

Se plantea la siguiente cuestión a la Comisión de Consumidores del Consejo General del Notariado:

¿Es posible que una gestoría, empleado de un banco, inmobiliaria u otro profesional, relacionado directa o indirectamente con la contratación inmobiliaria o hipotecaria o su formalización, pueda representar al prestatario en el acta de transparencia previa al otorgamiento del crédito hipotecario?

¿Puede contestarse al test por correo electrónico?

La respuesta a ambas cuestiones ha de ser negativa.

1.- Uno de los objetivos de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, fue 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 y garantizar el cumplimiento del principio de transparencia. Para ello se acentuó la función del Notario de asesorar imparcialmente al prestatario, aclarando todas aquellas dudas que le pudiera suscitar el contrato y de comprobar el cumplimiento de los plazos y demás requisitos por el prestamista. Para alcanzar este objetivo se reforzó el principio de libre elección del notario por el prestatario, para lo que prohibió cualquier práctica organizativa de la entidad predisponente que dificultasen aquel derecho. También, para alcanzar sus objetivos, la Ley dio mayor presencia y protagonismo al consumidor y al notario en la fase precontractual, cuya principal innovación, dirigida a garantizar que el prestatario comparezca presencialmente para recibir información individualizada y personalizada del notario, es el acta de transparencia.

Así señala en el Preámbulo de la Ley: *«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»*. Y, en lo que se refiere a la actuación del notario, el preámbulo expone cuál es el papel que le asigna a tal efecto, al expresar que *«esta medida, destinada a reforzar el equilibrio que debe existir entre las partes en toda relación jurídica contractual, se complementa atribuyendo al Notario la función de asesorar imparcialmente al prestatario, aclarando todas aquellas dudas que le pudiera suscitar el contrato, y de comprobar que tanto los plazos como los demás requisitos que permiten considerar cumplido el citado principio de transparencia material, especialmente los relacionados con las cláusulas contractuales de mayor complejidad o relevancia en el contrato, concurren al tiempo de autorizar en escritura pública el contrato de préstamo o crédito hipotecario»*. Y añade, *«de ese modo, se constituirá prueba en beneficio de ambas partes -prestamista y prestatario- de que el primero ha cumplido con su obligación de entregar en los plazos previstos dicha documentación y el segundo podrá ejercer el derecho, que presupone también la existencia de un deber, a conocer las consecuencias de aquello a lo que se obliga»*.

2. La información dada por el notario al prestatario, tiene un marcado carácter obligatorio para el prestamista, el prestatario

y para el propio notario, por lo que no puede ser impartida o suplida por la que pueda dar otro profesional. La ley encomendó expresamente al Notario una relevante función de asesoramiento e información, la cual es obligatoria e indelegable, sin que el prestatario pueda renunciar a ella, ni, por supuesto, encomendarse, directa o indirectamente, a otros profesionales. Tampoco puede ejercerla cualquier notario, solo puede actuar en dicha tarea el notario libremente elegido por el prestatario. La libre elección de Notario se configura en la ley como un derecho subjetivo del prestatario y una obligación, irrenunciable, conforme al art. 3 LRCCI, y, por tanto, no es negociable.

Por consiguiente, no cabe que el prestatario negocie que su derecho a la libre elección del notario y ni que su derecho-deber de recibir asesoramiento e información personalizada del notario, en tiempo y forma, quede de hecho en manos de otro profesional o empresa. En este sentido el art. 89.8 TRLGDCU considera abusivas las cláusulas de renuncia o transacción sobre el derecho a elección de fedatario. Consecuentemente, no cabe la renuncia pura y simple, ni por contraprestación, directa o indirecta, ni la negociación o la transacción, que, de hecho, oriente, directa o indirectamente, la información que debe ofrecerse al prestatario por el notario, a la que le puedan dar terceros, como gestorías, bancos u otros profesionales.

3. El incumplimiento del derecho-deber del prestatario de recibir directamente del notario elegido información y asesoramiento, puede acarrear la no incorporación de las condiciones. La norma exige al prestamista una actitud proactiva pues *«deberá quedar organizado de modo que el cliente pueda dirigirse a cualquier Notario de su libre elección para que éste, con*

carácter previo a la firma del préstamo, extraiga la documentación para preparar y autorizar el acta y la escritura, siendo debidamente informado del derecho de elección que tiene y puede ejercitar por este medio» (último párrafo artículo 14. 1). Cualquier medida organizativa o práctica del prestamista, incluso de terceros, consentidas o toleradas por el prestamista, son contrarias a este derecho y son abusivas al amparo de lo dispuesto, con carácter general, en el art. 82.1 del TRLGDCU y, en especial, en los art. 89.8 TRLGDCU (renuncia o transacción sobre el derecho a elección de fedatario) y 86.1 TRLGDCU (la exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor o usuario, por incumplimientos de deberes del empresario, que limiten o priven al consumidor y usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas, como es el caso del derecho de elección de Notario) lo que impedirá la incorporación de las condiciones generales al contrato. El párrafo segundo del art. 83 del TRLGDCU, en la nueva redacción dada por la LRCCI, establece que *«las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho»*.

4.- Seguidamente enumeramos algunas de las características de la información notarial de cuyo examen conjunto se concluye que vedan la intervención del prestamista, a través de su representación por empresas, gestorías u otros profesionales:

a) **La información ha de ser personalizada.** El artículo 14, 1, g) de la LRCCI destaca *la obligación de recibir asesoramiento personalizado y gratuito del Notario que elija el prestatario*. El Notario deberá, en especial, responder a *«las cuestiones planteadas por el prestatario»* (art. 15. 2. b.). El Notario ha de

suministrar *información jurídica comprensible* (art. 93.1 TRLGDCU) es decir, adaptada a las circunstancias de la persona a la que se dirige, de modo que el lenguaje técnico no sea una barrera que impida o dificulte la comprensibilidad. Ese deber de dar «*información jurídica comprensible*» va más allá de la mera formalidad, sin que pueda ser devaluada con medidas organizativas de empresarios o profesionales, pues las explicaciones del Notario han de adaptarse a la persona del prestatario. El deber del notario, de informar personalmente al prestatario, no se puede sustituir por la información ofrecida por intermedio de otros profesionales o empresarios, pues se trata de una información personalizada.

b) La información ha de ser presencial. El asesoramiento ha de ser presencial, pues, como impone el artículo 15.1 LCCL, «*el prestatario habrá de comparecer ante el Notario por él elegido a efectos de obtener presencialmente el asesoramiento* (artículo 15.1). La incomparecencia lleva aparejada que «*no podrá autorizarse la escritura pública de préstamo*» (artículo 15.5).

Esta presencia ha de limitarse exclusivamente a la persona del prestatario, fiador o garante. «*No se podrá admitir presencia del prestamista, intermediario de crédito inmobiliario o representante designado, por sí o por medio de persona que les represente, en la comparecencia del prestatario, fiador o garante, o hipotecante no deudor*». (Circular de obligado cumplimiento CGN 1/2019 apartado III. B.3. 28.)

«3º. -*La comparecencia de los otorgantes (prestatario, fiador y garante persona física).*

(...) Como ha señalado la Circular de obligado cumplimiento se recuerda que la comparecencia debe tener lugar sólo solo con prestatario, fiador o hipotecante, sin presencia del gestor y/o banco» (Nota informativa CGN 17 junio 2019).

c) **La información va dirigida a personas físicas.** Como dice su artículo 1º, «esta Ley tiene por objeto establecer determinadas normas de protección de las personas físicas que sean deudores, fiadores o garantes» (artículo 1). «La obligación de comparecencia y las normas de protección al prestatario previstas en la presente Ley se extenderán a toda persona física que sea fiadora o garante del préstamo» (artículo 15.4).

d) **Es una información individualizada,** por lo que se dirige al prestatario, como individuo único y distinto. «En todo caso, el Notario deberá informar individualizadamente haciéndolo constar en el acta» (artículo 15.2.c). «El prestatario, o quien le represente a estos efectos, deberá comparecer ante el Notario» (artículo 15.3).

¿Qué ha de entenderse por quien le represente? La LRCCI, como cualquier norma, «ha de ser interpretada atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad de la misma» (artículo 3.1 del Código civil). El espíritu y finalidad se trasluce en preámbulo, al afirmar que su «objetivo último es reforzar las garantías para los prestatarios en el proceso de contratación». Así la posibilidad de que el prestatario actúe por medio de representante para recibir del notario elegido por el prestamista información personal e individualizada, debe entenderse referida a su círculo personal de confianza o próximo.

La información debe ser dada precisamente por el notario, no por otro profesional o empresario. Admitir que la

información la reciba otro profesional, para luego transmitírsela, o no, al prestatario sería un fraude de ley, aunque intente vestirse o disfrazarse con la figura del mandato. En este sentido al artículo 6.4 del Código civil, cuando rotundamente afirma que *«los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir»*.

5. Las consecuencias en caso de incumplimiento son graves, pues como señala su artículo 3 *«las disposiciones de esta Ley y las contenidas en sus normas de desarrollo tendrán carácter imperativo, no siendo disponibles para las partes contratantes salvo que la norma expresamente establezca lo contrario»*.

Serán nulos de pleno derecho los actos realizados en fraude de lo dispuesto en esta Ley, de conformidad con lo previsto en el artículo 6 del Código Civil, y en particular la renuncia previa de los derechos que esta Ley reconoce al deudor, fiador, garante o hipotecante no deudor» (artículo 3 LRCCI).

6. Respecto la cuestión sobre si es posible contestar el test por correo electrónico o a distancia, la LCCI lo prohíbe expresamente al decir en su artículo 15 que **«en presencia del notario, el prestatario responderá a un test»** y, añade, *«la obligación de comparecencia y las normas de protección al prestatario previstas en la presente Ley se extenderán a toda persona física que sea fiadora o garante del préstamo»*.

Esta comparecencia, como es evidente, es física, sin que quepa la videoconferencia, al no estar incluida entre los actos en la que es posible conforme al art. 17 ter de la Ley del Notariado, y sin

que pueda responderse al test a distancia por correo electrónico, ni por cualquier otra vía que no sea en presencia ante notario.

7. El Acta Previa, que es además un instrumento de pacificación procesal, tiene por objeto dar confianza y evitar hipotéticas reclamaciones por falta de transparencia, de información o por vicios del consentimiento. El notario se convierte en un “aliado” de todas las partes (prestatario, garante y entidad prestamista) y de toda la sociedad, por el efecto pacificador, que contribuye a la descongestión de los Tribunales, de los que el notario igualmente se constituye en “aliado” estratégico. El Acta, al garantizar la transparencia y por el efecto antilitigioso, ayuda a crear un entorno más predecible y favorable, tanto para los consumidores como para entidades financieras. La confianza ayuda a dinamizar el mercado y consolidar el crecimiento económico. Esta actuación notarial aumenta la confianza del consumidor, le protege de prácticas abusivas, incrementa la sensación de seguridad y mejora su educación financiera, al potenciar la información y asesoramiento, haciendo que se sienta más seguro al contratar un producto complejo como es un crédito hipotecario.

8. Por estas razones, el rigor en la interpretación de los requisitos de formalidad, entre ellas la comparecencia e inmediación en estas actas, ha de ser muy escrupulosa, frente a pretensiones de aligerar requisitos o de suplir la inmediación con el notario del prestatario, parte débil y necesitada de protección especial, por la de terceros vinculados económicamente a la entidad acreedora o de profesiones de la contratación, gestorías u otros operadores.