

NOTA INFORMATIVA SOBRE DETERMINADOS ASPECTOS PRÁCTICOS DE LA APLICACIÓN DE LA LEY 5/2019 REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO

El 16 de junio de 2019, ha entrado en vigor la Ley 5/2019 de 15 de marzo reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (en adelante LCCI), junto con sus normas de desarrollo integradas por el Real Decreto 309/2015, de 26 de abril (en adelante, RDCCI) y la Orden ECE/482/2019, de 26 de abril que, a su vez, modifica la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicio bancarios.

Se trata de una ley cuya gestación ha sido larga y complicada (las primeras versiones del Anteproyecto de Ley datan de mediados de 2016), obligada por la preceptiva trasposición de la Directiva comunitaria 2014/17/UE (cuyo plazo expiró en marzo de 2016) pero que tiene un contenido más amplio que excede del de la propia Directiva, puesto que se ha aprovechado la trasposición para afrontar la compleja problemática existente en torno al préstamo hipotecario.

La amplitud de su contenido y la complejidad de su génesis han determinado que la normativa aprobada ofrezca bastantes dudas interpretativas que pueden originar dificultades en su aplicación práctica.

Siendo los notarios destinatarios fundamentales de la norma, el Consejo General del Notariado (en adelante CGN) para facilitar la resolución de las dudas interpretativas y procurar una actuación uniforme, ha realizado en el ejercicio de sus competencias las siguientes actuaciones:

a) Elevar consulta a la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante DGRN) sobre el uso de las plataformas telemáticas para la remisión y recepción de la documentación precontractual; la posible utilización de medios telemáticos para la elección de notario y la sustitución de la comunicación extractada de las circunstancias del acta negativa por el envío de una copia simple. Esta consulta dio lugar a la Resolución de 16 de mayo de 2019.

b) Elevar una nueva consulta a la DGRN sobre el régimen aplicable a los préstamos formalizados a partir del 16 de junio, cuyo fase precontractual se haya iniciado antes de la entrada en vigor de la ley; los problemas que plantean las situaciones mixtas (préstamos en los que el prestatario que es persona jurídica y garante personal o real, que es persona física o al revés); la determinación del ámbito de aplicación de la ley para los casos de subrogaciones y novaciones; el alcance del depósito del clausulado en el Registro de Condiciones Generales de Contratación y si cabe extender el acta de información precontractual en papel común. Esta consulta está pendiente de resolución, si bien la DGRN ha utilizado la vía de la Instrucción para fijar su criterio en dos de las materias consultadas: el alcance del depósito

en el Registro de Condiciones Generales de Contratación (Instrucción de 13 de junio de 2019 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) y régimen aplicable a los contratos que se formalizan después de la entrada en vigor de la Ley cuya fase precontractual ha tenido lugar con anterioridad (Instrucción de 14 de junio de 2019 sobre operaciones cuya comercialización, oferta y entrega de la documentación precontractual se ha desarrollado bajo la vigencia de la normativa anterior formalizándose el préstamo tras la entrada en vigor de la Ley 5/2019).

c) Dictar una Circular (Circular de obligado cumplimiento 1/2019, de 24 de mayo, relativa a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario) en la que se aprueba el modelo uniforme de test y se fijan determinados criterios en relación a la autorización del acta de información precontractual (entre otras cuestiones el cómputo de los plazos, iniciación del acta, representación o la forma de elección de notario). Dicho Proyecto de Circular que fue presentada para su aprobación por la DGRN el pasado 30 de mayo ha quedado aprobado al haber transcurrido diez días hábiles desde su remisión de conformidad con lo dispuesto en el artículo 344 A) 4 del Reglamento Notarial.

Por último, la DGRN ha dictado una Instrucción el 14 de junio de 2019 sobre el uso de las plataformas telemáticas 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. Dicha Instrucción tiene por objeto aclarar el alcance de la exigencia del empleo de medios telemáticos para la remisión de la documentación por parte de aquellas entidades que no dispongan aún de su correspondiente plataforma con los requisitos legales. En la Instrucción, partiendo del carácter formal y auxiliar de los medios telemáticos, se autoriza hasta el día 31 de julio de 2019 la remisión de la documentación precontractual por medios alternativos que permitan la acreditar fehacientemente la fecha de su entrega y mediando siempre el acta previa de información precontractual.

Evidentemente la Instrucción no excluye para aquellas entidades que ya disponen (y para las que sucesivamente vayan disponiendo antes del 31 de julio) de los medios telemáticos previstos en la ley, que toda la tramitación del acta se realice por estos medios. Por ello, atendiendo a razones de claridad expositiva en la presente nota se presupone que la remisión de la documentación al notario y el envío de comunicaciones por parte del mismo se verifica por medios telemáticos, si bien se incorpora un Anexo referente al régimen vigente durante el período previsto en la Instrucción durante el cual se podrán utilizar por prestamistas y notarios otros medios alternativos.

Pese a las actuaciones desplegadas por el CGN y la DGRN, siguen existiendo algunas dudas, fundamentalmente de estricta técnica notarial, con respecto a la función pública que la Ley encomienda a los notarios con relación a los préstamos que se encuentran dentro de su ámbito de aplicación.

Para la resolución de las mismas se dicta esta nota de carácter eminentemente práctico que se estructura distinguiendo las actuaciones que debe desplegar el notario con relación al control de transparencia y el control de abusividad, respectivamente.

I.- EL CONTROL DE TRANSPARENCIA: LA AUTORIZACIÓN DEL ACTA. ACTUACIONES A REALIZAR POR EL NOTARIO, ESTRUCTURA DEL ACTA Y CUESTIONES REFERENTES A SU OTORGAMIENTO. SU RESEÑA EN LA ESCRITURA

Conviene comenzar haciendo referencia a las cuestiones que ya han sido aclaradas en las Instrucciones de la DGRN y por la Circular del CGN aprobada por la DGRN, a las que esta nota informativa se remite:

-Medios telemáticos para la remisión por el prestamista (o en su caso su gestor representante) de la documentación precontractual y para el envío de las comunicaciones y copias por parte del notario.

-Régimen de elección del notario: a quién corresponde (prestatario) y cómo debe ejercitarse (de forma presencial sin perjuicio de una designación provisional y revocable presencialmente por medios telemáticos).

-Cómputo del plazo mínimo de diez días (14 en Cataluña) para el otorgamiento y su reapertura en caso de defectos en la recepción de la documentación.

-Plazo máximo para el otorgamiento del acta (el día anterior al vencimiento de la oferta vinculante) y la posibilidad de prórroga.

-Naturaleza del acta del notario autorizante del acta y de la escritura pública (salvo en caso de sustitución), apertura del acta y diligencias posteriores; comparecencia por medio de representante y comunicaciones a realizar en función de que el acta sea positiva o negativa.

-el test, su contenido uniforme y reglas para su realización.

Por otra parte, antes de entrar en el examen de la regulación, conviene anticipar que en la autorización del acta debe huirse de formularios y actuaciones estandarizadas. Es importante que cada acta, aunque tenga los mismos apartados que vienen determinados en la ley, sea distinta porque diferentes serán las preguntas formuladas por el prestatario, sus conocimientos y, probablemente también, el grado de información que debe suministrar el notario. Por ello, en la presente comunicación no se incluye un modelo de acta, aunque se ofrezcan pautas para su redacción.

Pasando al examen de la regulación, a efectos expositivos, procede repasar por orden cronológico las actuaciones que debe realizar el notario con motivo de la autorización del acta:

1º.-Comprobación de la documentación subida a la plataforma: comunicación de errores y su subsanación.

El notario tiene que comprobar que la documentación remitida se corresponde con la legalmente exigida (enumerada en los apartados a) a g) del 14.1). Por tanto, es necesario que se hayan remitido al notario los 7 documentos que enumera el artículo 14 (6 a en caso de préstamo a interés fijo).

No es preceptivo que en todos los documentos conste la firma, solo tiene que constar la firma del prestatario/fiador/hipotecante en el documento de manifestación de haber recibido la documentación (aunque este documento deberá hacer referencia individualizada a los documentos entregados sin que sea suficiente una referencia genérica, pues el notario debe comprobar que éstos, y no otros, han sido los documentos entregados al prestatario).

La Ley exige que el documento a que se refiere el artículo 14.1 g) pár. 2 esté firmado. Ahora bien, tal concepto debe interpretarse en el sentido de que el notario tenga medio de verificar que, en efecto, le han sido entregados temporáneamente al prestatario y, en su caso, garante personal o real. Es por ello que dada la imposibilidad de verificar una firma manuscrita en un documento que se escanea y se remite, ha de entenderse que el concepto “documentación firmada” incluye cualquier medio que integre un principio de prueba que le permita al notario verificar que, primero, se entregó esa documentación, y no otra (de ahí la necesidad de referenciarla en el documento antes indicado con precisión) y, segundo, que se entregó en una fecha dada, pues ambos elementos son objeto del control de legalidad (verificación) que debe prestar el notario, entre otros aspectos.

Este principio de prueba de la entrega debe ser suficiente pues, en todo caso, deberá ser confirmada por prestatario, fiador o garante en la comparecencia que tendrá lugar con motivo del otorgamiento del acta, por tanto, dentro de la fase precontractual, a diferencia de lo que ocurría en la normativa contenida en las Órdenes de Transparencia.

En el caso de que existan errores en la documentación subida, el notario deberá comunicarlos al prestamista expresando en qué consiste el error.

El error conllevará la reapertura del plazo en la medida en que suponga la entrega de nueva documentación al prestatario, fiador o garante (v.gr. el documento entregado era incompleto o tenía incoherencias). Por tanto, una vez comunicado el error y recibida la subsanación, se iniciará un nuevo cómputo del plazo desde que hayan sido remitidos los documentos subsanados.

Evidentemente queda a juicio de cada notario determinar cuándo un error debe ser subsanado mediante un nuevo envío o cuándo es un error material tipográfico que no impide continuar el procedimiento sin necesidad de subsanar el documento. En este sentido, parece

claro que errores materiales que no afectarán al clausulado del futuro contrato (v.gr. en los documentos el nombre o los apellidos del prestatario aparece con alguna diferencia).

Por otra parte, en cuanto a los datos del préstamo, hay que tener en cuenta que será frecuente por el cambio de mes debido al juego del período de carencia técnica que utilizan los bancos, que la firma de la escritura en un mes distinto del previsto inicialmente suponga la alteración del cuadro de amortización o la TAE. Lógicamente estas divergencias entre la documentación precontractual y la escritura no deben suponer un reinicio del procedimiento como tampoco aquéllas que consistan en la corrección de meros errores materiales que no alteran el fondo del clausulado, ni tampoco aquellas modificaciones que se verifiquen en beneficio del deudor o para adaptar el contenido del contrato a una norma imperativa. Precisamente la ley pretende que la información recibida en la fase precontractual, entre otros fines, pueda facilitar una renegociación de aquellas condiciones que pudieran haber pasado inadvertidas en la negociación inicial. Si como consecuencia de esa renegociación el prestatario obtiene una ventaja adicional (v.gr. una reducción de la comisión de apertura) sería absurdo exigir a las partes el reinicio del proceso que, precisamente en este punto, ha cumplido una de las finalidades para las cuales fue diseñado.

2º.- Inicio del Acta

La ley exige para que pueda autorizarse el acta que se haya puesto a disposición la documentación completa y esto haya sido objeto de verificación por el notario (c.fr. Artículo 15.2. *El notario verificará la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 14.1. En caso de que quede acreditado su cumplimiento hará constar en un acta notarial...*). Por tanto, sólo cuando está completa la documentación es posible autorizar el acta.

Como señala la Circular puede autorizarse el requerimiento inicial en ese primer momento de descarga y validación o retrasarlo al momento en que tenga lugar la comparecencia del primero de los otorgantes. En el primer caso se trataría de un acta que el notario autoriza por sí y ante sí, aunque debe quedar claro que existe un requerimiento derivado de la remisión de la documentación (fórmula: “requerido al efecto”). En el segundo caso el requerimiento se materializa con la comparecencia como mínimo de alguno de los otorgantes y el acta adopta la estructura más típica en este tipo de documento, en el que habitualmente el requerimiento conlleva la comparecencia ante notario.

El reconocimiento de esta alternatividad es la solución más conforme a la ley y permite cohonstar la dicción reglamentaria -artículo 12.1 f) del Reglamento *Validada la información, el notario, en el día y hora en que haya concertado la cita con el prestatario, sea en el mismo momento en que se haya extraído la información o sea para una fecha posterior, y, previo el preceptivo asesoramiento imparcial, redactará y autorizará el acta de transparencia-* con la Resolución en Consulta de la DGRN de 16 de mayo de 2019 que en el fondo no exige la apertura ab initio sino su reflejo protocolar levantada el acta.

En todo caso en el acta deberá dejarse constancia de la actuación notarial de descarga, comprobación y validación, a continuación del requerimiento (con o sin comparecencia) y con carácter previo a su aceptación.

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

Como se indicó anteriormente la comparecencia de los otorgantes formalmente puede adoptar la forma de requerimiento si la autorización del acta tiene lugar en ese momento o en otro caso acogerse en diligencia posterior.

Y conviene destacar que deben comparecer únicamente las personas físicas que ocupen alguna de las posiciones pasivas indicadas en la ley: prestatario, fiador o garante, si bien es importante tener en cuenta que en el concepto de garante queda incluido el hipotecante, pignorante o aquél que preste otra forma de garantía (v.gr. promesa de prenda o hipoteca). Sin embargo, está claro que no deben comparecer al acta otras personas que no asumen obligación alguna en el contrato, aunque pueda ser necesario la prestación de su consentimiento (v.gr. cónyuge del hipotecante que comparecerá en la escritura a los efectos del art. 1320 del Código Civil).

Durante el desarrollo de la comparecencia deben tener lugar las siguientes actuaciones (del notario y de los interesados) de las cuales se dejará constancia en el acta:

- a) el prestatario confirmará que el notario autorizante ha sido libremente elegido por él.
- b) Prestatario, fiador y garante deberán ratificar que la documentación precontractual exhibida por el notario les fue entregada por la entidad prestamista y que ésta le ha facilitado las oportunas explicaciones.
- c) El notario debe prestar asesoramiento de las cláusulas específicas recogidas FEIN y en la FiAE, de manera individualizada y con referencia expresa a cada una. Ello exige realizar un repaso de todo el contenido del contrato, con las explicaciones que sean requeridas en cada caso. No es necesario reproducir todo el contenido de las dos fichas en el acta, lo que parece absurdo; será suficiente con hacer una referencia a los diversos epígrafes indicando en el acta que se ha efectuado una explicación individualizada de cada uno de ellos con referencia, en su caso, a las explicaciones adicionales que se hubiesen requerido por el prestatario (v.gr. “yo, el notario, he procedido a explicar separadamente el contenido de los siguientes apartados del FEIN: la identidad del prestamista y, en su caso, del intermediario de crédito, las características principales de su préstamo...”).
- d) Con ocasión del asesoramiento el notario deberá responder a las preguntas y cuestiones que planteen los otorgantes. Es conveniente que quede reflejo de las mismas

en el acta, aunque no es necesario que se transcriban de forma literal quedando al prudente criterio de cada notario la forma de consignarlas en el acta.

Y evidentemente el notario puede asesorar de algunos aspectos adicionales que se incluyen la FEIN y la FiAE, como por ejemplo cuestiones jurídicas que normalmente no vienen especificadas en las fichas: el efecto de la distribución de responsabilidad en caso de ser varias las fincas hipotecadas; las consecuencias en el ámbito sucesorio de la fianza; en caso de pluralidad de prestatarios, la solidaridad y la presunción de aportación proporcional a la cuota por cada prestatario. De todas estas explicaciones adicionales deberá dejarse constancia en el acta, si bien no necesariamente de forma literal.

Por todo ello, es muy conveniente que en el acta exista un apartado cuya redacción será forzosamente distinta en cada caso en el cual el notario consigne las preguntas, aclaraciones y explicaciones que se hayan producido con motivo de ese concreto otorgamiento.

- e) El prestatario, fiador o garante responderá a un test que tendrá por objeto concretar la documentación entregada y la información suministrada. El test es uniforme y de obligada utilización por todos los notarios. Debe ser objeto de contestación en presencia del notario, después de que haya efectuado su asesoramiento, que puede completarse con nuevas explicaciones. Desde el punto de vista procedimental queda bajo la decisión del notario que el otorgante responda al test de forma manuscrita quedando incorporado como documento unido o que responda a la lectura del test efectuado por el notario de lo cual se dejará constancia en la diligencia.
- f) Finalmente, el acta deberá concluir con la manifestación del prestatario fiador y garante en la cual declarará que, habiendo recibido en plazo la documentación y el asesoramiento descrito en los artículos 14 y 15 comprende el contenido de los documentos descritos.

Como ha señalado la Circular de obligado cumplimiento se recuerda que la comparecencia debe tener lugar sólo con prestatario, fiador o hipotecante, sin presencia del gestor y/o banco.

4º.- El asesoramiento notarial: su alcance

La actuación del notario debe circunscribirse al asesoramiento jurídico regulado en la ley, por tanto, informar del contenido de la FEIN y la FiAE. No corresponde al notario prestar consejo financiero, ni hacer evaluación económica de la oferta de la entidad ni análisis comparativo con otras ofertas como tampoco hacer un examen de la solvencia del deudor. Del alcance de este asesoramiento notarial puede hacerse una reseña en el apartado de las advertencias.

Plantea alguna dificultad delimitar la actuación notarial con respecto a productos vinculados y combinados. A este respecto conviene aclarar que la ley exige al notario comprobar la entrega de la documentación establecida en el artículo 14, entre la cual se encuentra el documento que contiene las condiciones de las garantías que exige el prestamista en relación a los seguros vinculados que son aquellos cuya suscripción es exigida para la concesión del préstamo (artículo 14.1 f) en relación con el 17). Sin embargo, es importante destacar que el artículo 15 que regula el asesoramiento notarial lo limita al contenido de la FEIN y la FiAE.

La combinación de ambos preceptos debe llevar a la siguiente conclusión: el notario debe comprobar que el prestatario está informado de las condiciones de los seguros vinculados y de su derecho a presentar pólizas alternativas de aquellos proveedores que ofrezcan unas condiciones y prestaciones equivalentes. De la misma forma, en el caso de ventas combinadas deberá comprobar que consta en la FEIN de forma separada una oferta sin dichos productos para que el prestatario pueda efectuar la comparación. Pero, en ninguno de los dos supuestos, debe el notario efectuar una explicación o asesoramiento sobre el contenido de los contratos de seguro, apertura de cuenta, planes de pensiones y demás productos vinculados o combinados cuya suscripción se oferte o se exija por el prestamista.

5º.- Documentación unida al acta

Solo debe unirse al acta la documentación legalmente prevista en el artículo 14.1, con la única excepción del proyecto de contrato cuya incorporación es superflua en la medida en que se reproduce en la escritura y el notario da fe de la concordancia de uno y otro.

Si el prestamista pretendiese protocolizar documentación adicional que en aplicación del 14.2 haya entregado al prestatario, para que quede constancia de su entrega, dicha protocolización se hará en acta independiente y no gratuita.

6º.- El resultado del acta

Si del acta resulta la entrega de la documentación en plazo, la práctica de las diligencias descritas y la manifestación del prestatario de haber comprendido el contenido de la documentación precontractual, se comunicará al prestamista quedando abierta la posibilidad de autorizar la escritura.

Si no quedara acreditado documentalmente el cumplimiento en tiempo y forma de las obligaciones previstas en el artículo 14.1. o si no se compareciese para recibir el asesoramiento en el plazo señalado en el apartado 3, el notario expresará en el acta esta circunstancia. En este caso, no podrá autorizarse la escritura pública de préstamo. De acuerdo con el artículo 12.1 f) del Reglamento tratándose de un acta de contenido negativo, el notario comunicará de forma extractada sus circunstancias. Esta comunicación en extracto

(notarialmente testimonio en relación) podrá sustituirse por la remisión de una copia de conformidad con lo expresado en la Resolución de la DGRN de 16 de mayo. Y como ha indicado la citada Resolución “...todas las comunicaciones previstas constituyen un traslado o testimonio de la diligencia extendida en el acta que ya se está autorizando y se firma electrónicamente por el notario y por tanto deben obligatoriamente realizarse por el notario elegido de conformidad con la legislación notarial, y la técnica de sus traslados (copia o testimonio, aún electrónicos) por el canal previsto, cumpliendo lo previsto a tal efecto en la Ley 24/2001 de 27 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y del orden social (Artículo 17 bis de la Ley del Notariado).”

Con relación al acta de contenido negativo, este resultado puede tener lugar por las siguientes causas:

- incomparecencia de alguno de los otorgantes;
- declaración del prestatario, fiador o garante de no comprender el contenido de la documentación;
- que, a juicio del notario, no hayan quedado acreditados los requisitos del 14.1.

Conviene recordar que el acta de información precontractual es un acta mixta de presencia y manifestaciones que tiene por objeto acreditar que se han cumplido los requisitos exigidos por el principio de transparencia material. En ella no se incorpora un juicio del notario positivo acerca de la comprensión real del contenido del futuro contrato por parte del prestatario.

Por ello el notario sólo podrá considerar negativo el resultado del acta cuando de la misma resulte de forma evidente el incumplimiento de los requisitos impuestos por el principio de transparencia, lo cual tendrá lugar:

- cuando no conste la entrega en plazo de la documentación precontractual. Puesto que el otorgamiento del acta presupone la existencia de dicha documentación, sólo podrá producirse este evento si el prestatario, fiador o garante niegan haber recibido dicha documentación.
- si el prestatario, fiador o garante niegan haber recibido explicaciones por parte del prestamista. Conviene recordar el artículo 15.9. *La actuación notarial regulada en este artículo en ningún caso eximirá al prestamista de dar al prestatario las oportunas explicaciones y aclaraciones sobre los efectos y cargas derivadas del préstamo, conforme a lo previsto en el artículo 14.2.* Evidentemente el asesoramiento notarial puede completar o complementar la información suministrada por el prestamista, pero no suplirla de forma absoluta. Si no ha existido explicación alguna lo procedente será que se inicie de nuevo el proceso.

-si el desarrollo de la diligencia y el grado de conocimiento demostrador por el prestatario, fiador o garante resulta totalmente incompatibles con la declaración de comprensión. En este punto, como siempre en la práctica notarial, habrá que actuar con la tradicional prudencia notarial. No toda respuesta equivocada en el test debe conllevar al resultado negativo. El test no es un examen sino un instrumento, entre otros, de acreditación del cumplimiento del principio de transparencia material.

7º.- La reseña del acta en la escritura

Según el artículo 15 *“En la escritura pública del préstamo el notario autorizante insertará una reseña identificativa del acta a la que se refieren los apartados anteriores. En dicha reseña se expresará el número de protocolo, notario autorizante y su fecha de autorización, así como la afirmación del notario bajo su responsabilidad, de acuerdo con el acta, de que el prestatario ha recibido en plazo la documentación y el asesoramiento previsto en este artículo.”*

La reseña debe ser lo más sintética posible siguiendo la literalidad de la ley, con la única matización de incluir la mención de que el acta se entendió también con el fiador o garante si concurren en la operación. Sin embargo, no es necesario que exprese si el acta se ha otorgado por el prestatario, fiador o garante o su representante (este hecho deriva del otorgamiento de la escritura), ni la fecha o fechas en que se ha/n producido la/s comparencia/s, ni la relación de las actuaciones que se hayan realizado para considerar acreditado el principio de transparencia material.

Con relación a la posible divergencia entre la escritura y los documentos entregados en la fase precontractual hay que insistir, de nuevo, en que no toda disparidad debe conllevar la denegación de la autorización. Cabe admitir la existencia de cambios en beneficio del prestatario y también otros que resulten de la necesidad de adaptar las condiciones pactadas a la fecha de firma (importe y fecha de pago de las cuotas porque cambia el mes previsto de firma) o al régimen imperativo dispuesto en la ley.

Queda por resolver el encaje del artículo 30 de la Orden de 2011 (no modificada por la Orden de 2019 en este punto) en el nuevo marco legal. Dicho artículo establece el derecho de examen del borrador de la escritura con tres días de antelación e impone al notario la comprobación de concordancia entre la información precontractual y la escritura, así como la realización de unas advertencias específicas sobre determinadas cláusulas. Puesto que el asesoramiento previsto en el artículo 30 ha quedado superado por el régimen legal con la autorización del acta de información precontractual pueden entenderse efectuadas las advertencias presentes en dicho artículo que están embebidas en la información que ya se prestó en el acta, sin perjuicio de que pueda ser preciso aclarar en este punto (como ocurrirá con cualquier otra cláusula del préstamo) las dudas que pueda plantear el prestatario en el momento del otorgamiento de la escritura.

De la misma forma con motivo del otorgamiento del acta, puesto que entre la documentación entregada figura la copia del proyecto de contrato, queda asegurado el derecho a examinar el proyecto de escritura previsto en la Orden, con una antelación superior aún mayor, pues el proyecto de contrato puede ser objeto de examen desde su remisión durante un plazo mínimo de diez días.

Y, en todo caso, no es procedente la incorporación de la FEIN a la escritura de préstamo, requisito que ni siquiera exigía la Orden.

Por último, debe entenderse superada con el nuevo marco legal la doctrina de la DGRN (c.fr. entre otras Resolución de 5 de febrero de 2014) según la cual era necesario incluir en la escritura una mención acerca de la concordancia de la escritura con la documentación precontractual (en ese momento la FIPER). La ley 5/2019 ha atribuido en exclusiva el control preventivo de la transparencia material al notario, mediante la autorización del acta y las actuaciones que la misma conlleva. El acta positiva presupone el juicio por el notario del cumplimiento de los requisitos transparencia material, juicio que no es revisable por el registrador cuya calificación se limita a comprobar la inclusión en la escritura de una reseña en los términos previstos en el artículo 15. Por tanto, es contrario a la literalidad de la ley y a su espíritu exigir la inclusión de menciones adicionales para pretender un control para el cual se carece de competencia.

8º.- Otras reformas en materia de transparencia: Supresión de la expresión manuscrita y remisión de copia simple gratuita. Informe sobre depósito en el registro de condiciones generales.

La disposición adicional octava impone al notario autorizante de una escritura de préstamo sujeto a la Ley la entrega o remisión telemática al prestatario sin coste de una copia simple de aquella. Asimismo, dispone que los registradores de la propiedad remitirán también gratuitamente y de forma telemática al prestatario nota simple literal de la inscripción practicada y de la nota de despacho y calificación, con indicación de las cláusulas no inscritas y con la motivación de su respectiva suspensión o denegación.

Por último, exige hacer constar en la escritura una dirección de correo electrónico del prestatario para la práctica de estas comunicaciones. Siendo varios los prestatarios habrá que indicar la dirección de cada uno de ellos, salvo que manifiesten en la escritura su conformidad a recibir los documentos en una misma dirección de correo electrónico.

Finalmente cabe recordar que la Disposición Derogatoria deroga el artículo 6 de la Ley 1/2013 por lo que ya no será necesario en ningún préstamo hipotecario (incluido o no en el ámbito de aplicación de la Ley 5/2019) incluir la expresión manuscrita que dicho precepto regulaba.

Por último, una referencia a la Instrucción de la Dirección General sobre el Depósito de las Condiciones Generales en el Registro. De ella se desprende claramente que la ausencia de depósito no es óbice para la autorización de la escritura. Simplemente da lugar a la remisión de un informe al Ministerio de Justicia. Igual obligación de informar procederá si las condiciones depositadas, identificadas por el prestamista por su número de referencia, presentan una divergencia sustancial con las consignadas en la escritura. Pero, en ningún caso, ni la ausencia, ni la divergencia, representan un obstáculo para la autorización.

A fin de facilitar la remisión de informes, sin descartar la que se realice directa e individualmente al Ministerio de Justicia, este Consejo General prevé la posibilidad de ofrecer un servicio de comunicación centralizada al Ministerio de Justicia de modo que, por esta vía, quede cumplida la obligación que se nos impone.

II.-EL CONTROL DE ABUSIVIDAD.

Tras un accidentado trámite parlamentario, en el que conoció distintas redacciones, el artículo 84 de la LDCyU se ha mantenido inalterado. Sin embargo, sí se han modificado los artículos 12 y 258.2 de la Ley Hipotecaria; en concreto según el 258.2. *El registrador de la propiedad denegará la inscripción de aquellas cláusulas de los contratos que sean contrarias a normas imperativas o prohibitivas o hubieran sido declaradas nulas por abusivas por sentencia del Tribunal Supremo con valor de jurisprudencia o por sentencia firme inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.*

Con ello se ha acomodado el régimen legal a lo que ya venía consagrando la DGRN (a partir de las Resoluciones de 19 de octubre de 2016) según la cual notarios y registradores deben denegar la autorización e inscripción respectivamente pudiendo calificar el carácter abusivo de una cláusula cuando esté incluida en una lista negra, sea contraria a una norma imperativa que claramente la rechace o haya sido declarada nula en sentencia firme, siempre que la nulidad sea apreciable objetivamente sin necesidad de entrar en el análisis de conceptos jurídicos indeterminados.

¿Debe significar esto que la ley consagra un distinto ámbito competencial a notarios y registradores con relación al control de abusividad? Ésta habría sido la solución de haber prosperado la reforma del artículo 84 en la redacción que salió del Congreso que reducía el papel del notario a la mera advertencia, sin embargo, esa pretensión fue abandonada en el texto que finalmente ha pasado a ser Ley.

Por otra parte, tratándose de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia del TS con valor de jurisprudencia, su eficacia en el ámbito notarial no puede ser diferente según hayan sido inscritas o no en el Registro de Condiciones Generales de Contratación cuando su grado de conocimiento suele ser casi unánime entre los operadores jurídicos y, en particular, entre los notarios.

Además no cabe desconocer el principio de efectividad proclamado en el artículo 6.1 de la Directiva Comunitaria 13/93 de 5 de abril de 1993, que impone la no vinculación al consumidor de las cláusulas abusivas sin necesidad de previa declaración judicial de la nulidad, lo que obligaría a todas a las autoridades de los Estados miembros, entre quienes figuran los notarios y registradores, a evitar la aplicación en perjuicio del consumidor de cláusulas abusivas, actividad que debe desarrollarse no sólo a instancia de parte, sino también de oficio

Por todo ello, en la medida en que la ley no reforma la regulación existente sigue vigente la doctrina de la DGRN, más aún teniendo en cuenta que el control de abusividad ha hecho tránsito en gran medida a un control de legalidad en el que se trata de aplicar el régimen imperativo que la ley establece.

A este respecto es importante recordar, aunque sin entrar en el examen de su contenido, las siguientes normas imperativas que inciden en el contenido del contrato:

- distribución de gastos [art. 14.1 e)]
- régimen de préstamos en moneda extranjera (art. 20).
- clausulas de interés variable y prohibición de cláusula suelo (art.21).
- derecho al reembolso anticipado y comisiones que se pueden cobrar en ese caso (art. 23).
- vencimiento anticipado por impago (art. 24).
- intereses de demora (art. 25).
- y nueva redacción dada al artículo 129. 2 a) de la Ley Hipotecaria, según el cual no puede pactarse como tipo de subasta un importe inferior al valor señalado en la tasación (Disposición Final primera).

El control del contenido del contrato debe tener lugar lógicamente en el momento de su perfección, es decir al autorizar la escritura de préstamo. Sin embargo, esto no debe excluir la posibilidad de anticipar el juicio de legalidad a un momento anterior, desde que el notario recibe y examina la documentación precontractual. Evidentemente este juicio no podrá ser causa de denegación de la autorización del acta y su tramitación, pero podrá permitir al notario comunicar de forma anticipada la existencia, a su juicio, de cláusulas abusivas que impedirían la futura autorización de la escritura. Con ello el acta ofrece una utilidad adicional pues, al permitir anticipar el control de abusividad, lo hace más efectivo.

ANEXO: NOTAS PRÁCTICAS PARA LAS OPERACIONES EN LAS QUE LA DOCUMENTACIÓN PRECONTRACTUAL SE REMITA POR MEDIOS ALTERNATIVOS A LOS TELEMÁTICOS PREVISTOS EN LA LEY.

La DGRN ha dictado una Instrucción sobre el uso de las plataformas telemáticas 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.

La Instrucción parte de una doble realidad, fáctica y normativa:

-la ley 5/2019 (y el RD 309/2019 que la desarrolla) prevé la utilización de medios telemáticos, de un lado, para la remisión al notario de la documentación precontractual y, de otro, para el envío de las comunicaciones que el notario debe realizar con ocasión de la autorización del acta.

-En el momento actual existen entidades que no pueden realizar sus envíos y recibir las comunicaciones por los medios telemáticos legalmente previstos por no haber tenido tiempo de completar su desarrollo antes del 16 de junio.

Teniendo en cuenta el carácter instrumental y no esencial de los medios telemáticos, así como las consecuencias muy negativas que se generarían por la imposibilidad de formalizar operaciones por parte de estas entidades, la DGRN ha considerado imprescindible encontrar una solución transitoria y por medio de la Instrucción *“autoriza hasta el día 31 de julio de 2019 la firma de operaciones, mediando siempre el acta previa de información al cliente, pero tramitándose la preparación de la misma sin hacer uso de las plataformas informáticas previstas en dicha ley, empleando otros medios alternativos, como la entrega de la documentación en papel, su remisión por correo, o incluso por medios informáticos que reúnan las debidas medidas de seguridad.”*

La Instrucción deja claro que ello se debe hacer sin merma de los restantes principios que con carácter imperativo se establecen en la ley que desarrolla a continuación.

Para comprender claramente en qué consisten los principios enunciados y cuáles pueden ser los medios alternativos a los telemáticos previstos en la Ley cuya utilización autoriza la Instrucción, conviene analizar separadamente los dos tipos de envíos previstos en la Ley:

1.- LA REMISIÓN DE LA DOCUMENTACIÓN PRECONTRACTUAL AL NOTARIO POR PARTE DEL PRESTAMISTA, INTERMEDIARIO DE CRÉDITO O REPRESENTANTE DESIGNADO O, EN SU CASO, POR MEDIO DE SU REPRESENTANTE VOLUNTARIO (V.GR. GESTORÍA).

Para aquellas entidades que no puedan realizar el envío por los medios telemáticos legalmente previstos, podrán remitir la documentación precontractual por medios físicos (la entrega en

mano o el envío por correo o mensajero) o informáticos (v.gr. correo electrónico) siempre que se cumplan dos requisitos:

a) se garantice al prestatario el ejercicio de su derecho de elección de notario, de tal forma que la utilización de un medio alternativo al telemático previsto en la Ley no puede suponer una merma de este derecho. El prestamista debe advertir al prestatario de su derecho de elección y remitir la documentación por el medio alternativo que desee al notario por aquél elegido.

b) se asegure la fehaciencia de la fecha de entrega y que no ha existido alteración desde la misma fecha. Para lograr esta fehaciencia el artículo 14 de la Ley exige que el sistema telemático utilizado para la remisión de la documentación permita al notario comprobar la fecha en la que se han incorporado los documentos firmados por el prestatario a la aplicación, de tal forma que se puede presumir que al menos en esa fecha se ha producido la entrega de dichos documentos y, por tanto, será la que se tome en cuenta para el cómputo de los diez días.

Habiéndose remitido la documentación por los medios alternativos antes enunciados, la fecha solo puede ser fehaciente desde el momento en que se encuentra materialmente en poder del notario elegido para autorizar el acta, momento que presupone una entrega previa y desde el cual queda garantizada su inalterabilidad.

Excepcionalmente puede conseguirse una fecha fehaciente anterior al momento de la recepción de la documentación por parte del notario autorizante del acta, si la documentación precontractual ha sido previamente objeto de legitimación notarial de firmas, protocolización o depositada notarialmente (del soporte papel o del archivo informático que lo contenga mediante la generación del oportuno hash) por parte de otro notario.

En todo caso queda claro que la acreditación fehaciente de la fecha solo puede tener lugar con intervención notarial.

2º.- EL ENVÍO DE COMUNICACIONES POR EL NOTARIO AL PRESTAMISTA, INTERMEDIARIO DE CRÉDITO O SU REPRESENTANTE.

La Ley y el Reglamento que la desarrolla prevén las siguientes comunicaciones que debe remitir el notario al prestatista, intermediario de crédito o su representante:

- 1) Recibida la documentación, debe comunicar si está completa o existen *“errores o carencias en materia de identificación o de información”* (c.fr. art. 12.1 d) del Reglamento). Si desde el primer envío la documentación recibida está completa solo se generará

una comunicación, pero en caso contrario habrá tantas comunicaciones como envíos hasta que la documentación remitida sea completa.

- 2) Autorizada el acta el notario debe comunicar el resultado positivo o negativo del acta. Tratándose de acta negativa la comunicación debe expresar de forma extractada sus circunstancias reiterando el derecho del prestamista, intermediario de crédito o su representante designado el derecho a obtener copia (c.fr. art. 12.1 f) del Reglamento). El notario podrá sustituir la remisión circunstanciada en extracto prevista por el envío de una copia simple electrónica (Resolución en consulta de la DGRN de 16 de mayo de 2019). A este respecto conviene añadir que con arreglo al artículo 12.3 del Reglamento el notario debe realizar obligatoriamente la remisión de las copias cumpliendo los requisitos y procedimientos previstos en la normativa específica.

Al realizar estas comunicaciones el notario está realizando actuaciones integradas en su función pública ya que las mismas producen importantes efectos jurídicos como:

- reabrir el cómputo del plazo mínimo de diez días (cuando se comunica la existencia de errores u omisiones en la documentación remitida);
- posibilitar la comparecencia para recibir el asesoramiento previsto en el acta de información precontractual (cuando se comunica que la documentación recibida está completa);
- impedir la autorización de la escritura y, por tanto, la celebración del contrato (cuando se comunica el resultado negativo del acta);
- o permitir la autorización de la escritura y, por tanto, la celebración del contrato (cuando se comunica el resultado positivo del acta).

Estos importantes efectos jurídicos, previstos en la legislación, conllevan que deba aplicarse a las comunicaciones lo prescrito para las notificaciones notariales, con el contenido previsto para cada caso, en el supuesto de ser negativo, supone la remisión de un extracto del acta o una copia simple de la misma.

Todo lo anterior es lo que ha determinado que la DGRN de forma reiterada exija para estas comunicaciones la utilización de la red telemática prevista en el artículo 108.2 de la Ley 24/2001 que garantiza una interconexión segura, en la que están integrados obligatoriamente todos los notarios y que está sujeta a la inspección de la DGRN que puede determinar, mediante las Instrucciones oportunas, las características que hayan de reunir, con tecnologías periódicamente actualizadas, garantizando la ruptura del nexo de comunicación, de forma que se impida el televaciado y la manipulación del núcleo central de sus respectivos sistemas de almacenamiento de la información (artículo 108.3 Ley 24/2001).

En este sentido se ha pronunciado la Resolución en consulta de 16 de mayo de 2019 “...todas las comunicaciones previstas constituyen un traslado o testimonio de la diligencia extendida en el acta que ya se está autorizando y se firma electrónicamente por el notario y por tanto deben obligatoriamente realizarse por el notario elegido de conformidad con la legislación notarial, y la técnica de sus traslados (copia o testimonio, aún electrónicos) por el canal previsto, cumpliendo lo previsto a tal efecto en la Ley 24/2001 de 27 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y del orden social (Artículo 17 bis de la Ley del Notariado).”

Y así se pronuncia también la Instrucción de 14 de junio según la cual “para la preparación del acta y la subsiguiente escritura han de emplearse unos medios telemáticos seguros que deben cumplir una serie de requisitos, que se derivan del citado art. 14 de la Ley 5/2019, así como, en aquello que se refiera a la función pública notarial, de los arts. 107 y siguientes, en particular el art. 108 in fine, de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en su redacción vigente, y de las normas que desarrollan dichas leyes, principalmente el Real Decreto 309/2019, de 26 de abril.”

Una vez aclarado que las comunicaciones dirigidas por el notario al prestamista, intermediario de crédito o su representante designado, en los términos previstos legalmente, en la medida en que forman parte de su función pública, deben verificarse por medio de la plataforma prevista en la Ley 24/2001 o bien, como resuelve la Instrucción de forma coherente por el medio alternativo previsto en ella durante el periodo transitorio establecido, es decir, el 31 de julio de 2019.

A este respecto, la Instrucción señala que “Por último, las notificaciones que deba realizar el notario, para garantizar su efectividad, especialmente en los casos en que se hayan detectado errores o carencias en la documentación, deberán respetar las formas de notificación fehaciente por los medios tradicionales en papel. “

El párrafo reconduce a las formas de notificación notarial previstas en los artículos 202 y siguientes del Reglamento Notarial, por lo que la comunicación podrá ser objeto de entrega directamente por el notario al prestamista, intermediario de crédito o su representante designado o remitida a éste por correo certificado con acuse de recibo, dejando constancia de ello por medio de la oportuna diligencia en el acta de información precontractual de la cual, como se ha dicho, forman parte las notificaciones que se generan con motivo de su autorización.

En Madrid, a 17 de junio de 2019