEZ CHAMIZO, E.: «La transposición de la Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrero», en LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M^a. (Coord.): *Comentarios a la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019, págs. 75 y ss,

MARTÍ MIRAVALLS, J.: «Seguimiento de la hoja de ruta de la comisión europea sobre shadow banking», en MARIMÓN DURÁ, R. (Dir.): *Shadow banking y financiación empresarial alternativa*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pág. 71 y ss.

MARTÍNEZ DE SALAZAR BASCUÑANA, L.: *Condiciones generales y cláusulas abusivas en los contratos bancarios*, EDICIP, Cádiz, 2002.

MARTÍNEZ ESPÍN, P.: «El régimen de transparencia y protección al cliente de servicios bancarios (Análisis de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios)», *Revista del Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, págs. 64 y ss.

- «El control de las condiciones generales de la contratación: Su aplicación al contrato de alquiler de vehículos», *Revista del Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, N.º6, 2013, págs. 79 y ss.
- «El nuevo régimen de la publicidad de los servicios bancarios y los productos de inversión», *Revista del Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, págs. 1 y ss.
<https://previa.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/6/2010/6-2010-4.pdf>
(última consulta, 31 de agosto de 2020)

MIQUEL GONZÁLEZ, J. M^a.: «Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios», *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, N.º 27, 2013, págs. 223-252.

MÉNDEZ GUTIÉRREZ DEL VALLE, R.: «De la hipoteca al desahucio: ejecuciones hipotecarias y vulnerabilidad territorial en España», *Revista de Geografía Norte Grande*, N.º 67, 2017, págs. 9 y ss.

MENÉNDEZ MATO, J. C.: *La Oferta Contractual*, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 1998.

MENÉNDEZ PUJADAS, Á.: «Encuesta sobre Préstamos Bancarios en España: abril de 2019», *Artículos analíticos, Boletín Económico 2/2019 del Banco de España*, 9 de abril de 2019, págs. 1 y ss.

- «Encuesta sobre Préstamos Bancarios en España: octubre de 2019», *Artículos analíticos, Boletín Económico 4/2019 del Banco de España*, 22 de octubre de 2019, págs. 1 y ss.
- «Encuesta sobre préstamos bancarios en España: enero de 2020», *Artículos analíticos. Boletín Económico del Banco de España 1/2020*, págs. 1 y ss.
- «Encuesta sobre préstamos bancarios en España: abril de 2020», *Artículos analíticos. Boletín Económico del Banco de España 2/2020*, págs. 1 y ss.

MIRALLES SÁEZ, E.: «La protección del cliente en la relación bancaria», en SEQUEIRA, A. GADEA, E. SACRISTÁN, F. (Dirs.): *La contratación bancaria*, Dykinson, Madrid, 2007, págs. 278 y ss.

MIRANDA SERRANO, L. M., PANIAGUA ZURERA, M.: «La protección de los consumidores en la fase previa a la contratación: la tutela de la libertad negocial», en MIRANDA SERRANO, L. M., PAGADOR LÓPEZ, J. (Coords.): *Derecho (privado) de los consumidores.*, Marcial Pons, Madrid, 2012, págs. 63 y ss.

- «El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas en la contratación bancaria», *InDret*, N.º2, 2018, págs. 1 y ss.

MOCHÓN MORCILLO, F.: *Economía. Teoría y política*, 3º edición, McGraw Hill, Madrid, 1993.

MONTES RODRÍGUEZ, M^a. P.: «Las condiciones generales de los contratos bancarios y la protección de los consumidores y usuarios», en CUÑAT EDO, V., BALLARÍN HERNÁNDEZ, R. (Dirs.): *Estudios sobre jurisprudencia bancaria*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2000, págs. 73 - 138.

MORA-SANGUINETTI, J. S., GÓMEZ POMAR, F.: «Males de la justicia: analizando los datos», *InDret*, N.º 1, 2014, págs. 1 y ss.

MORALEJO IMBERNÓN, N.: *El Contrato de Hipoteca Inmobiliaria*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010.

MORÁN NAVARRO, S. A.: *La publicidad parlamentaria*, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2012.

MORENO GARCÍA, L.: *Cláusulas suelo y control de transparencia. Tratamiento sustantivo y procesal*, Marcial Pons, Madrid, 2015.

MORENO QUESADA, B.: *La Oferta del contrato*, Editorial Nereo, Barcelona, 1963.

- «La protección del consentimiento contractual, hoy», en LLAMAS POMBO, E. (Coord.): *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2006, págs. 454 y ss.

MOLL DE ALBA LACUVE, CH.: «Los tratos preliminares, la promesa de venta, el precontrato, la reserva y la información precontractual», en FUENTES-ROJO

RIUS, A., FUENTES-ROJO LASTRES, A. (Coords.): *La compraventa Inmobiliaria*, Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2019, pág. 35-63.

MUÑÍZ ESPADA, E.: «La política de la UE en materia de crédito inmobiliario», en ALBIEZ DOHRMANN, K.J. MORENO-TORRES HERRERA, M^a. L. (Dirs.): *Los Contratos de crédito inmobiliario*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, págs. 73 y ss.

- «Los préstamos inmobiliarios y su desarrollo normativo», en ALBIEZ DOHRMANN, K. J., MORENO-TORRES HERRERA, M^a. L. (Coords.): *Los contratos de préstamo inmobiliario*, Wolters Kluwer, Madrid, 2020, págs. 29-48.

NAVARRO FERNÁNDEZ, J. A.: «La modernización del Derecho de Obligaciones y contratos. Los juristas y las reformas en tiempo de capitalismo global», en ALBIEZ DOHRMANN, K. (Dir.): *Derecho Europeo y modernización del Derecho contractual*, Atelier, Barcelona, 2011, págs. 26 y ss.

NIETO CAROL, U.: *Transparencia y protección de la clientela bancaria*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016.

- «Es necesaria una ley de Transparencia Bancaria», *El notario del siglo XXI*, N.º 75, 2017, págs. 34 y ss.

O' CALLAGHAN, X.: *Compendio de Derecho Civil, Tomo II, Derecho de Obligaciones*, 6º edición, Dijusa, Madrid, 2009.

OLIVA IZQUIERDO, A. M.: «Breve resumen de la ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario», en *Notarios y Registradores*, 2019, disponible aquí: <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/resumen-ley-reguladora-contratos-creditos-inmobiliarios/> (última consulta, 31 de agosto de 2020).

ORDÁS ALONSO, M.: *El interés de demora*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004.

ORDUÑA MORENO, F. J., SÁNCHEZ MARTÍN, C., GUILLÉN CATALÁN, R.: *Control de transparencia y contratación bancaria. Régimen jurídico y doctrina jurisprudencial aplicable*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

– *La transparencia como valor del cambio social: su alcance constitucional y normativo*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018.

PAGADOR LÓPEZ, J.: *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas. La Ley de condiciones generales de la contratación de 1998*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

PANTALEÓN PRIETO, F.: «10 tesis sobre la falta de transparencia de las cláusulas referidas a los elementos esenciales del contrato», en el blog *Almacén de Derecho*, 2017, disponible en: <https://almacenederecho.org/10-tesis-la-falta-transparencia-las-clausulas-referidas-los-elementos-esenciales-del-contrato/> (última consulta el 31 de agosto de 2020).

PAREDES, T.: «Blinded by the Light: Information Overload and Its Consequences for Securities Regulation», *Washington University Law Review*, Vol. 81, Issue 2, 2003, págs. 417 y ss.

PASQUAU LIAÑO, M.: La LCCI: «Un cambio de modelo en las técnicas de protección del prestatario», en ALBIEZ DOHRMANN, K. J., MORENO-TORRES HERRERA, M^a. L. (Coords.): *Los contratos de préstamo inmobiliario*, Wolters Kluwer, Madrid, 2020, págs. 49-68.

PEDREIRA ANDRADE, A.: «Tema 31», en O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., PEDREIRA ANDRADE, A.: *Introducción al Derecho y Derecho Civil Patrimonial*, volumen II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993, pág. 917-983.

PEÑA LÓPEZ, F.: «Derechos básicos de los consumidores y usuarios», 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*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, págs. 113 y ss.

PEREA ORTEGA, R.: «El asesoramiento en préstamos inmobiliarios», en LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M^a. (Coord.): *Comentarios a la Ley Reguladora de Contratos de Crédito Inmobiliario*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019, págs. 295-397.

PÉREZ ESTRADA, M. J.: «Un año después del intento de solución extrajudicial en materia de cláusulas suelo», *Actualidad Civil*, N.º 2, 2018, págs. 1-7.

PERSSON, P.: «Attention manipulation and information overload», *Behavioural Public Policy*, vol. 2, issue, 1, 2018, págs. 78 y ss.

PERTIÑEZ VILCHEZ, F.: *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004.

- *La nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- «Transparencia material y transparencia documental en los contratos de préstamo hipotecario», en ALBIEZ DOHRMANN, K. J., MORENO-TORRES HERRERA, M^a. L. (Dirs.): *Los contratos de crédito inmobiliario*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, págs. 403 y ss.
- «El deber de transparencia en la Ley 5/2019 de Crédito Inmobiliario. Información documental, explicaciones adecuadas y valor probatorio del acta notarial», *Revista de derecho bancario y bursátil*, N.º 154, abril-junio 2019, págs. 119 y ss.

- «¿Qué son a juicio del Tribunal Supremo los requisitos de incorporación? O por qué a un taxista se le elimina la cláusula suelo y a otro no», *Revista del Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, 14 de mayo de 2020.

PINILLOS, A.: «Tratamiento jurídico de las crisis bancarias», en ZUNZUNEGUI, F. (Dir.): *Derecho bancario y bursátil*, Colex, Madrid, 2012, págs. 113 y ss.

- «La protección del cliente en los mercados financieros», en CAMPUZANO LAGUILLO, A. B., CONLLEDO LANTERO, F., PALOMO ZURDO, R. J. (Dirs.): *Los Mercados Financieros*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 77 y ss.

PRATS ALBENTOSA, L.: *Préstamo de consumo, crédito al consumo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

- «El contrato de préstamo», en ORDUÑA MORENO, F. J., TOMILLO URBINA, J. L. (Dirs.): *Contratación bancaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, págs. 107-186.

PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho Civil, Tomo II, Volumen I, Doctrina General del Contrato*, 3ª edición, Bosch, Barcelona, 1988.

- *Compendio de Derecho Civil. Derecho de obligaciones. Contratos y cuasi contratos. Obligaciones derivadas de actos ilícitos. Volumen II*, Bosch, Barcelona, 1987.

PULIDO BEGINES, J. L.: «Los contratos de préstamo bancario y de apertura de crédito», en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J., DÍAZ MORENO, A. (Coords.): *Derecho Mercantil, Volumen 7º: La contratación bancaria*, 15º edición, Marcial Pons, Madrid, 2013, págs. 119 y ss.

QUIÑONEZ ESCAMEZ, A.: «El derecho contractual francés», en SÁNCHEZ LORENZO, S. (Ed.): *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea*

y *transnacional*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2016, págs. 243 y ss.

RAGA GIL, J. T.: «El mercado ante los bienes y servicios de escasa transparencia», en DOÑA FLORES, M^a S., RAGA GIL, J. T. (Dirs.): *El préstamo hipotecario y el mercado del crédito en la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2016, pág. 38.

RAMSAY, I.: *Consumer law and Policy, Text and Materials on Regulating Consumer Markets*, Hart Publishing, 2007.

RÍOS LÓPEZ, Y.: «La tutela del consumidor en la “contratación inteligente”. Los “Smart contracts” y la “Blockchain” como paradigma de la cuarta revolución industrial», *Revista Consumo y Empresa*, N.º 9, enero 2019, págs. 1 y ss.

RIVERO ALEMÁN, S.: *Crédito, Consumo y Comercio Electrónico. Aspectos jurídicos bancarios*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002.

RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T.: «La etapa precontractual en la contratación mercantil», en PERALES VISCASILLAS, P, PORFIRIO CARPIO, L. J, MORILLAS JARILLO, M. J. (Dirs.): *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortíz*, Universidad Carlos III, Getafe, 2015, págs. 1801 y ss.

RODRÍGUEZ MARÍN, C.: «Los principios generales de la contratación y el control de cláusulas “abusivas” en el Proyecto de Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario: un antes y un después,» en ALBIEZ DOHRMANN, K. J., MORENO-TORRES HERRERA, M^a. L. (Dirs.): *Los contratos de crédito inmobiliario*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, págs. 475 y ss.

ROMÁN GARCÍA, A., *El Precontrato. Estudio dogmático y jurisprudencial*, Montecorvo, Madrid, 1982.

RUÍZ ARRANZ, A. I.: «La oferta de contrato: vinculación y responsabilidad», *Anuario de derecho civil*, 2018, Vol. 71, N.º4, págs. 1351 y ss.

SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B.: «Control de transparencia material y actuación notarial conforme a la jurisprudencia y a la Ley 5/2019, de contratos de crédito inmobiliario», *Revista de Derecho Civil*, Vol. 6, N.º 2, 2019, págs. 235-265.

- «Los intereses de demora en la jurisprudencia y en la Ley 5/2019 de contratos de crédito inmobiliario», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 773, 2019, págs. 1546-1557.

SALAZAR REVUELTA, M.: «El deber de información, transparencia y responsabilidad ante los depósitos de los clientes por parte de la banca: precedentes romanos», *Revista Internacional de Derecho Romano*, 2013, págs. 88-149.

SALVADOR ARMENDÁRIZ, M. A.: «Sistema de fuentes del derecho bancario: cuestiones actuales», en GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J. C., COLINO MEDIAVILLA, J. L. (Dirs.): *Cuestiones controvertidas de la regulación bancaria. Gobierno, supervisión y resolución de entidades de crédito*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018, págs. 25 y ss.

SÁNCHEZ CALERO, F.: «Condiciones generales en los contratos bancarios», en *Contratos bancarios*, Consejo general del notariado, Madrid, 1996, págs. 307 y ss.

SÁNCHEZ LERÍA, R.: «Sobre el deber de información y transparencia material en la nueva ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario», en MURGA

FERNÁNDEZ, J. P., HORNERO MÉNDEZ, C. (Coords.): *Estudios sobre la ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario*, Reus, Madrid, 2020, págs. 145-170.

SAVAUX, E.: «El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos», *Anuario de Derecho Civil*, N.º 3, 2016, págs.715 y ss.

SCHULZE, R.: «Introduction», en SCHULZE, R., PERALES VISCASILLAS, P. (Eds.): *The Formation of Contract: New Features and Developments in Contracting*, Nomos, Baden Baden (Alemania), 2016, págs. 9 y ss.

SERRANO FERNÁNDEZ, M.: *Las reglas de interpretación de los contratos en el proceso de construcción del Derecho Privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

SILLERO CROVETTO, B.: «El Derecho a la información y a la protección del consumidor en la compraventa de vivienda», en CAÑIZARES LASO, A. (Coord.): *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, Tecnos, Madrid, 2006, págs. 21 y ss.

– «Normas de transparencia en la comercialización de préstamos inmobiliarios. Especial referencia a la información precontractual», en LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M. (Coord.): *Comentarios a la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019, págs. 161 y ss.

SCHWACHTGEN, A.: «¿Hacia una Fe pública universal ejercida por una profesión única en su género?», en AA.VV.: *La Fe Pública*, Junta de Decanos de los colegios notariales de España, Madrid, 1994, págs. 31 y ss.

SOLER SOLÉ, G., SERRA RODRÍGUEZ, A., IZQUIERDO BLANCO, P.: *Cláusulas abusivas en la contratación bancaria*, Bosch, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2014.

SUNSTEIN, C., JOLLS, C., THALER, R.: «A Behavioral Approach to Law and Economics», *Stanford Law Review*, Vol. 50, 1998, págs. 1471 y ss.

TAPIA HERMIDA, A. J.: «El concepto y clasificación de los contratos bancarios» en SEQUEIRA, A., GADEA, E., SACRISTÁN, F. (Dirs.): *La contratación bancaria*, Dykinson, Madrid, 2007, págs. 131-144.

- «Préstamos y seguros. Un matrimonio complejo: Las ventas agrupadas de préstamos hipotecarios con otros productos financieros y seguros en la futura Ley de contratos de crédito inmobiliario», en el blog de Alberto J. Tapia Hermida, 2017, disponible en: <http://ajtapia.com/2017/12/prestamos-seguros-matrimonio-complejo-las-ventas-agrupadasprestamos-hipotecarios-otros-productos-financieros-seguros-la-futura-ley-contratos-credito-inmobiliario/> (última consulta, 31 de agosto de 2020).

TORRES RUÍZ, 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., MORENO-TORRES HERRERA, M^a. L. (Dirs.): *Los Contratos de crédito inmobiliario*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, págs. 439 y ss.

TRELLO ESPADA, J.: «Actualización del Mercado Hipotecario en un entorno de crisis», en MUÑÍZ ESPADA, E., NASARRE AZNAR, S., SÁNCHEZ JORDÁN, E. (Coords.): *La reforma del mercado hipotecario y otras medidas financieras en el contexto de la crisis económica*, Edisofer, Madrid, 2009, págs. 19 y ss.

VALPUESTA GASTAMINZA, E.: «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de septiembre de 2014 (4339/2014). Error en la contratación de bonos estructurados por parte de inversores no cualificados. Contratación de los bonos a través de seguros *unit linked*», en YZQUIERDO TOLSADA, M. (Coord.): *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y*

mercantil, Vol. 6, BOE, Dykinson, Registradores de España, 2016, págs. 489-510.

VAQUER ALOY, A.: «Marco general del nuevo Derecho de Contratos», en BOSCH CAPDEVILA, E. (Dir.): *Nuevas perspectivas del Derecho Contractual*, Bosch, Barcelona, 2012, págs. 31 y ss.

VÁZQUEZ GARCÍA, D.: *La contratación bancaria en la reciente doctrina del Tribunal Supremo*, Wolters Kluwers, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2017.

VÁZQUEZ LÓPEZ, J. C.: «Modelos de acta de comprobación del cumplimiento del principio de transparencia material (artículo 15 de la Ley reguladora de contratos de crédito inmobiliario)», en *Notarios y Registradores*, 2019, disponible en: <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/modelos/modelos-de-acta-de-comprobacion-del-cumplimiento-del-principio-de-transparencia-material/> (última consulta, 31 de agosto de 2020).

VÁZQUEZ MUIÑA, T.: *La nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia*, Reus, Madrid, 2018.

VERDERA SERVER, R.: *La responsabilidad civil del Notario*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008.

VICENT CHULIÁ, F.: «Cuestiones abiertas en la contratación bancaria», en FLUITERS CASADO, R., PUYOL MONTERO, F. J. (Dirs.): *Contratos bancarios*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, págs. 15-55.

VON IHERING, R.: *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen*, 1861.

VON TUHR, A.: *Derecho Civil. Los hechos jurídicos. Volumen II*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

ZAMARRIEGO MUÑOZ, A.: «Ventas vinculadas y combinadas. Políticas de remuneración», en LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M^a. (Coord.): *Comentarios a la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019, págs. 261 y ss.

ZAMIR, E. TEICHMAN, D.: *Behavioral Law and Economics*, Oxford University Press, Oxford, 2018.

ZIMMERMANN, R.: *El nuevo Derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado*, Bosch, Barcelona, 2008.

ZUBERO QUINTANILLA, S.: *Las declaraciones publicitarias en la contratación*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

ZUNZUNEGUI, F.: «Regulación financiera en una economía globalizada», en ZUNZUNEGUI, F. (Dir.): *Derecho bancario y bursátil*, Colex, Madrid, 2012, págs. 25 y ss.

- «Asesoramiento en la Ley de crédito inmobiliario», *Working Paper Revista de Derecho del Mercado Financiero*, N.º2, 2019, págs. 1 y ss.
- *Derecho del mercado financiero*, 2º edición, Marcial Pons, Madrid, 2000, págs. 27 y 28.
- «Evaluación de solvencia. Requisitos de conocimientos y competencia», en LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M. (Coord.): *Comentarios a la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019, págs. 230 y ss.

REPERTORIO DE JURISPRUDENCIA

I. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

A) Sentencias

- STJUE 4 de junio de 2009, asunto C-243/08, caso Pannon.
- STJUE de 3 de junio de 2010, asunto C-484/08, caso Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid.
- STJUE de 12 de mayo de 2011, asunto C-122/10, caso Ving Sverige AB.
- STJUE de 15 de marzo de 2012, asunto C-453/10, caso Perenicová.
- STJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11, caso Aziz.
- STJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11, caso RWE Vertrieb.
- STJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, caso Kásler.
- STJUE de 30 de mayo de 2013, asunto C-488/11, caso Asbeek Brusse.
- STJUE 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, caso Matei .
- STJUE 23 de abril de 2015, asunto C-96/14, caso Van Hove.
- STJUE 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, caso Gutiérrez Naranjo.
- STJUE de 26 de enero de 2017, asunto C-421/14, caso Banco Primus.
- STJUE 20 septiembre 2017, asunto C-186/16, caso Andriuc y otros y Banca Româneasca SA.
- STJUE de 25 de enero de 2018, asunto C-498/16, caso Schrems.
- STJUE de 17 de mayo de 2018, asunto C-147/16, caso Karel de Grote.
- STJUE, de 7 de agosto de 2018, asuntos acumulados C-96/16 y C-94/17.
- STJUE de 14 de febrero de 2019, asunto C-630/17, caso Milivojevic.
- STJUE de 21 de marzo de 2019, asunto C-590/17, caso Pouvin Dijoux

- STJUE de 26 de marzo de 2019, asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17, caso Abanca Corporación Bancaria.
- STJUE de 7 de noviembre de 2019, asuntos acumulados C-419/18 y C-483/18, caso Profi Credit Polska.
- STJUE de 5 de marzo de 2020, asunto C-679/18
- STJUE de 16 de julio de 2020, asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19

B) Autos

- ATJUE de 11 de junio de 2015, asunto C-602/13, caso BBVA

II. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC 37/1987, de 26 de marzo
- STC 46/1990, de 15 de marzo
- STC 137/1997, de 21 de julio
- STC 34/1996, de 11 de marzo

III. TRIBUNAL SUPREMO

A) Sentencias de la Sala de lo Civil

- STS 75/2000, de 5 de febrero
- STS 828/2005, de 26 de octubre
- STS 506/2008, 4 de junio
- STS 792/2009, de 16 de diciembre
- STS 834/2009, de 22 de diciembre
- STS 375/2010, de 17 de junio
- STS 401/2010, de 1 de julio
- STS 842/2011, de 25 de noviembre
- STS 2849/2012, de 9 de marzo
- STS 406/2012, de 18 de junio
- STS 241/2013, de 9 de mayo
- STS 464/2014, de 8 de septiembre
- STS 460/2014, de 10 de septiembre
- STS 138/2015, de 24 de marzo
- STS 138/2015, de 25 de marzo

- STS 265/2015, de 22 de abril
- STS 222/2015, de 29 de abril
- STS 705/2015, de 23 de diciembre
- STS 367/2016, de 3 de junio
- STS 30/2017, de 18 de enero
- STS 41/2017, de 20 de enero
- STS 123/2017, de 24 de febrero
- STS 788/2017, de 9 de marzo
- STS 171/2017, de 9 de marzo
- STS 247/2017, de 20 de abril
- STS 248/2017, de 20 de abril
- STS 249/2017, de 20 de abril
- STS 334/2017, de 25 de mayo
- STS 367/2017, de 8 de junio
- STS 593/2017, de 7 de noviembre
- STS 608/2017, de 15 de noviembre
- STS 655/2017, de 1 de diciembre
- STS 8/2018, de 10 de enero
- STS 36/2018, de 24 de enero
- STS 38/2018, de 24 de enero
- STS 314/2018, de 28 de mayo
- STS 355/2018, de 13 de junio
- STS 486/2018, de 12 de septiembre
- STS 673/2018, de 29 de noviembre
- STS 44/2019, de 23 de enero
- STS 46/2019, de 23 de enero
- STS 47/2019, de 23 de enero
- STS 48/2019, de 23 de enero
- STS 49/2019, de 23 de enero
- STS 533/2019, de 10 de octubre
- STS 463/2019, de 11 de noviembre
- STS 605/2019, de 12 de noviembre
- STS 9/2020, de 8 de enero
- STS 98/2020, de 20 de enero
- STS 53/2020, de 23 de enero

- STS 812/2020, de 11 de marzo
- STS 296/2020, de 12 de junio
- STS 457/2020, de 24 de julio
- STS 489/2020, de 23 de septiembre

B) Sentencias Sala de lo Contencioso-Administrativo

- STS 2849/2012, de 9 de marzo
- STS 1505/2018, de 16 de octubre
- STS 1523/2018, de 22 de octubre
- STS 531/2018, de 23 de octubre

C) Autos

- ATS Recurso N.º 1752/2014, de 8 de febrero de 2017

IV. AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAPGC 2306/2009 de 8 de abril.
- SAP Barcelona 275/2017, de 16 de junio.
- SAP Asturias, Sección Quinta, 243/2018, de 15 de junio.
- SAP Cádiz 410/2018, de 16 de julio.

V. RESOLUCIONES E INSTRUCCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA

- Resolución de 13 de septiembre de 2013
- Resolución de 16 de mayo de 2019
- Resolución de 29 de noviembre de 2019
- Resolución de 15 de enero de 2020
- Resolución de 22 de enero de 2020
- Resolución de 28 de enero de 2020
- Instrucción de 13 de junio de 2019
- Instrucción de 14 de junio de 2019
- Instrucción de 31 de julio de 2019
- Instrucción de 20 de diciembre de 2019

