

## **INFORME 11/2019 DE LA COMISIÓN DE CONSULTAS DOCTRINALES DEL COLEGIO DE REGISTRADORES SOBRE ASPECTO PRÁCTICOS DE LA LEY DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO 5/2019 DE 15 DE MARZO**

### **I.- INTRODUCCIÓN.**

Por razones de claridad expositiva y configuración práctica de este informe, en algunos apartados no se reproducirán los artículos de la nueva Ley ni la argumentación jurídica que lleva a las soluciones que se plantean. Respecto de los artículos se señalarán en cada apartado los que sean aplicables para facilitar su consulta; y respecto los argumentos de cada solución este informe se remite al trabajo más extenso del ponente, Ángel Valero Fernández-Reyes, que se ha publicado en el Boletín del Colegio en su número 64 moderno y está colgado en la intranet.

En los primeros apartados se recogen varios esquemas con los distintos supuestos que se pueden presentar en la práctica registral y la normativa que se entiende aplicable a cada uno de ellos, incidiendo más en concreto en los criterios de transparencia. En apartados posteriores al tratar de las restricciones concretas a la contratación se distinguirá entre los supuestos de CONSUMO RESIDENCIAL (préstamos y créditos que se han venido en denominar residenciales por su destino o por la naturaleza del inmueble hipotecado), a los que se aplica estrictamente la Ley en todos sus aspectos (transparencia y limitaciones contractuales), y los de CONSUMO GENERAL (el resto de los supuestos de consumo), respecto de los cuales, a falta de norma expresa, debe dilucidarse cuál es el régimen a aplicar en cada supuesto.

Con relación a esto último, señalar que la Orden EHA 2899/2011 que se entendía derogada en cuanto a los préstamos hipotecarios (Capítulo II del Título III) por cuanto su ámbito de aplicación, respecto de los mismos era exactamente el mismo que el de la nueva Ley 5/2019; por lo que no iba a servir como régimen de transparencia aplicable a los préstamos o créditos de CONSUMO GENERAL. Tras la reforma operada por la Orden ECE/482/2019 de 28 de abril (BOE 29 de abril de 2019), la situación a estos efectos sigue siendo la misma, ya que aunque se mantiene la vigencia de ese Capítulo de la Orden, se hace circunscrito al mismo ámbito que dicha Ley 5/2019, y, así, se ha modificado la rúbrica de ese Capítulo que ha pasado a denominarse “Normas relativas a los créditos y préstamos inmobiliarios regulados por la Ley 5/2019 de 15 de marzo”, y la redacción de varios artículos que se han equiparado a lo dispuesto en la LCI. A destacar que se mantiene la vigencia sin alteración de los artículos 29 y 30, que se refieren a la forma de redacción notarial de las escrituras de préstamo y crédito hipotecario y a sus obligaciones en ese ámbito, incluido la disposición del borrador al deudor con 3 días de antelación, lo cual no concilia muy bien con el acta previa notarial a la que luego nos referiremos.

El criterio que se ha seguido en cada uno de los supuestos analizados, ha sido el de aplicar a esos préstamos de CONSUMO GENERAL, cuando las hubiere, la normativa anterior que sigue vigente, o bien la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre consumo anterior a la reforma. Ciertamente esta regla general puede llevar a una desprotección registral del consumidor, pero el ámbito de aplicación de la nueva Ley, la interpretación restrictiva de las limitaciones legales, y la falta de normas alternativas, han llevado a adoptar este criterio.

[1]

Esta falta de seguridad jurídica ha sido motivada por el hecho de que el legislador a la hora de adaptar nuestro ordenamiento a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de contratación con consumidores en general, y más en concreto, la relativa al control de abusividad y transparencia de sus cláusulas, en el marco de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, *sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*; en vez de legislar para los préstamos de consumo en general (salvo excepciones que se indicarán), lo ha hecho solo para los préstamos subsumibles en el ámbito de la Directiva europea 2014/17, de 4 de mayo, *sobre contratos de crédito celebrados con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial*; cuya transposición es el primer objetivo de la Ley

En cuanto a la cuestión de derecho transitorio acerca de si es necesario exigir en las escrituras autorizadas a partir del día 22 de marzo de 2019 la incorporación de la FEIN en vez de la FIPER como parece en principio inferirse de la disposición transitoria 4ª, ya ha informado en sentido negativo la Vocal del Consumo, Rocio Perteguer, por lo que este informe no aborda esta cuestión y se remite al criterio expuesto por esa vocalía.

Por último, esta Ley será aplicable a todos los contratos de préstamo o crédito hipotecario, y a los de modificación de hipoteca y subrogación activa en la hipoteca, así como a las compras u otros negocios jurídicos con subrogación del deudor en el préstamo en que medie autorización del Banco que se otorguen a partir de su entrada en vigor el 17 de junio de 2019 (disposición transitoria 1ª.1 y 2, y disposiciones adicionales 6ª y 7ª).

## II.- ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY Y CALIFICACIÓN REGISTRAL.

### 1.- Ámbito General de aplicación (arts. 2.1 Ley 5/2019 y art. 3 LGDCU de 2007)

El artículo 2.1 de la LCI dispone que: “1. *Esta Ley será de aplicación a los contratos de préstamo concedidos por personas físicas o jurídicas que realicen dicha actividad de manera profesional, cuando el prestatario, el fiador o garante sea una persona física y dicho contrato tenga por objeto:*

*A) La concesión de préstamos con garantía hipotecaria u otro derecho real de garantía sobre un inmueble de uso residencial. A estos efectos, también se entenderán como inmuebles para uso residencial aquellos elementos tales como trasteros, garajes, y cualesquiera otros que sin constituir vivienda como tal cumplen una función doméstica.*

*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 garante sea un consumidor”*

Por su parte el artículo 3 LGDCU de 2007 señala que: “*son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. 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”*; y su artículo 4 define el concepto de empresario en el siguiente sentido: “*A efectos de lo dispuesto en esta norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.*”

Cuatro precisiones generales a destacar con carácter previo:

a) Que el supuesto de aplicación primero del indicado art. 2.1 Ley 5/2019 extiende su régimen jurídico a todas las personas físicas, con independencia de que sean o no consumidores (claramente en el número III del Preámbulo), es decir, aunque actúen en el ámbito de su profesión o empresa.

b) Que el supuesto segundo de dicho artículo circunscribe su ámbito de aplicación al préstamo residencial, como señala expresamente el Preámbulo (números III y IV) y diversos artículos dispersos en su texto.

c) Que La Ley 5/2019 se aplica tanto respecto de los préstamos *strictu sensu*, como respecto de los créditos en general (art.2.3), por lo que a lo largo del texto se utilizarán ambos términos indistintamente.

d) En la legislación española, por tanto, una persona jurídica, aunque sea una sociedad mercantil puede ser considerada consumidora y usuaria, porque lo relevante no es la personalidad jurídica de quien contrata sino el destino o el uso que se le dará al bien adquirido, que debe ser el consumo privado, lo que ocurre cuando los integrantes de la persona jurídica son los destinatarios finales de esos bienes y servicios (ej. compra de la vivienda habitual o vacacional de un socio).

Cosa distinta es que esos supuestos de consumo privado de las personas jurídicas sean excepcionales en la práctica o que, a efectos de inscripción, si de la escritura de préstamo hipotecario y de los asientos registrales no se deduce otra cosa, se pueda o deba presumir, en orden a la calificación de la misma, que la persona jurídica ha actuado con una finalidad relacionada con una actividad empresarial, comercial o profesional.

De todo lo expuesto se puede extraer, prescindiendo de momento de los garantes, la siguiente clasificación en orden a la distinta normativa a aplicar:

A) Préstamos a los que les es aplicable íntegramente la nueva normativa de la LCI. En este apartado prescindiremos de la presencia de garantes.

A estos préstamos, a los que se refiere el art. 2.1 de la LCI, les serán aplicables todas las normas de la misma, tanto las de transparencia material, singularmente la tramitación del “acta notarial previa”, como las de limitaciones contractuales. Son los siguientes:

1.- Préstamos de carácter de CONSUMO, prestatario persona física, e hipoteca de finca que es vivienda (trastero o garaje de uso doméstico) de su propiedad.

2.- Préstamos de carácter de NO CONSUMO, prestatario persona física (ej. trabajador autónomo), e hipoteca de finca que es vivienda (trastero o garaje de uso doméstico) de su propiedad.

3.- Préstamos de carácter de CONSUMO ESPECIAL, cuya finalidad concreta sea “adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir de uso residencial”, prestatario persona física consumidora, e hipoteca de finca que no sea vivienda o asimilado (locales, naves, fincas rústicas, etc).

La LCI es aplicable a los préstamos y créditos que se garanticen con garajes y/o trasteros de forma aislada, es decir, sin comprender en la misma operación la hipoteca de una vivienda, siempre que se destino sea el uso doméstico tanto de su titular como de un posible arrendatario. No estarían comprendidos en su ámbito, sin embargo, el supuesto de plazas de garaje o solares con destino a un uso rotatorio de los aparcamientos (parking privado), o de locales o naves que se transforman en trasteros o almacenes para su alquiler o explotación mercantil con similar finalidad.

Respecto de si quedan amparados por la nueva normativa los inmuebles de uso mixto (ej. despachos profesionales que se destinan también a uso residencial, etc), se entiende, dado el especial énfasis que la LCI hace en la protección de la vivienda, y la regla de la interpretación de las normas pro-consumidor, que la respuesta debe ser afirmativa siempre y no la regla del “objeto predominante” de la inversión.

En cuanto a qué supuestos podrían incluirse dentro del concepto de préstamos destinados “a adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir de uso residencial”, considero que, dada su finalidad de consumo, solo comprendería aquellos relacionados con la autopromoción, ya sea como por personas físicas individuales o en comunidad de bienes, pero no creo que incluya a las Cooperativas de viviendas. Entre esos supuestos, los más habituales son los de compra de solar urbanizado para construir una vivienda unifamiliar o varios pisos para su adjudicación a los autopromotores, o un local para transformarlo en vivienda, supuesto éste cada vez más frecuente en los cascos históricos de las grandes ciudades.

B) Préstamos a los que les es aplicable la normativa general de consumo:

A estos préstamos les son aplicables los criterios de transparencia material fijados por el TJUE y el TS, al estar sujetos a la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores; pero al no existir normas concretas de carácter objetivo que les sean directamente aplicables, desde el ámbito de la calificación registral no se puede exigir el acta notarial previa y ninguna otra documentación específica, salvo la aportación de una “oferta vinculante”, que no debe ajustarse a los requisitos de la FEIN, porque tal aportación viene a constituirse como un principio o requisito general de todo préstamo o crédito al consumo (ej, Directiva 2008/48 sobre crédito al consumo y art. 8 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo).

En cuanto a la aplicación a estos supuestos de las limitaciones contractuales de la LCI, nos remitimos a lo que se dice al examinar cada uno de los supuestos.

- 1.- Préstamos de carácter de CONSUMO (excepto el número 3 del apartado A), prestatario persona física, e hipoteca de finca que no es vivienda o asimilado.
- 2.- Préstamos de carácter de CONSUMO, prestatario persona jurídica, e hipoteca de finca que es vivienda (incluso puede ser la habitual de un socio) o asimilado perteneciente a la persona jurídica.
- 3.- Préstamos de carácter de CONSUMO, prestatario persona jurídica, e hipoteca de finca que no es vivienda o asimilado perteneciente a la persona jurídica.

En cuanto a la pregunta de cuándo un préstamo o crédito concedido a una persona

jurídica puede considerarse de consumo, no remitimos a lo expuesto al inicio de este apartado.

C) Préstamos a los que no les es aplicable ninguna normativa de consumo:

En principio estos préstamos se rigen por el principio de autonomía de la voluntad y solo estarían sujetos a los requisitos de “incorporación” de las condiciones generales de los contratos, recogidos en el artículo 5 y siguientes de la Ley CGC 7/1998 de 13 de abril, y de legalidad general, pero no a las reglas de transparencia material ni a control de abusividad.

1.- Préstamos de carácter de NO CONSUMO, prestatario persona física, e hipoteca de finca que no es vivienda o asimilado.

2.- Préstamos de carácter de NO CONSUMO, prestatario persona jurídica, e hipoteca de finca que es vivienda o asimilado perteneciente a la persona jurídica.

3.- Préstamos de carácter de NO CONSUMO, prestatario persona jurídica, e hipoteca de finca que no es vivienda o asimilado perteneciente a la persona jurídica.

2.- Supuestos especiales a los que no les es aplicable la nueva Ley (art.2.4 LCI).

a) A los préstamos concedidos por un empleador a sus empleados, a título accesorio y sin intereses o cuya Tasa Anual Equivalente sea inferior a la del mercado, y que no se ofrezcan al público en general.

Dentro de esta excepción NO se encuentran comprendido los préstamos o créditos concedidos por las entidades de crédito a sus empleados en condiciones favorables de tipo de interés, que son los que más llegan a las oficinas registrales, a los que SI será de aplicación esta nueva normativa de la LCI en su integridad por no cumplirse el resto de los requisitos de la excepción.

Los préstamos concedidos por una empresa no bancaria a sus empleados, la empresa tiene la condición de profesional y el trabajador de consumidor, SI están incursos en esta excepción; pero son préstamos de CONSUMO GENERAL que se encuadran dentro del Grupo B de la clasificación anterior.

b) A los préstamos concedidos sin intereses y sin ningún otro tipo de gastos, excepto los destinados a cubrir los costes directamente relacionados con la garantía del préstamo.

Estos préstamos, si existe una parte predisponente, se encuadran también dentro del Grupo B de préstamos de CONSUMO GENERAL.

c) A los préstamos concedidos en forma de facilidad de descubierto y que tengan que reembolsarse en el plazo de un mes. Rara vez se garantizarán con hipoteca.

d) A los préstamos que sean el resultado de un acuerdo alcanzado ante un órgano jurisdiccional, arbitral, o en un procedimiento de conciliación o mediación. Rara vez se garantizarán con hipoteca.

e) A los préstamos relativos al pago aplazado, sin gastos, de una deuda preexistente, siempre que no se trate de contratos de préstamo garantizados por una hipoteca sobre bienes inmuebles de uso residencial.

La indicada salvedad implica que, en lo afecta al registro de la propiedad, estos préstamos estarán encuadrados dentro del grupo A, B o C, según cuál sea el resto de las circunstancias concurrentes.

f) A los préstamos o créditos garantizados con hipoteca inversa, en sus distintas modalidades.

Por su propia naturaleza se encuadrarán dentro del Grupo B de CONSUMO GENERAL aunque concurrieran los supuestos de aplicación del Grupo A, dada la expresa excepción que se establece.

Como quiera que en la LCI no se recoge una norma especial de transparencia, se deberá exigir el régimen de transparencia regulado especialmente en los artículos 32 septies a 32 terdecies y 24, 26 a 30 de la Orden EHA 2899/2011 tal como han quedado redactados tras la modificación llevada a cabo por la Orden ECE/482/2019 de 28 de abril (BOE 29 de abril de 2019).

### 3.- La repercusión de la presencia de garantes (art. 2.1 LCI).

De la dicción literal del artículo 2.1 de la LCI que comentamos parece deducirse que serán supuestos de aplicación de la nueva normativa, aquellos en que exista un fiador o garante persona física (aunque el prestatario no tenga tal condición), siempre que se hipoteque una vivienda o inmueble asimilado, o cuando la finalidad del préstamo sea *“adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir de uso residencial”*, aunque la finca hipotecada no tenga el carácter de vivienda ni el prestatario sea persona física.

Tal dicción literal, sin matiz alguno, lleva a concluir que a los supuestos encuadrables en la nueva normativa en la categoría del CONSUMO RESIDENCIAL, les es aplicable en su integridad a tales garantes, es decir, tanto en cuanto a la normativa de transparencia como en cuanto a la delimitadora del contenido contractual de determinadas cláusulas, porque viene a considerar ambos contratos como uno solo, y, además, ambos conjuntos de reglas respecto a todo tipo de garantes (aunque sean fiadores o avalistas personales), ya que no se hace diferenciación de trato respecto de ninguno de ellos. Con ello se quiere decir que la existencia de un garante de los indicados implica la necesidad de aplicar las limitaciones contractuales de la Ley, aunque el prestatario sea un profesional y la de denegar las cláusulas del contrato que no se ajusten a ello.

En aquellos supuestos de CONSUMO GENERAL que no entren dentro del ámbito de aplicación de la LCI, de acuerdo con la doctrina del TJUE y de la DGRN (ver resoluciones de 29 de septiembre de 2014, y de 14 de julio y 31 de octubre de 2017), serán aplicables las normas de transparencia a los garantes pero el contrato no se verá afectado por las limitaciones contractuales a los distintos tipos de cláusulas.

A este respecto, sin perjuicio de la posible nulidad, en determinados supuestos, de la cláusula de fianza o aval, o de determinadas renunciaciones contenidas en la mismo de

derechos del avalista, el Tribunal Supremo, en la sentencia nº 1901/2018, de 17 de mayo, no declara la nulidad del aval, sino que establece que únicamente procede declarar la ineficacia de “la cláusula suelo” respecto de la fiadora que carecía de vínculo funcional con la empresa prestataria, por falta de transparencia contractual; pero no respecto de la parte prestataria, ni respecto del resto de fiadores y garantes hipotecarios que sí tengan ese vínculo funcional. Esta doctrina, implicaría que la cláusula de que se tratare sería inscribible para afectar solo a esas personas a las que es aplicable.

Por otra parte, según la doctrina actual del TJUE y del TS, no es aplicable la protección de la normativa de consumo, si el garante tiene la condición de profesional en ese ámbito de actividad (otorgar avales u otras garantías), o que tenga una vinculación funcional con el prestatario profesional (ej. sociedad mercantil en su ámbito empresarial) del negocio principal, es decir, que sea socio, administrador o apoderado del mismo, no siendo suficiente que sea simplemente trabajador, como ya se ha expuesto. Este criterio se sigue considerando aplicable a los supuestos de CONSUMO GENERAL.

Sin embargo tratándose de supuestos de CONSUMO RESIDENCIAL que caen en el ámbito de la LCI tratándose de garantes personas físicas no se aplica tal excepción y se aplicarán las normas de esta Ley íntegramente porque a las personas físicas garantes les es extensiva, también, la protección que se dispensa al prestatario persona física profesional en esta Ley; con la excepción del supuesto de préstamos destinados a “adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir de uso residencial”, en que se exige expresamente la condición de consumidor del prestatario y, en su caso, del garante.

Por último, señalar que el TJUE, junto con las tradicionales figuras de garantía del fiador, avalista o del hipotecante de deuda ajena (de vivienda u otro tipo de inmueble), considera también como garante a la figura del deudor solidario no beneficiario del préstamo, es decir, aquellas personas que, aunque no sean los verdaderos destinatarios finalistas del crédito, asumen, sin embargo, directamente el pago del mismo y son parte en el contrato principal. En estos casos, el contenido de las cláusulas del préstamo hipotecario habrá de adaptarse siempre a lo que fuere aplicable según el grupo de consumos en que nos hallemos porque el deudor solidario es parte directa en el contrato principal garantizado.

#### A) Préstamos a los que les es aplicable íntegramente la nueva normativa.

1.- Préstamos de carácter de CONSUMO O DE NO CONSUMO, prestatario persona jurídica, codeudor solidario, fiador, avalista o garante mobiliario que es persona física (aunque tenga una vinculación funcional con el prestatario), e hipoteca de finca que es vivienda o asimilado perteneciente a la persona jurídica.

2.- Préstamos de carácter de CONSUMO O DE NO CONSUMO, prestatario persona jurídica, hipotecante de deuda ajena que es persona física (aunque tenga una vinculación funcional con el prestatario), e hipoteca de finca que es vivienda o asimilado perteneciente a dicho garante hipotecario.

3.- Préstamos de CONSUMO ESPECIAL cuya finalidad concreta sea “adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir de uso residencial”, prestatario persona jurídica, codeudor solidario, fiador, avalista o garante

mobiliario que es persona física consumidora, e hipoteca de finca que no es vivienda o asimilado perteneciente a la persona jurídica.

4.- Préstamos de CONSUMO ESPECIAL cuya finalidad concreta sea “adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir de uso residencial”, prestatario persona jurídica, hipotecante de deuda ajena que es persona física consumidora, e hipoteca de finca que no es vivienda o asimilado perteneciente a dicho garante hipotecario.

A efectos de calificación registral, en todos estos supuestos, dado que como se ha explicado su presencia “contamina” el contenido del contrato de préstamo garantizado, habrá de calificarse tanto el cumplimiento respecto de los garantes de la normas de transparencia material de la LCI (reseña del acta notarial previa de transparencia), como la adaptación de las cláusulas contractuales del préstamo a las limitaciones contenidas en la misma.

B) Préstamos a los que les es aplicable la normativa general de consumo respecto de los garantes.

1.- Préstamos de carácter de CONSUMO (excepto los números 3 y 4 del apartado A) o de NO CONSUMO, prestatario persona física, hipoteca de finca que no es vivienda o asimilado del prestatario, y persona física consumidora que sea codeudor, avalista, fiador o garante mobiliario.

2.- Préstamos de carácter de CONSUMO (excepto los números 3 y 4 del apartado A) o de NO CONSUMO, prestatario persona física, hipoteca de finca que no es vivienda o asimilado perteneciente al hipotecante no deudor, y persona física consumidora que sea hipotecante de deuda ajena.

3.- Préstamos de carácter de CONSUMO O DE NO CONSUMO, prestatario persona jurídica, hipoteca de finca que no es vivienda o asimilado del prestatario, y persona física consumidora que sea codeudor, avalista, fiador o garante mobiliario.

4.- Préstamos de carácter de CONSUMO O DE NO CONSUMO, prestatario persona jurídica, hipoteca de finca que no es vivienda o asimilado perteneciente al hipotecante no deudor, y persona física consumidora que sea hipotecante de deuda ajena.

En este segundo grupo de supuestos, considero que debe aplicarse estrictamente la doctrina del TJUE respecto de las exigencias contractuales con los garantes, antes expuestas, por lo que en la calificación registral solo deberá exigirse el cumplimiento de las normas de transparencia material que fueren aplicables (vale aquí lo dicho en la letra B del apartado relativo a los prestatarios) respecto de aquellos tipos de garantes que tienen alguna transcendencia registral, es decir, cuando el garante sea codeudor no beneficiario, porque su presencia afectara al contenido del contrato de préstamo (en los términos que para el consumo en general se verán), o un hipotecante de deuda ajena, porque la inscripción de la hipoteca le afecta directamente.

Es discutible, sin embargo, que en el caso de avalistas o fiadores personales o pignoratícios, deba mantenerse ese control registral sobre la transparencia material, ya

que tales contratos, vayan o no incorporados a la escritura de préstamo hipotecario, no tiene acceso al Registro, ni afectan al contenido de la obligación principal garantizada.

#### 4.- La transcendencia de la figura del prestamista.

Como ya se ha señalado, según el artículo 2.1 de la nueva Ley, la misma será de aplicación a los contratos de préstamo, concedidos por personas físicas o jurídicas que realicen dicha actividad de manera profesional, y que cumplan los demás requisitos que se establecen, por lo que el carácter profesional del prestamista se constituye como un presupuesto de aplicación de la normativa. Este concepto de prestamista coincide con el recogido en el artículo 2 de la Directiva 93/13/CEE de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y en el artículo 4 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

A este respecto el artículo 4 de la LCI define como «Prestamista inmobiliario» a toda persona física o jurídica que, de manera profesional, realice la actividad de concesión de los préstamos a los que se refiere el artículo 2.1, letras a) y b); definición que comprende tanto a todas las entidades de crédito, establecimientos financieros de crédito y sucursales en España de entidades de créditos extranjeras, como a otros prestamistas profesionales que quieran actuar en este sector de concesión de préstamo, los denominados prestamistas inmobiliarios, a lo que en la propia Ley se impone la obligación de inscribirse en un Registro especial que se llevará en el Banco de España o, en caso, de ser ese su ámbito de actuación de una Comunidad Autónoma (art. 42.1).

El Registro de la Propiedad deberá denegar todos los actos o negocios relacionados con este tipo de préstamos, realizados por este clase de entidades, si éstas no cumplen el expresado requisito de inscripción en el correspondiente Registro especial (art. 42.2), y las hipotéticas inscripciones que se realizaren en aquél contraviniendo lo anterior serán nulas de pleno derecho, si bien las mismas no perjudicarán los derechos de terceros de buena fe, adquiridos conforme al contenido de los asientos registrales, con lo que se respetan los principios del sistema registral.

Paralelamente la LCI, en la disposición final novena, modifica los artículos 1 y 5 de la Ley 2/2009 por la que se regula la contratación con consumidores de préstamos y créditos hipotecarios por profesionales que no fueran entidades de crédito, reduciendo su ámbito de actuación a “la concesión de préstamos o créditos hipotecarios, distintos a los previstos en el artículo 2.1.a) y b) de la Ley XX/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, bajo la forma de pago aplazado, apertura de crédito o cualquier otro medio equivalente de financiación.”. Ello implica que según cuál sea el tipo de préstamo o crédito hipotecario que se pretenda inscribir por las prestamistas profesionales no entidades de crédito, se deberá exigir la acreditación de la inscripción de los mismos en el Registro del Banco de España o del Instituto Nacional de Consumo, diversificación de rama de actividad cuya razón de ser no se entiende muy bien cuando la Directiva 2014/17 no la imponía.

Por su parte, el párrafo final del artículo 2.1 de la LCI establece que “se entenderá que la actividad de concesión de préstamos hipotecarios se desarrolla con carácter profesional cuando el prestamista, sea persona física o jurídica, intervenga en el mercado de servicios financieros con carácter empresarial o profesional o, aun de forma ocasional, con una finalidad exclusivamente inversora”. No se entiende muy bien a qué

concesión de préstamos se refiere con la expresión “*aun de forma ocasional, con una finalidad exclusivamente inversora*”, pues si por inversión se entiende la propia concesión del préstamo, el ámbito de aplicación de la norma por razón del prestamista se ampliaría a todo préstamo que se concediese.

La expresión “ocasional”, por contraposición a la “habitualidad”, no se refiere realmente a la concesión de un solo préstamo o crédito aislado, sino a la sucesiva concesión de los mismos, aunque no con la suficiente frecuencia para poder alcanzar la consideración de habitual como categoría mercantil. En este caso sería la aplicación la doctrina de la DGRN, recogida entre otras en las resoluciones de 4 de febrero y 27 de julio de 2015 y 31 de mayo, 7 y 11 de julio, 2 de septiembre y 10 de octubre de 2016, según la cual en caso de que el registrador averigüe de los datos de su propio Registro o mediante la consulta a los Registros accesibles *on line* la existencia de otros préstamos hipotecarios concedidos por el acreedor, debe presumirse, en aras a la protección del consumidor, el carácter de prestamista habitual del concedente y, por tanto, rechazarse la inscripción de la hipoteca si no se cumplen los requisitos de inscripción en el Registro Especial y de transparencia material, salvo que tal presunción sea desvirtuada de forma fehaciente, como, por ejemplo, mediante un acta notarial de notoriedad dirigida a acreditar la amistad entre el prestamista y los prestatarios y el estado de necesidad de éstos, que justificaría la concesión, con carácter excepcional, de los préstamos.

También se considera aplicable la actual doctrina de la DGRN acerca de los cesionarios de créditos, a los que, aunque no fueran habituales, pero sí ocasionales en el sentido antes expuesto, les sería aplicable la LCI y, en su caso, la Ley 2/2009.

#### 5.- La subrogación de un tercero en la posición del prestatario.

Para los supuestos de subrogación de los adquirentes de viviendas, u otros inmuebles asimilados, en la obligación personal de pago de los préstamos hipotecarios que las gravasen, la LCI contiene dos normas:

A) La primera es la disposición adicional sexta, aplicable a los supuesto de transmisiones entre no profesionales, según la cual “Las disposiciones previstas en esta Ley serán de aplicación a los supuestos de subrogación de deudor en la obligación personal cuando la misma se produzca con ocasión de la transmisión del bien hipotecado y a los de novación modificativa del contrato de préstamo”; lo que implica, que en caso de consentimiento del acreedor en la escritura de compraventa de la subrogación del adquirente, deberá exigirse, si concurren los presupuestos de su aplicación, la acreditación del cumplimiento de las exigencias de transparencia material de la LCI y, en su caso, la adaptación de las cláusulas financieras que lo necesiten.

Para el supuesto, bastante habitual en la práctica, de indicación en la escritura de venta que el comprador retiene la parte del precio de la venta correspondiente al saldo pendiente del préstamo hipotecario que grava la finca adquirida, en cuya obligación personal de pago de subroga, pero sin que concurra el acreedor hipotecario a prestar su consentimiento, se considera que al no existir una verdadera subrogación, debe considerarse que se trata de una simple indicación de las forma de pago del precio, a los efectos del artículo 11 de la Ley Hipotecaria, y no será aplicable la LCI objeto de este estudio.

Tampoco será aplicable la norma antes mencionada, en los supuestos de extinción de comunidad ordinaria, de la sociedad conyugal u otros similares, en que el adjudicatario de la finca hipotecada se subrogará personalmente en la deuda de los demás propietarios, liberándoles de ella, porque los requisitos de transparencia material ya se han cumplido anteriormente con él.

B) La segunda norma es la disposición adicional séptima, que dispone, como una obligación del empresario constructor con ocasión de la transmisión del inmueble hipotecado, que “el empresario que, con ocasión de la transmisión de un inmueble hipotecado, vaya a pactar con el comprador la subrogación de éste en la obligación personal de un préstamo inmobiliario sujeto a esta Ley, debe comunicarlo al prestamista con al menos 30 días de antelación a la fecha de la firma prevista, al objeto de que el prestamista pueda realizar el necesario análisis de su solvencia y dar cumplimiento a los requisitos de información precontractual y el resto de las obligaciones exigidas en esta Ley y su desarrollo reglamentario, dando tiempo al potencial prestatario a buscar alternativas de financiación hipotecaria”.

En este supuesto, el otorgamiento de las ventas deberán amoldarse a ese período de tiempo de 30 días, en el cual el banco titular registral, si finalmente decide aceptar la subrogación, deberá cumplir con los requisitos de evaluación de la solvencia, información precontractual y transparencia material. Se hace necesaria, en consecuencia, la concurrencia del banco acreedor a la firma de la escritura de compra para consentir la subrogación personal del adquirente, y la acreditación por el medio legalmente establecido de la previa formalización del “acta previa notarial” a efectos de transparencia material.

### **III.- NORMAS DE TRANSPARENCIA MATERIAL EN MATERIA DE PRÉSTAMOS INMOBILIARIOS.**

1.- La información precontractual por parte del acreedor inmobiliario. Esta materia viene regulada en el artículo 14 de la nueva Ley que establece que el prestamista, intermediario de crédito o su representante designado, en su caso, deberá entregar al prestatario o potencial prestatario, con una antelación mínima de diez días naturales respecto al momento de la firma del contrato una serie completa de documentación para que proceda a un estudio exhaustivo antes de tomar la decisión, sistema que pretende evitar la contraproducente alternativa del derecho de desistimiento del prestatario poco adecuado en el caso de préstamos hipotecarios.

La documentación que debe aportarse viene constituida, fundamentalmente, por la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN), que sustituye a la FIPER actual; la Ficha de Advertencias Estandarizadas (FIAE); el documento separado acerca del interés variable con una referencia especial a las cuotas periódicas a satisfacer por el prestatario en diferentes escenarios de evolución de los tipos de interés; una copia del proyecto de contrato, cuyo contenido deberá ajustarse al contenido de los documentos referidos en las letras anteriores que incluirá, de forma desglosada, la totalidad de los gastos asociados a la firma del contrato; y la manifestación firmada por el prestatario, en la que declare que ha recibido la documentación y que le ha sido explicado su contenido, por parte del acreedor.

Desaparece la necesidad de suscribir la manifestación o expresión manuscrita que recogía el artículo 6 de la Ley 1/2013, que es expresamente derogada.

Toda esta documentación firmada por el prestatario deberá remitirse también al notario elegido por el prestatario a los efectos de la confección del “acta notarial de transparencia”. La remisión de la documentación se realizará por medios telemáticos seguros.

2.- Comprobación notarial del cumplimiento del principio de transparencia material. Dispone el artículo 15 LCI que sin perjuicio de las explicaciones adecuadas que el prestamista, el intermediario de crédito o su representante, en su caso, deben facilitar al prestatario, el prestatario habrá de comparecer ante el notario por él elegido a efectos de obtener presencialmente el asesoramiento acerca de cualquiera de las condiciones del contrato.

Además, el notario debe verificar 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 previa a la formalización del préstamo hipotecario: a) El cumplimiento de los plazos legalmente previstos de puesta a disposición del prestatario de los documentos descritos en el artículo 14.1. b) Las cuestiones planteadas por el prestatario y el asesoramiento prestado por el notario. c) que ha prestado asesoramiento relativo a las cláusulas específicas recogidas en la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) y en la Ficha de Advertencias Estandarizadas (FIAE), de manera individualizada y con referencia expresa a cada una, sin que sea suficiente una afirmación genérica. d) que el prestatario ha respondido a un test que tendrá por objeto concretar la documentación entregada y la información suministrada.

El prestatario o quien le represente a estos efectos deberá comparecer ante el notario, para que este pueda extender el acta, como tarde el día anterior al de la autorización de la escritura pública del contrato de préstamo. 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, en los términos señalados en un apartado anterior.

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. El acta donde conste la entrega y asesoramiento imparcial al prestatario no generará coste arancelario alguno.

3.- Calificación registral de la transparencia y valor del acta notarial previa de transparencia y calificación registral. Conforme al artículo 17 bis apartado 2.b) de la Ley del Notariado y el artículo 319 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, el contenido del acta se presumirá veraz e íntegro, y hará prueba del asesoramiento prestado por el notario y de la manifestación de que el prestatario comprende y acepta el contenido de los documentos descritos, a efectos de cumplir con el principio de transparencia en su vertiente material.

Ahora bien, respecto de esos efectos probatorios nada se dice acerca de la necesaria concordancia de su contenido con la escritura de hipoteca firmada, importante a los efectos que dirán, porque nada puede decir ya que esta última es un documento

independiente que se otorga con posterioridad a esta acta notarial.

En la escritura pública del préstamo, que no podrá autorizarse si no se hubiere otorgado el acta previa (art. 22.2) 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.

Este contenido de la reseña deberá exigirse estrictamente a la hora de la calificación de la escritura de hipoteca, pero no podrá reclamarse expresamente la presentación de dicha acta notarial. Así, el artículo 22.2 LCI solo señala que *“los registradores de la propiedad ... no inscribirán ninguna escritura de hipoteca que se refiera a los préstamos regulados en esta Ley en la que no conste la reseña del acta notarial conforme al artículo 15.7”*; por lo que aparentemente la función registral en esta ámbito queda limitada a que el notario deje constancia de dicha reseña, la cual, por otra parte, como antes se ha señalado tiene un contenido manifiestamente insuficiente.

En este sentido, la expresión referida “al prestatario” como receptor de la información es incompleta, dado que, como se ha indicado en un apartado anterior, en caso de existir hipotecantes de deuda ajena u otro tipo de fiadores o garantes, los requisitos de transparencia material deben cumplirse también con los mismos, por lo que la indicada “reseña identificativa” del acta en la escritura de hipoteca debe indicar también esta circunstancia con expresión de los nombres y de que han firmado todos los documentos.

Como se observa de la literalidad del citado artículo 15.7, tampoco se dice nada acerca de que el notario deba dar fe expresa de la concordancia absoluta del contenido de la escritura de hipoteca con el contenido de la FEIN, circunstancia que parece necesaria para poder inscribir la hipoteca, salvo que la FEIN se incorpore también a la escritura para el cotejo registral.

Por último, dado que el requisito de la simple reseña se circunscribe a los préstamos regulados en la nueva LCI, respecto de los demás préstamos hipotecarios que tengan el carácter de consumo, el registrador de la propiedad podrá exigir la presentación de los documentos que sean procedentes, aunque, como se ha expuesto anteriormente, salvo la aportación de la “oferta vinculante” realizada, no podrá exigirse nada más porque ninguna norma hay que se pueda aplicar y el control en abstracto de la transparencia material es de exclusiva competencia judicial.

#### **IV.- CALIFICACIÓN REGISTRAL DE LAS CLÁUSULAS DE LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS.**

En este ámbito la calificación registral de las cláusulas de los préstamos hipotecarios la misma sale reforzada con la reforma y, así, la disposición final primera de la LCI modifica, en este ámbito, los artículos 12.2 y 258.2 de la Ley Hipotecaria.

Tras la reforma el artículo 12 de la Ley Hipotecaria dispone que *“Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por la hipoteca, cualquiera que sea la entidad acreedora, en caso de calificación registral favorable de las mismas y de las demás cláusulas de trascendencia real, se harán constar en*

*el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización”, lo que supone dos modificaciones importantes, la primera, el reconocimiento legal de la competencia registral en cuanto a la calificación de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios y, la segunda, que dicha calificación comprende tanto los préstamos hipotecarios concedidos tanto por las entidades de crédito (antes aparentemente excluidos) como por cualquier otro prestamista, profesional o no profesional.*

Por su parte, el artículo 258.2 de la Ley Hipotecaria dispone: “*El registrador de la propiedad denegará la inscripción de aquellas cláusulas de los contratos que sean contrarias a normas imperativas o prohibitivas (incluida la lista negra de los artículos 85 a 90 LGDCU) 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 lo que viene a recoger la actual doctrina del Tribunal Supremo (STS de 13 de septiembre de 2013) y de la DGRN, sistematizada por las resoluciones de 28 de abril y 25 de septiembre de 2015.*

En cuanto a lo no modificación del artículo 84 de la LGDCU, éste sigue diciendo que: “*Los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación”;* lo cual no puede ser aplicable porque según la doctrina del TJUE sobre la interpretación del artículo 6.1 de la Directiva 93/13, los contratos con cláusulas abusivas no se anulan, sino solo las cláusulas que lo sean, subsistiendo el contrato, por lo que, como bien dice ahora el artículo 258.2 de la LH, se denegará la cláusula pero se inscribirá la hipoteca, salvo que la cláusula nula afecte al contenido esencial del derecho real de hipoteca conforme a la vigente doctrina de la DGRN.

Ahora bien, también en este ámbito de la calificación registral la aparente no necesidad de aportación al Registro de la Propiedad del “acta notarial previa” con la escritura de préstamo hipotecario va a afectar a la calificación de sus cláusulas, en perjuicio de los consumidores, porque al estar la FEIN incorporada a dicha acta y no a la escritura como hasta ahora, el registrador no va a poder apreciar la concordancia de las cláusulas de la escritura respecto del contenido de la referida Ficha (supuesto relativamente frecuente), según determina la resolución de 31 de mayo de 2016; siendo que el contenido de las cláusulas de la escritura de préstamo hipotecario debe ajustarse a lo recogido en la “Ficha Europea de Información Normalizada” (art. 14.1.d LCI), que no podrán, en perjuicio del prestatario consumidor, desvirtuar el contenido de aquellas, debiendo el prestamista aceptar las condiciones ofrecidas en la oferta vinculante -sin alteración alguna- si el cliente las acepta dentro del plazo de su vigencia.

La nulidad de pleno derecho de las cláusulas del contrato que sean discrepantes con lo dispuesto en la FEIN, unido a la práctica, bastante frecuente, de efectuarse en aquél remisiones a ésta en cuanto al contenido de diversas estipulaciones, especialmente a la cuantía de las “bonificaciones”, a que la calificación de la citada concordancia encaja plenamente dentro del ámbito de la calificación registral, y a que el acta notarial previa no constituye ni puede constituir prueba a este respecto, llevan a la consideración de que la FEIN, como ahora la FIPER, debería también incorporarse a la escritura de préstamo hipotecario.

Por último, relacionado con la calificación registral, se introduce en la disposición adicional 8ª de la Ley la obligación de los registradores de la propiedad de remitir gratuitamente y de forma telemática al prestatario “*nota simple literal de la inscripción practicada y de la nota de despacho y calificación, con indicación de las cláusulas no inscritas y con la motivación de su respectiva suspensión o denegación*”, a cuyo fin en la escritura de hipoteca se hará constar una dirección de correo electrónico del prestatario para la práctica de estas comunicaciones.

La finalidad de esta obligación registral radica en la necesidad, a efectos de transparencia, de que el prestatario conozca de primera mano qué cláusulas del contrato de préstamo se han inscrito y cuáles no, a los efectos de defenderse, por la vía declarativa, en caso de que la entidad de crédito quisiera aplicarle alguna estipulación no inscrita y, eventualmente, oponerse a su aplicación en el procedimiento de ejecución hipotecaria, solicitando su rechazo por el correspondiente juez, en aplicación del artículo 130 de la Ley Hipotecaria, que, como ya hemos señalado anteriormente, dispone que la ejecución hipotecaria solo podrá basarse en el contenido de las cláusulas inscritas.

A este respecto se recomienda encarecidamente revisar las notas de calificación de las hipotecas en lo relativo a las cláusulas que no se inscriben y a su fundamentación jurídica, con el objeto de que queda claro e inteligible para el consumidor qué cláusulas no se inscriben y la razón de la denegación, recordando que según doctrina de la DGRN las notas de calificación no pueden ser mera transcripción de preceptos legales sino que tiene que contener una explicación somera pero clara y suficiente.

## **V.- CLÁUSULAS IMPERATIVAS Y CLÁUSULAS ADMISIBLES EN LA NUEVA LEY DE CRÉDITO INMOBILIARIO.**

Contiene también la Ley de Créditos Inmobiliarios una serie de normas en que se regulan, de forma diversa en cuanto al alcance de las mismas, pues en algunas no se admite pacto en contrario y en otras sí, pero solo en beneficio del consumidor, las cláusulas financieras que más controversia han suscitado en el plano de la abusividad, a las que vamos a dedicar este apartado, como son: los tipos de referencia y la cláusula suelo, el interés moratorio, la cláusula de imputación de gastos, las comisiones bancarias, los servicios vinculados y combinados y las bonificaciones del tipo de interés, la cláusula de vencimiento anticipado, la fijación del tipo para subasta y la denominada cláusula multidivisa.

A continuación se analizan las normas que la nueva Ley contiene respecto de cada una de esos tipos de cláusulas, para después señalar qué norma o criterio se considera aplicable a las mismas cuando se esté en presencia de un préstamo hipotecaria al que le sea aplicable la normativa general de consumo, pero no la específica de la Ley de Créditos Inmobiliarios.

### 1.- El interés remuneratorio: los tipos de referencia y la cláusula suelo.

#### 1.1.- Los tipos o índices de referencia aplicables.

Respecto de las cláusulas de interés variable, la LCI en el artículo 14.5 proclama el principio de libertad contractual para después admitir expresamente la aplicación por los prestamistas “*de los índices o tipos de interés de referencia que publique el Ministerio de*

*Economía y Empresa por sí o a través del Banco de España, conforme a lo establecido en el artículo 5 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito”<sup>1</sup>.*

Sin embargo, en el artículo 21 se restringe o delimitan los contornos de esa libertad contractual al señalar, de conformidad con las prescripciones de los artículos 13 y 24 de la Directiva 2014/17, las características de los índices o tipos de referencia que son utilizables. Así, dicho artículo dispone:

a.- En defecto de pacto el tipo de interés será fijo (se entiende que será el tipo pactado como inicial) pues se establece que “*el tipo de interés del préstamo no podrá ser modificado en perjuicio del prestatario durante la vigencia del contrato, salvo acuerdo mutuo de las partes formalizado por escrito*”.

b.- En caso de pactarse la variación del tipo de interés, tal variación del coste del préstamo se deberá ajustar, al alza o a la baja, a la de un índice de referencia objetivo, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 85.3 de la LGDCU, que no permite que el acreedor se reserve la facultad de modificar unilateralmente el tipo de interés sin previo aviso, o, aunque la variación del mismo se encuentren adaptados a un índice legal, se excluya la obligación del acreedor de informar al prestatario con antelación razonable de la variación o se excluya la facultad de ésta de resolver inmediatamente el contrato sin penalización alguna; pactos que serían nulos por razón de abusividad.

c.- El índice o tipo de referencia objetivo para calcular el tipo aplicable deberá cumplir las siguientes condiciones: a) ser claro, accesible, objetivo y verificable por las partes en el contrato de préstamo y por las autoridades competentes; b) calcularse a coste de mercado y no ser susceptible de influencia por el propio prestamista, o en virtud de acuerdos con otros prestamistas o prácticas conscientemente paralelas; y c) que los datos que sirvan de base al índice o tipo sean agregados de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo.

Es de destacar que en la actualidad en España sólo se utilizan tipos de referencia legales por lo que esta normativa no añade nada al actual panorama práctico, y que, a efectos de calificación registral, deberá admitirse el pacto de cualquiera de los tipos de referencia oficiales antes indicados, sin perjuicio que si el TJUE, en respuesta a la cuestión prejudicial C-125/18 sobre la validez del tipo IRPH, resolviera en contra de su validez deberá denegarse la inscripción del mismo, tanto como tipo de referencia principal como tipo de referencia subsidiario.

En cuanto a lo que hemos venido a denominar préstamos de CONSUMO GENERAL, se entiende que la normativa expuesta será igualmente aplicable a los préstamos hipotecarios de carácter de “consumo general” que no se encuentren sujetos al ámbito de

---

<sup>1</sup> Según el artículo 27 de la Orden Ministerial EHA 2899/2011 de 28 de octubre, de transparencia y protección de los clientes de servicios bancarios, estos tipos oficiales son los cinco siguientes: a) *Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España.* b) *Tipo medio de los préstamos hipotecarios entre uno y cinco años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en la zona euro.* c) *Tipo de rendimiento interno en el mercado secundario de la deuda pública de plazo entre dos y seis años.* d) *Referencia interbancaria a un año (Euribor).* e) *Permuta de intereses/Interest Rate Swap (IRS) al plazo de cinco años.*

aplicación de esta nueva Ley, dados los términos generales en que se pronuncia el artículo 85.3 de la LGDCU y la citada Orden Ministerial EHA 2899/2011.

### 1.2.- Las cláusulas suelo.

A este respecto, en relación con los préstamos específicos sujetos a la LCI, el artículo 21.3 de la LCI establece la prohibición de pactar cláusulas suelo en los tipos de contratos que regula, y el artículo 21.4 la exclusión de la posibilidad de que el préstamo devengue intereses negativos siquiera temporalmente; por lo que la calificación registral debe amoldarse a esta nueva normativa.

Ahora bien, el Tribunal Supremo viene manifestando reiteradamente, desde la ya famosa sentencia de 9 de mayo de 2013, que las cláusulas suelo son lícitas y válidas con carácter general 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, de hecho existen sentencias del propio Tribunal Supremo en las que bien por razón de la especial información suministrada, bien por el perfil experto del cliente han declarado cumplidas las exigencias de transparencia de la cláusula suelo (ej. STS de 26 de noviembre de 2018).

Sea como fuere, lo que parece al margen de discusión es que esta prohibición solo es aplicable a los préstamos hipotecarios incluidos en el ámbito de aplicación de la LCI y que, por tanto, en los demás préstamos hipotecarios de CONSUMO GENERAL se podrán seguir pactando, siendo, en principio, aplicables los mismos criterios de transparencia que se venían exigiendo antes de su entrada en vigor, derivados de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del TJUE sobre la materia, PERO NO LA NECESIDAD DE LA EXPRESIÓN MANUSCRITA que como se ha indicado ha quedado derogada a todos los efectos.

La cuestión consiste en determinar qué debe exigirse en estos casos a efectos de inscripción registral, a cuyos efectos se estima que se debe pedir la elaboración y/o aportación de la denominada acta previa notarial, dado que la misma ha sustituido a la expresión manuscrita, y a que, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo la superación del control de transparencia material exige que de los documentos que integran la información precontractual o de la misma escritura de préstamo hipotecario resulte que el consumidor ha sido adecuadamente informado acerca de la existencia, importancia y trascendencia de la cláusula suelo (STS de 8 de junio de 2017), lo que no parece posible de otra forma no reglada.

### 2.- El interés moratorio.

*El artículo 25 de la LCI dispone que “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 período 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. Las reglas relativas al interés de demora contenidas en este artículo no admitirán pacto en contrario”*

Se modifica simultáneamente el artículo 114.3 de la Ley Hipotecaria (disposición final 1ª) que pasa a recoger una norma de idéntico contenido y ámbito de aplicación que el referido artículo 25, y que sustituye la anterior norma que para los préstamos hipotecarios destinados a adquirir al vivienda habitual del prestatario establecía un límite máximo de interés moratorio de 3 veces el interés legal del dinero.

Como se ve, se ha cambiado el supuesto de aplicación de esta limitación legal, adaptándolo al ámbito de aplicación de la propia LCI, se ha reducido el límite del triple del interés legal del dinero a 3 puntos más del interés ordinario pactado, y se ha mantenido la prohibición de capitalización.

Se estima que la nueva redacción ha cometido el doble error, primero, de volver circunscribir la limitación legal a un supuesto concreto y no al consumo en general (ver STJUE de 21 de enero de 2015, asunto Unicaja Banco), y de aumentar el interés moratorio en un punto más respecto del límite general de los préstamos hipotecarios de consumo que tenía marcado el Tribunal Supremo (ver STS de 3 de junio de 2016), límite que era y sigue siendo de un sobregiro de dos puntos respecto del interés ordinario pactado.

Por otra parte, como es conocido por la controversia que suscitó, la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016 también declaró que, anulada por abusiva una cláusula de intereses moratorios, el préstamo sigue devengando intereses remuneratorios porque ambos tipos de interés responden a distinta causa jurídica (remuneratoria e indemnizatoria respectivamente), que el interés de demora viene constituido exclusivamente por el sobregiro pactado respecto del interés remuneratorio, y que el interés o precio del dinero es esencial en todo préstamo bancario; criterio jurisprudencial que fue convalidado por la sentencia del TJUE de 7 de agosto de 2018, asunto Escobedo Cortés. Pues bien, los artículos antes transcritos literalmente establecen que *“el interés de demora será el interés remuneratorio más tres puntos porcentuales”*, es decir, no solo el sobregiro de 3 puntos, por lo que una de dos, o el legislador ha obviado la jurisprudencia del Tribunal Supremo y esos artículos suponen una vuelta a la doctrina tradicional de que después del vencimiento de la obligación solo se devengan intereses moratorios (que comprendería ambos factores de tipo ordinario más diferencial de demora); o si no es así y debe seguirse aplicando tal jurisprudencia, el interés moratorio sería la suma del ordinario más el diferencial de 3 puntos, pero, independientemente, se seguiría devengado el interés remuneratorio pactado.

En todo caso, sea cual sea la respuesta que a este interrogante den los Tribunales, en la calificación registral, mientras no sea el artículo afectado por una sentencia del TJUE o del TS español, la cláusula que reproduzca el citado artículo deberá ser inscrita.

Por último, en cuanto a los préstamos hipotecarios de CONSUMO GENERAL, que no se encuadren dentro del ámbito de aplicación de la LCI, se entiende que les sería aplicable el límite de intereses moratorios general de consumo que venía rigiendo con anterioridad a la LCI, a raíz de la repetida sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016, es decir, únicamente el diferencial de 2 puntos sobre el interés ordinario. Con ello se da la paradoja que una relación jurídica de consumo especial, a la que se quiere hacer objeto de mayor protección jurídica y económica, tendría un interés moratorio superior, pero, al no haber sido afectados estos préstamos por la reforma, debe mantenerse respecto los mimos, la jurisprudencia anterior a la reforma.

### 3.- La cláusula de imputación de gastos.

Dispone el artículo 14.1.e) de la Ley de Créditos Inmobiliarios que los siguientes gastos, asociados a los préstamos hipotecarios, se distribuirán del siguiente modo:

1.- Correrán a cargo del prestatario los gastos de tasación del inmueble y las copias de la escritura pública que solicite.

2.- Correrán íntegramente a cargo del prestamista: los gastos de gestoría, los gastos de inscripción de las garantías en el registro de la propiedad, los aranceles notariales de la escritura matriz de préstamo hipotecario y los de las copias que solicite.

3.- El pago del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados se realizará de conformidad con lo establecido en la normativa tributaria aplicable, es decir, correrán a cargo del prestamista (Real Decreto-Ley 17/2018 de 8 de noviembre, por el que se modifica el texto refundido de la Ley del ITPAJD).

Se sobreentiende que los demás gastos podrán imponerse al prestatario, salvo aquellos en que exista otra norma o jurisprudencia del Tribunal Supremo, a la que nos referimos a continuación, que los impute al prestamista o imponga un pacto de distribución.

A estos efectos debe señalarse que el criterio marcado por el Tribunal Supremo sobre los gastos asociados a los préstamos hipotecarios en sentencias como las de 23 de diciembre de 2015, 18 de febrero de 2016 y la última de 23 de enero de 2019, difieren de la normativa expuesta, no obstante lo cual, tal jurisprudencia seguirá vigente para su aplicación a los préstamos hipotecarios de CONSUMO GENERAL a los que no les sea aplicable la LCI. Esta jurisprudencia, tomando como referencia solo la más reciente en cada supuesto, ya que es la que marca el criterio actual a seguir, se puede resumir del siguiente modo:

1.- Sentencias del Tribunal Supremo 44, 46,47,48 y 49 de 23 de enero de 2019: A) Arancel notarial: La escritura de constitución o modificación hipotecaria: la intervención notarial interesa a ambas partes, por lo que los costes de la matriz de la escritura de préstamo hipotecario deben distribuirse por mitad; en cuanto a la escritura de cancelación de la hipoteca, el interesado en la liberación del gravamen es el prestatario, por lo que le corresponde este gasto; y, por último, las copias de las distintas escrituras notariales relacionadas con el préstamo hipotecario deberá abonarlas quien las solicite, en tanto que la solicitud determina su interés. B) Arancel registral: la garantía hipotecaria se inscribe a favor del banco prestamista, por lo que es a éste al que corresponde el pago de los gastos que ocasione la inscripción de la hipoteca, y, en cambio, la inscripción de la escritura de cancelación interesa al prestatario, por lo que a él le corresponde este gasto. C) Gastos de gestoría: también se impone el pago por mitad de los mismos a las partes. D) Impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados para los supuestos anteriores a la entrada en vigor del antes citado Real Decreto-Ley 17/2018 de 8 de noviembre, se reitera que el sujeto pasivo de este impuesto era el prestatario, como ya acordó en las sentencias 147 y 148/2018, de 15 de marzo, lo que se corresponde con la de las sentencias del pleno de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo 1669/2018,

1670/2018 y 1671/2018, de 27 de noviembre, que mantienen la anterior jurisprudencia de esa misma Sala Tercera..

2.- Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero de 2016: A) se declara la nulidad por su carácter abusivo de las cláusulas de imputación general de todos los gastos a los prestatarios, porque genera un desequilibrio relevante en perjuicio del consumidor, si bien permite pactar una distribución de los mismos. B) Seguro de daños: señalan que no parece que su imputación al prestatario sea desproporcionada o abusiva, por cuanto deriva de una obligación legal (art. 8 LMH), habida cuenta que cualquier merma del bien incide directamente en la disminución de la garantía, es una consecuencia de la obligación de conservar diligentemente el bien hipotecado y de asegurarlo contra todos los riesgos que pudieran afectarlo, gastos de conservación que también serán de cuenta del hipotecante. C) Gastos vinculados directamente a la finca dada en garantía (IBI, Cuotas de la Comunidad de Propietarios, etc), se consideran que son imputables al prestatario al constituir obligaciones legales del mismo, en cuanto titular de la finca gravada.

Respecto de los gastos pre-procesales, costas procesales, y honorarios de los abogados y procuradores, derivados del incumplimiento de la obligación de pago por parte del prestatario, la citada sentencia de 23 de diciembre de 2015 indica, en primer lugar, que los gastos del proceso están sometidos a una estricta regulación legal, recogida en los artículos 559 y 561 de la LEC para los procesos de ejecución, los cuales disponen que las costas de la ejecución se impondrán al ejecutado cuando continúe adelante el despacho de ejecución; pero que también podrán imponerse al ejecutante en algunos supuestos como, por ejemplo, cuando se estime algún motivo de oposición respecto del fondo (art. 561.2 LEC); y cuando la estimación sea parcial, cada parte deberá hacer frente a las costas devengadas a su instancia. En relación a la imputación al cliente de los honorarios de abogado y aranceles de procurador de los que se haya servido el prestamista, incluso cuando su intervención no sea preceptiva, la estipulación contraviene de plano el artículo 32.5 LEC, que excluye tales gastos de la eventual condena en costas, salvo que el tribunal aprecie temeridad o que el domicilio de la parte representada o defendida en juicio esté en un lugar distinto a aquel en que se ha tramitado el mismo.

Por último, en cuanto a esta materia de la imputación de gastos, debe señalarse que, en caso de subrogación activa, al amparo de la Ley 2/1994, de una nueva entidad bancaria en el préstamo o crédito hipotecario inscrito, se establece una repercusión de los gastos pagados por la entidad concedente, proporcionales al capital en que se produce la subrogación, al nuevo banco subrogante (art. 14.1.e, final), con la finalidad de evitar una competencia desleal ante la referida imputación legal de gastos a cargo de la entidad acreedora en el momento de la constitución de la hipoteca. Los cambios que en el proceso de subrogación del nuevo banco se operan por la reforma que lleva a cabo la LCI, consecuencia de esta nueva norma de aplicación de gastos, se analizan en un apartado posterior.

#### 4.- Las comisiones bancarias.

Como regla general el artículo 14.3 de la LCI establece que solo se podrán repercutir las comisiones por servicios relacionados con los préstamos que hayan sido solicitados en firme o aceptados expresamente por un prestatario o prestatario potencial y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos que puedan acreditarse,

lo que supone una reiteración de la norma del artículo 89.4 de la LGDCU de 2007 y, por tanto, es aplicable a todo de tipo de contratos de préstamo hipotecario que tengan la calificación de consumo.

Por lo demás, se regulan las siguientes comisiones especiales:

a) La comisión de apertura. Sobre esta materia el artículo 14.4 de la LCI dispone que la comisión de apertura debe ser omnicomprendiva al decir que *“la misma se devengará una sola vez y englobará la totalidad de los gastos de estudio, tramitación o concesión del préstamo u otros similares inherentes a la actividad del prestamista ocasionada por la concesión del préstamo. En el caso de préstamos denominados en divisas, la comisión de apertura incluirá, asimismo, cualquier comisión por cambio de moneda correspondiente al desembolso inicial del préstamo”*.

En relación con esta comisión, las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019 antes citadas señalan que la comisión de apertura no es ajena al precio del préstamo, por el contrario, el interés remuneratorio y la comisión de apertura constituyen sendas partidas del precio del préstamo, en cuanto que son las principales retribuciones que recibe la entidad financiera por conceder el préstamo al prestatario y no corresponden a actuaciones o servicios eventuales, por lo que concluye que la comisión de apertura no es susceptible de control de contenido, sino exclusivamente de control de transparencia.

Por estas consideraciones que hace el Tribunal Supremo en dicha sentencia debe concluirse que este criterio de unicidad de la comisión de apertura y de no control registral ni judicial debe entenderse también aplicable a cualquier préstamo hipotecario que tenga carácter de préstamo de CONSUMO GENERAL, y no solo a los comprendidos dentro del ámbito aplicación del artículo 2º de la LCI.

b) La comisión de reembolso anticipado y/o de subrogación activa. A este respecto, el artículo 23 de la LCI dispone con carácter general, a la luz de lo dispuesto en el preámbulo, para todo préstamo o crédito de CONSUMO (igual criterio será aplicable a la comisión referida en la letra c ya que el artículo las trata conjuntamente), que el prestatario podrá en cualquier momento anterior a la expiración del término pactado reembolsar de forma anticipada, total o parcialmente, la cantidad adeudada, avisando con la antelación pactada que no podrá exceder de un mes. Cuando el prestatario manifieste su voluntad de reembolsar anticipadamente la totalidad o parte del préstamo, el prestamista deberá facilitar, en el plazo máximo de tres días hábiles, en papel o en otro soporte duradero, la información necesaria para evaluar esta opción; información que deberá cuantificar las consecuencias que tiene para el prestatario la liquidación total o parcial de sus obligaciones antes de la terminación del contrato de préstamo.

Se establece que el prestatario tendrá derecho a una reducción del coste total del préstamo que comprenderá los intereses y los costes correspondientes al plazo que quedase por transcurrir hasta el momento de su extinción, en especial a los relativos al contrato de seguro accesorio de amortización del préstamo del que sea beneficiario el prestamista. De este derecho deberá informarse tanto en la documentación precontractual como en la escritura de constitución del préstamo inmobiliario y del contrato de seguro, y, se considera que su falta provoca la denegación de la inscripción de la cláusula que contenga la comisión por falta de transparencia en la incorporación de la misma (art. 83 LGDCU).

En el apartado 4º del artículo 23 se indica que este derecho de reembolso se podrá ejercitar sin tener que soportar comisiones o compensaciones para el prestamista, salvo la obligación de satisfacer al prestamista “la pérdida financiera” que experimente cuando el reembolso se produzca en los primeros años de vigencia del contrato, pérdida que se entiende diferente entre los contratos a tipo variable y los contratos a tipo fijo, cuya forma de cálculo se regula en su apartado 8º, y cuya cuantía se limita a unos porcentajes previstos legalmente que no se pueden superar, los cuales, en realidad, se articulan como una comisión máxima.

En los contratos de préstamo a tipo de interés variable, o en aquellos tramos variables de cualquier otro préstamo, las partes podrán establecer contractualmente una compensación o comisión a favor del prestamista para alguno de los dos siguientes supuestos que serán excluyentes entre sí: a) en caso de reembolso o amortización anticipada total o parcial del préstamo durante los 5 primeros años de vigencia del contrato de préstamo, la comisión no podrá exceder del 0,15 por ciento del capital reembolsado anticipadamente; o b) en caso de reembolso o amortización anticipada total o parcial del préstamo durante los 3 primeros años de vigencia del contrato de préstamo, la comisión no podrá exceder del 0,25 por ciento del capital reembolsado anticipadamente. Para el caso de que el reembolso tenga lugar pasados dichos plazos, no se podrá pactar comisión alguna.

En los contratos de préstamo a tipo de interés fijo, o en aquellos tramos fijos de cualquier otro préstamo, podrá establecerse contractualmente una compensación o comisión a favor del prestamista que tendrá los siguientes límites sucesivos: a) en caso de reembolso o amortización anticipada total o parcial del préstamo durante los 10 primeros años de vigencia del contrato de préstamo o desde el día que resulta aplicable el tipo fijo, la comisión no podrá exceder del 2 por ciento del capital reembolsado anticipadamente; y b) en caso de reembolso o amortización anticipada total o parcial del préstamo desde el fin del período anterior hasta el final de la vida del préstamo, la comisión no podrá exceder del 1,5 por ciento del capital reembolsado anticipadamente.

c) Comisión por novación del tipo de interés de variable a fijo o de subrogación de un tercero en los derechos del acreedor con novación simultánea de tipo de interés variable a fijo. La LCI trata de favorecer esta novación a tipo de interés fijo y para fomentarla establece en el apartado 6º del artículo 23, con una redacción bastante confusa que habla erróneamente solo de compensación por reembolso anticipado ya que en la novación del interés no hay tal, según mi interpretación correctora, que la comisión por ese tipo de novación o por subrogación activa con simultánea novación en tal sentido, no podrá exceder del 0,15 por ciento del capital pendiente de amortización o del reembolsado anticipadamente, cuando tales operaciones tengan lugar durante los 3 primeros años de vigencia del contrato de préstamo. Transcurridos los 3 primeros años de vigencia del contrato de préstamo el prestamista no podrá exigir comisión alguna en caso de novación del tipo de interés aplicable o de subrogación de acreedor, en los que se pacte la aplicación, en adelante y para el resto de la vida del préstamo, de un tipo de interés fijo.

En cuanto a si estas limitaciones a las comisiones de reembolso anticipado, subrogación activa y novación de tipo variable a fijo son aplicables también a los préstamos hipotecarios calificados de CONSUMO GENERAL, pero no comprendidos en la LCI, la respuesta debe ser negativa porque toda limitación legal debe ser aplicada de forma

estricta; no obstante lo cual, la comisión de novación de tipo de interés de variable a fijo parece responder a una voluntad del legislador más profunda, la de incentivar, con carácter general, una migración al interés fijo para seguridad de los consumidores, lo que justificaría su extensión también a estos supuestos.

A estos préstamos de CONSUMO GENERAL les serían aplicables las limitaciones actuales de la comisión por amortización anticipada subrogatoria o no subrogatorio del 0,50%, los 5 primeros años, o del 0,25%, el resto de duración del préstamo, recogidos del artículo 8 de la Ley 41/2007 que se mantiene vigente en cuanto a estos créditos, si concurren los demás requisitos de aplicación que no se superpongan con los de la LCI, por ejemplo, cuando siendo una vivienda la finca hipotecada, el deudor es una persona jurídica que tribute en el IS por el régimen de empresas de reducida dimensión.

Por lo demás, recordar que existe otra limitación legal en materia de comisiones, para todo tipo de préstamos hipotecarios con entidades de crédito, que es la referente a la novación consistente únicamente en la ampliación del plazo de amortización, respecto de la cual el artículo 10 de la Ley 2/1994 de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, establece que esa comisión no podrá exceder del 0,1 por ciento de la cifra de capital pendiente de amortizar.

#### 5.- Los servicios vinculados y combinados y las bonificaciones del tipo de interés.

Aunque se trata de una cuestión que plantea más dudas que otras normas de la LCI, se considera que la regulación expuesta en este apartado, ante la falta de concreción del artículo 89.4 y 5 de la LGDCU al establecer la abusividad de la imposición de servicios accesorios o complementarios y del incremento del precio por no aceptarse los mismos, es también aplicable a aquellos préstamos que gocen del carácter de CONSUMO GENERAL, aunque no se encuentren comprendidos dentro del ámbito de aplicación de dicha Ley, ya que no hay otro criterio de referencia.

a) Los servicios vinculados. Según el artículo 17 de la LCI quedan prohibidas las prácticas de venta vinculada de préstamos, salvo el supuesto de pólizas de seguro de daños de la finca hipotecada, de seguro de amortización del préstamo o de otros seguros previstos en la normativa del mercado hipotecario, entendiéndose por servicios vinculados toda oferta o venta de un paquete constituido por un contrato de préstamo y otros productos o servicios financieros diferenciados, cuando el contrato de préstamo no se ofrezca al prestatario por separado.

Será nulo y, por tanto, no inscribible, todo contrato vinculado al préstamo que, en perjuicio del prestatario, no cumpla con las exigencias previstas en la Ley, pero la nulidad de las cláusulas del contrato de préstamo que, en su caso, afecten a productos vinculados, no determinará la nulidad del préstamo.

En el caso de exigirse para la concesión del préstamo la firma de un seguro de daños o de amortización, el prestamista deberá aceptar pólizas alternativas de todos aquellos proveedores que ofrezcan unas condiciones y un nivel de prestaciones equivalentes a la que aquel hubiera propuesto, tanto en la suscripción inicial como en cada una de las renovaciones. El prestamista no podrá cobrar comisión o gasto alguno por el análisis de las pólizas alternativas que se le presenten por el prestatario y la aceptación por el prestamista

de una póliza alternativa, distinta de la propuesta por su parte, no podrá suponer empeoramiento en las condiciones de cualquier naturaleza del préstamo.

Esta última disposición, se entiende que implica que no podrán establecerse bonificaciones para el caso de que los seguros se contraten con la propia entidad prestamista o con las Compañías que ésta sugiera, de tal manera que si el tipo de interés se fijara en una cifra o un diferencial a añadir al tipo de referencia, y luego se dijera que el mismo será aumentado en unos puntos o décimas si no se contratan los seguros ofertados por el prestamista, tales cifras de penalización no deberían inscribirse porque no podrán ser aplicadas si el cliente cambia de Compañía de seguros.

Si, por el contrario, el tipo de interés se fija en un cifra o un diferencias a añadir al tipo de referencia, y luego se establecieran unas bonificaciones para el supuesto que se contrataran los seguros con el prestamista, como es factible que se contraten en el futuro con la compañías vinculadas al prestamista (normalmente inmediatamente después de la firma de la escritura de préstamo hipotecario) o con otras compañías de seguros distintas, tales bonificaciones deberán quedar inscritas para que el prestatario y el tercero conozca el derecho que les asiste, en el bien entendido que tal bonificación, en realidad, sería exigible en ambos casos.

b) Los servicios combinados. La LCI permite que el prestamista realice ofertas de ventas combinadas con el préstamo, entendiéndose por tales toda oferta o venta de un paquete constituido por un contrato de préstamo y otros productos o servicios financieros diferenciados, en particular otro préstamo sin garantía hipotecaria, cuando el contrato de préstamo se ofrezca también al prestatario por separado.

De esta redacción se deduce que en este caso sí es posible establecer bonificaciones al tipo de interés o al diferencial pactado, por lo que los mismos deberán ser inscritos, cualquiera que sea la forma en que se hubieran configurado en el contrato.

En cuanto a la cuestión de la necesidad de un efectivo suministro al prestatario de la información que recoge el artículo, para que puedan inscribir tales bonificaciones, dado que se trata de una cuestión de transparencia y que la misma debe, naturalmente, formar parte del “acta notarial previa”, queda excluida del control registral como ya se ha analizado en un apartado anterior, y deberá presumirse realizada con el otorgamiento de ésta.

## 6.- La cláusula de vencimientos anticipado.

Excede del propósito de este informe el análisis de toda la doctrina del Tribunal Supremo y de la DGRN sobre la admisibilidad o rechazo de las distintas causas de vencimiento anticipado que se suelen pactar en las escrituras de préstamo hipotecario, por lo que me limitare a desarrollar aquellas a las que se refiere la LCI que nos ocupa.

### 6.1.- El vencimiento anticipado por falsificación u ocultación de información.

El artículo 11.4 de la LCI admite como causa de vencimiento anticipado la falsificación u ocultación consciente por parte del prestatario de información sobre su solvencia, por lo que tal cláusula, como por otra parte ya venía reconociendo la DGRN, es inscribible. Esta posibilidad es lógica si tenemos en cuenta que el párrafo número 3 del indicado artículo, transponiendo lo que se indica en el artículo 18.3 de la Directiva 2014/17, señala que en el

supuesto de préstamos con garantía real, la evaluación de la solvencia no se basará predominantemente en el valor de la garantía que exceda del importe del préstamo o en la hipótesis de que el valor de dicha garantía aumentará, a menos que la finalidad del contrato de préstamo sea la construcción o renovación de bienes inmuebles de uso residencial.

Sin embargo, la LCI no admite, y debe rechazarse su inscripción, aquellas cláusulas que vinculen el vencimiento anticipado a una incorrecta evaluación de la solvencia por parte del prestamista o a que la información facilitada por el prestatario antes de celebrarse dicho contrato fuera simplemente incompleta.

#### 6.2.- El vencimiento anticipado por impago de cuotas.

A) Préstamos sujetos a la LCI. El artículo 24 de la LCI, en disposición que se reproduce literalmente en el nuevo artículo 129 bis de la LH y por remisión también en el nuevo artículo 693.2 de la LEC, establece, como norma que no admite pacto en contrario, pero solo aplicable a los préstamos a los que se refiere que son los mismos que constituyen el ámbito de aplicación de la Ley recogido en el artículo 2.1, el vencimiento anticipado legal de los préstamos hipotecarios a los que se refiere, en caso de impago grave de las cuotas por parte del prestatario. En concreto los requisitos de este vencimiento son:

“a) Que el prestatario se encuentre en mora en el pago de una parte del capital del préstamo o de los intereses.

b) Que la cuantía de las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al menos:

1) Al tres por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la primera mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de doce plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a doce meses.

2) Al siete por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la segunda mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de quince plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a quince meses.

c) Que el prestamista haya requerido el pago al prestatario concediéndole un plazo de al menos un mes para su cumplimiento y advirtiéndole de que, de no ser atendido, reclamará el reembolso total adeudado del préstamo.”

En el caso de vencimientos a caballo, es decir, cuando la mora comience antes del transcurso de la primera mitad de la duración del préstamo, pero finalice por el número necesario de cuotas impagadas, posteriormente a dicha mitad del plazo, respecto de los que la LCI guarda silencio, la solución lógica es aplicar el criterio de la consumación, o sea, de la segunda regla.

En cuanto a las cantidades que hay que tener en cuenta para determinar el tanto por ciento necesario para provocar el vencimiento anticipado, entiendo que se

deben computar tanto lo insatisfecho por principal como por intereses ordinarios, pero no lo intereses moratorios que deben excluirse del cómputo. Esta forma de cálculo tiene mucha importancia en sistemas de amortización como el francés.

Por último, en los tipos de préstamo a que se refiere ese párrafo del artículo 693.2 LEC, sin perjuicio de la conveniencia de la transcripción de la norma, **no será necesario pactar el vencimiento anticipado como hasta ahora, sino que el mismo tendrá lugar ex lege cuando concurra el incumplimiento fijado en la Ley como mínimo necesario.**

B) Préstamos no sujetos a la LCI. Para el resto de los préstamos hipotecarios, es decir, a los que no les es aplicable la LCI, ya tengan el carácter de préstamos de CONSUMO GENERAL o de préstamos de NO CONSUMO, el párrafo primero del citado artículo 693.2 de la LEC señala que *“Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses en los términos en los que así se hubiese convenido en la escritura de constitución y consten en el asiento respectivo”*.

Ahora bien, esa aparente libertad de pacto, en cuanto a la gravedad del incumplimiento de pago, creo que solo es predicable respecto de los préstamos hipotecarios en que no sea aplicable la normativa de protección de los consumidores en ningún ámbito. Es decir, en estos préstamos será válido el vencimiento anticipado en caso de insatisfacción incluso de una sola cuota mensual sin que en estos supuestos opere, como hasta ahora, el requisito del impago de, al menos, tres cuotas mensuales.

Pero respecto del resto de los préstamos hipotecarios a los que les sea aplicable la normativa de CONSUMO GENERAL, al operar el control de abusividad de las cláusulas del contrato, no podrá pactarse el vencimiento anticipado por impago de cualquier cuota (o fórmula similar), ya que esa cláusula ya ha sido declarada abusiva por el Tribunal Supremo. Por tanto, se debe buscar un criterio objetivo para determinar cuándo, en este tipo de préstamos, la cláusula de vencimiento anticipado por impago de cuotas es inscribible y cuándo no.

Un criterio sería seguir exigiendo que el pacto se refiera al impago de tres cuotas mensuales o su equivalente, con base en la consideración de que ya ha sido declarado como no abusivo y suficientemente grave por el Tribunal Supremo (STS de 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero de 2016), sin que el TJUE haya puesto reparos a ello (STJUE de 26 de marzo de 2019), ya que se conserva, como parámetro de comparación, el impago de tres cuotas mensuales para que pueda tener lugar la ejecución parcial, solo respecto de las cuotas insatisfechas, del artículo 693.1 LEC, el cual no ha sido objeto de modificación.

Sin embargo, a esta Comisión no le parece que en una relación de consumo, a pesar de la dicción de la norma y aunque no afecte a una vivienda, pueda obviarse la doctrina del TJUE de que las cláusulas de vencimiento anticipado, para superar el control de abusividad, deben modular la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, lo que no ocurre con un incumplimiento lineal de tres meses, siendo esta circunstancia calificable por el registrador dado el carácter objetivo del concepto “falta de modulación”, lo que lleva bien a tomar como parámetro de esa modulación, el único existente, que es la norma de referencia (12 o 15 meses), o bien a admitir el impago de tres cuotas mensuales como parámetro mínimo si el impago tiene lugar durante la

primera mitad de duración del préstamo y de cuatro a seis meses (como ya pactan algunas entidades) cuando tiene lugar en la segunda mitad de duración del préstamo.

6.3.- La sustitución legal de las cláusulas contractuales de vencimiento anticipado por impago de cuotas en la escrituras anteriores a la entrada en vigor de la LCI.

La disposición transitoria 1ª número 4 de la LCI dispone que “*para los contratos anteriores a la entrada en vigor de esta Ley en los que se incluyan cláusulas de vencimiento anticipado, será de aplicación lo previsto en el artículo 24 de esta Ley (la exigencia del impago de las citadas 12 o 15 cuotas mensuales), salvo que el deudor alegara que la previsión que contiene resulta más favorable para él*”; circunstancia esta última que, en la práctica, es complicado que tenga lugar, pues los bancos actualmente suelen establecer el vencimiento anticipado en caso de impago de un número de cuotas que oscila entre 3 y 6 cuotas mensuales, y todavía existen muchas hipotecas inscritas en que se pactó el vencimiento anticipado en caso de impago de alguna o cualquier cuota.

En cuanto a cuál será el futuro de esta norma en términos de validez frente a la Directiva 93/13, cabe destacar que las sentencias del TJUE de 20 de septiembre de 2018, C-51/17 (asunto OTP Bank) y de 14 de marzo de 2019 C-118/17 (asunto Dunai y Erste Bank), claramente han admitido, para supuestos de préstamo multidivisa, la sustitución de una cláusula abusiva por norma imperativa posterior a la celebración del contrato y que tienen por objeto suplir una cláusula de tal contrato viciada de nulidad.

6.4.- La situación de los contratos de préstamo cuyo vencimiento anticipado se hubiere producido antes de la entrada en vigor de la LCI: la sentencia del TJUE de 26 de marzo de 2019.

Junto a la indicada regla general de sustitución de la cláusula abusiva de vencimiento anticipado, la disposición transitoria 1ª número 4 de la LCI establece como excepción que “*no será de aplicación este artículo a los contratos de préstamo cuyo vencimiento anticipado se hubiera producido con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, se hubiese instado o no un procedimiento de ejecución hipotecaria para hacerlo efectivo, y estuviera este suspendido o no.*”

Respecto de los préstamos que se encuentren en esta situación, la sentencia del TJUE de 26 de marzo de 2019 (asuntos C-70/17 y 179/17), sanciona que: “*Los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que, por una parte, se oponen a que una cláusula de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo hipotecario declarada abusiva sea conservada parcialmente mediante la supresión de los elementos que la hacen abusiva, cuando tal supresión equivalga a modificar el contenido de dicha cláusula afectando a su esencia, y de que, por otra parte, esos mismos artículos no se oponen a que el juez nacional ponga remedio a la nulidad de tal cláusula abusiva sustituyéndola por la nueva redacción de la disposición legal que inspiró dicha cláusula, aplicable en caso de convenio entre las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario en cuestión no pueda subsistir en caso de supresión de la citada cláusula abusiva y la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales*”.

Acerca de la interpretación de esta sentencia existen opiniones muy encontradas, tanto entre los autores como entre los juzgados, por lo que, en última instancia, su interpretación y efectos y, en consecuencia, el sobreseimiento o la continuación de las ejecuciones hipotecarias suspendidas, o la aprobación o denegación del despacho de ejecución de las pendientes, dependerá de la solución que el Tribunal Supremo dé a los dos presupuestos de la sustitución de la cláusula abusiva: a) si el contrato de préstamo o crédito hipotecario puede o no subsistir en caso de supresión de la cláusula de vencimiento anticipado por impago de cuotas declarada abusiva; y b) de no poder subsistir el contrato, si la anulación del mismo que, partiendo de la existencia de un incumplimiento grave, implica seguir para el cobro de lo debido la vía ejecutiva ordinaria, previa una sentencia declarativa de resolución contractual, es más perjudicial para el consumidor que la ejecución hipotecaria.

### 7.- La fijación del tipo para subasta.

El artículo 13 de la LCI dispone que los inmuebles aportados en garantía habrán de ser objeto de una tasación adecuada antes de la celebración del contrato de préstamo, y que la tasación se realizará por una sociedad de tasación, servicio de tasación de una entidad de crédito regulados por la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, y/o profesional homologado conforme al Real Decreto 775/1997, de 30 de mayo y a la disposición adicional décima de esta Ley, independiente del prestamista o del intermediario de crédito inmobiliario, utilizando normas de tasación fiables y reconocidas internacionalmente, de conformidad con lo establecido por la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, sobre normas de valoración de bienes inmuebles y de determinados derechos para ciertas finalidades financieras.

Este artículo, que se encuentra situado en sede general, por lo que es aplicable tanto para el caso del procedimiento de ejecución hipotecaria como a la venta extrajudicial, con la expresión “independientemente del prestamista” ha venido a modificar la doctrina actual de la DGRN (ver resoluciones de 14 de septiembre de 2016 y 6 de septiembre de 2017) respecto del significado de la expresión “en su caso” del artículo 129.2.a) de la LH (que hoy una vez modificado sigue manteniendo) y del artículo 682.2.1º de la LEC (que por error no se ha modificado pero que se debe entender que lo está). Dicha doctrina consistía en distinguir según que el prestamista fuera una entidad de crédito de las autorizadas a titular a las que se refiere el artículo 2 de la citada Ley 2/1981, en cuyo caso la tasación debería ajustarse a los parámetros de la misma y ser realizada por una sociedad de tasación homologada; o, en su caso, por otras entidades o personas físicas dedicadas profesionalmente a la concesión de préstamos que se regulaban por la Ley 2/2009 o por personas físicas o jurídicas no profesionales, en cuyo caso la misma podría ser realizada por cualquier profesional o técnico competente en realizar tasaciones (ej. arquitectos, topógrafos, ingenieros, agentes de la propiedad inmobiliaria, etc).

En lo tocante a la fijación del tipo para la subasta de la finca hipoteca para el caso de impago, la disposición final 1ª modifica el apartado 2.a) del artículo 129 de la Ley Hipotecaria relativo a la venta extrajudicial ha quedado redactado como sigue: “a) El valor en que los interesados tasan la finca para que sirva de tipo en la subasta no podrá ser distinto del que, en su caso, se haya fijado para el procedimiento de ejecución judicial directa, ni podrá en ningún caso ser inferior al valor señalado en la tasación que, en su caso, se hubiere realizado en virtud de lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación

*del mercado hipotecario*”, es decir, se eleva el tipo de subasta del 75% de la tasación oficial inicial al 100% de la misma.

Paradójicamente el artículo 682 de la LEC no se modifica de forma paralela respecto de la fijación del tipo de subasta para el procedimiento judicial directo de ejecución hipotecaria, por lo que dicho artículo sigue señalando que el mismo “no puede ser inferior al 75% del valor de tasación”, lo que dado que el tipo de subasta en ambos procedimientos debe ser idéntico, crea el dilema de cuál de las indicadas normas debe prevalecer. A este respecto se considera que no debe haber duda acerca de que la voluntad del legislador ha sido equiparar el tipo de subasta con la tasación y que ello lo ha sido a todos los efectos legales y procedimientos, pues a esa conclusión conduce tanto la lógica jurídica como la interpretación de las normas en pro del consumidor. En consecuencia, los registradores de la propiedad deberán exigir, para la inscripción del pacto que habilite dichos procedimientos de ejecución, que el tipo de subasta sea para ambos el mismo valor de la tasación, y ello tanto si se pactan ambos procedimientos en la escritura de préstamo hipotecario, como si solo se pacta el procedimiento judicial hipotecario.

#### 8.- Particularidades de las hipotecas multidivisa.

El artículo 20 de la LCI dispone que en los contratos de préstamo inmobiliario que se denominen en moneda extranjera el prestatario tendrá derecho a convertir el préstamo a una moneda alternativa conforme a lo dispuesto en este artículo. Dicha moneda alternativa será: a) la moneda en que el prestatario perciba la mayor parte de los ingresos o tenga la mayoría de los activos con los que ha de reembolsar el préstamo, o b) la moneda del Estado miembro en el que el prestatario fuera residente en la fecha de celebración del contrato de préstamo o sea residente en el momento en que se solicita la conversión.

El prestatario optará por una de estas dos alternativas en el momento de solicitar el cambio, y el tipo de cambio utilizado en la conversión será el que se encuentre vigente y publicado por el Banco Central Europeo en la fecha en que se solicite la conversión, salvo que contractualmente se haya establecido otro sistema.

Los prestatarios que no tengan la consideración de consumidores podrán pactar con su prestamista algún sistema de limitación del riesgo de tipo de cambio al que estén expuestos en virtud del contrato de préstamo, en lugar del derecho reconocido en el apartado anterior. Esta posibilidad no será aplicable a los prestatarios consumidores.

Los prestamistas tiene la obligación de informar periódicamente al prestatario, en los términos y plazos que se establezcan por el Ministerio de Economía y Empresa, del importe adeudado con el desglose del incremento que, en su caso, se haya producido y del derecho de conversión en una moneda alternativa y las condiciones para ejercer tal conversión. La información a que se refiere el apartado anterior se facilitará en todo caso cuando el valor del importe adeudado por el prestatario o de las cuotas periódicas difiera en más del 20 por ciento del importe que habría correspondido de haberse aplicado el tipo de cambio entre la moneda del contrato de préstamo y el euro vigente en la fecha de celebración del contrato de préstamo.

Expresamente se establece en el número 5 del citado artículo 20 que las disposiciones que ésta contiene se deberán poner en conocimiento del prestatario a través tanto de la Ficha

Europea de Información Normalizada (FEIN), como del contrato de préstamo; y que si el contrato de préstamo no contiene disposiciones destinadas a limitar el riesgo de tipo de cambio a que está expuesto el prestatario respecto a una fluctuación del tipo de cambio inferior al 20 por ciento, la FEIN deberá incluir un ejemplo ilustrativo de los efectos que tendría una fluctuación del tipo de cambio del 20 por ciento.

El incumplimiento de cualquiera de las exigencias y requisitos previstos en este artículo, incluida, en su caso, la no constatación expresa en la escritura de préstamo de toda esta normativa, determinarán, en favor del prestatario consumidor, la nulidad de las cláusulas multidivisa y la no inscripción de la escritura de hipoteca, y permitirán al prestatario solicitar la modificación del contrato de modo tal que se considere que el préstamo fue concedido desde el principio en la moneda en la que este percibiera la parte principal de sus ingresos.

Esta última norma será aplicable a todos los contratos multidivisa vigentes a la entrada en vigor de la LCI, así como, en opinión de esta Comisión, a todo tipo de préstamos que tengan carácter de CONSUMO GENERAL, porque la protección frente a un préstamo tan especial, como es el referenciado a moneda extranjera, pertenece a una categoría autónoma, excediendo del simple ámbito de aplicación de esa Ley.

## **VI.- OTRAS REFORMAS.**

### 1.- El Registro de Condiciones Generales de la Contratación

Este Registro de Condiciones Generales de la Contratación se encuentra regulado en el artículo 11 de la Ley 7/1998, de 13 de noviembre, de Condiciones Generales de la Contratación, y en su Reglamento 1828/1999 de 3 de diciembre, y se encuentra a cargo de los Registro de Mercantiles y/o de Bienes Muebles. La LCI trata de potenciar este Registro, como mecanismo que contribuya a favorecer la transparencia y la seguridad jurídica en la contratación con consumidores. Esta transparencia se intenta que se haga efectiva, en este ámbito, con dos medidas principales:

a) La inscripción o depósito “obligatorio” de las condiciones generales de los contratos de préstamo hipotecario recogido en el artículo 7 de la LCI y en el reformado artículo 11.2 de la LCGC (disposición final 4ª). La Ley habla indistintamente de inscripción por parte de los prestamistas de las cláusulas contractuales utilizadas en los contratos de préstamo inmobiliario que tengan el carácter de condiciones generales de la contratación con arreglo a lo dispuesto en dicha LCGC (art. 7.1 LCI), y de depósito por duplicado, de los modelos de formularios de los préstamos y créditos hipotecarios en que se contengan, a instancia de cualquier interesado (art. 11.2 LCGG), depósito que se establece con carácter obligatorio para el prestamista en el Registro “antes de empezar su comercialización”.

La calificación del Registrador encargado del Registro de Condiciones Generales quedaría limitada a los requisitos formales que se impongan legalmente para poder hacer el depósito de las condiciones generales. Tal depósito, se considera que deberá hacerse telemáticamente, como ya permite el artículo 10 del citado Reglamento 1828/1999, para lo que deberá habilitarse una adecuada plataforma de presentación y establecerse la obligatoriedad de que el depósito lo sea de modelos con campos “estructurados” que permitan también el control informático de la coincidencia del modelo depositado y el contenido contractual.

Por otra parte, la exigencia de que “el depósito debe realizarse antes de la comercialización del préstamo o crédito a que responda cada modelo”, implica que su no depósito constituye un defecto que impide la inscripción del préstamo o crédito hipotecario en el Registro de la Propiedad. Pues bien, para que el Registrador de la Propiedad pueda controlar ese “depósito previo”, se hace necesario, en primer lugar, el acceso telemático o interconexión del mismo al Registro de Condiciones Generales de la Contratación; en segundo lugar, que el depósito de los modelos se haga asignándole un número propio y, por último, que ese número de identificación de cada modelo se haga constar en las respectivas escrituras de préstamo hipotecario para un adecuado cotejo de su depósito y contenido. A este respecto debe tenerse en cuenta que según el artículo 83 reformado de la LGDCU son nulas de pleno derecho las condiciones generales incorporadas de modo no transparente.

b) La remisión de oficio de las sentencias firmes dictadas en acciones colectivas o individuales de nulidad, cesación o retractación, recogida en los artículos 521.4 de la LEC (disposición final 5ª) y artículo 11.4 de la LCGC (disposición final 4ª). El primero de dichos artículos señala que las sentencias firmes dictadas en juicios derivados del ejercicio de acciones colectivas o individuales por las que se declare la nulidad, cesación o retractación en la utilización de condiciones generales abusivas, se remitirán de oficio, se entiende que obligatoriamente, por el órgano judicial competente al Registro de Condiciones Generales de la Contratación, para su inscripción.

Por su parte el artículo 11.4 de la LCGC aclara que serán objeto de inscripción las ejecutorias firmes en que se recojan sentencias firmes estimatorias de cualquiera de las acciones a que se refiere el apartado anterior (demandas ordinarias de nulidad o de declaración de no incorporación de cláusulas generales, así como las acciones colectivas de cesación, de retractación y declarativas), las cuales “obligatoriamente” se remitirán al Registro de Condiciones Generales.

Por último, la presentación de los testimonios y mandamientos judiciales debería hacerse también por vía telemática que, en caso de su carencia por la sede judicial respectiva, podría suplirse por una presentación del correspondiente de los mismos por vía fax, incorporando un Código Seguro de Verificación incorporado, de lo cual ya existen hoy en día proyectos. Esta presentación por medio de fax, con CSV, deberá estar exenta de la exigencia de consolidación con la presentación del testimonio o mandamiento en papel, y su contenido ser objeto de tratamiento informático por parte de la oficina registral de tal manera que sea factible una adecuada publicidad telemática interactiva en los términos antes señalados.

## 2.- La subrogación activa de la Ley 2/1994 sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios.

Como consecuencia de la imputación a la entidad prestamista de los gastos de notaría, registro de la propiedad, gestoría e impuesto de actos jurídicos documentados (art. 14 LCI), la disposición final 3ª de la LCI ha modificado el régimen de la subrogación activa en los préstamos y créditos hipotecarios por voluntad del prestatario, recogido en el artículo 2 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, al objeto de repartir tales gastos, en su caso, entre el primer

prestamista y la entidad subrogante. Las principales innovaciones del nuevo régimen de subrogación son las siguientes:

1.- Se suprime la obligación de la entidad subrogante de subrogarse en todos los créditos y/o préstamos hipotecarios de que fuere titular el primitivo acreedor sobre la misma finca registral, ya que ello supondría el pago de una gran cantidad de gastos al acumularse los de varios préstamos hipotecarios, con lo que queda abierta la posibilidad, que la anterior norma evitaba, la subrogación solo en el préstamo hipotecario de mejor rango, con el consiguiente perjuicio para el banco subrogado que perderá de facto la garantía sobre los otros créditos sin recibir compensación alguna por parte de la entidad subrogante.

2.- El prestamista subrogado deberá ser reintegrado por el prestamista subrogante en la parte proporcional del impuesto y los gastos que le correspondieron en el momento de la constitución del préstamo al banco subrogado, concretamente en la parte de dichas sumas que corresponda al préstamo pendiente amortización.

3.- Se suprime el derecho de enervación de la subrogación por parte del prestamista subrogado u original mediante la oferta vinculante de las mismas condiciones financieras que el banco subrogante hubiere realizado, sustituyéndolo por la facultad que se concede al antiguo acreedor de realizar una oferta vinculante de nuevas condiciones financieras, las que quiera y sin necesidad de igualar la oferta de la entidad financiera subrogante, que el prestatario es libre de aceptar o rechazar.

4.- Se modifican los plazos del procedimiento de subrogación que pasan a ser de 7 días naturales desde la notificación notarial (ahora no se dice expresamente que deba ser de este tipo pero la necesidad de su fehaciencia parece imponerlo) de la oferta vinculante de la entidad subrogante a la entidad subrogada, para que ésta presente el certificado de la deuda pendiente, y si lo presentará, se le concede un nuevo plazo de 15 días naturales para que presente la contraoferta de condiciones financieras. Transcurrido ese plazo de 15 días naturales sin que el deudor haya formalizado con la antigua entidad acreedora la novación modificativa del préstamo o crédito hipotecario, podrá otorgarse la escritura de subrogación con la entidad financiera subrogante.

### 3.- El recurso extraordinario de revisión.

La disposición transitoria 3ª de la LCI establece un régimen especial en los procesos de ejecución hipotecarios en curso a la entrada en vigor 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, para cumplir con las exigencias de las sentencias del TJUE de 29 de octubre de 2015 (asunto C-8/14, BBVA) y de 26 de enero de 2017 (asunto C-421/14, Banco Primus). Estas sentencias habían considerado contrario al principio de efectividad de la normativa sobre protección de los consumidores que la posibilidad de formular un nuevo incidente de oposición por abusividad, respecto de aquellos prestatarios a los que no se hubiera concedido esa opción y en aquellos procedimientos que no hubieran culminado con la puesta en posesión de la finca al acreedor ejecutante, se hubiera notificado a éstos por su publicación en el BOE (norma de la disposición transitoria 4ª de la Ley 1/2013), señalando que tal notificación acerca del nuevo derecho que le asiste se debía realizar de forma individual al deudor.

La nueva regulación del “recurso extraordinario de revisión” dispone que en los

procedimientos ejecutivos en curso a la entrada en vigor de la LCI, en los que al entrar en vigor la Ley 1/2013 hubiera transcurrido el periodo de oposición de diez días previsto en el artículo 556.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las partes ejecutadas dispondrán nuevamente del plazo señalado en dicho artículo (10 días) para formular un incidente extraordinario de oposición basado en la existencia de las causas de oposición previstas en el apartado 7.º del artículo 557.1 y 4.º del artículo 695.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Este nuevo plazo se declara preclusivo y se computará desde el día siguiente a la notificación de la resolución por la que se comuniquen a las partes ejecutadas la posibilidad de formular incidente extraordinario; notificación que deberá realizarse en el plazo de quince días naturales a contar desde la entrada en vigor de esta Ley, lo que va a complicar notablemente la labor de los juzgados.

Aunque no se indique por la reforma, se entiende que ese mismo plazo sería aplicable respecto de la posibilidad de interponer recurso de apelación a la resolución judicial desestimatoria de la oposición a que se refiere la disposición transitoria 4ª del Real Decreto Ley 11/2014 que modifica la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil en el sentido que el apartado 4 del artículo 695 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que concede al prestatario recurso de apelación contra el auto que desestime la oposición a la ejecución por causa de abusividad de una cláusula; disposición transitoria que concedía al deudor, en los procedimientos de ejecución iniciados antes de su entrada en vigor que no hubieran culminado con la puesta en posesión del inmueble al adquirente, la posibilidad de entablar dicho recurso de apelación en un plazo que empezaba a regir desde la publicación de la norma en el BOE.

La formulación del incidente de oposición a que nos referimos tendrá como efecto la suspensión del curso del proceso de ejecución hasta la resolución del incidente, conforme a lo previsto en los artículos 558 y siguientes y 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por último, se dispone que este nuevo plazo se aplicará a todo procedimiento ejecutivo que no haya culminado con la puesta en posesión del inmueble al adquirente conforme a lo previsto en el artículo 675 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, estableciéndose como excepciones a su utilización: a) que en su día se hubiera notificado personalmente al ejecutado la posibilidad de formular un incidente extraordinario de oposición por abusividad; b) que se hubiera formulado por el ejecutado incidente extraordinario de oposición, conforme a lo recogido en la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013; c) que se hubiere admitido la oposición del ejecutado con base en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de octubre de 2015; o d) cuando el juez de oficio ya hubiera analizado la abusividad de todas las cláusulas contractuales, porque en tal caso la resolución que dictó sobre esta materia goza de fuerza de cosa juzgada, según declaró la citada sentencia del TJUE de 26 de enero de 2017 (C-421/14, asunto Banco Primus).

Desde el punto de vista de la inscripción de los testimonios de los decretos de adjudicación derivados de una ejecución hipotecaria anterior a la entrada en vigor de la Ley 5/2019, es decir, del 17 de junio de 2019, cuya disposición transitoria 3ª impone el citado nuevo plazo para la alegación del incidente de oposición por abusividad, si consta en el registro de la propiedad que la vivienda subastada constituye el domicilio habitual del hipotecante; será necesario que en el indicado testimonio judicial se indique que se ha dado posesión del inmueble al adquirente antes de dicha entrada en vigor, o, alternativamente, que en

ese procedimiento de ejecución hipotecaria concurren alguno de los supuestos de exclusión, antes enunciados, de este nuevo recurso extraordinario de revisión.

Esta regulación del “recurso extraordinario de revisión” implica, si el adjudicatario de la finca hipotecada no ha tomado posesión del inmueble y no concurren las circunstancias de excepción de su aplicación, que su resolución final pueda provocar el sobreseimiento de la ejecución con posibles efectos destructivos de la eficacia de la adjudicación, quedando el decreto de adjudicación dictado en su día en situación análoga a la de las sentencias firmes pendientes de un posible recurso de rescisión a instancias del rebelde (art.502 y ss y 524-4 LEC).

Pues bien, como ya señaló la DGRN (ver resoluciones de 11 de octubre y 18 de diciembre de 2013 y 9 de enero y 22 de julio de 2014) para el plazo preclusivo concedido por disposición transitoria 4ª de la Ley 1/2013 que ahora se modifica, el tratamiento registral de los testimonios de adjudicación resultantes de decretos dictados en procedimientos ya iniciados al entrar en vigor la Ley 5/2019, si la fecha del decreto de adjudicación es anterior al 14 de julio de 2019 (fecha en la que terminará el citado plazo preclusivo para interponer el recurso y su plazo de notificación), debe ser el mismo de las citadas sentencias firmes dictadas en rebeldía, es decir, que sólo pueden –previa solicitud expresa- ser objeto de anotación preventiva en tanto no se certifique por el órgano judicial que han transcurrido los plazos para la interposición del recurso de revisión sin haberse interpuesto el mismo, o que ejercitado por el prestatario fue desestimado.

El presente informe, que es meramente consultivo, no tiene carácter vinculante y deja a salvo la libertad del Registrador para calificar bajo su responsabilidad, conforme a lo prevenido en la legislación hipotecaria. Se recuerda que no interrumpe los plazos de calificación.

Ha sido elaborado por la Subcomisión de Hipotecas de la Comisión de Consultas Doctrinales, integrada por:

D. Ángel Valero Fernández-Reyes

D. José Luis Valle Muñoz

D.ª María José Renart Espí

D. Celestino Morín Rodríguez

D.ª María Navarro Díaz

Ponente:

D. Ángel Valero Fernández-Reyes

Madrid, a 14 de mayo de 2019

Por la Comisión de consultas doctrinales,

Director del Servicio de Estudios Registrales

Juan Luis Gimeno Gómez-Lafuente