

# LA FUNCIÓN NOTARIAL Y EL ASESORAMIENTO FINANCIERO

Working Paper 2/2025

Antonio Chaves

Notario

---

**Resumen:** El artículo discute la importancia de la educación financiera en la sociedad actual, destacando que, a pesar de su reconocimiento global, su implementación aún es deficiente en España, especialmente en comparación con países escandinavos o Canadá. El autor reflexiona sobre su experiencia como notario, observando el bajo nivel de conocimientos financieros en la población. Se hace hincapié en la relevancia de iniciativas como el proyecto EDUFINET, que buscan fomentar la cultura financiera, y se critica la falta de impulso desde las administraciones públicas para cumplir con los mandatos constitucionales sobre la educación de los consumidores. Finalmente, se destaca el papel crucial del notario en el asesoramiento financiero y la transparencia en la contratación de productos financieros, sobre todo en el ámbito hipotecario.

**Palabras clave:** educación financiera; cultura financiera; transparencia financiera; papel del notario; productos financieros; contratos hipotecarios; protección del consumidor.

**Códigos JEL:** G21; G28; K12; K22.

---

## 1. Introducción

En primer lugar y como no puede ser de otra manera debo comenzar **agradeciendo** a la organización de estas jornadas que hayan pensado en un notario para participar en las mismas y, más específicamente, que ese honor haya recaído en mi persona.

Por otra parte, no quería dejar pasar la oportunidad de felicitar a los organizadores de este evento por la feliz iniciativa que ha supuesto el proyecto de educación financiera conocido como EDUFINET. No debemos desconocer la **importancia de la cultura financiera en la sociedad de siglo XXI**; en este punto me gustaría traer a colación las siguientes afirmaciones de DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, en un artículo elaborado para «Funcas» y publicado en julio de 2022\* en el que pone el dedo en la llaga al decir (sic) «*La importancia de la cultura financiera es hoy día ampliamente reconocida en todo el mundo. Los conocimientos en materia financiera se incluyen dentro de las competencias básicas para la vida en el siglo XXI, si es que no lo han sido siempre. De manera especial a raíz de la gran crisis financiera internacional iniciada en 2007-2008, se ha desatado en todo el mundo una auténtica cruzada en pro de la educación financiera. El déficit de cultura financiera entre la población incluso ha sido mencionado como uno de los factores explicativos —desde luego, no el principal— de la referida crisis.*».

---

\* El artículo lleva por título «La cultura financiera en la sociedad española: competencias, conocimientos y hábitos financieros».

† El autor por nota al final incluye la siguiente referencia: la necesidad de poseer habilidades para gestionar las finanzas personales ha sido calificada entre las que están presentes «desde la cuna a la tumba» (Barrett, 2022).

Sin embargo, la importancia que tiene la cultura financiera en la sociedad actual no va acompañada, a mi juicio, del **esfuerzo correspondiente en formación**. Así, en el día a día de la notaría, puedo observar cómo hay cierto déficit de conocimiento financiero en la sociedad española; dado que esta experiencia personal de mi despacho (una notaría en una ciudad española de tamaño medio/grande) es muy parcial y limitada como para extraer consecuencias generales, me he permitido el lujo de consultar de forma rápida en internet y he podido comprobar cómo, rápidamente, aparecen diversos estudios/artículos/comentarios que resaltan esa situación de déficit de la sociedad española en materia de conocimiento financiero; muy por debajo de lo que sucede en otros países, como los escandinavos o Canadá. El mismo artículo antes citado de DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ también lo pone de manifiesto destacando también como en cada país hay en notables diferencias, según diversas variables, como el nivel de formación, la edad y la renta familiar<sup>‡</sup>.

Precisamente por esa razón es especialmente **loable y digno de ser destacado toda iniciativa dirigida a fomentar la educación y cultura financiera de nuestra población, sobre todo, si esas iniciativas se dirigen a nuestros jóvenes que serán los encargados de que en el futuro las malas experiencias en el ámbito financiero no vuelvan a repetirse o, al menos, no tengan consecuencias tan devastadoras como las de la última gran crisis**.

Del mismo modo que alabamos este tipo de iniciativas dirigidas a fomentar la educación y cultura financiera de la población española también debemos destacar la otra cara de la moneda y poner de manifiesto lo contrario, es decir, cierta dejadez y falta de impulso desde las administraciones públicas en el ámbito formativo. No debemos olvidar que, **la propia Constitución española de 1978, señala en el apartado 2 del artículo 51** que «*los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar aquéllos en los términos que la ley establezca*». Tras más de cuarenta años de vigencia de nuestra Carta Magna creo que parte de estos mandatos constitucionales han sido desarrollados, sin embargo, la parte relativa a información y educación de los consumidores y usuarios, por lo menos, en lo que atañe al ámbito financiero no ha recibido, a mi juicio, el impulso que merecería.

A nivel legislativo no faltan referencias a esta materia, en concreto, el **Artículo 17 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, señala:**

*Artículo 17. Información, formación y educación de los consumidores y usuarios.*

*1. Los poderes públicos, en el ámbito de sus respectivas competencias, fomentarán la formación y educación de los consumidores y usuarios, asegurarán que estos dispongan de la información precisa para el eficaz ejercicio de sus derechos y velarán para que se les preste la información comprensible sobre el adecuado uso y consumo de los bienes y servicios puestos a su disposición en el mercado.*

*2. Los medios de comunicación social de titularidad pública estatal dedicarán espacios y programas, no publicitarios, a la información y educación de los consumidores y usuarios. En tales espacios y programas, de acuerdo con su contenido y finalidad, se facilitará el acceso o participación de las asociaciones de consumidores y usuarios representativas y los demás grupos o sectores interesados, en la forma que se acuerde con dichos medios.*

*3. En el cumplimiento de lo dispuesto en los apartados anteriores, se prestará especial atención a aquellos sectores que, debido a su complejidad o características propias, cuenten con mayor proporción de personas consumidoras vulnerables entre sus clientes o usuarios, atendiendo de forma precisa a las circunstancias que generan la situación de concreta vulnerabilidad.*

En el ámbito financiero **la disposición adicional tercera de la Ley 5/2019**, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (LCI), en su número 1, señala:

*«Disposición adicional tercera. Educación financiera.*

---

<sup>‡</sup> Misma obra citada en la conclusión 6 dice literalmente: El nivel de cultura financiera medio se ve influenciado positivamente por una serie de variables como el nivel de formación, la edad y la renta familiar.

1. *El Ministerio de Economía y Empresa, el Banco de España, las Comunidades Autónomas y los Entes Locales, promoverán medidas de fomento de la educación de los consumidores sobre los riesgos que pueden derivarse de la contratación de préstamos, y la gestión de deudas, en particular en relación con los contratos de préstamo inmobiliario, los derechos que ostentan los consumidores, su forma de ejercicio, las obligaciones que recaen sobre las entidades de crédito, los prestamistas, los intermediarios inmobiliarios y las sociedades de tasación».*

El contexto internacional no es para nada ajeno a la importancia de la educación financiera de los ciudadanos, antes bien, al contrario, **la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de febrero de 2014 sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial**, a la que luego nos referiremos, en su **artículo 6** y bajo el epígrafe «educación financiera de los consumidores» establece lo siguiente:

*«Los Estados miembros fomentarán medidas que apoyen la educación de los consumidores sobre la responsabilidad en la contratación de préstamos y la gestión de deudas, en particular en relación con los contratos de crédito hipotecario. Es necesario disponer de información clara y general sobre el proceso de concesión de créditos a fin de orientar a los consumidores, especialmente a los que obtengan un crédito hipotecario por primera vez. Será igualmente necesaria la información relativa a la orientación que las organizaciones de consumidores y las autoridades nacionales pueden brindar a los consumidores.*

2. *La Comisión hará pública una evaluación de la educación financiera disponible para los consumidores en los Estados miembros y señalará ejemplos de las prácticas más idóneas que podrían ser objeto de un mayor desarrollo para aumentar la concienciación financiera de los consumidores».*

Así considero que no es de recibo que una persona, independientemente de que sea licenciado, diplomado o que tenga una determinada formación profesional **no tenga unos mínimos conocimientos financieros**; esa persona seguro que se va a comprar un vehículo y lo va a financiar con un préstamo, probablemente haga lo mismo con su vivienda habitual, pero es que además, dispondrá de una tarjeta de crédito o de débito, la primera probablemente en su modalidad «revolving»; si esa persona, nuestro protagonista financiero, decide ser un emprendedor o empresario, pues deberá probablemente disponer de alguna o varias de estas figuras:

- i.- una línea de crédito para necesidades puntuales de tesorería;
- ii.- uno o varios «leasing» para financiar la adquisición de maquinaria o vehículos;
- iii.- «confirming» para pagar a sus proveedores;
- iv.- «factoring» para poder anticipar los cobros de sus clientes;
- v.- avales para alquilar su primera nave o local comercial, así como para participar en concursos públicos de acceso a determinados contratos o simplemente para el pago del combustible de sus vehículos o para instalar un «grifo» de cerveza y garantizar su suministro, etc.

Es probable que, nuestro protagonista financiero, si alcanza cierto volumen de actividad, intente separar su actuación empresarial de la personal, constituyendo una sociedad (normalmente limitada), en cuyo caso es también bastante posible que las entidades bancarias le pidan que avale o afiance personalmente las operaciones bancarias personalmente, porque la sociedad, visto su balance, es probable que se encuentre infra-capitalizada.

Del mismo modo, es relativamente frecuente que las pólizas de crédito, normalmente operaciones de financiación a corto plazo se utilicen en la práctica de forma errónea para financiar adquisiciones de bienes de duración media (ordenadores, vehículos, etc.) o incluso de largo plazo, o que se produzca una defectuosa utilización de la tarjeta de crédito (revolving y los problemas que han conllevado).

Pues bien, es evidente y obvio que **el protagonista de nuestra historia financiera no tiene obligación de ser un experto en materias económico-financieras, pero sí que es conveniente que la sociedad, en general, adquiera una serie de competencias y conocimientos básicos en materia económica-financiera** que le puedan ayudar en sus decisiones, no sólo económicas, sino

muchas veces, «de vida» (alquilar o comprar, tipo de tarjeta, préstamo o crédito, etc.). Tales conocimientos básicos versarían básicamente sobre aspecto como el control diario de ingresos y gastos, el ahorro, el control del endeudamiento para no incurrir en sobreendeudamiento y la planificación financiera amén del conocimiento de conceptos básicos de práctica financiera y bancaria (cuenta corriente, préstamo/crédito, tarjeta de crédito/débito, así como aspectos básicos de los productos de ahorro e inversión (depósitos, fondos de inversión, seguros, valores etc.).

Este déficit de información financiera se ve agravado por la falta de información jurídica básica todo lo cual tiene un trasfondo social más arraigado que para mí deriva de **la indiferencia de muchas personas hacia los temas económicos e incluso también hacia los jurídicos**. Es como si se dijese la economía y las finanzas son cosas de los expertos en la materia e igualmente los temas jurídicos son para los que hace las leyes y para los que después las aplican (jueces, abogados, fiscales, etc.). Esto deriva no sólo de la dificultad propia de los conceptos y de que, quizás juristas y economistas no nos hemos esforzado lo suficiente por explicarlos, sino también de una doble confusión.

Por una parte, la que tiende a identificar economía y finanzas con conceptos de macroeconomía, como inflación, PIB, IPC, deuda pública, déficit, etc., olvidando el día a día (el coste de los garbanzos de que hablaba aquél político de la transición-Fraga).

Por otra parte, en el ámbito jurídico, la que tiende a reducir el Derecho al que deriva o se concreta en procesos judiciales, es decir, a la parte patológica del Derecho, cuando este se incumple o transgrede; sin embargo, en la realidad diaria, la inmensa mayoría de actos de relevancia jurídica se dan sin que tengan que intervenir ni los juzgados ni los tribunales. Estadísticamente la diferencia en favor del cumplimiento normal de los actos y contratos es abrumadora; por cada contrato problemático, hay cientos y miles de contratos que se desarrollan normalmente desde su origen hasta su completa ejecución<sup>§</sup>.

Evidentemente no podemos exigir que todo ciudadano tenga conocimientos jurídicos y económicos profundos, pero sí que se puede, siguiendo el mandato constitucional, «**informar**» y «**proteger**» al ciudadano<sup>\*\*</sup>. Además, no se debe perder de vista que tales términos y conceptos están recíprocamente condicionados, de modo que, a mayor información necesitaremos menos protección y viceversa. Por tanto, la labor de organismos, instituciones y las iniciativas en este sentido debe dirigirse a formar consumidores informados y responsables que actúen en un marco legal claro donde haya una protección básica garantizada y una posibilidad de completar esos conocimientos y protección de base con mecanismos complementarios dirigidos a mejorar y perfeccionar esos conocimientos en especial en cuanto a la contratación de productos financieros que, bien por su relevancia (como ocurre con el préstamo hipotecario) o por su especial complejidad así lo requieran. En este último ámbito creo que el notariado, las entidades financieras, intermediarios financieros y, en general, las empresas de servicios de inversión deben tener un papel relevante.

---

<sup>§</sup> Pensemos en lo que hacemos un día cualquiera y veremos cómo desde que nos levantamos hasta que nos acostamos, realizamos un montón de actos de relevancia jurídico-económica. Así, lo primero que hacemos al levantarnos es algo tan sencillo como encender la luz, pues bien, detrás de ello hay un contrato de suministro con una compañía eléctrica cuya factura debemos pagar mensualmente; lo mismo sucede con el agua, el gas, etc. De igual modo cuando tomamos el autobús o un taxi, estamos contratando un transporte por un precio y así podríamos seguir con todo lo que hacemos a lo largo del día.

<sup>\*\*</sup> El artículo 51 de la CE señala: «1.- Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

2.- Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca».

No quiero alargarme demasiado en el tiempo con este tema simplemente dejarlo apuntado y reiterar mis felicitaciones a todas las iniciativas dirigidas a fomentar la cultura financiera de la población.

## 2. Presentación del tema. Ideas generales

Entrando en el tema objeto de la charla, es decir, el notario y el asesoramiento o información financiera, quizás, la primera duda **que les pueda asaltar es qué diantres pinta un notario abordando temas relacionados con las finanzas**. Tradicionalmente la función notarial se ha encuadrado dentro de las profesiones de **carácter jurídico** y tal afirmación no deja de ser cierta; así, por una parte, nos encontramos con que el acceso a la función notarial exige, a día de hoy, la licenciatura en Derecho además de superar los exámenes de la oposición; por otra parte, la contribución al conocimiento jurídico por parte del notariado puede comprobarse fácilmente porque en multitud de temas de derecho privado, tanto en el ámbito civil como mercantil, podemos encontrar aportaciones de muchos notarios a través de libros, artículos, tesis doctorales, conferencias etc. Ahora bien, que el notario no sea un economista sino de forma primordial un jurista no impide que en el desarrollo de su profesión no tenga contacto con la economía y ello, al menos, prima facie, en varias vertientes.

Por una parte, en primer lugar, **el notario interviene en determinados actos y/o contratos de los ciudadanos que exigen una previa decisión de carácter económico-financiero**; así la decisión de comprar un vehículo es previa a la obtención de financiación para ello; lo mismo ocurre con el tema de la vivienda, la primera decisión a adoptar es la de si procede alquilar o comprar y, tras ello, vendrá la firma del contrato de arrendamiento o el de compraventa y, en este último caso, habrá que decidir si se acude o no y en qué proporción a la financiación bancaria según las circunstancias del caso concreto (a modo de ejemplo, cuando yo aprobé la oposición, soltero y sin obligaciones familiares dejé de vivir en la casa de mis padres y me desplazé a vivir al lugar donde obtuve destino; lógicamente busqué alojamiento, en ese momento, parece lógico pensar que si llegas un lugar donde no sabes el tiempo que vas a estar, donde no conoces a nadie ni sabes cuáles son tus expectativas profesionales y personales, no parece una decisión acertada, ni de vida ni económica, proceder a comprar una vivienda en propiedad, antes bien al contrario, parece más lógico, en tales circunstancias, alquilar y esperar el desarrollo de tu vida personal y profesional para acometer otro tipo de decisiones).

Al mismo tiempo, en segundo lugar, no debemos olvidar que **ciertos actos y contratos formalizados ante notario van a desplegar en el tiempo una serie de consecuencias no sólo jurídicas sino, también, económicas**. El que compra una vivienda no sólo va a pagar un precio concreto en el momento mismo de la compra, sino que deberá asumir el pago de una serie de impuestos y gastos y no sólo vinculados a la transmisión (IVA o TPO según sea vivienda nueva o de segunda mano, notaría registro, etc.) sino también después (IBI, gastos de comunidad, seguros, etc.). Dentro de esos actos y contratos, hay un grupo de ellos, que tienen, además, una relevancia económico-financiera directa, así sucede con los préstamos y créditos, ya tengan o no garantía real (hipotecaria, pignoratícia, etc.) y en general toda la contratación bancaria de operaciones de activo, en un doble ámbito, por un lado, en las actividades desarrolladas por empresarios y profesionales y, por otro, en relación con consumidores y usuarios.

En tercer lugar, no debemos olvidar que el notario tiene encomendada una importante labor de **control en la determinación de la deuda judicialmente reclamable para verificar que la liquidación de la cantidad reclamada** presentada por el acreedor, normalmente entidad financiera, se han realizado conforme a lo pactado en el contrato<sup>††</sup>.

---

<sup>††</sup> El artículo 572.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil señala «También podrá despacharse ejecución por el importe del saldo resultante de operaciones derivadas de contratos formalizadas en escritura pública o en póliza intervenida por corredor de comercio colegiado, siempre que se haya pactado en el título que la cantidad exigible en caso de ejecución será la resultante de la liquidación efectuada por el acreedor en la forma convenida por las partes en el propio título ejecutivo. En este caso, sólo se despachará la ejecución si el acreedor acredita haber notificado previamente al ejecutado y al fiador, si lo hubiere, la cantidad exigible resultante de la liquidación».

Para entender esta labor, debemos hacer un poco de historia. Hasta los años 80 del siglo pasado, en muchas ocasiones, las cantidades prestadas se devolvían al vencimiento del plazo, que no era muy largo y el uso de las cuentas de crédito no estaba muy generalizado. Ello determinaba que, en caso de tener que reclamar judicialmente alguna deuda, la cantidad reclamable venía determinada en el documento que recogía el contrato del que derivaba la deuda, es decir, que la cantidad era líquida ab initio; por tanto, no había que liquidar la deuda a posteriori porque o bien venía determinada en el propio título del acreedor o podía determinarse mediante operaciones aritméticas sencillas de cálculo de un tipo de interés.

Sin embargo, la generalización de la financiación bancaria a largo plazo con vencimientos periódicos (mensuales, trimestrales, etc), el uso habitual mercantil de la cuenta de crédito, incluso con garantía hipotecaria y la utilización de figuras más modernas de financiación como el leasing o el confirming ha hecho necesario que en el contrato se determine la forma de liquidar la deuda que parte de la base de la propia contabilidad bancaria pero se confíe a un tercero de confianza, en el caso de España, al notario, para comprobar que el acreedor ha hecho la liquidación de la deuda en la forma pactada en el contrato. Al fin y al cabo, aunque es un tema financiero, esta intervención de un tercero para comprobar la liquidación tiene un anclaje netamente jurídico porque como dice **el artículo 1256 del CC**: *la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes*; en definitiva, no puede dejarse en las exclusivas manos de una de las partes la determinación de la cantidad reclamable ejecutivamente. Por este motivo también en el programa o temario de las oposiciones hay un apartado o anexo en el cuarto ejercicio sobre «matemáticas financieras» en el que se estudia, entre otras cosas, el sistema de amortización francés en los préstamos, el método hamburgués en la liquidación de las cuentas de crédito y conceptos básicos sobre swaps, capitalización simple y compuesta, etc.

Si nos centramos en el ámbito del asesoramiento con repercusión financiera es, en el ámbito de la **contratación inmobiliaria y bancaria, donde puede entrar la labor del notario para que pueda ayudar en esa tarea de información y asesoramiento proyectada sobre una operación en concreto**, contribuyendo a completar el proceso de formación de la voluntad de quien acude a la notaría, con distinto nivel de intensidad como veremos según se trate o no de un consumidor y según la relevancia financiera del acto o contrato de que se trate. En definitiva, se trata de lograr que el consentimiento prestado, especialmente en la contratación en masa y con condiciones generales donde hay menos posibilidades de negociar los concretos pactos del negocio, sea un «consentimiento completamente informado», plenamente consciente en cuanto a los riesgos/beneficios económicos/jurídicos de la operación.

Ahora bien, no debemos perder de vista que la configuración de la profesión notarial en España es tributaria de lo que se denomina el Notario latino (a veces se configura como notario latino-germánico) que se contraponen a otra concepción jurídica de tradición anglosajona. La evolución de los sistemas jurídicos y de sus estructuras ha sido diferente en los diversos países y ello obedece también a diferencias sociales, culturales, históricas, etc.

A grandes rasgos podemos decir que la tradición notarial latina responde a una preponderancia del valor «seguridad», hablamos de la contribución del notariado a la seguridad jurídica preventiva; es

---

En estos casos, el artículo 573 de la LEC exige para despachar ejecución una serie de documentos entre los que se encuentra el «documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo» y este documento, se plasmaba antiguamente en dos posibilidades: una certificación realizada por corredor de comercio o un acta notarial; tras la integración de ambos cuerpos en un solo cuerpo de Notarios (por la disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social) ese documento fehaciente de liquidación se plasma en forma de «acta notarial».

El artículo 574 exige también esa documentación en el caso préstamos o créditos con interés variable o cuando sea preciso ajustar las paridades de distintas monedas y sus respectivos tipos de interés.

Finalmente, el artículo 558.2 de la misma Ley, regula la posibilidad de que el Letrado de la Administración de Justicia, a solicitud del ejecutado, designe mediante diligencia de ordenación perito que, previa provisión de fondos emita dictamen sobre el importe de la deuda.

decir, en lugar de acudir a reparar los daños que se puedan producir, se trata de evitar la generación de esos daños o perjuicios; además, no debemos olvidar que, si el sistema falla, al final, también existe un sistema de reparación (actuación judicial y seguro de responsabilidad civil).

En el ámbito anglosajón, el sistema tiende más a la reparación por lo que la preponderancia en el ámbito extrajudicial la tiene el mecanismo del contrato de seguro; frecuentemente la transmisión de inmuebles se acompaña del «seguro de título».

Para que se pueda entender mejor partamos de un ejemplo práctico; en la compraventa de un inmueble, en el sistema notarial español, el notario y la institución del Registro de la Propiedad garantizan que quien adquiere de buena fe de un titular registral es mantenido en su adquisición<sup>‡‡</sup>; si como consecuencia de ello, hay algún perjuicio, en particular, si el titular real no coincidiese con el titular registral (supuesto altamente improbable) el perjudicado, además de los remedios judiciales frente al causante directo del daño, también dispondrá, si ha habido algún fallo en el proceso, de reparación por vía de seguro de los profesionales que intervienen en aquél. El notario comprueba también si existen cargas en el Registro, los gastos que pueden llevar afección sobre la finca a transmitir, como los impuestos municipales, los gastos de comunidad, etc.

En el sistema anglosajón se parte ab initio de que no existe seguridad plena en la titularidad del transmitente por lo que un experto debe realizar una investigación del título que comprende no sólo el título del transmitente en sí, sino que abarca los anteriores durante un período temporal que se considera seguro (antiguamente sesenta años y se ha reducido en los últimos tiempos a quince). Además, esa información o investigación previa abarca el estudio de todos los gravámenes y cargas que puedan afectar a la propiedad.

Todo ello se refuerza, sobre todo en USA, con un seguro «de título» —title insurance— que puede definirse, siguiendo a BENITO ARRUÑADA<sup>§§</sup>, como aquel contrato por el cual una entidad aseguradora se compromete a indemnizar al titular de un derecho real en caso de que el título asegurado se demuestre defectuoso y a asumir, en su caso, la defensa jurídica de dicho título (nota peculiaridad, riesgos pasados no futuros). La generalización de este tipo de seguros ha hecho que las propias compañías que los ofrecen sean las que se encarguen a través de servicios internos de valorar y analizar el título aportado por el transmitente, así como las cargas, gravámenes que puedan menoscabarlo.

En definitiva, el sistema el latino-germánico, independientemente de sus propias particularidades en cuanto al modo de adquisición, pretende una seguridad jurídica preventiva sin excluir la reparación posterior si falla la primera mientras que el sistema anglosajón pretende una seguridad jurídica reparadora tendente a indemnizar los perjuicios que puedan producirse.

Dentro de estos sistemas, lógicamente, el notario tiene una configuración completamente diferente, así en los sistemas preventivos, normalmente el notario tiene una configuración legal, como funcionario público y profesional del Derecho con una determinada cualificación jurídica, una «profesión oficial», mientras que en los sistemas de corte anglosajón, no hay una concepción unívoca; así en Inglaterra existe la profesión como tal, los notarios «scriveners»<sup>\*\*\*</sup>, aunque muy volcado a la confección de documentos que hayan de producir efectos fuera de su país, mientras que, a nivel interno, sus funciones se confunden y solapan con las de los «solicitors». En Estados Unidos, sin embargo, aunque puede haber diferencias entre Estados, en general, son funcionarios públicos con

---

<sup>‡‡</sup> El artículo 34.1 de la Ley Hipotecaria establece: «El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo registro».

<sup>§§</sup> «El seguro de títulos de propiedad», Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, volumen 80, número 681.

<sup>\*\*\*</sup> Ver, a modo de ejemplo, el artículo del notario de Londres, William Kennair en la revista «Notario del siglo XXI», septiembre-octubre de 2007.

cargos temporales cuyas funciones son meramente de autenticación o legitimación de firmas, no siendo necesario disponer de una preparación jurídica especial.

El sistema español, como hemos dicho, responde a una concepción de seguridad jurídica preventiva en el que el Notariado, junto con el Registro de la Propiedad, garantizan la seguridad jurídica en cuanto valor constitucionalmente garantizado —artículo 9.3 de la CE<sup>†††</sup>—, sobre todo, en el tráfico inmobiliario y mercantil, de forma directa, de modo que al adquirente se le garantiza el mismo derecho adquirido y sólo excepcionalmente, puede haber lugar a una reparación de tipo indemnizatorio. En este sentido no puedo dejar de recordar, pese a lo conocida de la frase, la famosa cita del notario JOAQUÍN COSTA «notaría abierta, juzgado cerrado», que debe ser entendida en su recto y sano sentido, es decir, que la labor notarial debe evitar muchos pleitos lo que determina un ahorro de costes para la Administración y lo que, para mi es más importante, permite que los Juzgados y Tribunales desarrollen su importantísima función en aquellos aspectos de la vida más importantes.

Haciendo una pequeña digresión dentro de la exposición me gustaría destacar cómo además de la labor general del notario al asesorar a quienes reclaman su actuación, el notario despliega también una intensa labor de colaboración en ámbitos no propiamente jurisdiccionales pero que, tradicionalmente, se encomendaban a órganos judiciales (no sólo a jueces y magistrados sino también a letrados de la Administración de Justicia), como la llamada «jurisdicción voluntaria». Esta tarea se ha visto notablemente reforzada en los últimos a través de diversas modificaciones legislativas: sin ánimo de ser exhaustivo, podemos destacar la Ley 13/ 2015 de reforma de la Ley Hipotecaria, en materia de expedientes para inmatriculación, excesos de cabida y reanudación de tracto sucesivo o la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, por la que se han atribuido al notariado nuevas competencias en materias como matrimonio, separación y divorcio, nombramiento de contador-partidor dativo, pago en metálico de las legítimas, declaraciones de herederos, etc. en las que el aspecto funcional del notario se ve notablemente reforzado. Además, especialmente en el ámbito de la llamada «jurisdicción voluntaria» la competencia notarial no es exclusiva y excluyente sino compartida en muchos casos, con los letrados de la Administración de Justicia, de modo que el ciudadano puede elegir entre ambas alternativas.

La **caracterización del notario** viene recogida en la legislación vigente y así el **apartado 1 del artículo 1 de la Ley del Notariado** (de 28 de mayo de 1862), según el cual: «*el notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales*»; esta definición del notario en España se ve complementada con lo que establece el **Reglamento Notarial en los apartados 2.º y 3.º del artículo 1**, cuando señala:

*«--Los notarios son a la vez funcionarios públicos y profesionales del Derecho, correspondiendo a este doble carácter la organización del Notariado. Como funcionarios ejercen la fe pública notarial, que tiene y ampara un doble contenido:*

- a) En la esfera de los hechos, la exactitud de los que el notario ve oye o percibe por sus sentidos.*
- b) Y en la esfera del Derecho, la autenticidad y fuerza probatoria de las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público redactado conforme a las leyes.*

*Como profesionales del Derecho tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquéllos se proponen alcanzar...»*

Por tanto, el notario es a la vez y de forma inescindible, un funcionario público y un profesional del Derecho y, en este último ámbito, tiene por misión asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles sobre los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que se proponen alcanzar.

---

<sup>†††</sup> El artículo 9.3 de la CE señala: «La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales la seguridad jurídica la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos».

### 3. Asesoramiento notarial

Este asesoramiento, en muchas ocasiones, es de alcance esencialmente **personal**, así sucede cuando el notario recibe a una persona que quiere hacer **testamento** (que, aunque tiene contenido patrimonial es una previsión para cuando morimos por lo que para el que testa es más personal), que quiere prever **tutores** que se hagan cargo de sus hijos menores de edad para el caso de su fallecimiento, que quiere nombrar un **curador** para sí mismo que le asista o, incluso, le represente en el caso de que, en algún momento futuro, pueda encontrarse en una situación en la que no pueda por sí mismo ejercer su capacidad jurídica o, que quiere dejar otorgado **un poder de carácter preventivo** que puede hacerse efectivo y producir efectos incluso si el poderdante no puede ejercer por sí su capacidad o precisamente para tal caso; en otras ocasiones, el asesoramiento por parte del notario tiene alcance patrimonial pero con preponderancia de lo jurídico sobre lo financiero, así sucede en las compraventas, herencias y en el ámbito societario.

Sin embargo, hay ocasiones, como hemos anticipado antes, **donde el asesoramiento del notario puede incidir directamente en materias financieras; ello sucede especialmente, como hemos anticipado, en todo el ámbito de la contratación bancaria.** Desde el punto de vista documental esta labor tiene su reflejo en la intervención de pólizas y en la autorización de las escrituras de préstamo y crédito hipotecario, si bien, con carácter general, se desarrolla en todo tipo de actos y contratos de trascendencia patrimonial (compraventas, sociedades, etc.).

El **Reglamento Notarial** antes citado también hay determinadas «pistas» de cómo se desarrollará ese asesoramiento, por parte del notario, en concreto, **el artículo 147** de dicha norma establece:

*«El notario redactará el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, e informará a aquéllos del valor y alcance de su redacción, de conformidad con el artículo 17 bis de la Ley del Notariado.*

***Lo dispuesto en el párrafo anterior se aplicará incluso en los casos en que se pretenda un otorgamiento según minuta o la elevación a escritura pública de un documento privado.***

*En el texto del documento, el notario consignará, en su caso, que aquél ha sido redactado conforme a minuta y si le constare, la parte de quien procede ésta y si la misma obedece a condiciones generales de su contratación.*

*Asimismo, el notario intervendrá las pólizas presentadas por las entidades que se dedican habitualmente a la contratación en masa, **siempre que su contenido no vulnere el ordenamiento jurídico** y sean conformes a la voluntad de las partes.*

*Sin mengua de su imparcialidad, el notario insistirá en informar a una de las partes respecto de las cláusulas de las escrituras y de las pólizas propuestas por la otra, comprobará que no contienen condiciones generales declaradas nulas por sentencia firme e inscrita en el Registro de Condiciones generales y prestará asistencia especial al otorgante necesitado de ella. También asesorará con imparcialidad a las partes y velará por el respeto de los derechos básicos de los consumidores y usuarios<sup>\*\*\*</sup>».*

En dicho precepto, como puede verse a primera vista, hay una primera parte (el apartado primero) de aplicación general **a todo tipo de documentos notariales**, en los cuales, el notario debe redactar el instrumento conforme a la voluntad común de los otorgantes, debiendo indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico esa voluntad común, así como informar a las partes del valor y alcance de la redacción dada.

Esta es **la primera labor importante** que realizar por el Notario, que no es fácil, sino todo lo contrario; en muchas ocasiones, será lo más difícil, porque las personas no acuden a la notaría y te dicen quiero hacer testamento nombrando heredero a X con sustitución vulgar a favor de sus hijos, o quiero **vender** un bien, pero el precio quedará aplazado y se garantizará con condición resolutoria o con fianza personal del administrador de la sociedad, etc. Las personas acuden a la notaría y te

---

<sup>\*\*\*</sup> Los incisos destacados en negrita fueron declarados nulos por sentencia del TS (sala tercera) de 20 de mayo de 2008.

explican en lenguaje común, «de la calle» lo que quieren y tras preguntar y aclarar las diversas situaciones, **esa voluntad «pedestre», sin trabajar jurídicamente, se transforma en un lenguaje jurídico y técnico, tratando de prever todas las posibilidades para evitar luego problemas de interpretación y procedimientos judiciales.**

Además, este asesoramiento incluye también **las posibles «economías de opción»,** especialmente en el ámbito fiscal. Así, por ejemplo, cuando existe una copropiedad sobre un inmueble y se extingue al adquirir uno de los propietarios la totalidad de las cuotas es posible acudir a una venta de cuotas que tributa por la modalidad de TPO al tipo correspondiente (en Andalucía el 7 por ciento) o por extinción de condominio que tributa por la modalidad de AJD al tipo correspondiente (en Andalucía el 1,2 por ciento, en otras Autonomías el 1,5 por ciento).

Este asesoramiento en materia fiscal se concreta en las consecuencias directas del acto a realizar y no puede abarcar, lógicamente, aspectos que están fuera del alcance del notario; así la planificación financiera en relación con el IRPF queda fuera del conocimiento del notario porque no conoce la situación patrimonial personal de la persona. Otra cosa es que se pueda informar, de forma genérica, del tratamiento fiscal, como ganancia/pérdida patrimonial, que una venta puede suponer para una persona física.

Del mismo modo hay determinados actos (en el caso de la constitución y cancelación de la prenda sin desplazamiento posesorio<sup>§§§</sup> o el de la hipoteca naval<sup>\*\*\*\*</sup>) que pueden **hacerse en escritura pública o póliza intervenida por notario.** Aparentemente esta distinción es inocua porque ambos documentos llevan aparejada ejecución, pero, sin embargo, el tratamiento fiscal difiere notablemente. Así la modalidad de actos jurídicos documentados, gravamen gradual, previsto en el 31.2 del Texto Refundido de la ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados sólo sujeta al tipo correspondiente (1,2 por ciento como ha quedado dicho en Andalucía) a las primeras copias de las escrituras o actas notariales, pero no a las pólizas intervenidas por notario.

Además de ese asesoramiento general, hay otros apartados específicos para el caso de otorgamientos con arreglo a minuta, con condiciones generales y con consumidores. En concreto, debe:

**i. Consignar si el contrato ha sido redactado conforme a minuta y, si le consta, la parte de quien procede y si la minuta responde a condiciones generales;** cabe destacar que este apartado se encuentra ubicado sistemáticamente antes de la referencia a las pólizas; ello no impide su aplicación a las pólizas, aunque, en tal caso, es obvio de quien procede la redacción y que responden

---

<sup>§§§</sup> El artículo 3.º de la Ley de 16 de diciembre sobre hipoteca mobiliaria y prendas sin desplazamiento posesorio señala: «La hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento se constituirán en escritura pública.

No obstante, la prenda sin desplazamiento podrá también constituirse mediante póliza intervenida por Agente de Cambio y Bolsa o Corredor de Comercio Colegiado, cuando se trate de operaciones bancarias o se refiera a cualquiera de los supuestos comprendidos en el artículo noventa y tres del Código de Comercio...».

El artículo 8.º en su apartado 2.º, por su parte, en cuanto a la cesión del crédito establece: «...El crédito garantizado con prenda sin desplazamiento y formalizado en póliza intervenida por Agente de Cambio y Bolsa o Corredor colegiado, podrá enajenarse o cederse total o parcialmente por documento intervenido también por Agente o Corredor...».

Finalmente, el artículo 40 del Reglamento de dicha Ley aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955 consagra lo siguiente:

«La cancelación, total o parcial de las inscripciones de hipoteca mobiliaria se hará en virtud de escritura pública en la que preste su consentimiento para la cancelación el titular de la hipoteca o sus causahabientes. La cancelación total o parcial de las inscripciones de prenda sin desplazamiento se hará en virtud de escritura pública o documento autorizado por Agente de Cambio y Bolsa o Corredor de Comercio, en los que consienta la cancelación el titular de la prenda o sus causahabientes...».

<sup>\*\*\*\*</sup> El artículo 128 de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima establece: «Artículo 128. Constitución de la hipoteca.

Para que la hipoteca naval quede válidamente constituida podrá ser otorgada en escritura pública, en póliza intervenida por notario o en documento privado y deberá inscribirse en el Registro de Bienes Muebles».

habitualmente a condiciones generales de la contratación en cuanto es la propia entidad la que las remite (ya redactadas) a la notaría.

No es un tema baladí porque, en caso de duda en la interpretación de alguna cláusula, se aplicará el tradicional principio «in dubio contra proferentem».

En este sentido, el inciso inicial del artículo 6.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre de condiciones generales de la contratación, señala:

*«Las dudas en la interpretación de las condiciones generales oscuras se resolverán en favor del adherente...».*

Además, en la medida en que en lo no previsto en ese artículo 6, su apartado tercero se remite a las normas del Código Civil sobre interpretación de los contratos, debe aplicarse el artículo 1288 del Código Civil, a cuyo tenor:

*«la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad».*

Por tanto, que el notario refleje si el contrato obedece a minuta y de quién procede la redacción de la misma, tendrá especial trascendencia en caso de que surja algún conflicto interpretativo.

Además, en materia de condiciones generales existe un **Registro** donde se pueden depositar esas condiciones generales que fue regulado por la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, regula esta materia, concretamente, en su artículo 11.

**La LCI —ley 5/2019— a la que luego haremos amplia referencia también prevé esta cuestión al señalar, en su artículo 7, lo siguiente:**

Artículo 7. Obligaciones de transparencia en relación con los contratos.

*«1. Los prestamistas inscribirán en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, previsto en el artículo 11 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, 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 Ley.*

*2. Las condiciones generales de la contratación a las que se refiere el apartado 1 estarán además disponibles en la página web de los prestamistas, si disponen de ella. En caso de no disponer de dicha página web, las tendrán gratuitamente a disposición de los prestatarios y potenciales prestatarios en sus establecimientos abiertos al público.*

*3. La accesibilidad de las personas con discapacidad a la información prevista en el apartado anterior, deberá garantizarse en los términos exigidos legal o reglamentariamente».*

**ii. Sin dejar de ser imparcial debe adoptar una actitud proactiva, no se limita a presenciar el otorgamiento como un testigo mudo, sino que debe adoptar una actitud activa sin que ello llegue a comprometer su imparcialidad. Por tanto, hay que mantener un delicado equilibrio entre ambos principios: imparcialidad, asesoramiento e información.**

Esta actuación se desdobra, a su vez, en las siguientes:

*a.- el notario debe informar a una de las partes de las cláusulas propuestas por la otra;*

*b.- comprobará que no contienen condiciones generales declaradas nulas por sentencia firme inscrita en el Registro de condiciones generales;*

*c.- prestará asistencia especial al otorgante necesitado de ella;*

En este punto debe advertirse sobre las que se vienen denominando «asimetrías informativas», expresión con la que de forma gráfica se destaca la diferente posición en la que se puede encontrar, por un lado, una entidad financiera que dispone de un potente equipo jurídico frente a un consumidor, que no siempre es una figura unívoca porque el nivel de información varía mucho de unas personas a otras; así la propia legislación de consumidores y usuarios, en concreto **el artículo 3**

del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, define al consumidor por una parte y recoge el concepto de «consumidor vulnerable», por otra parte<sup>†††</sup>.

La diferencia de situación entre las partes en estos casos es tal, que podemos hablar, sin temor a equivocarnos, de una verdadera «polarización informativa» especialmente, cuando de consumidores vulnerables, se trata e, incluso, en el caso de consumidores medios cuando estamos en presencia de productos financieros de especial complejidad.

La función del notario, en este punto, está dirigida a compensar esta situación prestando especial atención y asistencia al contratante más necesitado de ella. Por tanto, el notario deberá explicar el alcance y consecuencias del negocio jurídico intentando utilizar un lenguaje llano a la par que preciso.

Especial interés ofrece en este campo la función atribuida al notario en la reforma operada por la **Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica**, en la que el notario actúa como «apoyo institucional» para las personas que se encuentran en situación de necesidad de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica; en este campo se debe desplegar una diligencia especial para lograr el completo entendimiento del negocio por parte de la persona que se encuentre en tal situación.

*d.- finalmente, además de asesorar con imparcialidad a las partes, velará por el respeto de los derechos básicos de consumidores y usuarios.*

Si analizamos el artículo 8 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias convendremos que de los derechos básicos en ese precepto enumerados<sup>†††</sup>, en este ámbito, tiene especial aplicación el recogido en la letra b) relativo a su derecho

---

<sup>†††</sup> Dicho artículo 3 señala: «Artículo 3. Conceptos de consumidor y usuario y de persona consumidora vulnerable».

1.- «A efectos de esta ley, y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

Son también consumidoras 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.

2.- Asimismo, a los efectos de esta ley y sin perjuicio de la normativa sectorial que en cada caso resulte de aplicación, tienen la consideración de personas consumidoras vulnerables respecto de relaciones concretas de consumo, aquellas personas físicas que, de forma individual o colectiva, por sus características, necesidades o circunstancias personales, económicas, educativas o sociales, se encuentran, aunque sea territorial, sectorial o temporalmente, en una especial relación de subordinación, indefensión o desprotección que les impide el ejercicio de sus derechos como personas consumidoras en condiciones de igualdad».

<sup>†††</sup> El artículo 8.1 de dicha norma tiene el siguiente contenido:

«Artículo 8. Derechos básicos de los consumidores y usuarios.

1.- Son derechos básicos de los consumidores y usuarios y de las personas consumidoras vulnerables:

- a) La protección contra los riesgos que puedan afectar su salud o seguridad.
- b) La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular frente a las prácticas comerciales desleales y la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos.
- c) La indemnización de los daños y la reparación de los perjuicios sufridos.
- d) La información correcta sobre los diferentes bienes o servicios en formatos que garanticen su accesibilidad y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute, así como la toma de decisiones óptimas para sus intereses.
- e) La audiencia en consulta, la participación en el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales que les afectan directamente y la representación de sus intereses, a través de las asociaciones, agrupaciones, federaciones o confederaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas.
- f) La protección de sus derechos mediante procedimientos eficaces, en especial en relación con las personas consumidoras vulnerables».

a la protección frente a la inclusión de cláusulas abusivas y, en parte, también la parte de la letra d) relativa a su derecho a la información correcta en materia de servicios.

#### 4. Especial referencia al asesoramiento financiero en materia de transparencia material

En la concreta materia de préstamos y créditos hipotecarios **hay un hito fundamental en toda esta materia de asesoramiento notarial que está representado por la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, conocida en la práctica diaria como LCI.**

La importancia de dicha Ley determinó que tuviera una «vacatio legis» larga para lo que suele ser costumbre, en concreto, de tres meses a contar desde su publicación en el BOE, que tuvo lugar el 16 de marzo por lo que entró en vigor el 16 de junio de 2019, para permitir que todos los operadores jurídicos y económicos (Bancos, gestorías, inmobiliarias, notarios, registradores, etc.) pudieran adaptarse a las novedades que la ley implantaba.

Esta norma ha supuesto un claro reforzamiento de la posición del notario en el proceso de asesoramiento financiero en el marco de la contratación de préstamos hipotecarios, especialmente, cuando lo hipotecado es una vivienda; pero, antes de entrar en esta materia vamos a hacer una breve reseña histórica que nos ayudará a entender cómo hemos llegado a esta situación.

En la actualidad hablar de la hipoteca como forma de garantía es algo normal y habitual hasta el punto de que es relativamente frecuente que, en la prensa, radio, televisión, tertulias, etc. se hable de este tema; no obstante, ello no siempre fue así.

Existe cierto consenso en entender que la palabra «hipoteca» procede del griego «hypoteke» (debajo del cajón, literalmente) aludía al cimiento o garantía de algo que permanecía oculto. Fue, sin embargo, el talento jurídico de los romanos lo que determinó el concepto futuro de la hipoteca como derecho real de garantía sin necesidad de desplazamiento posesorio alguno a diferencia de lo que sucedía con la prenda ordinaria.

En la Edad Media la hipoteca tuvo cierta utilización como forma de permitir el acceso a la propiedad a los cultivadores en una época dominada por los señores feudales. Pero, inicialmente, la hipoteca generaba problemas por su falta de publicidad, a diferencia de la prenda en la que el objeto pignorado se entrega al acreedor o a un tercero, en el caso de la hipoteca la carga permanecía oculta (debajo del cajón).

En España este problema se solucionó primero con las Contadurías de Hipotecas (Real Pragmática de 1768) como mero registro de gravámenes y, posteriormente, con la institución del Registro de la Propiedad que se debe a la primera Ley Hipotecaria que data del 8 de febrero de 1861 (anterior, por tanto a la Ley de Registro Civil de 1870 y al propio Código Civil de 1889).

Sin embargo y pese a la importancia de la hipoteca, como lo demuestra que una Ley que constituía un verdadero código territorial se denominara simplemente «ley hipotecaria» no es hasta a finales del siglo pasado y lo que llevamos del XXI cuando se generaliza su utilización de forma masiva por los ciudadanos.

En la década de los setenta del pasado siglo, de la mano del proceso migratorio desde el campo a la ciudad que exigía nuevas edificaciones, era normal que fuese el promotor de aquéllas quien actuase, a la vez, de financiador, vendiendo a plazos la propiedad, instrumentando, en muchas ocasiones, ese pago aplazado a través de letras de cambio, que eran la figura cambiaria protagonista de la época; los protocolos notariales de esos años estaban repletos de protestos de letras de cambio tal era la magnitud de su utilización.

En los años ochenta la situación empezó a cambiar de forma gradual y las entidades financieras comenzaron a entrar en este campo, en un primer momento a través del Banco Hipotecario y de las Cajas de Ahorro y, posteriormente, de forma general, a través de todas las entidades financieras.

La importancia de la financiación hipotecaria llevó al gobierno a intentar regular la materia si bien, la evolución posterior del mercado, en especial por las consecuencias de la crisis de finales de la primera década del siglo XXI, rebeló la insuficiencia de dicha regulación.

Efectivamente, además de la normativa general sobre consumidores usuarios que, sobre la base del **artículo 51 de la CE**, arranca con la regulación de 1984, contenida en la **Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la defensa de los Consumidores y Usuarios** y, continúa, con la posterior regulación de condiciones generales de la contratación de 1998 (**Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación**) y demás normativa de aplicación en la materia, el gobierno dictó una norma específica para regular la práctica bancaria en materia de hipotecas de vivienda que fue el **Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios** publicada en el BOE de 11 de mayo de dicho año, con entrada en vigor a los tres meses de su publicación.

Dicha orden, según su propia Exposición de Motivos venía a complementar la Orden de 12 de diciembre de 1989 sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito, hace uso de la habilitación que confería al Ministerio de Economía el artículo 48.2 de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, para, con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito, determinar las cuestiones o eventualidades que las operaciones de financiación típicas habrían de tratar o prever de forma expresa, así como exigir a las entidades modelos pudiendo imponer alguna modalidad de control administrativo sobre tales modelos.

En esta Orden de 1994 ya había una referencia a la actuación de los notarios. Así la Exposición de Motivos señalaba: *«A esa adecuada comprensión deberá colaborar el Notario que autorice la escritura de préstamo hipotecario, advirtiendo expresamente al prestatario del significado de aquellas cláusulas que, por su propia naturaleza técnica, pudieran pasarle inadvertidas. Las significativas precisiones que sobre la actuación de los Notarios establece la Orden en su artículo 7 justifican, por lo demás, que, aun constituyendo desarrollo del citado artículo 48.2 de la Ley 26/1988, la presente disposición se dicte conjuntamente por los Ministros de Justicia y de Economía y Hacienda».*

Además, en la propia regulación, un artículo, en concreto, el **artículo 7** regulaba el otorgamiento y establecía determinadas obligaciones para el notario, dicho precepto establecía:

*«Artículo 7. Acto de otorgamiento.*

*1. En materia de elección de Notario se estará a lo dispuesto en el Reglamento Notarial y demás disposiciones aplicables.*

*2. El prestatario tendrá derecho a examinar el proyecto de escritura pública de préstamo hipotecario en el despacho del Notario al menos durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento. El prestatario podrá renunciar expresamente, ante el Notario autorizante, al señalado plazo siempre que el acto de otorgamiento de la escritura pública tenga lugar en la propia Notaría.*

*3. En cumplimiento del Reglamento Notarial y, en especial, de su deber de informar a las partes del valor y alcance de la redacción del instrumento público, deberá el Notario:*

*1. Comprobar si existen discrepancias entre las condiciones financieras de la oferta vinculante del préstamo y las cláusulas financieras del documento contractual, advirtiendo al prestatario de las diferencias que, en su caso, hubiera constatado y de su derecho a desistir de la operación.*

*2. En el caso de préstamo a tipo de interés variable, advertir expresamente al prestatario cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:*

*a) Que el índice o tipo de interés de referencia pactado no sea uno de los oficiales a los que se refiere la disposición adicional segunda de esta Orden.*

*b) Que el tipo de interés aplicable durante el período inicial sea inferior al que resultaría teóricamente de aplicar en dicho período inicial el tipo de interés variable pactado para períodos posteriores.*

c) *Que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés. En particular, cuando las limitaciones no sean semejantes al alza y a la baja, el Notario consignará expresamente en la escritura esa circunstancia, advirtiendo de ello a ambas partes.*

3. *En el caso de préstamos a tipo de interés fijo, comprobar que el coste efectivo de la operación que, calculado conforme a las reglas establecidas por el Banco de España, se hace constar a efectos informativos en el documento se corresponde efectivamente con las condiciones financieras del préstamo.*

4. *En el caso de que esté prevista alguna cantidad a satisfacer por el prestatario al prestamista con ocasión del reembolso anticipado del préstamo, o que dichas facultades del prestatario se limiten de otro modo o no se mencionen expresamente, consignar expresamente en la escritura dicha circunstancia, y advertir de ello al prestatario.*

5. *En el caso de que el préstamo esté denominado en divisas, advertir al prestatario sobre el riesgo de fluctuación del tipo de cambio.*

6. *Comprobar que ninguna de las cláusulas no financieras del contrato implica para el prestatario comisiones o gastos que debieran haberse incluido en las cláusulas financieras».*

Dicha normativa, como apuntábamos, **se rebeló insuficiente** por diversos motivos.

En el ámbito financiero, en primer lugar, porque la Orden nacía con una limitación de partida importante porque sólo se aplicaba a préstamos hipotecarios en los que lo hipotecado fuera una vivienda, el prestatario una persona física y el importe del préstamo igual o inferior a veinticinco millones de pesetas (aproximadamente 150 mil euros); dicha cantidad pronto devino insuficiente dados los precios que alcanzaron las viviendas en España con una subida constante y mantenida en el tiempo tanto en la vivienda de segunda mano como en la nueva, especialmente hasta 2007-2008.

Además, el rango normativo (una simple orden ministerial) no parecía la forma más adecuada de encauzar la regulación en un ámbito tan importante, como era el de la financiación hipotecaria con el auge que adquirió en relación especialmente a la financiación de la adquisición de vivienda.

En el ámbito de la específica forma de contratación en masa y con condiciones generales probablemente<sup>§§§§</sup>, en la que se encuadra toda la materia de los préstamos probablemente no se pudo prever en las últimas décadas del pasado siglo (la ley para la defensa de consumidores y usuarios era del 84, la orden de transparencia era del 94 y la Ley de Condiciones Generales era de 1998), el alcance de la interpretación que el Tribunal Supremo español, especialmente a partir de la sentencia de 9 de mayo de 2013 (1916/2013) sobre «cláusulas suelo», siguiendo la estela de la doctrina del Tribunal de Justicia europeo, en desarrollo de la «transparencia material».

En un primer momento, se hablaba de un doble control en el ámbito de las condiciones generales de la contratación (financieras y no financieras) que venían a sumarse a los controles tradicionales en materia contractual (vicios del consentimiento, capacidad, etc.).

El control de «**inclusión o incorporación**» que la ley de condiciones generales de la contratación de 1998 definía desde una doble vertiente, positiva y negativa.

Desde la primera vertiente el artículo 5.1 de la Ley sobre condiciones generales de la contratación, exigía para que las condiciones generales pasaran a formar parte del contrato que fueran aceptadas

---

§§§§ El artículo 1 de la LCGC de 1998 definía las condiciones generales señalando: «1. *Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.*

2. *El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión».*

por el adherente y el contrato sea firmado por todos los contratantes. Añadía el artículo que no puede entenderse que haya aceptación si el profesional o predisponente no ha informado de la existencia de condiciones generales al adherente y no le ha facilitado un ejemplar de las mismas\*\*\*\*.

Desde la vertiente negativa, el artículo 7 señalaba que no quedaban incorporadas las condiciones generales que el adherente no haya tenido oportunidad de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato, así como las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles††††.

Este control se entendía aplicable tanto a **los contratos celebrados con consumidores como con empresarios y profesionales.**

Pero, además, **en el caso de contratos celebrados con consumidores**, entraba en juego la normativa sobre su protección específica, que articulaba un segundo control de contenido, de modo que, además de los supuestos de nulidad de condiciones generales por conculcar la ley de 1998 o cualquier otra norma imperativa o prohibitiva salvo que en ella se estableciese un efecto distinto para el caso de su contravención (artículo 8.1 de la LCGC) aplicable con carácter general a todo contrato con condiciones generales, había **un control de contenido concreto y específico o «de abusividad»** en la contratación con consumidores, de modo que eran nulas las cláusulas abusiva en tales contratos remitiéndose a la legislación vigente en aquel momento (de 1984) para la determinación del concepto de cláusula abusiva que era tributaria de lo que establecía la Directiva cuando señalaba que se consideran abusivas las cláusulas cuando, contra las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

Esta era la situación existente que respondía a la adaptación de la Directiva 93/13 del Consejo, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, si bien llamaba la atención **la falta de incorporación expresa al ordenamiento español del artículo 4.2 de la Directiva 93/13** en cuya virtud *«la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible»*.

Aunque ha habido dudas sobre este extremo nuestro TS y creo también el TJUE (el asunto C-125/18 sobre el IRPH) consideran aplicable esta norma; de hecho, la existencia de un anteproyecto en el Ministerio de consumo que intenta que se aplique también el control de abusividad a la materia principal del contrato parece también reforzar este criterio.

Así las cosas, la normativa de protección específica no entraba teóricamente en juego:

---

\*\*\*\* El artículo 5.1 de la LCGC establece: *«1. Las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes. Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas.*

*No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas».*

†††† El artículo 7 de la LCGC señala: *«No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales:*

a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5.

b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato».

- i. en las cláusulas individualmente negociadas (por no ser condiciones generales);
- ii. en las cláusulas que vengan impuestas y reguladas por una normativa legal (artículo 4.2 de la LCGC);
- iii. tampoco sería aplicable el control de abusividad a las cláusulas sobre el objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y contrapartida siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible (artículo 4.2 de la Directiva).

De hecho, en la famosa sentencia de 2013 sobre cláusulas «suelo» algunos de estos argumentos fueron utilizados por la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla para rechazar la pretensión de impugnación de dichas cláusulas.

El TS siguiendo la jurisprudencia del TJUE, si bien entendió que la normativa sectorial (orden de transparencia de 1994 primero y la posterior de 2011<sup>####</sup>), así como la intervención notarial prevista en las mismas) eran suficientes para garantizar la transparencia «formal» o control de inclusión permitiendo al consumidor adherente tener la oportunidad real de conocer el tiempo de la celebración del contrato el contenido de las condiciones generales. Por tanto, se entendía cumplido el control de «incorporación», al que antes aludíamos.

Pero además el TS siguiendo la tendencia del TJUE consideró que, para cumplir con la exigencia de redacción clara y comprensible que exige el artículo 4.2 de la Directiva que, impide, conforme a la buena fe valorar la abusividad en las cláusulas sobre el objeto principal del contrato no basta con cumplir ese control de inclusión o incorporación meramente formal, derivado de una redacción literal o gramatical comprensible sino que exige que la cláusula en cuestión supere un segundo control de transparencia material, es decir, de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo normal del contrato y por tanto, tanto la carga económica como jurídica que esa cláusula podía comportar.

La intervención notarial en el momento del otorgamiento no se consideró suficiente para salvaguardar la transparencia material porque, en muchas ocasiones, como el patólogo en medicina, llegaba tarde; no obstante, la aportación notarial, como un elemento a valorar fue tenida en cuenta por alguna sentencia del TS, especialmente la 9 de marzo de 2017 (171/2017).

En esta situación de cierto caos a nivel judicial con proliferación de demandas frente a la Banca, el legislador español se encontró con **la necesidad de adaptar la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de febrero de 2014 lo que realizó, de forma muy tardía, a través de la Ley 5/2019 de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (popularmente y en la jerga bancaria LCI)**, que fue publicada en el BOE de 16 de marzo de 2019 y entró en vigor el 16 de junio. Esta norma ha sido ya modificada en un par de ocasiones, por el Real Decreto-ley 19/2022 en cuanto al régimen de la amortización anticipada en el contexto de subidas de tipo de interés (apartado 6 del artículo 23) y la disposición adicional décimo-tercera para aplicar a la anticresis en determinadas circunstancias el régimen fiscal y arancelario de la hipoteca inversa<sup>#####</sup>.

Dicha Ley responde no sólo a la necesidad de transponer al derecho español la citada Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de febrero de 2014 sino que, también, según su propia Exposición de Motivos, «se introducen previsiones cuya finalidad es la de potenciar

---

#### Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

##### Para resolver los problemas de la práctica se dictaron por la entonces Dirección General de los Registros y del Notariado (ahora de Seguridad Jurídica y Fe Pública) varias instrucciones, a saber: la de 13 de junio de 2019 sobre depósito de condiciones generales, la de 14 de junio de 2019 sobre uso de las plataformas informáticas para permitir transitoriamente otras posibilidades de entrega de la documentación al notario, otra de 14 de junio de 2019 sobre las operaciones en vuelo, , es decir, aquellas cuya oferta, comercialización realizaron bajo la legislación anterior; otra de 31 de julio de 2019 sobre uso de plataformas informáticas regulando la convivencia entre las diversas plataformas y los requisitos a cumplir; finalmente una instrucción de 20 de diciembre de 2019 sobre la actuación notarial y registral ante diversas dudas en la aplicación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

la seguridad jurídica, la transparencia y comprensión de los contratos y de las cláusulas que los componen, así como el justo equilibrio entre las partes».

En efecto, la ley española, dada la especial situación que se había producido en nuestro país, ha ido más allá en la protección y extendió su ámbito de aplicación de modo que no se aplica sólo a consumidores, sino que se aplicará siempre y cuando el objeto hipotecado sea una vivienda y el deudor, fiador o hipotecante no deudor, sea una persona física, aunque no sea consumidor.

Además, se recoge, a nivel legal, este principio de transparencia material derivado de la jurisprudencia del TS reformando tanto la Ley de Condiciones Generales como el Texto Refundido de consumidores y usuarios.

En concreto, la disposición final cuarta de la Ley 5/2019 añade un segundo inciso en el **apartado 5 del artículo 5 de la Ley de 1998** sobre condiciones generales del siguiente tenor: «*Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho*».

En la misma línea, la disposición final octava añade **un nuevo párrafo en el artículo 83 del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de consumidores y usuarios** que dice lo mismo que el anterior.

Por tanto, en caso de condiciones no transparentes basta el perjuicio al consumidor para declarar la nulidad de la cláusula.

Pero desde el punto de vista del notariado cabe destacar que esta Ley 5/2019 ha supuesto un impulso fundamental en la labor de asesoramiento financiero del notario ya que su intervención no se limita al momento mismo del otorgamiento, sino que se anticipa a un momento anterior, donde el notario en una entrevista a solas con el ciudadano puede realizar con plenitud y sin cortapisas su labor de asesoramiento garantizando el cumplimiento del principio de transparencia material.

La Exposición de Motivos de la nueva ley 5/2019 es clara en esta idea de reforzar la función notarial al señalar lo siguiente:

*Esta medida, destinada a reforzar el equilibrio que debe existir entre las partes en toda relación jurídica contractual, se complementa atribuyendo al notario la función de asesorar imparcialmente al prestatario, aclarando todas aquellas dudas que le pudiera suscitar el contrato, y de comprobar que tanto los plazos como los demás requisitos que permiten considerar cumplido el citado principio de transparencia material, especialmente los relacionados con las cláusulas contractuales de mayor complejidad o relevancia en el contrato, concurren al tiempo de autorizar en escritura pública el contrato de préstamo o crédito hipotecario».*

El diseño del nuevo proceso de otorgamiento de préstamos hipotecarios que caigan dentro del ámbito de aplicación de la nueva Ley, en esencia y a grandes rasgos, responde al siguiente esquema:

**1. Fase inicial o previa:** la entidad financiera realiza la labor de análisis de la solvencia del cliente, despliega su labor de información general, valora la tasación correspondiente y analiza la información registral de la finca a hipotecar.

Además, debe entregar, de forma gratuita, la FIPRE (artículo 21 de la Orden de Transparencia de 2011).

Si todo está en orden y el cliente está conforme se pasa a la siguiente fase.

**2. Segunda fase: entrega al cliente de la documentación prevista en la ley 5/2019 con una antelación mínima de diez días naturales a la prevista para la celebración del contrato** (en Cataluña catorce días por normativa autonómica propia Ley 22/2010 del Código de Consumo de Cataluña) y debe realizar la labor de información personalizada resolviendo las cuestiones que se planteen por los clientes.

Dicha documentación es la siguiente, según el **artículo 14 de la LCI:**

i.- **FEIN**, es decir, la Ficha Europea de Información Normalizada; esta ficha tiene carácter informativo para el cliente, pero, sin embargo, es vinculante para el Banco.

El legislador español al desarrollar la Directiva optó por unificar en un solo documento físico ambos contenidos, de modo que la ficha informativa del cliente es oferta vinculante para la entidad financiera. A mi juicio, esta opción legislativa es totalmente acertada, no porque haya más documentos es mejor la información.

ii.- **FIAE**, o Ficha de advertencias estandarizadas.

iii.- En caso de tratarse de un préstamo a tipo de interés variable, de un documento separado con una referencia especial a **las cuotas periódicas a satisfacer por el prestatario en diferentes escenarios de evolución de los tipos de interés;**

El artículo 26 de la Orden de transparencia de 2011 desarrolla esta materia que en la práctica se viene cumpliendo, suministrando tres escenarios diversos con el tipo de interés mínimo, medio y máximo en los últimos veinte años.

Es documento de especial importancia en las operaciones a tipo variable porque ayuda a esa comprensión real o material al informar al cliente de la evolución de la cuota con el tipo de referencia pactado durante un periodo de tiempo razonable.

iv.- **Copia del proyecto de contrato** cuyo contenido deberá ajustarse al contenido de los documentos referidos en las letras anteriores e incluirá, de forma desglosada, la totalidad de los gastos asociados a la firma del contrato.

v.- **Información clara y veraz de los gastos que corresponden al prestamista y los que corresponden al prestatario.**

En esta materia la ley deja claro qué gastos corresponden a cada parte y así, notaría registro y gestoría son de cuenta de la entidad y tasación del cliente. En cuanto al impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados se está a lo que determine la normativa tributaria.

También explica la ley 5/2019 el reparto de gastos entre entidades en caso de subrogación regulada en la Ley 2/1994.

vi.- Documento sobre **condiciones del seguro que exige la entidad.**

Cuando el prestamista, intermediario de crédito o su representante, en su caso, requiera al prestatario la suscripción de una póliza de seguro en garantía del cumplimiento de las obligaciones del contrato de préstamo, así como la suscripción de un seguro de daños respecto del inmueble objeto de hipoteca y del resto de seguros previstos en la normativa del mercado hipotecario, deberá entregar al prestatario por escrito las condiciones de las garantías del seguro que exige.

Se refiere esta norma a los productos vinculados; en este momento el principal es el seguro de daños derivado de la normativa del mercado hipotecario.

vii.- Cuando esté previsto que el préstamo se formalice en escritura pública, **la advertencia al prestatario de la obligación de recibir asesoramiento personalizado y gratuito del notario que elija el prestatario para la autorización de la escritura pública del contrato de préstamo, sobre el contenido y las consecuencias de la información contenida en la documentación que se entrega conforme a este apartado.**

Además de lo dispuesto en el apartado anterior, **el prestamista suministrará al prestatario toda la información que fuera necesaria. En particular, el prestamista responderá a las consultas que le formule el prestatario** acerca del contenido, significado y trascendencia práctica de los documentos entregados. Las explicaciones deberán contener ejemplos de aplicación práctica de las cláusulas financieras, en diversos escenarios de coyuntura económica, en especial de las relativas a tipos de interés y, en su caso, de los instrumentos de cobertura de riesgos financieros que se vayan a suscribir con ocasión del préstamo.

### 3. Tercera fase: remisión de documentación a la notaría:

La documentación referida en el punto anterior junto a la **manifestación firmada por el prestatario**, en la que declare que ha recibido la documentación y que le ha sido explicado su contenido, deberá remitirse también al notario elegido por el prestatario a los efectos de poder autorizar el acta de transparencia material.

Esta remisión se hace telemáticamente cumpliendo unos requisitos mínimos que permitan al notario realizar su labor y tener una mínima garantía de las fechas. En la práctica hay dos plataformas importantes una gestionada por la propia corporación notarial y otra gestionada por una gestoría privada que está intercomunicada con la primera.

El Real Decreto 309/2019, de 26 de abril, que desarrolla la ley 5/2019 regula el funcionamiento de las plataformas para el envío de la documentación desde la entidad al notario (artículos 11 y 12).

### 4. Cuarta fase: acta notarial de transparencia material:

Una vez el cliente ha elegido al notario de su confianza, se concierta una cita para la realización del acta de transparencia material como muy tarde un día antes de la fecha prevista para el otorgamiento del préstamo hipotecario. Dicha acta, de carácter totalmente gratuito, se regula en el artículo 15 LCI, que dice lo siguiente:

*Artículo 15. Comprobación del cumplimiento del principio de transparencia material.*

*1. Sin perjuicio de las explicaciones adecuadas que el prestamista, el intermediario de crédito o su representante, en su caso, deben facilitar al prestatario, durante el plazo previsto en el artículo 14.1, el prestatario habrá de comparecer ante el notario por él elegido a efectos de obtener presencialmente el asesoramiento descrito en los siguientes apartados.*

*2. El notario verificará la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 14.1. En caso de que quede acreditado su cumplimiento hará constar en un acta notarial 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) En todo caso, el notario deberá informar individualizadamente haciéndolo constar en el acta, 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. Igualmente, y en presencia del notario, el prestatario responderá a un test que tendrá por objeto concretar la documentación entregada y la información suministrada.*

*3. 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.*

*4. 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.*

*5. 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.*

*6. 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.*

7. *En la escritura pública del préstamo el notario autorizante insertará una reseña identificativa del acta a la que se refieren los apartados anteriores.*

*En dicha reseña se expresará el número de protocolo, notario autorizante y su fecha de autorización, así como la afirmación del notario bajo su responsabilidad, de acuerdo con el acta, de que el prestatario ha recibido en plazo la documentación y el asesoramiento previsto en este artículo.*

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

9. *La actuación notarial regulada en este artículo en ningún caso eximirá al prestamista de dar al prestatario las oportunas explicaciones y aclaraciones sobre los efectos y cargas derivadas del préstamo, conforme a lo previsto en el artículo 14.2.*

En el marco de esta acta el notario debe:

Verificar que la documentación remitida es correcta y que es congruente.

Comprobar el cumplimiento de los plazos.

Asesorar a los interesados, explicando la documentación recibida, en especial, la FEIN y la FiAE, en especial, aclarando las cláusulas de mayor complejidad y explicando cada una de ellas.

Aclarar las dudas que le transmitan los clientes.

Realizar un test a los interesados sobre la información y la documentación suministrada.

Si el acta concluye de forma positiva, se puede pasar a la siguiente fase y finalizar el proceso.

## **5. Otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario.**

La escritura de préstamo hipotecario no puede otorgarse antes de que transcurra el plazo de diez días naturales desde la remisión de la documentación a la plataforma que permite al notario disponer de ella. El cómputo del plazo se realiza conforme a las reglas generales (artículo 5.1 del CC) y por tanto, el día inicial no se cuenta y el último ha de transcurrir por entero.

Además, el préstamo tampoco puede otorgarse el mismo día que se haya hecho el acta, debe ser como pronto, el día siguiente. Por tanto, como señala el artículo 22,2 no se podrá otorgar el préstamo si no se ha realizado previamente el acta de transparencia del artículo 15.

En la orden de transparencia se desarrolla el acto de otorgamiento en el artículo 30, si bien esta norma, en mi opinión, está un tanto desfasada porque queda superada por la nueva regulación.

*«Artículo 30. Acto de otorgamiento.*

1. *En materia de elección de notario se estará a lo dispuesto en el Reglamento Notarial aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944 y demás disposiciones aplicables.*

2. *El cliente tendrá derecho a examinar el proyecto de escritura pública de formalización del préstamo hipotecario en el despacho del notario al menos durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento. El cliente podrá renunciar expresamente, ante el notario autorizante, al señalado plazo siempre que el acto de otorgamiento de la escritura pública tenga lugar en la propia notaría.*

3. *En su condición de funcionarios públicos y derivado de su deber genérico de control de legalidad de los actos y negocios que autorizan, los notarios denegarán la autorización del préstamo cuando el mismo no cumpla lo previsto en esta orden y la legalidad vigente. Asimismo, los notarios informarán al cliente del valor y alcance de las obligaciones que asume y, en cualquier caso, deberá:*

a) *Comprobar si el cliente ha recibido adecuadamente y con la suficiente antelación la Ficha de Información Personalizada y, en su caso, si existen discrepancias entre las condiciones de la oferta vinculante y el documento contractual finalmente suscrito, e informar al cliente tanto de la obligación de la entidad de poner a su disposición la*

*Ficha de Información Personalizada, como de aceptar finalmente las condiciones ofrecidas al cliente en la oferta vinculante dentro del plazo de su vigencia.*

*b) En el caso de préstamos a tipo de interés variable, comprobar si el cliente ha recibido la información prevista en los artículos 24, 25 y 26, y advertirle expresamente cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:*

*1.º Que el tipo de interés de referencia pactado no sea uno de los oficiales a los que se refiere el artículo 27.*

*2.º Que el tipo de interés aplicable durante el período inicial sea inferior al que resultaría teóricamente de aplicar en dicho período inicial el tipo de interés variable pactado para períodos posteriores.*

*3.º Que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés, como cláusulas suelo o techo. En particular, el notario consignará en la escritura esa circunstancia, advirtiéndole expresamente de ello al cliente e informándole, en todo caso, sobre:*

*i) Los efectos de estos límites ante la variación del tipo de interés de referencia.*

*ii) Las diferencias entre los límites al alza y a la baja y, de manera especial, si se ha establecido únicamente un límite máximo a la bajada del tipo de interés.*

*c) Informar al cliente de cualquier aumento relevante que pudiera producirse en las cuotas como consecuencia de la aplicación de las cláusulas financieras pactadas. En particular deberá advertir de los efectos que la existencia, en su caso, de períodos de carencia tendría en el importe de las cuotas una vez finalizados tales períodos; así mismo, advertirá de la previsible evolución de las mismas cuando se hubieran pactado cuotas crecientes o cuando se hubiera previsto la posibilidad de interrumpir o posponer la amortización del préstamo.*

*d) Informar al cliente de la eventual obligación de satisfacer a la entidad ciertas cantidades en concepto de compensación por desistimiento o por riesgo de tipo de interés en los términos previstos en los artículos 8 y 9 de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria.*

*e) En el caso de que el préstamo no esté denominado en euros, advertir al cliente sobre el riesgo de fluctuación del tipo de cambio.*

*f) Comprobar que ninguna de las cláusulas no financieras del contrato implica para el cliente comisiones o gastos que debieran haberse incluido en las cláusulas financieras.*

*g) En el caso de hipoteca inversa deberá verificar la existencia del correspondiente asesoramiento independiente. En caso de que la formalización de la hipoteca inversa se realice en contra de la recomendación realizada por el asesoramiento independiente, se deberá advertir de este extremo al cliente.*

*h) Informar al cliente de los costes exactos de su intervención».*

Otorgado el préstamo hipotecario, el notario remite la documentación al Registro de la Propiedad para garantizar la prioridad de los documentos autorizados.

Finalmente debe remitirse copia simple disposición adicional cuarta lo siguiente:

*«Disposición adicional octava. Obligaciones de notarios y registradores con ocasión de la autorización e inscripción del préstamo hipotecario.*

*El notario autorizante de una escritura de préstamo sujeto a la presente Ley entregará o remitirá telemáticamente al prestatario sin coste copia simple de aquella. Los registradores de la propiedad remitirán también gratuitamente y de forma telemática al prestatario nota simple literal de la inscripción practicada y de la nota de despacho y calificación, con indicación de las cláusulas no inscritas y con la motivación de su respectiva suspensión o denegación.*

*En la escritura se hará constar una dirección de correo electrónico del prestatario para la práctica de estas comunicaciones».*

El pasado 9 de noviembre ha entrado en vigor ++++nueva ley 11/2023

Este proceso se aplica no sólo en las operaciones de préstamo nuevas sino también las modificaciones o novaciones modificativas de operación previas, en las subrogaciones de acreedor de la Ley 2/1994 que desarrolla el artículo 1211 del CC (disposición transitoria primera, apartado 2 de la LCI) y en las subrogaciones de deudor cuando la entidad presta su consentimiento a la sustitución de deudor.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que en Andalucía y en el ámbito de la Ley autonómica 3/2016, de 9 de junio, para la protección de los derechos de las personas consumidoras y usuarias en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios sobre la vivienda se impone a las entidades de crédito otros documentos.

En concreto, en la fase previa, además de la Ficha de Información Precontractual (FIPRE) debe suministrarse el Documento de Información Precontractual Complementaria (DIPREC).

Junto con la FEIN que concreta la oferta de la entidad y la FiAE debe entregarse el Documento de Información Personalizada Complementario (DIPERC).

Finalmente está el IDEP o índice de documentación de entrega preceptiva con arreglo al modelo correspondiente y que es un documento similar a la manifestación de recepción al que se alude en el artículo 14 de la ley 5(2019).

## 5. Situación actual y posibles modificaciones futuras

No podemos terminar la exposición sin hacer una reflexión sobre la situación actual y cuál pueden ser las perspectivas de futuro pensando en mejorar el sistema a la luz de la normativa europea y de la propia experiencia española.

### 5.1. Situación actual

Es evidente que la regulación actual contenida en la Ley 5/2019 que adapta y desarrolla la Directiva 2014/17/UE merece, en general, **un juicio positivo; en particular creo que la intervención previa del notario en la fase precontractual a través de un acta gratuita en la que el cliente se entrevista con el notario sin presencia de la otra parte ha sido muy bien acogida por la sociedad y está cumpliendo con creces el cometido que se le había atribuido.** Ahora bien, no podemos quedarnos dormidos en los laureles y debemos seguir avanzando para mejorar porque toda obra humana es perfectible.

En este sentido, a nivel europeo, tenemos **una primera valoración derivada de un Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo relativo a la revisión de la Directiva 2014/17/UE y referido a la situación existente tras su adaptación en los diversos derechos nacionales.**

Este informe pone de manifiesto que el proceso de adaptación de esta Directiva no fue especialmente exitoso ya que sólo ocho Estados adaptaron la Directiva en plazo (antes de 21 de marzo de 2016); el último Estado realizó la adaptación en junio de 2019.

El informe analiza los efectos de la Directiva en los tres planos que perseguía y que se referían a: **elegir la protección para los consumidores; crear de un mercado único para los créditos hipotecarios y promover la estabilidad financiera.**

En el ámbito de **la protección de los consumidores** se destaca en el informe que la Directiva ha contribuido a mejorar la confianza de los consumidores aunque se han detectado algunos aspectos

a mejorar; así se ha puesto de manifiesto, por un lado, que el exceso de información suministrada (que, a veces ni se lee ni se entiende), hace más difícil la comparación de los productos y, por otra parte, que tampoco es muy apropiada para dispositivos digitales; al mismo tiempo se ha detectado que, en ocasiones, no se dispone de período de reflexión previo estando más contentos con el tiempo dispuesto los consumidores que gozaron de un período de desistimiento (debemos recordar que se dejaba a los Estados ofrecer período de reflexión previo, de desistimiento o ambos y que la mayoría de aquéllos optaron por lo primero).

En este punto hay que destacar que el sistema español, aunque llegó tarde, ha cumplido con todas las expectativas. La información se remite con antelación suficiente y el proceso puede ser telemático, de hecho, en la relación entre la entidad prestamista y el notario es completamente telemático mientras que el cliente puede recibir la información en el soporte que elija. Por otra parte, la intervención del notario a través del acta de transparencia previa permite garantizar al consumidor la recepción de la información a tiempo, así como la explicación o entendimiento de los conceptos de la FEIN, lo que otorga al consumidor una mayor capacidad de análisis y, en su caso, de posibilidad de comparar productos y ofertas de las diversas entidades.

En el tema de las prácticas de ventas vinculadas y combinadas se observa una cierta disminución del porcentaje de consumidores obligados a adquirir servicios vinculados, pero se duda si las prácticas en este punto se ajustan a la Directiva.

Finalmente, en materia de evaluación de la solvencia, se destaca que es una de las materias en las que el resultado es positivo habiéndose observado que se evita la concesión de créditos a quien no puede devolverlos lo que probablemente ha influido en la disminución de demoras.

En lo referente a los préstamos en moneda extranjera se ha observado una notable reducción de este tipo de operaciones; incluso hay prestamistas que han optado por dejar de ofrecer este tipo de productos.

En cuanto al reembolso anticipado se observa que estas disposiciones que garantizan esa posibilidad redundan son eficaces para garantizar la protección de los deudores; si bien se ha usado poco de este derecho.

En general, a modo de resumen, se considera que la Directiva ha contribuido a aumentar el nivel general de protección de los consumidores en la UE y, por ello, ha ayudado a lograr un mayor nivel de confianza. Esta conclusión creo que es totalmente aplicable en España, y veremos sus resultados a medio plazo.

En otra de las grandes finalidades u objetivos perseguidas por la Directiva, como es la de **fomentar el mercado interior transfronterizo de créditos hipotecarios**, se observa que el éxito en este punto ha sido escaso. Hay importantes barreras por las diferencias entre las diversas legislaciones nacionales en materias como la impositiva, el registro de bienes, el derecho de contratos y las normas sobre ejecución; a todo ello debe añadirse la preferencia de los consumidores por los prestamistas de su país e idioma. También puede predicarse la misma conclusión en España, donde las entidades extranjeras han tenido hasta la fecha éxitos escasos en sus intentos de introducirse en el mercado español; a salvo una sucursal en España de una entidad holandesa que ha logrado adquirir cierta cuota de mercado, los demás bancos extranjeros operan de forma residual.

Relacionado con ello, se destaca que el ámbito de aplicación de la Directiva, aunque, con carácter general, se considera adecuado para la finalidad pretendida, se observa cierto nivel de preocupación con las hipotecas inversas, excluidas de la Directiva, pero que pueden presentar riesgos en términos de protección de los consumidores.

Finalmente se observa que no es frecuente que el consumidor cambie de prestamista; conclusión que no comparto para España dado que, con cierta frecuencia, en las oficinas notariales observamos operaciones de cambio de prestamista, curiosamente, no siempre a través del mecanismo de la subrogación (artículo 1211 del Código Civil desarrollado por la ley 2/1994 sobre subrogación y novación de créditos), sino, mediante la cancelación de la hipoteca y la constitución de un nuevo préstamo hipotecario,

El tercero de los objetivos como es **reforzar la estabilidad financiera** se pone de manifiesto que este no es un objetivo principal de la Directiva existiendo otros instrumentos en el marco comunitario, aunque se destaca que ha ayudado en este punto al evitar el excesivo endeudamiento de los consumidores, así como el riesgo del tipo de cambio en las operaciones en moneda extranjera que se han visto muy reducidas.

Sobre la base de este informe a nivel europeo en el que hemos hecho alguna aportación o matización respecto de la situación nacional podemos abordar las perspectivas futuras.

## 5.2. Modificaciones futuras

Cabe distinguir aquí dos planos, por un lado, aquellas modificaciones que ya están en trámite y aquellas otras que pueden plantearse como mejoras del sistema.

### 5.2.1. Modificaciones en trámite

Aquí podemos distinguir dos Directivas.

i.- Por un lado, en primer lugar, teóricamente debería ser implantada antes del 29 de diciembre de 2023, se debería adaptar la modificación que de la Directiva 2014/17 hace la **Directiva 2021/2167 del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de noviembre de 2021**.

Esta modificación de la Directiva de 2017 afecta a varios aspectos, en concreto:

i.- En lo relativo a **la información a suministrar al consumidor en caso de modificaciones del crédito ya sean de origen legal o contractual**; en este punto no se introducen demasiadas novedades porque en el derecho español la ley 5/2019 somete las novaciones y las subrogaciones a los mismos requisitos de información previa, plazos, acta notarial etc. que la operación inicial<sup>\*\*\*\*\*</sup> y en lo que atañe a las modificaciones legales (p.ej. caso de las moratorias legales impuestas por la legislación el «COVID») la información simplificada era uno de los documentos a remitir por la entidad, quizás, con una regulación general de este punto, con el contenido de la información a suministrar en caso de modificación legal sería más que suficiente.

ii.- En el caso de que **los derechos de crédito del prestamista o el propio contrato de crédito se cedan a un tercero** se permite al consumidor oponer al nuevo titular las mismas excepciones y

---

\*\*\*\*\* La disposición adicional sexta de la Ley 5/2019 contempla la aplicación de la Ley 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 los de novación modificativa del contrato de préstamo.

defensas que ante el prestamista original entre ellas una compensación si así se permite en el Estado miembro de que se trate; en España el artículo 1198 del CC<sup>++++</sup> distingue tres supuestos:

a.- en el caso de que el deudor consienta la cesión no permite oponer la compensación;

b.- si el acreedor notificó la cesión al deudor, este le puede oponer la compensación de las deudas anteriores a ella, pero no de las posteriores;

c.- finalmente, el último apartado relativo al acaso en que se haga la cesión sin notificación no será posible que se produzca a tenor de lo que veremos seguidamente.

ÁLVAREZ ROYO-VILANOVA entiende que esta norma cumpliría con lo previsto en la Directiva; por mi parte, sin embargo, no lo tengo tan claro porque en el caso de consentimiento puede interesarle al deudor prestar el consentimiento, pero arrastrando la compensación o condicionando su consentimiento a que se admita esa compensación.

Por otra parte, se obliga a informar al consumidor de la cesión salvo que el prestamista original siga gestionando el crédito como consecuencia del acuerdo entre cedente y cesionario. En este punto la legislación española debe ser notificada porque el artículo 149 de la LH<sup>++++</sup> remite al 1526 del CC<sup>§§§§§</sup> que no exige la notificación al deudor que, sin embargo, queda liberado si paga al anterior acreedor sin haber sido notificado de la cesión. Parece claro que esta normativa deberá ser modificada para adaptarse a la normativa europea estableciendo los datos de la cesión que deben notificarse que parece deberán adaptarse a lo dispuesto en el artículo 10 de la Directiva 2021/2167.

---

<sup>++++</sup> Artículo 1198 del CC establece: *«El deudor que hubiere consentido en la cesión de derechos hecha por un acreedor a favor de un tercero, no podrá oponer al cesionario la compensación que le correspondería contra el cedente.*

*Si el acreedor le hizo saber la cesión y el deudor no la consintió, puede oponer la compensación de las deudas anteriores a ella, pero no la de las posteriores.*

*Si la cesión se realiza sin conocimiento del deudor, podrá éste oponer la compensación de los créditos anteriores a ella y de los posteriores hasta que hubiese tenido conocimiento de la cesión».*

<sup>++++</sup> El artículo 149 de la Ley Hipotecaria:

*«El crédito o préstamo garantizado con hipoteca podrá cederse en todo o en parte de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.526 del Código Civil. La cesión de la titularidad de la hipoteca que garantice un crédito o préstamo deberá hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad.*

*El deudor no quedará obligado por dicho contrato a más que lo estuviere por el suyo.*

*El cesionario se subrogará en todos los derechos del cedente».*

<sup>§§§§§</sup> Artículo 1526.

*«La cesión de un crédito, derecho o acción no surtirá efecto contra tercero sino desde que su fecha deba tenerse por cierta en conformidad a los artículos 1.218 y 1.227.*

*Si se refiere a un inmueble, desde la fecha de su inscripción en el Registro».*

Entre tales datos no se encuentra el precio, por lo que el retracto anastasio del artículo 1535 CC\*\*\*\*\* parece que seguirá limitado al caso de la cesión de los créditos litigiosos si bien debemos reflexionar sobre estos temas y si tiene sentido que el deudor no pueda ejercerlo en otros casos de especial desproporción entre el importe de la deuda y el precio de cesión.

En este punto hay que recordar que la Comunidad Andaluza se ha anticipado, en cierto modo, a esta regulación y el **Decreto 175/2020, de 27 de octubre**, obliga a los prestamistas a notificar de forma fehaciente y con constancia de su recepción al consumidor las cesiones de titularidad de los créditos cuando se trate de préstamos hipotecarios sobre viviendas sitas en Andalucía y sean contratos celebrados en el territorio de Andalucía y actúe como deudor o garante una persona consumidora.

iii.- Se deberá exigir a los prestamistas que dispongan de **políticas y procedimientos adecuados para mostrar una tolerancia razonable antes de que se inicie un procedimiento de ejecución**. Las medidas de reestructuración o refinanciación tendrán en cuenta las circunstancias del consumidor y podrán consistir, entre otras posibilidades, en las siguientes: refinanciación total o parcial, modificación del contrato introduciendo prórrogas, aplazamientos de cuotas, cambio del tipo de interés, suspensión del pago, reembolsos parciales, cambio del tipo de contrato o condonaciones parciales; estas medidas se entienden sin perjuicio de las que puedan existir en cada Estado miembro y no obliga a implementarlas todas.

En España, parte de estas medidas, por no decir, casi todas, vienen recogidas en el Código de Buenas Prácticas contenido en el **Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo**; si bien, no parece suficiente esta regulación para dar cumplimiento a la Directiva porque ese código es de adhesión voluntaria para las entidades.

Dado que la Directiva permite tener en cuenta las circunstancias de los consumidores y deudores, podría entenderse que esa regulación con la definición actual del umbral de exclusión podría cumplir la normativa europea.

Otra cosa es si puede pensarse en una regulación más comprensiva con un doble nivel de tolerancia previo a la ejecución, uno más fuerte o de tolerancia «máxima» para los deudores por debajo del nivel de exclusión y otro nivel de tolerancia para el consumidor medio.

ii.- Por otra parte, en segundo lugar, nos encontramos con otra Directiva, recién aprobada, es la Directiva 2023/2225 del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de octubre de 2023 relativa a los contratos de crédito de consumo y por la que se deroga la Directiva 2008/48/CE.

Esta Directiva debe ser adaptada antes del 20 de noviembre de 2025 y las medidas se aplicarán a partir del 20 de noviembre de 2026.

### 5.2.2. Otras posibles modificaciones

Además de lo anterior y desde mi perspectiva personal creo que se pueden apuntar otros aspectos que admiten mejoras:

---

\*\*\*\*\* El artículo 1535 del Código Civil establece: «Vendiéndose un crédito litigioso, el deudor tendrá derecho a extinguirlo reembolsando al cesionario el precio que pagó, las costas que se le hubieran ocasionado y los intereses del precio desde el día en que éste fue satisfecho. Se tendrá por litigioso un crédito desde que se conteste a la demanda relativa al mismo. El deudor podrá usar de su derecho dentro de nueve días, contados desde que el cesionario le reclame el pago».

En primer lugar, **debe unificarse la protección**, así la Ley 5/2019 limita su aplicación a los casos en que el prestatario, fiador o garante sea una persona física, mientras que el concepto de consumidor en la Ley de Consumidores y Usuarios —Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre— incluye a las personas jurídicas y a las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial (artículo 3.1 inciso final). El concepto de persona jurídica, además de complejo, abarca realidades diferentes y no es lo mismo una sociedad anónima o limitada que una fundación o una asociación de vecinos.

En segundo lugar, creo que **la información que actualmente se aporta debe simplificarse**; en general, se insiste en las Directivas en que la información debe ser «clara y precisa», sin embargo, en el desarrollo de esas expresiones en muchas ocasiones se cae en excesos y se aporta un volumen desproporcionado de información. No debemos olvidar, además, que España tiene una arquitectura territorial compleja de modo que, al lado de la legislación estatal, conviven las legislaciones de las Comunidades Autónomas, que han asumido competencias en materia de consumidores y usuarios<sup>+++++</sup>, en concreto, en Andalucía, la Ley 3/2016, de 9 de junio para la protección de los derechos de las personas consumidoras y usuarias en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios sobre la vivienda modificada por el Decreto-ley 5/2019, de 17 de diciembre, que añade más documentación a aportar en esta materia. Aunque pueda parecer un contrasentido, a veces, el exceso de información si la misma no está adecuadamente tratada puede ser «desinformación»<sup>+++++</sup>.

En una época, como la actual, donde la cultura de la imagen y de la inmediatez es la que predomina, alguien cree de verdad que una persona que llega a su casa de su trabajo, lo primero que hace es ponerse a leer la FEIN, el proyecto de contrato, la FiAE, el documento de gastos, el de la información sobre el seguro, la FIPRE, la DIPERC y la DIPREC. A mi juicio es de ilusos pensar que eso sucede.

En este ámbito, siguiendo a SEGISMUNDO ÁLVAREZ<sup>+++++</sup> quizás con la FEIN, el proyecto de contrato y el documento sobre evolución de las cuotas en los diversos escenarios para el caso de tipo variable pueda ser más que suficiente disponiendo con ello el consumidor de información completa de la operación.

En tercer lugar, la ley 5/2019 se ha centrado en regular la actuación de las entidades financieras, de los notarios y la del propio consumidor reforzando su protección, pero olvida, como ha puesto de manifiesto mi compañero ÁLVARO DELGADO TRUYOLS<sup>+++++</sup> que en **el proceso hipotecario intervienen otros elementos también muy importantes, en concreto, el compañero enumera a las empresas tasadoras, las grandes gestorías que centralizan gran parte del proceso operativo, las compañías de seguros e incluso, importantes despacho de abogados cuya intervención no ha sido regulada, al menos, en este ámbito**<sup>+++++</sup>. En concreto, destaca el

---

<sup>+++++</sup> Artículo 58.2.4.º del Estatuto de Autonomía de Andalucía y artículo 27.

<sup>+++++</sup> Un ejemplo paradigmático que rozaría el absurdo pero que puede servir para demostrar lo que quiero decir sería el siguiente: imaginemos que vamos a hacer un viaje a París y un amigo que vivió allí mucho tiempo nos da una guía telefónica de París, no podemos dudar que información nos ha proporcionado, pero es no sirve para el fin pretendido. Sería preferible un solo folio con reseña de los lugares a visitar.

<sup>+++++</sup> En un artículo publicado en el diario «Cinco Días» el 6 de julio de 2022 y recogido en la revista «El Notario del Siglo XXI», número 110.

<sup>+++++</sup> En un artículo titulado: «Un monstruo llamado transparencia material» publicado en «HAY DERECHO».

<sup>+++++</sup> En concreto, DELGADO TRUYOLS se expresa en estos términos: «La nueva Ley 5/2019 se centra en regular minuciosamente la actuación del banco, del notario y de los consumidores interesados, dejando de lado la importante intervención de otros elementos tan esenciales como los anteriores. En el proceso hipotecario intervienen empresas tasadoras, grandes gestorías (muchas participadas por directivos bancarios) que centralizan buena parte de la trayectoria de la operación (elección de notario, fijación de fecha de firma, elaboración de la minuta, asistencia a la firma, tramitación posterior de toda la documentación), compañías de seguros que aseguran los bienes hipotecados, y también importantes despachos de abogados (alguno de ellos reciente y paradójicamente condenado por “abusividad” en los contratos que firmaba con sus clientes) que fomentan —por la cuenta que les trae— la litigiosidad en

compañero, «legislar o sentenciar de forma sistemática en contra de los intereses de las entidades financieras omitiendo a todos los demás intervinientes en el proceso hipotecario es lidiar el toro mirando sólo al atendido»#####.

Finalmente, y relacionado con lo anterior creo como se ha venido exponiendo que debe fomentarse la educación financiera y la responsabilidad del consumidor en la toma de decisiones, como señala el propio DELGADO TRUYOLS, tratar al consumidor sólo frente a su banco como si fuese un «semi-incapaz» para contratar o, fomentar desde nuestras leyes o nuestras sentencias la irresponsabilidad contractual de buena parte de la población puede ser demoledor para la seguridad jurídica. Y deja a oscuras tras el telón del control judicial y de la opinión pública, a muchos otros sujetos con importantes intereses en juego que pueden resultar tanto o más perniciosos para el sistema.

En esta línea PÉREZ HEREZA##### en relación con los intermediarios de crédito pone de manifiesto algunas cuestiones todavía huérfanas de regulación y así destaca:

i.- debe articularse la necesaria separación entre los servicios de intermediación crediticia e intermediación inmobiliaria (locales diferentes, sin asociaciones o colaboración entre ambas para evitar conflictos de interés);

ii.- deben regularse de forma detalladas las obligaciones que asume el intermediario de crédito cuando el prestatario queda vinculado a aceptar la financiación que aquél le ofrezca o a indemnizarle en caso contrario; en estos casos debería haber plazos de duración máxima no prorrogables y la obligación de especificar el contenido de la oferta de financiación a conseguir (no basta con capital y tipo de interés, si no se especifican los productos combinados que deben contratarse);

iii.- Las entidades de crédito deben involucrarse en el control de la actuación de los intermediarios con los que colaboran; dice el compañero es incoherente con el sistema diseñado por la ley que la entidad permanezca ajena a todo lo que ocurre antes de la entrega de la FEIN.

El peligro, a juicio del compañero citado, no está tanto en que el intermediario cobre del prestamista, sino en que el prestatario quede vinculado a los servicios de un intermediario de crédito concreto quedando obligado a aceptar las ofertas que éste le presente o a indemnizarle en caso contrario.

Un problema adicional que yo observo en España y que está relacionado con esta materia viene del lado de las entidades de crédito. La nueva regulación de las Directivas pretende, además de mejorar la confianza de los clientes y reforzar su situación mejorando la información, fomentar la competencia entre las entidades no sólo en el mercado nacional sino también en el ámbito comunitario.

La eficacia de la Directiva **en cuanto a la competencia transfronteriza ha sido escasa en toda la UE**; esto, por otra parte, no nos es extraño porque en España a las entidades extranjeras les ha costado «horrores» entrar en el mercado de la banca española. Partiendo de esta premisa es preocupante la situación de la banca en España en la actualidad. Hemos pasado, como casi siempre en nuestro país tan abonado a las situaciones «pendulares», de un panorama con exceso de entidades bancarias (años 2000 a 2010) a una situación como la actual, en la que, bajo el pretexto de reforzar la solvencia y tamaño de las entidades, se está eliminando la competencia. Creo, modestamente, que un sector bancario sano exige bancos pequeños, bancos medianos y bancos grandes, incluso bancos con perspectiva sectorial (sector primario, profesionales determinados, etc); bancos solventes, desde luego, pero también ágiles, especializados y flexibles para adaptarse a cada situación, en especial, por

---

materia hipotecaria. Es público y notorio que a bastante gente se le ha incitado a “perder la memoria” ante los Tribunales acerca de la comprensión de su operación hipotecaria, con la promesa de obtener de su banco una buena cantidad de dinero. Vista esta cantidad de interesados que pululan en torno al consumidor, ¿alguien se ha preocupado de controlar y regular su intervención?».

##### En el mismo artículo citado.

##### En el artículo publicado en la revista «Notario del Siglo XXI», número 109.

la peculiaridad del tejido empresarial español donde la pequeña y mediana empresa es la que predomina y que exige, modelos de negocio y productos financieros diferentes a los que pueda precisar una compañía del Ibex.