

## FUNCIÓN NOTARIAL Y TRANSPARENCIA EN LA FORMACIÓN DEL CONTRATO DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO PARA ADQUISICIÓN DE VIVIENDA

María Teresa Alonso Pérez

Catedrática de Derecho Civil

Universidad de Zaragoza

---

TITLE: *Notarial function and transparency in the formation of the mortgage loan agreement for home purchase.*

RESUMEN: En este trabajo se analiza la regulación del desarrollo de la función notarial en la formación y perfección del contrato de préstamo hipotecario para adquisición de vivienda conforme a la Ley 5/2019, de 15 de marzo reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. Esta ley erige la transparencia como principio rector en la materia y convierte al notario en un agente activo en orden a su consecución tanto en el plano formal o documental como en su dimensión material. Se estudian todas las actuaciones notariales ordenadas a alcanzar la transparencia formal (comprobación de entrega de la documentación precontractual y del cumplimiento de los plazos) y la transparencia material (información y asesoramiento, control de la legalidad de las condiciones generales de la contratación, la formulación del test al prestatario). Finalmente, se estudia la significación que debe darse al acta previa al otorgamiento de escritura pública en el sentido de si hay que considerar que sirve de documento acreditativo de la transparencia material o no, defendiéndose una tesis que se aparta de la que generalizadamente se ha venido sosteniendo hasta ahora por la doctrina.

ABSTRACT: *This paper analyzes the regulation of the notarial function in the formation and perfection of the mortgage loan contract for home purchase in accordance with Law 5/2019, of March 15, regulating real estate credit contracts. This law considers that transparency is a guiding principle in the matter and converts the Notary into an active agent in order in order to achieve it formally and materially. This paper analyzes all notarial actions ordered to achieve formal transparency (verification of delivery of pre-contractual documentation and compliance with deadlines) and material transparency (information and advice, control of the legitimacy of the general contracting conditions, the formulation of the test to the borrower). Finally, the significance that should be given to the act prior to the granting of the public deed is studied to conclude on whether it should be considered that it serves as a document accrediting material transparency or not, defending an original thesis.*

PALABRAS CLAVE: Transparencia, préstamo, hipoteca, notario, consumidores.

KEY WORDS: *Transparency, loan, mortgage, notary, consumers.*

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO, OBJETIVO Y PERTINENCIA DEL TRABAJO. 2. FASES DEL PROCESO DE PERFECCIÓN DEL CONTRATO DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO PARA ADQUISICIÓN DE VIVIENDA. 3. BREVE DESCRIPCIÓN DE LA INTERVENCIÓN NOTARIAL EN LA FORMALIZACIÓN DEL CONTRATO. 4. FUNCIÓN NOTARIAL Y TRANSPARENCIA EN LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO. 4.1. *Actuaciones notariales en orden a la consecución de la transparencia formal.* 4.1.1. Recepción de la documentación (del prestamista y del prestatario). 4.1.2. Comprobación de la documentación y del cumplimiento del período de reflexión. 4.1.3. Comprobación del depósito de las condiciones generales del contrato en el Registro de condiciones generales de la contratación. 4.2. *Actuaciones notariales en pos de la transparencia material del contrato.* 4.2.1. Labor de asesoramiento notarial al prestatario. 4.2.2. Posibilidad de control notarial de la legalidad de las condiciones generales de la contratación. 4.2.3. La formulación del test al prestatario. 5. EL ACTA DE TRANSPARENCIA PREVIA AL OTORGAMIENTO DE LA ESCRITURA PÚBLICA. 5.1. *Planteamiento.* 5.2. *La literalidad de la norma.* 5.3. *La acreditación notarial de la*

*comprensión por parte del prestatario. 5.3. La acreditación notarial de la comprensión por parte del prestatario. 5.4. La carga de la prueba de la concurrencia de transparencia material. 5.5. Funcionalidad y utilidad del acta notarial acreditativa de la transparencia material. 6. REFLEXIONES FINALES. 7. BIBLIOGRAFÍA.*

---

## 1. PLANTEAMIENTO, OBJETIVO Y PERTINENCIA DEL TRABAJO

Antes de desarrollar este estudio debo justificar su pertinencia y oportunidad porque la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (en adelante, LCCI) tiene ya un cierto recorrido y, desde que entró en vigor, se ha escrito largo y tendido sobre la misma y más particularmente sobre el tema abordado en este trabajo. Sin embargo, como voy a tener ocasión de explicar, hay discusiones sobre determinados aspectos que siguen abiertas y que son importantes para la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario y de la contratación inmobiliaria. Una de esas cuestiones es la determinación de si el cumplimiento minucioso de todas las formalidades legales para la perfección de un préstamo hipotecario para adquisición de vivienda permite garantizar que el mismo se ha celebrado con la transparencia formal y material exigida por la ley. Puede llegar el momento en que esa cuestión suscite litigios en los tribunales y somos conscientes – por lo que ha pasado desde la crisis del 2008- de la enorme relevancia que una situación de ese tipo puede llegar a alcanzar. Entiendo que aún hay algo que añadir a los valiosos y excelentes estudios doctrinales que se han venido publicando desde la promulgación de la LCCI sobre este tema. Esa es la razón de este trabajo y del momento en que aparece.

La Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (en adelante, LCCI<sup>1</sup>) ha supuesto un cambio notable en lo que respecta a la formación de los contratos de crédito inmobiliario que regula y, en particular, del préstamo hipotecario para adquisición de vivienda; se ha diseñado todo un procedimiento plagado de requisitos, gestiones y actuaciones distribuidos en diferentes y múltiples fases que se suceden, una tras otra, hasta llegar a la firma de la escritura pública y posterior inscripción registral. Todos estos requisitos se orientan a la consecución de la

<sup>1</sup> Abreviaturas usadas: CGC (Condición General de la Contratación); DGRN (Dirección General de los Registros y del Notariado); DGSJFP (Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública); FEIN (Ficha Europea de Información Normalizada); FiAE (Ficha de Advertencias Estandarizadas); LCCI (Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario); LCGC (Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación); RCGC (Registro de Condiciones Generales de la Contratación); RD (Real Decreto); TRLGDCU ( 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).

mayor transparencia posible, una vez que se asume la misma como principio fundamental orientado a la consecución de la máxima protección del prestatario<sup>2</sup>.

Es un hecho que el procedimiento es excesiva e innecesariamente prolijo, aunque justo es reconocer que concurren razones que hacen comprensible que el legislador, al tiempo que incorporaba la Directiva 2014/17/UE<sup>3</sup>, se viera obligado a delinear tan minuciosamente el proceso de formación del contrato de préstamo inmobiliario. En efecto, el desbarajuste –si se me permite la expresión- que, en el mercado inmobiliario, desató la famosa STJUE de 14 de marzo de 2013 (ECLI:EU:C:2013:164) del caso Aziz, al permitir entrar a valorar la posible abusividad de las cláusulas del contrato de préstamo hipotecario en fase de ejecución de la garantía, unido a la crisis de 2008 en que dicho pronunciamiento se enmarca y que, en España, tuvo un componente inmobiliario importante, generó una situación inestable en el mercado de la vivienda y, en consecuencia, en el mercado de préstamos hipotecarios que provocó, fundamentalmente y entre otras cosas, un volumen de litigiosidad enorme, gigantesco; tanto que se crearon 54 Juzgados especializados<sup>4</sup>.

No es momento ahora de reproducir minuciosamente los hitos –normativos y jurisprudenciales- de la evolución en la materia hasta nuestros días, menos aún de realizar una valoración de cada uno de ellos, pero sí que es importante, a los efectos del discurso que pretendo desarrollar, dejar sentada la idea de que los tribunales, en gran medida, han hecho pivotar en torno al concepto de transparencia las soluciones que han venido dando a los problemas que se planteaban en relación a los préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda<sup>5</sup>. Como digo, no procede ahora valorar la evolución jurisprudencial en la materia sino explicar por qué en la LCCI la transparencia

<sup>2</sup> CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «La transparencia en la Ley 5/2019 de contratos de crédito inmobiliario. Primeros apuntes», en *Especial Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario*, Wolters Kluwers, marzo de 2019. Edición digital. En el epígrafe primero alude a que la ley ha erigido a la transparencia a rango de principio.

<sup>3</sup> Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) nº 1093/2010. Esta Directiva tardó mucho tiempo en incorporarse el Derecho interno español debido a los sucesivos cambios de gobierno que se produjeron en esa época y que no permitían concluir la tramitación parlamentaria del proyecto de ley.

<sup>4</sup> Sobre esta cuestión puede verse la noticia <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/El-CGPI-aprueba-la-especializacion-de-54-juzgados-para-conocer-de-los-litigios-por-las-clausulas-suelo>

<sup>5</sup> La vinculación o incluso confusión que en un momento determinado se aprecia entre los conceptos de abusividad y de falta de transparencia se aprecia claramente en la renombrada STS 1916/2013, de 9 de mayo - ECLI:ES:TS:2013:1916- sobre las cláusulas suelo. La modificación del artículo 83 del TRLGDCU, operada por la disposición final 8 de la Ley 5/2019, que considera nulas las cláusulas no transparentes, va a contribuir, sin duda, al perfecto y necesario deslinde entre ambos conceptos.

ocupa un papel central siendo el *leitmotiv* que, de manera recurrente, moldea y delinea cada una de las fases y exigencias del proceso de formación y perfección del contrato de préstamo hipotecario que se encuentra en su ámbito de aplicación.

Por otro lado, la importancia dada a la transparencia por la LCCI se debe también a que la protección del prestatario-consumidor en este ámbito debe centrarse en los mecanismos preventivos que obstaculicen la prestación del consentimiento contractual si no hay seguridad de que el prestatario conoce plenamente las obligaciones que asume y si no hay una cierta garantía de que puede hacer frente a las mismas. En los contratos de préstamo, las medidas de protección del prestatario que puedan arbitrarse con posterioridad a la celebración del contrato y que son eficaces en otros ámbitos -como, por ejemplo, el desistimiento- son inoperantes -o, al menos no tan efectivas- porque sitúan al consumidor -que debería devolver la suma que se le ha prestado- en una situación muy comprometida; más aún si se tiene en cuenta que el bien afectado es la vivienda y que puede suponer dejar sin ella no sólo al prestatario sino también a su familia. De ahí la relevancia de la transparencia, en el sentido de que el prestatario debe llegar a ser plenamente consciente de la relevancia económica y jurídica del contrato que celebra antes de consentir la perfección del contrato.

Al margen de las muchas cuestiones que suscita este procedimiento de formalización del contrato y sobre el que ya se ha escrito largo y tendido por la doctrina, debe destacarse el papel central que la LCCI reserva a los notarios, ya que su intervención se configura como la pieza clave del sistema que va a permitir la consecución del nivel más alto de transparencia. Es precisamente en el desempeño de la función notarial en la formalización de los contratos de préstamo hipotecario para adquisición de vivienda en lo que voy a centrar mi análisis con el objetivo de exponer las razones por las que puede afirmarse que, si el fedatario público concluye su intervención con un acta en sentido positivo permitiendo el otorgamiento de escritura pública, puede garantizarse que, en efecto, se ha conseguido la transparencia necesaria para la plena eficacia del contrato. No puede decirse -porque la ley no lo establece así- que el acta en sentido positivo suponga una presunción *iuris et de iure* o una prueba indubitada de total transparencia, pero, entiendo que, en la práctica, habrá que darle casi la misma efectividad. Aunque, obviamente, habrá que admitir que en algún caso pueda llegar a demostrarse que, pese al acta positiva, no concurrió la necesaria transparencia formal o material.

A mi modo de ver, dicha afirmación puede hacerse no sólo en base al largo y controlado proceso de formación del contrato que va desde los prolegómenos hasta la firma de la escritura, sino que tiene mucho que ver con el modo en que se regula el desenvolvimiento de la función notarial y, especialmente, con el acta con la que el

notario concluye su intervención antes de otorgar la escritura pública en que se contiene el contrato, la cual adquiere una especial significación en términos de transparencia material debido a su vinculación con el test que debe formularse previamente al prestatario. Y, sin adelantar ninguna idea más, me dispongo a argumentar en el sentido referido, no sin antes indicar la estructura del trabajo.

Comenzaré estudiando aquellas tareas que debe desarrollar el notario en orden a la consecución de la transparencia formal (recepción y comprobación de la documentación, comprobación del cumplimiento de los plazos y también la comprobación de que la entidad prestamista ha depositado en el RCGC las CGC que suele incluir en ese tipo de contratos) para pasar luego a centrarme en el estudio de las actuaciones encaminadas a la transparencia material que plantean problemas de gran entidad: concretamente estudiaré la labor de información y asesoramiento que compete al notario y el test que debe responder el prestatario para, finalmente, ocuparme del epicentro de la materia que se cifra en determinar si el acta notarial con la que acaba la intervención notarial antes de la elevación a escritura pública del contrato es acreditativa de que se ha alcanzado el nivel de transparencia pertinente.

## 2. FASES DEL PROCESO DE PERFECCIÓN DEL CONTRATO DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO PARA ADQUISICIÓN DE VIVIENDA

Empezaré describiendo a grandes trazos las fases del proceso de perfección del contrato de préstamo hipotecario para ubicar precisamente en qué momento interviene el notario y enumeraré, después, las diferentes actuaciones que éste debe llevar a cabo.

Con carácter general la publicidad es el primer paso que tiene relevancia para la perfección del contrato, conformando el inicio de la fase precontractual. La LCCI, tan preocupada por regular minuciosamente todo el proceso de formación del contrato, establece normas que regulan la publicidad de los contratos de crédito inmobiliario que contempla (cfr. artículo 6 LCCI).

Ahora bien, la LCCI, en su afán por la transparencia, se retrotrae más allá del inicio del fenómeno precontractual y regula un paso previo a la actividad publicitaria, obligando a los prestamistas a *depositar en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación las cláusulas contractuales utilizadas en los contratos de préstamo inmobiliario que tengan el carácter de condiciones generales* (artículo 7 LCCI). Esta obligación, a la que me referiré más adelante, se encuentra al margen del fenómeno contractual porque las entidades deben proceder a su cumplimiento *antes de la*

*comercialización de los préstamos*, es decir, antes de ofrecerlos al público. Puede considerarse, por tanto, un *prolegómeno del fenómeno contractual*<sup>6</sup>.

Con posterioridad a dicho prolegómeno del fenómeno contractual y de la fase publicitaria, se inicia *el período de negociación del contrato propiamente dicho* en el que el prestatario entra en contacto con el prestamista siendo éste el sujeto obligado a procurar, en beneficio de aquel, la máxima transparencia al acuerdo. En este sentido se imponen al prestamista una serie de obligaciones de información y, además, el prestamista debe analizar la solvencia del prestatario; la tasación del inmueble que sirve de garantía para el cumplimiento de las obligaciones por parte del prestatario también debe efectuarse en este momento. El prestamista tiene que explicar al potencial prestatario todo lo relacionado con el contrato de préstamo y entregarle la documentación en los términos expresados en el artículo 14 LCCI. Para concluir esta fase, el prestatario debe firmar un documento en el que declare que el prestamista le ha entregado todos los documentos que establece la ley -entre los que se encuentra un proyecto de contrato- y que, además, se le han explicado<sup>7</sup>. A partir de ese momento la oferta contenida en la FEIN (Ficha Europea de Información Normalizada), que es uno de los documentos que debe recibir el prestatario, vincula al prestamista durante el plazo pactado para la firma del contrato que, como mínimo, tendrá que ser de 10 días.

Una vez superada la negociación, se inicia una fase posterior en la que la formalización del contrato sale del ámbito del prestamista y, en la cual, el sujeto que interactúa con el prestatario pasa a ser el notario de su elección. La ley, regula minuciosamente esta intervención profesional convirtiéndola en la pieza fundamental de todo el proceso de perfección del contrato en términos de transparencia.

### 3. BREVE DESCRIPCIÓN DE LA INTERVENCIÓN NOTARIAL EN LA FORMALIZACIÓN DEL CONTRATO

El notario interviniente, designado por el prestatario -último párrafo del artículo 14.1 LCCI- debe comprobar, a través de la aplicación informática existente al efecto, que se ha incorporado a la misma la documentación que la ley obliga al prestamista a entregar al prestatario, además del documento en el que éste último declara que se le ha entregado toda la documentación y le ha sido proporcionada toda la información

<sup>6</sup> Sobre esta cuestión puede consultarse más ampliamente mi trabajo ALONSO PÉREZ, María Teresa «El Registro de condiciones generales de la contratación y los contratos de crédito inmobiliario (El artículo 7 de la Ley de contratos de crédito inmobiliario)», en la obra colectiva *Mecanismos jurídicos para la contratación responsable de préstamos por consumidores*, Aranzadi, Cizur Mayor 2022, páginas 97 a 124.

<sup>7</sup> Este requisito recuerda a la firma manuscrita que se introdujo en la Ley 1/2013, sobre la que puede consultarse: MATE SATUÉ, Loreto Carmen, «Transparencia material en la contratación de los préstamos hipotecarios», en *Revista de Derecho Civil*, Vol. 6 (enero-marzo, 2019), Nº. 1, páginas 348 y ss.

pertinente. Además, la Instrucción de la DGRN de 13 de junio de 2019<sup>8</sup> obliga al notario – sin que haya norma que así lo establezca- a comprobar que la entidad prestamista ha depositado los formularios de condiciones generales referidos al contrato específico en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

A continuación, el prestatario y, en su caso, los garantes, deben comparecer presencialmente para que se les informe y asesore. Y, finalmente, el prestatario y los sujetos que comparecieren deben responder a un test en el que se les interroga sobre diferentes aspectos del contrato que se pretende formalizar. La intervención notarial finaliza con la extensión de un acta, la cual permite o no, según el caso, pasar al otorgamiento de la escritura pública de préstamo hipotecario para su ulterior inscripción registral.

Muchas dudas suscitan cada una de las actuaciones que deben desenvolverse en el desarrollo de la función notarial a las que me referiré después de hacer unas reflexiones generales sobre la transparencia y la función notarial.

#### 4. FUNCIÓN NOTARIAL Y TRANSPARENCIA EN LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO

Las exigencias relacionadas con la transparencia del contrato que ha establecido la LCCI se imponen al prestamista que es parte del contrato, lo que puede comprobarse, para la transparencia formal, en el artículo 14.1 y, para la material, en el artículo 14.2<sup>9</sup>. Es el prestamista, por tanto, el que debe proporcionar la información necesaria al prestatario para cubrir las exigencias de transparencia que impone la ley.

El notario ante el que se otorga la escritura de préstamo hipotecario no es parte de dicho contrato, de manera que, en puridad, no debería tener a su cargo ninguna obligación para que, en el proceso de formación, el contrato alcanzara la transparencia necesaria. Coherentemente con esta idea, el epígrafe del artículo 15 de la LCCI delinea

<sup>8</sup> Instrucción de la DGRN de 13 de junio de 2019. Ministerio de Justicia «BOE» núm. 142, de 14 de junio de 2019. Referencia: BOE-A-2019-8934. Esta Instrucción precisa su alcance en los siguientes términos: *Deben, pues, analizarse tres cuestiones en relación con todo el anterior conjunto normativo: la necesidad, o no, de que en cualquier escritura pública de préstamo hipotecario, así como en su inscripción registral, se controle y haga constar que se ha producido el previo depósito de las condiciones generales de la contratación empleadas en la misma; la forma o contenido que debe tener ese depósito, y el tratamiento que debe darse al hecho de que una cláusula contenida en el contrato de préstamo formalizado en escritura pública exista alguna diferencia con la cláusula que fue depositada en el Registro de Condiciones Generales.*

<sup>9</sup> CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «Transparencia “material” y función notarial en la Ley 5/2019 ¿Control, carga o trampa?», en *El Notario del siglo XXI* (marzo-abril 2019), núm. 84. Accesible en <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-84/opinion/opinion/9290-transparencia-material-y-funcion-notarial-en-la-ley-5-2019-control-carga-o-trampa>

inicialmente la cualidad de su función en los siguientes términos: «*Comprobación* del cumplimiento del principio de transparencia material». Es decir, el notario debería, en principio y según la literalidad de dicho epígrafe, limitar su actuación a *comprobar* que, efectivamente, el prestamista ha cumplido todas las obligaciones que le impone la ley en relación al principio de transparencia material, lo que supondría acreditar que el prestatario está actuando de manera libre y que es plenamente consciente de las implicaciones del contrato que está concertando, para lo cual ha debido ser convenientemente informado. En definitiva, el notario debería, si tomamos al pie de la letra el epígrafe del artículo 15 LCCI, limitarse a corroborar que la voluntad de los contratantes carece de vicios del consentimiento que pudieran provocar la anulación del contrato celebrado o de alguna de sus cláusulas por falta de transparencia.

El epígrafe del artículo 15 extiende *literalmente* la función de comprobación del notario solo a la transparencia *material*, pero lo cierto es que el contenido del precepto no solo le obliga a controlar que en la fase de negociación, protagonizada por el prestamista y el prestatario, han concurrido todos los requisitos de transparencia material, sino también los presupuestos que garantizan una adecuada transparencia formal o documental, porque el párrafo 2 de este artículo le obliga a *verificar la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 14.1*.

La función notarial debería quedarse ahí, en la comprobación de la concurrencia de la debida transparencia formal y material. Sin embargo, al hilo de esa intervención *necesaria* del notario – digo necesaria porque es menester el otorgamiento de la escritura pública conteniendo el contrato para que cumpla su función-, la LCCI le otorga un rol activo en la consecución de la transparencia del contrato.

Así, si se analiza el artículo 15 LCCI, puede verificarse que el contenido del precepto desmiente su propio epígrafe en el sentido de que la regulación que contiene no reduce el papel del notario a la mera «comprobación» de la transparencia -formal y material- en la fase de negociación, sino que el precepto configura la función notarial de manera que erige al fedatario público en un sujeto que debe contribuir activamente a la consecución del nivel de transparencia adecuado<sup>10</sup>. Lo cual, como he dicho, dogmáticamente no parece razonable porque no es parte del contrato y no es quien debería hacer segura, por transparente, la contratación. No obstante, en ese afán del

<sup>10</sup> En este sentido la Circular del Consejo General del Notariado de obligado cumplimiento 1/2019, de 24 de mayo, dispone que el Notario debe *comprobar la concurrencia de los requisitos necesarios para establecer que el prestatario ha tenido la posibilidad de comprender la carga jurídica y económica de la operación en ciernes (transparencia material)* Dicha circular puede consultarse en el siguiente enlace: [https://www.notariosyregistradores.com/web/wp-content/uploads/2019/06/Circular-obligado-cumplimiento-1-2019\\_pdf.pdf](https://www.notariosyregistradores.com/web/wp-content/uploads/2019/06/Circular-obligado-cumplimiento-1-2019_pdf.pdf)



legislador por proteger al prestatario aportando cauces que conduzcan a la transparencia y, habida cuenta de que este profesional va a intervenir para autorizar la escritura pública, se le convierte en un operador que, cumpliendo una función pública, debe intervenir en el proceso de formación de contrato como sujeto que, ajeno a los intereses de las partes, puede informar al potencial prestatario de manera imparcial y desinteresada acerca de los diferentes aspectos del contrato.

De modo que la ley erige al notario en un sujeto activo en orden a la consecución de la transparencia, y lo hace principalmente en el plano de la material; de ahí que el epígrafe del precepto ponga el acento en este aspecto de la transparencia y no en la formal, aunque, como he explicado, también debe revisar el nivel de esta última.

Así las cosas, el precepto obliga al fedatario público a informar al prestatario (art 15.2.b); pero el precepto va más lejos ya que el art 15.2 c) le obliga a *asesorarle* en los siguientes términos:

*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.*

Puede, por lo tanto, concluirse que las medidas que garantizan la transparencia no sólo residen en el artículo 14.2 LCCI, que las pone a cargo del prestamista, sino que también competen al notario, a cargo del cual el artículo 15 LCCI hace recaer una serie de obligaciones en orden a su consecución que estudiaré a lo largo de este trabajo.

La razón que lleva a que la Ley otorgue este rol activo al notario en la consecución de la transparencia, ya la he avanzado: el hecho de que el prestatario sea informado y asesorado por un profesional ajeno al contrato y, por lo tanto, sin interés en la contratación, el cual, además, desarrolla una función pública, se ofrece por la norma como una garantía de imparcialidad y de asesoramiento independiente en la perfección de un contrato de enorme trascendencia para el futuro del patrimonio -también para la vida personal- del potencial prestatario y, en su caso, de su familia.

Seguidamente, expondré las diferentes actuaciones que deben desenvolverse en el ejercicio de la función notarial diferenciando las que guardan relación con la transparencia formal (recepción de la documentación, comprobación de la documentación entregada al prestatario, cumplimiento de plazos y comprobación del depósito de las CGC en el RCGC) de las que tienen que ver con la transparencia material (información y asesoramiento, posibilidad de control notarial de la abusividad de las

cláusulas del contrato y formulación del test) para, finalmente, estudiar la significación, en términos de transparencia, del acta notarial previa al otorgamiento de la escritura pública.

#### 4.1. *Actuaciones notariales en orden a la consecución de la transparencia formal*

##### 4.1.1. Recepción de la documentación (del prestamista y del prestatario)

El prestamista debe trasladar al notario no sólo la documentación que ha entregado a su cliente en cumplimiento de lo previsto en el artículo 14.1, sino también la manifestación firmada por el prestatario, en la que declara que ha recibido la documentación y que le ha sido explicado su contenido.

Dicha declaración recuerda a la expresión manuscrita de la Ley 1/2013 que se realizaba cuando se otorgaba la escritura pública. En la práctica esta expresión fue muy poco eficaz para garantizar la transparencia material con respecto a las cláusulas potencialmente abusivas que usualmente aparecían en el contenido de los préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda. La falta de eficacia de esta medida se debió a que dicha expresión manuscrita y firmada por el prestatario no se entendió suficiente para afirmar que efectivamente éste había comprendido el alcance de las cláusulas que formaban parte del contenido del contrato (STS 1238/2018, de 11 de abril ECLI:ES:TS:2018:1238).

Del mismo modo, cabe afirmar que tampoco la manifestación firmada por el prestatario ante el prestamista de que ha recibido la documentación permite dar por sentado que ha comprendido lo que se le ha explicado, pudiendo reproducirse los argumentos que negaron efectividad a la expresión manuscrita en orden a la consecución de la transparencia necesaria<sup>11</sup>.

La entrega de esta documentación en la notaría en la que se incluye la manifestación firmada por el prestatario, debe producirse por medios telemáticos, los cuales según el artículo 14.1 *in fine*, deben ser seguros y no suponer ningún coste al cliente. La forma de envío de la documentación se ha regulado reglamentariamente en los artículos 11 y 12 del Real Decreto 309/2019, de 26 de abril, conforme a los cuales, el envío se debe

<sup>11</sup> En esta línea puede consultarse MATE SATUÉ, Loreto C., «La expresión manuscrita en relación a las cláusulas suelo de los préstamos hipotecarios», en *Los contratos de crédito inmobiliario*, edit. Aranzadi, 2018, páginas 471-472. Como dice SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, Beatriz, *Los contratos de crédito inmobiliario tras la Ley 5/2019, de 15 de marzo*, Tirant lo Blanch, 2019, en la página 118, la declaración que firma el prestatario en la fase de formación del contrato que se desenvuelve ante el prestamista tiene el mismo valor que se reconocía a la expresión manuscrita y, por tanto, no va a permitir demostrar – en el nuevo régimen- que el prestatario es consciente de la carga jurídica y económica del contrato.

hacer de manera que desde cualquier despacho notarial pueda accederse al mismo una vez que el consumidor ha elegido al profesional que intervendrá en el proceso de formalización del contrato. De modo que, cuando el cliente acuda a la notaría de su elección y presente su documento identificativo, pueda descargarse la documentación y conocer la fecha en que la misma se incorporó a la aplicación.

Las plataformas que presten este servicio deben, además, disponer de mecanismos de autenticación que garanticen, entre otras cosas que se especifican en el artículo 11.2 de este Real Decreto, la exclusividad del uso y la identidad del usuario, así como la fecha de las comunicaciones que se trasladan a través de la misma. La supervisión de las plataformas que usen los prestamistas corresponde a la DGRN<sup>12</sup>.

El artículo 12.a del Real Decreto 309/2019, de 26 de abril, que desarrolla reglamentariamente la LCCI dispone que de dicha documentación deberá poder desprenderse la identidad de la entidad prestamista, de todos los prestatarios y garantes.

Por lo tanto, la primera labor del notario elegido por el potencial prestatario es la recepción de esta documentación a través de la plataforma digital.

#### 4.1.2. Comprobación de la documentación y del cumplimiento del período de reflexión

Una vez que ha recibido la documentación y el interesado se presenta en la notaría de su elección, el fedatario público debe comprobar si el prestamista ha entregado al interesado toda la documentación a que obliga el artículo 14.1 LCCI y si es la misma que aparece incorporada a la plataforma. Se supone que el prestatario acudirá con la documentación que se le ha entregado para que pueda procederse a la comprobación.

La documentación que el prestamista tiene que entregar al prestatario es, además de la FEIN y la FiAE, un documento con las cuotas periódicas que deberán abonarse en caso de que el tipo de interés sea variable y que prevean diferentes escenarios en función de si el índice variable sube o baja; también una copia del proyecto de contrato que responda al contenido de la FEIN, la FiAE y recoja el tipo de interés, además de los gastos desglosados que conlleva el contrato y la concreción de a quién corresponde pagar cada uno de ellos.

<sup>12</sup> Sobre las plataformas, cfr. Instrucción de 31 de julio de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre el uso de las plataformas telemáticas para la preparación del acta de información previa y la escritura de préstamo hipotecario, en aplicación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (BOE núm. 183, de 1 de agosto de 2019, páginas 83393 a 83396).

En el caso de que se detecte algún error, el artículo 12.1.d) del RD 309/2019, dispone que debe ponerlo en conocimiento del prestamista para que subsane telemáticamente la carencia.

Este precepto sólo contempla como posible error el del envío de la documentación al notario a través de la plataforma y la solución del precepto es adecuada si esa es la deficiencia que se produce.

Pero la solución no puede ser la misma si la incidencia consiste en que la documentación entregada al prestatario no es completa o correcta. En este caso no es suficiente con la rectificación telemática, sino que la subsanación requerirá que se entregue al potencial prestatario la documentación correcta y, además, quizás fuera necesario volver a firmar la manifestación en la que éste declara que el prestamista le ha entregado toda la documentación y que se la ha explicado. Para reducir la tramitación del procedimiento, MARÍN LÓPEZ considera que sería suficiente con que el prestamista cargara la documentación afectada en la aplicación, sin necesidad de nueva manifestación por el consumidor ante el prestamista de haber recibido toda la documentación; en tal caso, el notario sería el que debería explicar al potencial prestatario el contenido de la documentación que no le había sido entregada<sup>13</sup>. Esta solución sería la más razonable si el proceso de formalización del contrato estuviera diseñado de manera menos rigurosa. El nivel de garantías en orden a la consecución de la transparencia en la contratación que se impone en la norma y que genera esta larga tramitación del proceso de perfección del contrato permite dudar de si esta solución puede acogerse, pues supondría saltarse una fase, de modo que, una vez formalizado el contrato e inscrito en el Registro de la Propiedad, podrían plantearse dudas sobre el nivel de transparencia alcanzado, abriendo así una brecha en el sistema de protección al prestatario pudiendo darse pie a la impugnación de la validez del contrato de préstamo hipotecario por falta de transparencia formal. Una interpretación de la norma conforme a su sentido y objetivo obliga a exigir que, en caso que no se haya entregado algún documento al potencial prestatario, deba reconstruirse todo el *iter*, entregándosele la documentación que faltaba y siendo preceptiva la firma de un nuevo documento en que se declare haber recibido la documentación de manera completa. Aunque, desde luego, más operativa sería la solución propuesta por el profesor MARÍN, como también lo sería un proceso de formalización menos extenso y minucioso.

Admitir que el notario puede subsanar cualquier incidencia anterior en el procedimiento con trascendencia en términos de transparencia, supone dejar sin

<sup>13</sup> MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, «El control de transparencia material», en *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*, Aranzadi, 2019, página 304.

sentido las fases anteriores a su intervención y, en particular, la obligación del prestamista de suministrar la información fijada en la ley al prestatario.

Teniendo en cuenta esta interpretación, en caso de que la documentación remitida no fuera completa o contuviera algún error y este defecto no se hubiera subsanado en la forma especificada, se debería emitir un acta en sentido negativo, sin necesidad de proceder al asesoramiento del prestatario ni de formular el test. Se podría llegar a plantear si la falta de subsanación del prestamista podría entenderse como una retirada de la oferta, lo que contravendría la obligatoriedad de que se mantenga vigente durante un período mínimo de 10 días. No obstante, no voy a detenerme en el examen de esta cuestión que me alejaría del propósito de este estudio<sup>14</sup>.

Pero el notario, además de verificar si la documentación entregada al prestatario coincide con la incorporada a la plataforma, debe comprobar el cumplimiento del plazo mínimo de 10 días naturales de vigencia de la oferta, cuyo *dies a quo* se verá alterado si hay una incidencia con la documentación entregada. En este punto conviene señalar que el artículo 14 LCCI fija dicho *dies a quo* en el momento de la entrega de la documentación al prestatario, no desde que se incorpora la documentación a la aplicación telemática. Sin embargo, si hay una subsanación de las exigencias formales, el artículo 12.1.d) del Real Decreto 309/2019 dispone que se empieza a contar desde que se procede a la subsanación telemática, en solución adecuada cuando, pese a haber algún error en la plataforma, la documentación entregada al prestatario es correcta, pero que no parece la más indicada cuando la deficiencia se observa en la documentación entregada al prestatario, en cuyo caso el plazo debería empezar a correr desde que al prestatario le es debidamente entregada de nuevo y explicada, si procede, toda la documentación.

Si las dos acciones -rectificación telemática de la documentación y entrega al prestatario- se producen en el mismo día, la solución reglamentaria es adecuada. En caso de que haya un error en la incorporación de la documentación a la plataforma, hay que contrastar si ese error se ha producido también en la entrega de documentación al prestatario, si no hay ninguna incidencia, no hay problema con la solución reglamentaria; pero si el error también se ha producido en la documentación entregada al prestatario, esta regulación puede no ser adecuada. Supongamos que lo que falta es la declaración de haber recibido la documentación, en ese caso, no cabe la

<sup>14</sup> Sobre esta cuestión puede verse en profundidad el valioso trabajo de HERNÁNDEZ SAINZ, Esther, «Instrumentos para la garantía de un periodo de reflexión y comparación: oferta vinculante y derecho de desistimiento», en *Mecanismos jurídicos para la contratación responsable de préstamos por consumidores*, coord. por María Teresa Alonso Pérez, Esther Hernández Sáinz, Loreto Carmen Mate Satué, 2022, págs. 285-336.

subsanación en la plataforma sin el concurso del prestatario y no habrá problemas. Si la incidencia es de otra clase, como, por ejemplo, que no se ha incorporado a la plataforma uno de los documentos que había que entregar al prestatario y que no se le ha entregado, el *dies a quo* no puede volver a empezar hasta que no se entregue al prestatario: si ese momento no coincide con el de la incorporación a la aplicación telemática que subsana la incidencia, el *dies a quo*, debería empezar a contar desde que el prestatario recibe la documentación que faltaba si se produce con posterioridad al día en que se ha procedido a la rectificación telemática.

Hay que tener en cuenta que el período de reflexión coincide con la tramitación del contrato en el despacho notarial, de manera que, si solo se fijan 10 días para la formalización del contrato, debe calibrarse el plazo de que dispone.

#### 4.1.3. Comprobación del depósito de las condiciones generales del contrato en el Registro de condiciones generales de la contratación

El artículo 7 LCCI obliga a los prestamistas a depositar en el RCGC las condiciones generales que incorporan a los distintos contratos que comercializan. Y, aunque ninguna norma lo impone, la DGRN, en la Instrucción de 13 de junio de 2019<sup>15</sup>, considera que el notario debe comprobar que las condiciones generales de la contratación contenidas en el contrato de préstamo hipotecario de cuya tramitación se está ocupando se han depositado en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación. De modo que lo dispuesto en el art 7 LCCI incide en el desempeño de la función notarial, por ello lo estudio en profundidad<sup>16</sup>.

a) La obligación de depósito de las CGC en la fase previa al inicio del fenómeno contractual

El artículo 7 de la LCCI obliga a los prestamistas a inscribir en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación las cláusulas usadas en los préstamos inmobiliarios que tengan la consideración de condiciones generales de la contratación<sup>17</sup>. No es una

<sup>15</sup> Instrucción de la DGRN de 13 de junio de 2019. Ministerio de Justicia «BOE» núm. 142, de 14 de junio de 2019. Referencia: BOE-A-2019-8934.

<sup>16</sup> Sobre este precepto puede consultarse mi trabajo ALONSO PÉREZ, María Teresa, «El Registro de condiciones generales de la contratación y los contratos de crédito inmobiliario (El artículo 7 de la Ley de contratos de crédito inmobiliario)», en la obra colectiva *Mecanismos jurídicos...*, cit.

<sup>17</sup> Destaca BALLUGERA GÓMEZ, Carlos, al comienzo del epígrafe III del «Control de transparencia registral de la hipoteca. Registro de Condiciones Generales de la Contratación y Registro de la Propiedad», en *Especial Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario*, Wolters Kluwers, marzo de 2019, Edición digital. El hecho de que la obligatoriedad de la inscripción de las CGC en este ámbito se establezca en norma con rango legal y no reglamentariamente, como sería preceptivo en aplicación del artículo 11.2 *in fine* LCGC que viene a decir que: *Adicionalmente, el Gobierno, a propuesta conjunta del Ministerio de*

inscripción en sentido estricto porque no hay calificación por parte del Registrador, sino que se trata de un depósito -artículo 11 de la LCGC -<sup>18</sup>. También el artículo 7 Reglamento del RCGC lo regula como si se tratara de un mero depósito y así se opera en la práctica, de manera que no hay control de la legalidad de las condiciones generales de la contratación que se incorporan al Registro y, por lo tanto, el hecho de que aparezcan publicadas en él no supone siquiera una presunción de legalidad de las mismas, pudiendo ser ilícitas<sup>19</sup>.

El epígrafe del precepto dice: «Obligaciones de transparencia en relación con los contratos», indicando que se trata de una medida que pretende incrementar el nivel de transparencia<sup>20</sup>, aunque la relación de esta medida con la idea transparencia quizás no sea muy significativa porque la doctrina habla de un uso *indiscriminado* de dicho término en la LCCI; no obstante, puede convenirse en que puede ayudar a la consecución de la transparencia formal del contrato<sup>21</sup>.

---

*Justicia y del Departamento ministerial correspondiente, podrá imponer la inscripción obligatoria en el Registro de las condiciones generales en determinados sectores específicos de la contratación.*

<sup>18</sup> La mayoría de la doctrina entiende que se trata de un depósito sin control registral de legalidad, pudiendo citarse, entre otros autores, los siguientes: BARRIO DEL OLMO, Concepción Pilar, «Consulta al Registro de Condiciones generales de la contratación: nueva obligación ¿en beneficio de los prestatarios?», en *El Notario del siglo XXI* (2019), núm. 86; DEL REY BARBA, Sebastián, «El Registro de Condiciones Generales de la Contratación tras la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario», en volumen colectivo *Estudios sobre la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario*, edit. Reus, Madrid 2020, página 192; PÉREZ HEREZA, Juan, «El tortuoso camino de aprobación de la Ley 5/2019. Los cambios introducidos durante la tramitación y su encaje en el texto final», *El Notario del siglo XXI* (marzo-abril 2019), núm. 83, en Accesible en: <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-83/opinion/opinion/9160-una-breve-reflexion-sobre-el-sistema-de-seguridad-juridica-preventiva-a-la-luz-de-la-sts-de-20-de-noviembre-de-2018>; CARRASCO PERERA, Ángel, «Régimen de condiciones generales de contratación en el contrato de crédito inmobiliario», en *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*, Aranzadi, 2019, página 684. ALVAREZ ROYO-VILANOVA, Segismundo, «La transparencia material y la Ley de contratos de crédito inmobiliario. La actuación notarial», en *Revista Jurídica del Notariado* (enero-junio-2021), núm. 112, página 138.

Contrariamente a la opinión mayoritaria, considera que estamos ante una verdadera «inscripción» que requiere control de legalidad por parte del registrador: BALLUGERA GÓMEZ, Carlos, «Control de transparencia ... cit, Epígrafe III, para el cual debe controlarse el contenido y el ajuste a la legalidad de lo que se pretende publicar en el RCGC.

<sup>19</sup> BARRIO DEL OLMO, Concepción Pilar, «Consulta al Registro...», cit.

<sup>20</sup> Consideran que en este precepto se alude a la idea de transparencia formal: BARRIO DEL OLMO, Concepción Pilar, «Consulta al Registro...», cit. y CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «La transparencia en la Ley 5/2019 de contratos de crédito inmobiliario. Primeros apuntes», en *Especial Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario*, Wolters Kluwers, marzo de 2019. Edición digital, en el epígrafe primero.

<sup>21</sup> CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «La transparencia... cit., en el epígrafe primero alude al uso indiscriminado que la ley hace del término transparencia, para considerar más adelante que el artículo 7 se enmarca dentro de lo que cabe considerar transparencia formal.

Para precisar el alcance y la significación del artículo 7 LCCI es relevante destacar dos datos: por un lado, la obligatoriedad del depósito y, por otro, que el momento en el que debe procederse al mismo es anterior a la comercialización de los diferentes contratos de préstamo<sup>22</sup>.

La norma, al fijar el *momento* en que debe realizarse el depósito, ubica el cumplimiento de esta obligación en una *fase anterior al inicio del fenómeno contractual*; lo cual puede ser indicativo de que no se trata de una medida destinada específicamente a proteger al potencial prestatario contratante, sin perjuicio de que éste, indirectamente, pueda obtener algún beneficio de la misma, como explico más adelante. Esta medida, más bien, despliega su eficacia en relación al mercado; es coherente con esta perspectiva la *obligatoriedad del depósito* en el Registro porque impide que un operador pueda aprovechar la ventaja que proporciona el conocimiento de las prácticas del competidor sin comunicar las suyas propias.

Que esta medida, que difícilmente puede concebirse como una fase del proceso de formación del contrato, se entienda mejor en términos de transparencia del mercado es importante porque destaca su eficacia en el control del comportamiento de los agentes situados en el lado de la oferta –entendiendo oferta en su acepción económica y no jurídica– lo que, sin duda, puede contribuir al desarrollo de mejores prácticas que, en última instancia, también redundan en beneficio de los particulares que contratan con ellos.

Por lo dicho, creo que puede encontrarse sentido a esta medida si se orienta a la consecución de una mayor transparencia del mercado. Y si se acepta tal consideración, su incumplimiento no debería tener incidencia alguna sobre el contrato que finalmente pueda llegar a conformarse. La razón de que esto sea así es que el fenómeno contractual empieza con la publicidad, a la cual, coherentemente, sí se le reconoce por la ley efectos sobre el contrato, ya que el contenido de la información suministrada en la fase publicitaria puede llegar a integrar el contenido del contrato por aplicación del artículo 61.2 del TRLGDCU que alude a la *oferta, promoción o publicidad*. No es necesario incidir en que el depósito de las CGC en el Registro no es oferta, tampoco parece que se haga con una finalidad promocional, ni tampoco es publicidad<sup>23</sup>. En

<sup>22</sup> Como recuerda, SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, Beatriz, *Los contratos ...*, cit., página 130.

<sup>23</sup> BALLUGERA GÓMEZ, Carlos, «Control de transparencia...», cit., parece defender la posibilidad de que lo que aparece en el RCGC se integre en el contenido del contrato. No obstante, hay que tener en cuenta que este autor considera que la legalidad de las CGC depositadas en el Registro han sido previamente controladas por el registrador. Además, para fundamentar la integración no menciona el artículo 61.2, sino el 61.1 TRLGDCU.



definitiva, el depósito de las CGC en el Registro queda extramuros del proceso de formación del contrato y debe dársele eficacia en las relaciones entre competidores y, en ese plano, debería ser relevante su incumplimiento<sup>24</sup>. No debería impedir que se perfeccione el contrato, aunque en la práctica sí puede ocurrir, como expondré más adelante.

En puridad, la única consecuencia que para el incumplimiento de esta obligación por el prestamista está prevista de manera clara por la Ley es una sanción administrativa establecida por el artículo 24 de la LCGC que impone una multa. También pueden resultar aplicables los artículos 45 y ss de la LCCI; concretamente, el artículo 47 establece sanciones remitiéndose a los artículos 97, 98 y 99 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito que prevén sanciones administrativas (multa, suspensión o inhabilitación).

En coherencia con la lectura que he hecho de esta obligación, proyectando su efectividad hacia la transparencia del mercado, podría verse en su incumplimiento una práctica desleal que podría encajar en el tipo del artículo 15.2 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, que recoge como supuesto de competencia desleal *la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial*.

#### b) Comprobación notarial y registral del depósito de las CGC en el registro

La Instrucción de 13 de junio de 2019 de la DGRN<sup>25</sup> entiende que el notario *deberá controlar al autorizar la escritura de préstamo hipotecario, y el registrador de la*

---

En contra de que las CGC del Registro integren el contrato en base al artículo 61.2 TRLGDCU puede verse BUSTO LAGO, José Manuel, «Las funciones notariales y registrales y el control de transparencia del préstamo hipotecario», en *Mecanismos de protección del consumidor de productos y servicios financieros*, dir. por ÁLVAREZ LATA, Natalia y PEÑA LÓPEZ, Fernando, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, página 279.

En este punto, ÁLVAREZ ROYO-VILANOVA, Segismundo, «La transparencia... cit., página 139, considera que la ley diferencia entre la información/publicidad (arts. 6,7 y 9 de la LCCI) e información personalizada y esta última es la que tiende a la consecución de la transparencia material (arts. 10,14 y 15). Parece asimilar información del RCGC con información publicitaria, sin percatarse de que el art 62 TRLGDCU integra aquella en el contenido del contrato. Entiendo que el hecho de que sea información pública no equivale a información publicitaria, porque ese depósito no conlleva una actuación de promoción de la contratación; el propio artículo 7 considera que debe procederse a la publicación antes de empezar la comercialización.

<sup>24</sup> No obstante, sobre esta cuestión me remito a lo que diré más adelante, porque la Instrucción DGRN de 13 de junio de 2019 ha obligado a los notarios y registradores a controlar que el prestamista haya depositado las CGC en el Registro, por lo que, en la práctica, el incumplimiento de la obligación puede impedir que se perfeccione el contrato.

<sup>25</sup> Instrucción de la DGRN de 13 de junio de 2019. Ministerio de Justicia «BOE» núm. 142, de 14 de junio de 2019. Referencia: BOE-A-2019-8934.

*propiedad al inscribirla, el mero hecho de que efectivamente la entidad financiera haya procedido previamente a practicar dicho depósito.* En caso de que el prestamista no haya cumplido tal exigencia normativa, la Instrucción insta a los notarios a notificarlo al Ministerio de Justicia, a efectos de imposición de la multa prevista en el artículo 24 de la LCGC.

Pese a las directrices de la Instrucción, como considera BARRIO DEL OLMO, ningún precepto normativo impone al notario la obligación de comprobar que el prestamista ha depositado las CGC en el Registro<sup>26</sup>; tampoco parece desprenderse de ningún artículo esta obligación para el registrador. Si bien es cierto que el artículo 23 de la LCGC insta a los notarios a advertir de la obligatoriedad de la inscripción al prestamista, no puede derivarse de la literalidad del precepto que dicho deber suponga la realización de un control efectivo del depósito; menos aún, exige el cotejo del contenido de las CGC o formularios depositados por la entidad prestamista en el RCGC con el de la documentación propia del contrato de préstamo hipotecario que se le presenta para su autorización.

Sin embargo, vuelve a insistir en esta obligación el punto 8 de la Instrucción de la DGRN de 20 de diciembre de 2019 en la que se resuelven algunas dudas que venía suscitando la aplicación de la LCCI<sup>27</sup>. En esta Instrucción se reitera lo que se decía en la anterior de 13 de junio de 2019 y, además, se indica que se debe hacer constar en la escritura que se ha verificado el depósito de las CGC en el Registro, considerando insuficiente la manifestación de las partes o la advertencia de dicha obligatoriedad por parte del notario a la entidad prestamista.

En consecuencia, se ha impuesto en la práctica que los notarios y los registradores controlen el depósito de las CGC o de los formularios de los contratos que las contienen en el RCGC aun en ausencia de mandato legal en tal sentido. Además, el notario debe hacer constar en la escritura que ha efectuado dicha comprobación, sin que sea suficiente la declaración del prestamista, recogida en la escritura, afirmando que ha procedido a dicho depósito. Si el fedatario público no cumple con el deber de comprobación y no hace constar en la escritura que la ha realizado, cabría una posible calificación negativa por parte del registrador, como lo demuestra la RDGRN núm.

<sup>26</sup> BARRIO DEL OLMO, Concepción Pilar, «Consulta al Registro de Condiciones... cit., página 1/6: *Ningún precepto establece tal obligación y mucho menos que notarios y registradores deban denegar la autorización o la inscripción de escrituras que contengan condiciones generales no depositadas.*

<sup>27</sup> Instrucción de 20 de diciembre de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, 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. Ministerio de Justicia. «BOE» núm. 313, de 30 de diciembre de 2019, páginas 142180 a 142212 (33 págs.). Referencia: BOE-A-2019-18699.

8807/2020 de 5 junio (RJ 2020\3359), que confirma la calificación del registrador denegando la inscripción porque no constaba en la escritura que el notario autorizante hubiera comprobado que el prestamista había depositado las CGC en el Registro; en este caso, se recogía la declaración de los prestamistas de haber procedido al depósito<sup>28</sup>.

Como hemos visto, la Instrucción exige controlar la realidad del depósito de las CGC en el Registro al notario y al registrador. No acabo de ver el sentido de que intervenga el registrador después de que el notario haya hecho constar en la escritura pública que ha procedido a dicha comprobación; si la DGRN considera necesario que se controle la inscripción en el RCGC debería entender suficiente la intervención notarial.

En la práctica, en cumplimiento de las Instrucciones de la DGRN referidas, se procede a ese doble control por parte del notario y del registrador y cabe plantear hasta dónde deben llevarlo; la cuestión es si deben limitarse a comprobar si el formulario del tipo de contrato cuya autorización y elevación a escritura pública se les solicita ha accedido al Registro o si, llevando más lejos esta exigencia establecida por la DGRN (actualmente DGSJFP), deben comprobar minuciosamente si cada cláusula contenida en el contrato de préstamo hipotecario está recogida en el RCGC.

El notario, como prevé el artículo 23 de la LCGC, debe advertir de la obligatoriedad del depósito, pero la exigencia que establece la Instrucción de la DGRN de ir más allá carece de sentido, entre otras cosas, porque el contrato de préstamo puede contener cláusulas cuyo contenido se aparte del de las condiciones que aparecen en el Registro, como diré más adelante. Además, la ausencia de dicho control no impide la consecución de la transparencia material del contrato de préstamo porque, por un lado, como ya he dicho en el primer epígrafe, la eficacia del depósito en el RCGC tiene sentido fundamentalmente entre competidores y, además, porque la transparencia material se consigue a través de las obligaciones de suministro de información que competen según la LCCI al prestamista y al notario, no al contenido del RCGC pues ninguna obligación de consultarlo se impone al prestatario, ni creo que el hecho de no consultarlo implique una falta de diligencia que le sea imputable; ni el prestamista ni el

<sup>28</sup> Ahora bien, la obligatoriedad de comprobación del notario no llega hasta el punto de tener que incluir en la escritura el «número identificador único de depósito», el cual se atribuye a cada una de las inscripciones que se hacen en el Registro de CGC para permitir su posterior localización. Cfr. Resoluciones de la DGRN (actualmente DGSJFP) en este sentido: número 2699/2019, de 5 de diciembre (RJ 2020/786); Resolución de 12 de diciembre de 2019 («BOE» núm. 60, de 10 de marzo de 2020, páginas 23833 a 23840); número 11094/2020, de 7 de enero (RJ 2020/3328), número 6348/2020, de 15 de enero (RJ 2020/1888); número 6358/2020, de 17 de enero (RJ 2020/2536); número 6378/2020, de 22 enero (RJ 2020\2535); número. 7196/2020, de 28 febrero (RJ 2020\2980).

notario tienen obligación de informar al potencial prestatario de la existencia de este Registro, ni de sus implicaciones jurídicas.

Para encontrar algún sentido a la exigencia de esta comprobación, podría pensarse que quizás ese control de las CGC depositadas en el Registro, permite al notario identificar qué cláusulas del proyecto de contrato que recibe para su tramitación se apartan de la redacción de aquéllas, de manera que pueda focalizar su labor de asesoramiento y de información haciendo ver al prestatario la acaso diferente consideración jurídica que cabe hacer de las inscritas y de las no inscritas; pero entiendo que su función de información y de asesoramiento debe recaer con la misma intensidad sobre todas y cada una de las cláusulas del contrato.

Por todo lo expuesto, la falta de cumplimiento, al margen de alguna consecuencia disciplinaria por incumplir la Instrucción de la DGRN, no debería acarrear ningún otro tipo de responsabilidad para estos profesionales<sup>29</sup>.

No obstante, en la práctica los notarios y registradores llevan a cabo este control y voy a exponer en el siguiente epígrafe en qué debe consistir exactamente la labor de control y comprobación que la Instrucción de la DGRN de 13 de junio de 2019 considera que tienen estos profesionales.

#### c) Labor notarial y registral de comprobación del depósito

La labor del notario en relación a la comprobación del depósito que le impone la Instrucción de la DGRN de 13 de junio de 2019 consiste en que, una vez localizado -a través del número de identificación único que suele proporcionar la entidad

<sup>29</sup> Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, en la práctica y como hemos visto a través de las RDGRN referidas, el registrador puede denegar la inscripción si el notario no hace constar en la escritura pública que ha procedido a esa comprobación, de modo que, al no poderse constituir la garantía hipotecaria, puede frustrarse la operación económica que se financia a través del préstamo. En tal caso, puede pensarse en la responsabilidad civil del notario por los daños que la frustración o el retraso en la perfección del préstamo hipotecario puede acarrear al prestatario. Posiblemente esto es lo que lleva al profesor BUSTO LAGO -«Las funciones notariales y registrales ...», cit., página 282- a afirmar la responsabilidad del notario y del registrador en caso de que no realicen dicho control, aunque la relación causal (entre la falta de control y la imposibilidad de proceder a la inscripción registral de la hipoteca) parece que sólo pueda entablarse con el desempeño profesional del notario. De darse esta circunstancia, podría hacerse valer el artículo 22 de la LH referido a los casos en que alguna omisión en la escritura impida la inscripción registral del acto o contrato; además, el artículo 146 del Reglamento notarial imputa responsabilidad al notario por los daños y perjuicios ocasionados con su actuación cuando sean debidos a dolo, culpa o ignorancia inexcusable. Aunque, sinceramente, cabe dudar de la responsabilidad civil del notario porque no infringe ninguna norma si no procede al control del depósito de las CGC en el Registro por parte de la entidad prestamista, de modo que puede considerarse que no actúa negligentemente.

prestamista- el formulario depositado por ésta con las CGC que incluye ese modelo concreto de contrato, debe comprobar las cláusulas inscritas como CGC para ver si las que aparecen con esa catalogación en el contrato cuya formalización debe tramitar coinciden con aquellas. Si es así, el artículo 23.3 de la LCGC dispone que *el Notario hará constar en el contrato el carácter de condiciones generales de las cláusulas que tengan esta naturaleza y que figuren previamente inscritas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.*

Pero, si no se da tal coincidencia, ¿qué debe hacerse? ¿debe hacerse constar en el acta? ¿en la escritura? Según la Instrucción referida, las cláusulas no depositadas en el RCGC deben considerarse cláusulas negociadas individualmente<sup>30</sup>. Sin embargo, la doctrina se ha manifestado en contra de esta apreciación, y en efecto, debe tenerse en cuenta que, además de cláusulas que son CGC y cláusulas negociadas individualmente, puede haber cláusulas no negociadas individualizadamente que se hayan impuesto en la negociación por la entidad prestamista sin que vayan dirigidas a una pluralidad de contratos; no se trataría de CGC si nos atenemos al artículo 1 LCGC, sino que, si el prestatario es un consumidor, serían cláusulas predispuestas de las definidas en el artículo 80 del TRLGDCU. Para este tipo de cláusulas la ley no exige expresamente el depósito en el RCGC, y no se impone al notario ni al registrador una obligación de control o comprobación; tampoco se obliga al primero a advertir al prestamista de su obligación de depósito en el RCGC porque no son propiamente CGC. No obstante, BALLUGERA ha entendido que la obligación del artículo 7 LCCI debe extenderse a las cláusulas predispuestas<sup>31</sup>. No es posible, sin embargo, compartir esta reflexión porque la entidad prestamista no va a incorporar al Registro una cláusula predispuesta e impuesta sólo en un contrato<sup>32</sup>.

A propósito de las cláusulas que aparecen en el proyecto de contrato y no están recogidas en el RCGC, debe traerse a colación el artículo 23.3 LCGC, el cual añade un inciso al final del párrafo reproducido más arriba conforme al cual el notario debe hacer constar el carácter de CGC de las que aparecen en el RCGC o *la manifestación en contrario de los contratantes.*

<sup>30</sup> Conviene en dicha interpretación DEL REY BARBA, Sebastián, «El Registro de Condiciones...», cit., página 199.

<sup>31</sup> BALLUGERA GÓMEZ, Carlos, «Control de transparencia...», cit., considera que la obligación del art 7 se extiende también a las cláusulas no negociadas individualmente. Pone el ejemplo de la cláusula TAE que no se negocia individualmente; entiende que debe inscribirse en el RCGC dicha cláusula con una horquilla dentro de la cual debe encontrarse la TAE del contrato cuya formalización se esté tramitando.

<sup>32</sup> CARRASCO PERERA, Ángel, «Régimen de condiciones generales...», cit., página 684, por su parte, considera que es normal que no se contemple la obligación del depósito de las cláusulas predispuestas que no son CGC porque, hasta que no se produce la negociación, no se sabe si las cláusulas referidas a esa cuestión se van a imponer o van ser negociadas.

Es decir, se supone que el notario debe inquirir acerca del carácter de las cláusulas que aparecen recogidas en el contrato y no están en el RCGC -o lo están con un contenido distinto- y debe recabar la manifestación expresa de las partes en el sentido de si esas cláusulas efectivamente no tienen la condición de CGC. Si no tienen tal condición, puede pensarse que se trata de cláusulas que se han negociado individualmente, como interpreta la Instrucción de la DGRN de 13 de junio de 2019, pero, como digo, cabe otra posibilidad y es que sean cláusulas predispuestas e impuestas de las reguladas en artículo 80 TRLGDCU y que no son CGC por no incorporarse a una pluralidad de contratos.

Entiendo que, cuando se pregunte a las partes sobre la forma en que cada cláusula no recogida en el Registro ha llegado a incorporarse al contrato, el profesional va a preocuparse por saber si ha sido fruto de una negociación o ha sido impuesta por la entidad prestamista. Esta forma de operar encuentra su fundamento en el artículo 23.3 de la LCGC y conseguiría que el notario, al realizar la comprobación a que le insta la Instrucción de su Dirección General, discriminara acerca de qué tipo es cada cláusula del contrato que se somete a su consideración: las inscritas en el Registro que coinciden con las contenidas en el contrato son CGC y el resto serán predispuestas o individualmente negociadas en función de si han sido impuestas, o no, por la entidad prestamista.

Creo, por ello, que la labor de comprobación del notario con respecto a las CGC inscritas en el Registro podría permitir llegar a establecer en el contrato una clasificación de las cláusulas, en función de si deben ser consideradas CGC, cuáles han sido predispuestas por el empresario sin ser CGC y, por último, las que han sido individualmente negociadas. Debería hacerse constar la cualidad de cada cláusula en la escritura notarial conforme indica el artículo 23.3 de la LCGC<sup>33</sup>.

No se queda ahí la labor de comprobación del notario que, además, debe proceder al control que le impone el artículo 84 del TRLGDCU para ver si alguna de las cláusulas que contiene el contrato ha sido declarada nula por abusiva en sentencia inscrita en el RCGC, en cuyo caso no podrá autorizar el contrato en el que dicha cláusula se comprenda, según dicho precepto.

Paso en el siguiente epígrafe a analizar qué consecuencias puede tener el hecho de que haya cláusulas sobre una misma cuestión que aparezcan con contenido diverso en el RCGC y en el contrato.

<sup>33</sup> Alguna sugerencia similar hace DEL REY BARBA, Sebastián, «El Registro...», cit., página 199.

d) Discordancia entre las condiciones generales depositadas en el RCGC y las cláusulas del contrato

Las cláusulas depositadas en el Registro por su cualidad de condiciones generales no van a determinar necesariamente el contenido del contrato de préstamo hipotecario. Es decir, el contenido del proyecto de contrato que el prestamista entrega al prestatario y en torno al cual se tramita notarialmente la perfección del contrato y su elevación a escritura pública no tiene por qué coincidir con las cláusulas depositadas en el RCGC. Es más, será habitual que no coincidan las cláusulas que, tratando sobre las mismas cuestiones, se incluyen en el contrato y las que han sido depositadas en el RCGC. Si esa discordancia no fuera viable, nos encontraríamos ante la desaparición, en cierto grado al menos, de la libertad de contratación en este sector del tráfico, como reconoce la Instrucción de 13 de junio de 2019 que considera que la posibilidad de que se dé esa discordancia es una *garantía de la flexibilidad de la negociación y el tráfico inmobiliario y de la autonomía de la voluntad*<sup>34</sup>.

En este apartado se van a analizar las consecuencias de dicha discordancia en relación al contrato de préstamo hipotecario. De entrada, la falta de coincidencia no puede impedir el otorgamiento de escritura pública ni la inscripción registral<sup>35</sup>, ya que, a tal efecto, lo relevante es que se garantice la debida transparencia material en relación a la cláusula discrepante con respecto a la que aparece en el Registro sobre la misma cuestión, al igual que sobre el resto de cláusulas. Esta reflexión ha llevado a algunos autores a afirmar que la obligatoriedad del depósito de las CGC que establece el artículo 7 LCCI carece de sentido, fundamentalmente porque no tiene ninguna incidencia en el contrato, es decir, no tendría relevancia contractual<sup>36</sup>. Desde esta postura cabría afirmar que, si se alcanza el grado pertinente de transparencia material cumpliendo lo establecido en la LCCI al respecto, no debería haber ninguna consecuencia cuando una CGC depositada en el Registro es diferente a la recogida en el contrato sobre el mismo aspecto: no incide, por tanto, en la conformación del contenido del contrato.

No obstante, merece la pena reflexionar con mayor profundidad sobre esta cuestión de la discrepancia entre las CGC depositadas en el Registro y las que, sobre los mismos aspectos, aparecen recogidas en el contrato para calibrar si pueden llegar a tener alguna repercusión en la conformación del contenido del contrato.

<sup>34</sup> Instrucción de 13 de junio de 2019. Ministerio de Justicia «BOE» núm. 142, de 14 de junio de 2019 Referencia: BOE-A-2019-8934. En sentido similar ÁLVAREZ ROYO-VILANOVA, Segismundo, «La transparencia material...», cit., páginas 138 y 139.

<sup>35</sup> ÁLVAREZ ROYO-VILANOVA, Segismundo, «La transparencia material...», cit., página 139.

<sup>36</sup> CARRASCO PERERA, Ángel, «Funciones notariales en la comprobación...», páginas 684 y 685.

*En primer lugar, debe examinarse si dichas CGC depositadas en el Registro pueden llegar a incorporarse de algún modo al contrato.*

En este sentido, empezaré afirmando que no puede entenderse que, en virtud del artículo 61.2 del TRLGDCU, estas CGC depositadas en el Registro pasen a integrar el contenido del contrato. Dicho depósito no puede calificarse como *oferta, promoción o publicidad*, de modo que no se conforma el supuesto de hecho de este precepto; no se trata de una actividad que tenga intención de promover la contratación, no va dirigida específicamente a los potenciales interesados –aunque pueden consultar la información-. La obligación que impone el artículo 7 LCCI adquiere pleno sentido cuando sus efectos se proyectan horizontalmente sobre el mercado, cuando se analiza el efecto de esta medida desde la perspectiva de los competidores. Desde esta posición ya explicada previamente se puede ver con claridad cómo la obligatoriedad de depositar las CGC en el Registro permite alcanzar el nivel adecuado de transparencia en el mercado y entre los competidores. En cuanto que el depósito de las CGC en el Registro es anterior al comienzo del fenómeno contractual debería quedar al margen del mismo y, por tanto, no hay que reconocerle una incidencia directa sobre el contrato en base al tenor de lo previsto en el artículo 61.2 del TRLGDCU que está regulando la incidencia sobre el contenido contractual de actuaciones que sí se producen en el curso del proceso de perfección del contrato.

Veamos si las CGC depositadas en el Registro pueden llegar a integrar el contenido del contrato por otra vía. En este sentido, el artículo 5 de la LCGC establece los requisitos de incorporación de las CGC al contrato y el que mayor problema de todos ellos puede plantear en este caso es el de la aceptación por parte del adherente que, a su vez, guarda relación con el presupuesto de la accesibilidad y posibilidad del prestatario consumidor de conocer dichas cláusulas contemplado en el artículo 80.1.b) TRLGDCU para las cláusulas predispuestas en la contratación con consumidores.

El artículo 5 LCGC dice que las CGC pasan a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes. Sigue diciendo dicho precepto que: «Los adherentes podrán exigir que el Notario autorizante no transcriba las condiciones generales de la contratación en las escrituras que otorgue y que se deje constancia de ellas en la matriz, incorporándolas como anexo. En este caso el Notario comprobará que los adherentes tienen conocimiento íntegro de su contenido y que las aceptan.»

Es verdad que, en el ámbito objeto de estudio, no suelen transcribirse en la escritura pública las CGC depositadas en el RCGC; pero también es cierto que en la escritura pública se hace referencia a dichas CGC depositadas en el Registro haciendo constar el



número de identificación único que cada clausulado de cada contrato tiene otorgado en el Registro. ¿Puede este número entenderse como incorporación del conjunto de CGC del Registro al contrato? No debe obviarse que, además de que el número de identificación único aparece en la escritura que es firmada por el adherente, el RCGC es público y los prestatarios tienen libre acceso al mismo y que, además, esas CGC también están publicadas en la página web de la entidad prestamista. Por ello creo que, quizás, pueda llegar a plantearse que las CGC depositadas en el RCGC están incorporadas al contrato a través de la mención a dicho número y, en consecuencia, puedan llegar a incidir de algún modo en el contenido del contrato. Aunque dudo de hasta qué punto pueda darse tanta trascendencia a la constancia de dicho número en la escritura pública.

Otra posibilidad de entender incorporadas al contrato esas CGC depositadas en el registro sería que el prestamista le facilitara al prestatario una copia de las mismas. Este trámite se podría producir en la fase de negociación con el prestamista, pero hay que advertir que no es uno de los documentos que la ley obliga a que el prestamista entregue al prestatario, con lo que lo normal es que dicha entrega no se produzca. Ahora bien, si el prestamista ha facilitado una copia de estas CGC al prestatario, se abre la vía para que las CGC se puedan, en su caso, entender incorporadas al contrato. El notario podría –aunque la LCCL, que protocoliza tan minuciosamente su intervención, tampoco le obliga a ello- incluir dicho clausulado en la escritura, y, además, el adherente puede pedirle que dichas CGC aparezcan como Anexo de la escritura pública, aunque ni una cosa ni otra suele hacerse. Si se hiciera, habría que afirmar que las CGC depositadas en el Registro han pasado a ser parte integrante del contenido del contrato.

Así que es bastante improbable que se produzca la incorporación al contenido del contrato de las CGC depositadas en el Registro. No obstante, aunque sólo sea como mera hipótesis vamos a plantear qué ocurriría si se diera esa incorporación. En tal caso sería relevante lo previsto en el artículo 6.1 LCGC, conforme al cual prevalecen las cláusulas pactadas individualmente sobre las CGC, salvo que estas sean más beneficiosas que aquellas para el adherente. Por tanto, si las CGC –en este caso serían tales las depositadas en el Registro que han sido aceptadas y han cumplido los requisitos de incorporación del artículo 5 LCGC- son más beneficiosas para el adherente que las individualmente negociadas, el prestatario podrá invocar aquellas como si formaran parte del contenido del contrato en base al artículo 6.1 LCGC, prevaleciendo las CGC depositadas en el Registro sobre las pactadas individualmente. En relación a esta cuestión cobraría relevancia la clasificación de cláusulas del contrato que el notario puede hacer en base al artículo 23.3 de la LCGC.

Así las cosas, el contenido de las CGC depositadas en el Registro no podría sufrir modificaciones en el contrato, ni a través de disposiciones individualmente negociadas, ni a través de cláusulas predispuestas e impuestas, si de dicha alteración resultara que el contenido del contrato no es más favorable para el prestatario del que resultaría si se integraran en el contrato las CGC depositadas en el Registro. De admitirse esta idea, resultaría que, a través del depósito de las CGC en el Registro y de su incorporación al contrato, la entidad prestamista estaría estableciendo la posición menos beneficiosa que para el prestatario debería derivarse del contrato, la cual no podría ser rebajada por las cláusulas incorporadas al contrato y de contenido distinto al del clausulado depositado en el RCGC.

En el caso de que el proyecto de contrato que se está tramitando en la notaría no coincida con las CGC depositadas en el Registro, será complicado afirmar que estas pasan a integrar el contenido del contrato porque no será fácil que se cumplan los requisitos del artículo 5 LCGC; para cumplir dicho precepto las CGC depositadas en el RCGC deberían –como he dicho- ser conocidas y firmadas por el prestatario lo que, probablemente y en la mayoría de los casos no ocurrirá. Podría darse si el prestamista ofrece un documento con las CGC y lo firma el prestatario y el notario hace referencia a ese documento y lo adjunta a la escritura. También podría plantearse si la referencia que en la escritura se hace al número de identificación de las CGC propias de ese contrato depositadas en el Registro puede entenderse como suficiente para entender que dichas CGC han sido conocidas y aceptadas por el prestatario. No obstante, no es claro –insisto en ello- que el proceso de la formalización habitual de este tipo contratos permita entender que las CGC depositadas en el Registro pasen a integrar el contenido del contrato, pero es posible.

De donde cabe concluir que las CGC depositadas en el Registro podrían llegar a tener -llegado el caso- una posible influencia en el contenido del contrato a través de la aplicación del artículo 6.1 de la LCGC y de la prevalencia que se establece de la cláusula más beneficiosa para el adherente, el prestatario en este caso, siempre y cuando se trate de CGC incorporadas al contrato y no en otro caso.

Otra cuestión vinculada a esta consideración es si el artículo 6.1 y la regla de la condición más beneficiosa que incorpora debería hacerse operar -cuando proceda en el remoto caso de que las CGC del Registro queden incorporadas al contrato- en algún punto del extensísimo procedimiento de formación del contrato de préstamo hipotecario. En tal caso, a la dificultad de implementar en la práctica notarial la obligación de comprobación de la inscripción de las CGC en el Registro, y a la de caracterizar las diferentes cláusulas que componen el contrato -como CGC, cláusulas predispuestas o como cláusulas individualmente negociadas-, habría que añadir,

además, como labor propia de la función notarial el estudio de las cláusulas del proyecto de contrato y su contraste con las CGC del Registro— que hayan sido incorporadas al contrato porque han sido aceptadas por el prestatario— para ver cuáles son más beneficiosas para el adherente a fin de conformar de este modo cuál debe ser el contenido final del contrato. Tal forma de proceder no encajaría en un sistema en el que hay libertad contractual y en el que las partes —prestamista y prestatario— han acordado dar al contrato un determinado contenido. La interpretación del artículo 6.1 y de la regla que contiene sobre la prevalencia de la cláusula más beneficiosa no se ha entendido de este modo por la doctrina que ha considerado que es una norma de interpretación —que podría derivarse también del artículo 1288 del Código civil— afirmándose que el contenido del contrato debe conformarse en el sentido que las partes hayan *inequívocamente* consentido<sup>37</sup>. No parece que debiera ser el notario el que conforme definitivamente el contenido del contrato atendiendo a lo que sea más beneficioso para el prestatario, porque, como dice ÁLVAREZ ROYO-VILANOVA ese juicio siempre será complicado<sup>38</sup>. Si al notario no se le permite depurar el contrato de cláusulas abusivas<sup>39</sup>, no creo que tampoco se le deba entender legitimado para decidir qué cláusula es más beneficiosa para incluirla en el contrato que no la contenía trayéndola desde el RCGC, porque esa valoración, en efecto, sería muy complicada y, además, no incumbiría al notario realizarla.

En base a lo dicho, entiendo que la aplicación del artículo 6.1 de la LCGC puede suponer que las CGC depositadas en el Registro tengan alguna relevancia en la configuración del contenido del contrato en cuanto que fijan el nivel mínimo de beneficio que puede derivarse del contrato en interés del prestatario, para lo cual es necesario que queden incorporadas al contrato cumpliendo presupuestos del artículo 5 LCGC. No obstante, llegado el caso, a la consideración que se desprende del artículo 6.1 LCGC no debe dársele relevancia en la fase de formación y perfección del contrato. Se trata de una norma de interpretación del contrato, es decir, aplicable cuando el mismo ya se ha perfeccionado y no con antelación a la existencia del mismo; no debe hacerse operativo el precepto en un momento previo a la perfección del contrato.

Puede recapitularse este apartado, afirmando que la obligatoriedad de depósito de las CGC en el Registro puede conectarse con el artículo 23.3 LCGC conforme al cual el notario debe hacer constar en la escritura qué cláusulas son CGC o la manifestación en

<sup>37</sup> FERRER RIBA, Josep, «Comentario al artículo 6», en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, MENÉNDEZ MENÉNDEZ y DíEZ-PICAZO (Dir.), Civitas, 2002, página 382.

<sup>38</sup> ÁLVAREZ ROYO-VILANOVA, Segismundo, «La transparencia material...», cit., página 139.

<sup>39</sup> CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «La transparencia en la Ley 5/2019...», cit., en el epígrafe V señala que el notario no tiene potestad para expurgar cláusulas no transparentes ni mucho menos abusivas.

contrario de las partes; de modo que este profesional, en el desempeño de su labor, puede inquirir acerca de si las cláusulas del contrato no registradas son predisuestas e impuestas por la entidad prestamista -de las del art 80 TRLGDC- o, por el contrario, han sido negociadas. Lo cual es relevante porque, aunque las CGC del Registro no pasan a formar parte del contrato en base al artículo 61.2 del TRLGDCU, podría entenderse que pasan a integrarlo por la constancia del número único de identificación en la escritura pública o cumpliendo los requisitos del artículo 5 LCGC. En tal caso, a través de la regla de prevalencia de la cláusula más beneficiosa recogida en el artículo 6.1 LCGC podría llegar a afirmarse que vienen a marcar el nivel mínimo de beneficio para los intereses del adherente en cada contrato formalizado, pero -insisto- sólo en el remoto caso de que cumplan los requisitos de incorporación del artículo 5 LCGC, es decir, que el prestamista entregue al prestatario una copia de las CGC depositadas en el Registro y que las mismas se transcriban en la escritura o se adjunten como Anexo a la escritura pública, lo que no suele concurrir. Ninguna de estos trámites viene exigido por la LCCI de modo que probablemente no tendrán lugar.

Una vez analizada la incidencia que la obligación que el artículo 7 LCCI impone a las entidades prestamistas sobre el desarrollo de la función notarial, retomo el *iter* del proceso de formación del contrato, pasando a estudiar las diferentes tareas que conforman dicha función, centrándome en las que están ordenadas a la consecución de la transparencia material: información y asesoramiento, control de condiciones generales, formulación del test al prestatario y elaboración del acta.

#### 4.2. *Actuaciones notariales en pos de la transparencia material del contrato*

##### 4.2.1. Labor de asesoramiento notarial al prestatario

La obligación del notario de asesorar al potencial prestatario se desprende de lo previsto en el artículo 15.2. b y c LCCI, conforme al cual en el acta notarial, con cuya expedición acaba esta fase del proceso de formación del contrato, deben hacerse constar *las cuestiones planteadas por el prestatario y el asesoramiento prestado por el notario*. Además, en la letra c) – con una redacción incorrecta- se le obliga a asesorar individualizadamente sobre las cláusulas contenidas en la FEIN y en la FiAE. No basta con hacer constar en el acta una afirmación genérica, sino que debe especificarse sobre qué cláusulas ha informado y asesorado al potencial prestatario.

Estos dos preceptos delimitan la función de asesoramiento que tiene que ir dirigida no sólo a solventar las dudas que el potencial prestatario pueda plantearle, sino que, además, no puede dejar de informar y *asesorar* sobre el contenido de la FEIN y de la FiAE.

De estos preceptos cabe deducir que el alcance de la información y asesoramiento que debe proporcionarse es muy extenso: no puede limitarse a leer el contrato, sino que debe explicarlo de manera que pueda entenderlo el prestatario y, en su caso, otros garantes. El asesoramiento, al que obliga el precepto, implica consejo y cabría preguntar sobre qué debe aconsejarse: ¿sobre la oportunidad de celebrar el contrato? Huelga decir que el asesoramiento no puede ir tan lejos.

En otro orden de cosas, los autores alertan del riesgo de que, si se tiene en cuenta que el consumidor está interesado en que se perfeccione el contrato, esta fase quede reducida a un mero trámite formal<sup>40</sup>, pero debe evitarse que se efectúe de manera precipitada. El notario dispone de la formación adecuada y suficiente para suministrar la información pertinente y asesorar al cliente y, por ello, creo que debe hacerlo extensamente; no en vano la ley usa el término *asesoramiento* y no se limita a decir que informa al compareciente. La ley conforma este acto intentando impedir que esta fase del procedimiento se convierta en un mero trámite. Es más, el hecho de que la ley contemple que en el procedimiento de formación del contrato intervenga un tercero ajeno al contrato sin interés en el mismo y que, además, ejerce una función pública, es una garantía añadida para que el consumidor compruebe y se cerciore de que la información recibida por el prestamista es correcta y veraz.

En la práctica de los despachos notariales esta fase de información y asesoramiento en la que la actividad profesional se dirige a que el prestatario comprenda todos los aspectos del contrato está resultando muy positiva, debiendo destacarse dos circunstancias que contribuyen a ello: el hecho de que no está presente el prestamista y, fundamentalmente, que no exista la presión de que en ese preciso acto va a firmarse la escritura pública como ocurría antes de la entrada en vigor de la LCCI<sup>41</sup>. Estas circunstancias hacen que la reunión sea fructífera en términos de transparencia y que el prestatario plantee las dudas que pueda tener abiertamente. La separación de esos dos momentos, el de información y asesoramiento, por un lado, y, por otro, el de

<sup>40</sup> Este riesgo es puesto de relieve por CARRASCO PERERA, Ángel, «Funciones notariales en la comprobación de la transparencia y en la titulación del contrato», en *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*, Aranzadi, 2019, página 332 a 334.

<sup>41</sup> En este sentido y en relación a la práctica anterior a la entrada en vigor de la LCCI puede reseñarse la reciente STS 1384/2022, de 4 de abril -ECLI:ES:TS:2022:1384- en la que se entiende que la información proporcionada por el notario en el momento en que se va a proceder a la firma del contrato no cumple con las exigencias de transparencia, en cuanto que el prestatario debe poder contar antes de ese momento con la información precontractual proporcionada por el prestamista.

Destaca el efecto positivo que tiene la separación del momento en que se proporciona información al prestatario y el de firma de la escritura pública: ÁLVAREZ ROYO-VILANOVA, Segismundo «Transparencia...», cit., página 164 y 165.

otorgamiento de la escritura pública permite al prestatario reflexionar más pausadamente sobre la oportunidad de suscribir el contrato.

En el acta final, se debe hacer constar sobre qué aspectos del contrato se ha informado al prestatario, además de las dudas que éste ha planteado y la respuesta dada.

#### 4.2.2. Posibilidad de control notarial de la legalidad de las condiciones generales de la contratación

El artículo 84 del TRLGDCU dispone que el notario no autorizará contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación. De modo que, según esta norma, la posibilidad de control notarial de la abusividad se reduce a las que ya han sido declaradas nulas y están inscritas en el Registro de Condiciones Generales<sup>42</sup>.

Por otro lado, la LCCI, al regular el procedimiento de formación del contrato de préstamo, no contempla que el fedatario público deba proceder a un control de la abusividad de las cláusulas si no están inscritas en el Registro por haber sido declaradas nulas por sentencia. Es más, la norma no indica que el acta notarial previa al otorgamiento de escritura pública deba contener alguna indicación al respecto. Si se atiende a las causas por las que puede negarse en el acta el otorgamiento de escritura pública –incomparecencia del prestatario, falta de entrega de algún documento, resultado negativo del test- no se contempla un acta en sentido negativo cuando se advierte la presencia de alguna cláusula claramente abusiva o potencialmente abusiva. Se lamenta CÁMARA LAPUENTE, en relación a esta cuestión, diciendo que *la LCCI debería haber contribuido a aclarar el papel del notario en el control de legalidad. No lo ha hecho*<sup>43</sup>. No obstante, quizás, tras la LCCI, no haya tanta necesidad de predeterminedar el alcance del control de legalidad en esta fase porque el contenido de las principales cláusulas en torno a las que se había litigado por su potencial abusividad, está ahora prefigurado por la ley (vencimiento anticipado en artículo 24, intereses de demora en artículo 25, reembolso anticipado en artículo 23) o se han prohibido como ocurre con la cláusula suelo -artículo 21.3 LCCI-.

<sup>42</sup> La utilidad de este control ha sido puesta en entredicho. Puede consultarse, en este sentido, BORMANN, Jens/STELMASZCZYK, Peter, «¿Publicar las condiciones generales de contratación en un registro estatal significa proteger al consumidor? Un vistazo a Alemania, en *El Notario del siglo XXI*, Revista 86. Accesible en: <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-86/opinion/opinion/9521-publicar-las-condiciones-generales-de-contratacion-en-un-registro-estatal-significa-proteger-al-consumidor-un-vistazo-a-alemania>

<sup>43</sup> CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «Transparencia material... cit., epígrafe «La labor del notario en cuenta a asesoramiento y comprobación de la transparencia. página 3/8.

De modo que parece que la intervención notarial previa al otorgamiento de escritura pública no debe incluir un control del contenido de las cláusulas del contrato porque en el acta notarial no puede denegarse el otorgamiento de escritura pública por presencia de este tipo de cláusulas al no especificarlo la ley<sup>44</sup>. Según ésta, el acta sólo puede denegarse por incomparecencia, falta de documentación que debe entregarse al prestatario o incumplimiento de plazos; debe entenderse incluido el caso en el que el resultado del test sea negativo. Y, en efecto, esa es la doctrina que se ha establecido y que se ha asumido como cierta y segura por todos los operadores jurídicos, incluido el Notariado. Aunque entiendo que es discutible, no es este lugar para extenderme sobre la cuestión.

Sin embargo, en la labor de asesoramiento al potencial prestatario, el notario puede entrar a valorar el contenido de las cláusulas y debe tenerse en cuenta que en el acta notarial debe dejarse constancia de las dudas que ha planteado el cliente consumidor al respecto y la información y asesoramiento que, sobre las mismas, ha prestado el profesional. ¿Podría el notario informar sobre que una de las cláusulas del contrato, a su juicio, podría ser abusiva?

Después de la fase de asesoramiento y de información que puede incluir la valoración de la *cualidad* de las cláusulas y de la presencia de cláusulas abusivas -ya declaradas nulas por sentencia inscrita en el RCGC-, se debe realizar un test al prestatario, trámite que paso a analizar seguidamente.

#### 4.2.3. La formulación del test al prestatario

El artículo 15.2.c) contempla la obligatoriedad de que el prestamista responda a un test en presencia del notario, con el propósito de concretar *la documentación entregada y la información suministrada*.

El antecedente de esta medida lo constituyen los test de conveniencia de la normativa MIFID que permiten calibrar el perfil del inversor a efectos de adecuar los productos financieros que se le ofrecen. Obsérvese que al inversor se le formula el test para marcar el objeto del posible contrato, de manera que el test al prestatario no puede equipararse, en cuanto se realiza después de haber negociado el contrato y estar delimitado el o los objetos del contrato, de modo que el test del artículo 15.2.c) LCCI tiene otro objetivo y finalidad.

<sup>44</sup> CARRASCO PERERA, Ángel, *Comentarios...*, cit., página 352. En este sentido, CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «Transparencia material... cit., en el epígrafe «La labor del notario en cuenta a asesoramiento y comprobación de la transparencia, viene a decir que: *La LCCI incrementa la función asesora del notario (con nuevos deberes propios), pero no su función depuradora...*

Esta prueba objetiva suscita importantes interrogantes siendo el más importante el del alcance que debe dársele, cuestión que se encuentra íntimamente vinculada a la concreción de su finalidad. Esa es la cuestión clave cuya respuesta permitirá despejar el resto de dudas que plantea este instrumento como la de la determinación de las consecuencias del resultado del test a la hora de expedir el acta notarial que permitirá, o no, otorgar la escritura pública de préstamo hipotecario; otra cuestión es la de qué ocurre si el avalista o el hipotecante no deudor contestan de manera que resulte que no han sido debidamente informados, mientras el potencial prestatario contesta adecuadamente o viceversa. Todos estos interrogantes tienen más fácil respuesta si se concreta de antemano cuál es la significación, el alcance, la finalidad que debe darse a este trámite del procedimiento consistente en la realización de un test: si se limita a ser un mecanismo de control de trámites efectuados y documentación entregada<sup>45</sup> o va más allá y debe entenderse que tiene algún papel en la adveración de si el prestatario ha entendido el contenido del contrato que pretende consentir.

Puede fácilmente convenirse en que es difícil que la realización del test por el interesado arroje un resultado negativo, siendo habitual que los interesados respondan adecuadamente todas las preguntas que se les formulan. Tan remota es esta posibilidad que ni la LCCI ni su Reglamento -aprobado por Real Decreto 309/2019- contemplan específicamente la posibilidad de un test con resultado negativo, ni las consecuencias que el *suspense* del test deba acarrear, aunque se convendrá en que, si el prestatario no responde correctamente todas las cuestiones, no pueda autorizarse el otorgamiento de escritura pública: si una de las preguntas no se responde adecuadamente no se está entendiendo alguno de los aspectos fundamentales del contrato.

Desde la perspectiva que ofrece la realidad de que el test será superado, parece comprensible que la doctrina reste relevancia al papel de este trámite en orden a la consecución de la transparencia material. Sin embargo, que sea habitual *aprobar* el test no debe llevarnos a soslayar, al menos en el plano teórico, la función que está llamado a desempeñar en el proceso de formación del contrato de préstamo hipotecario.

<sup>45</sup> Así lo entiende ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, Segismundo, «Transparencia material... cit., página 160, para el que: *su función no es la de un examen de comprensión, sino más bien didáctica, pues al responder a cuestiones básicas..., el prestatario podrá completar la información realizando nuevas preguntas y el notario ampliar las explicaciones.* En el mismo sentido, BÁRCENA SUÁREZ, Nicolás, «La actividad notarial en los contratos de crédito inmobiliario: funciones y responsabilidad», en *Revista de Derecho Privado* (enero-febrero, 2021), núm. 1: pág. 35: lo señala como un *complemento ornamental que viene a reiterar que se han recibido los documentos y las informaciones que marca la legislación al efecto.*



Para empezar a analizar esta cuestión pondré de relieve que la referencia que se hace al test en la ley -artículo 15.2.c LCCI- no es destacada; no se regula este instrumento dándole un trato específico y diferenciado, sino que se alude al mismo al hilo de la enumeración del contenido de la información que se ha proporcionado al prestatario que debe hacerse constar en el acta notarial.

Siguiendo con la literalidad de la norma, el artículo 15.2.c) LCCI dispone que el objeto de esta prueba es *concretar la documentación entregada y la información suministrada*. De modo que hay dos aspectos sobre los que debe versar el cuestionario que se formule al prestatario: la documentación que le ha entregado el prestamista y la información suministrada tanto por el prestamista como por el notario.

Entiendo que se pretende que el test permita dilucidar si concurren los presupuestos que permiten garantizar el nivel adecuado de transparencia formal (documentación entregada) y material (información suministrada).

En cuanto a la *transparencia formal*, al prestatario se le interroga acerca de la documentación e información ofrecida por el prestamista. Sin embargo, no tiene sentido que se le pregunte sobre este extremo porque dicha comprobación corresponde al notario a tenor de lo establecido en el artículo 15.2 LCCI que, literalmente, dice: *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...* De donde resulta que la comprobación de la documentación es una labor previa, la primera que debe realizarse en el despacho notarial y, si no se ha entregado toda la documentación al prestatario, no se puede pasar a las fases posteriores consistentes en asesoramiento, test y acta notarial. Conforme al artículo 15.5, si no puede procederse a dicha comprobación, se hará constar en el acta no siendo viable el otorgamiento de escritura pública.

Insisto en la idea de que, para comprobar la documentación que efectivamente se ha entregado, no es relevante lo que el prestatario pueda responder en un test al respecto, pues puede decir que un documento concreto no se le ha entregado cuando el notario ha corroborado que efectivamente sí se le ha dado. Por lo tanto, al test no se le debería dar trascendencia en orden al control de la documentación entregada, es decir, para acreditar la concurrencia de los presupuestos de la transparencia formal; aunque, como he dicho, sí se interroga al prestatario sobre dicho aspecto. La respuesta que dé el prestatario a esta pregunta formulada en el test no añade nada al control que debe efectuar el notario sobre la transparencia formal. Entonces, ¿qué añade el test? ¿por qué se interroga al prestatario en el test si el prestamista le ha entregado toda la documentación?

Una respuesta afirmativa del prestatario en un test acerca de si se le entregó toda la documentación, permite que la declaración del notario adverando que efectivamente se cumplieron todos los requisitos de la transparencia formal venga refrendada por un documento acreditativo de la manifestación del prestatario en el mismo sentido. Sin embargo, la declaración del fedatario público no precisaría ir avalada por la respuesta dada a esta pregunta en el test, sino que podría apoyarse en los documentos efectivamente entregados al prestatario y los incorporados a la plataforma, así como en la declaración del profesional contenida en el acta final.

No obstante, tampoco pasa nada porque se incluyan en el test estas preguntas. En realidad, el test no suscita muchos interrogantes en relación a la cuestión de la transparencia formal y sí que los plantea en orden a su función respecto a la material, que paso a analizar.

Es en el aspecto relativo a la transparencia material que guarda relación con la mención que el artículo 15.2 c) hace a la *información suministrada*, en el que el test, como digo, suscita mayores interrogantes.

El tratamiento de la relevancia que, en orden a la consecución de la transparencia material, debe darse al test debería ser, en principio, paralelo al que he hecho en relación a la transparencia formal, en el sentido de que cabe plantear hasta qué punto es relevante la respuesta dada por el prestatario para acreditar la concurrencia de la debida transparencia material. Igualmente cabe aquí afirmar que lo verdaderamente relevante es la opinión del notario acerca de ese extremo: su adveración de que el prestatario ha entendido y comprendido el alcance jurídico y económico del contrato debería ser suficiente para dar por celebrado el contrato con el adecuado nivel de transparencia material.

En efecto, el notario, en su labor de información y asesoramiento al prestatario y tomando en consideración las dudas que este le plantea, se formará una opinión acerca de si el prestatario entiende y comprende el negocio jurídico cuya formalización pretende. Lo normal será que entienda que el prestatario comprende el alcance y las implicaciones jurídicas del contrato de préstamo hipotecario cuya formalización solicita.

Sin embargo, a la hora de regular esta materia ha pesado el hecho de que los tribunales, en el período anterior a la promulgación de la LCCI, han afirmado la falta de transparencia material de algunas cláusulas pese a estar documentadas en escritura pública, de modo que, en esos casos, pese a la adveración del fedatario público, los tribunales han entendido que no se alcanzaba el suficiente grado de transparencia

material. Por esa razón, en la LCCI se entiende conveniente exigir que dicha declaración se apoye en algo más que en la apreciación subjetiva del profesional que autoriza la escritura pública. De modo que, si esta declaración por sí sola no es suficiente para garantizar la concurrencia de la transparencia formal, tampoco debe serlo con respecto a la transparencia material. Y, claro, este apoyo es mucho más difícil de obtener para la segunda que para la primera porque no es algo que pueda corroborarse contrastando documentación, sino que su adveración pasa por acreditar un proceso intelectual del prestatario. Para superar este inconveniente se idea un instrumento en que apoyar la adveración del profesional acerca de la concurrencia de la debida transparencia material y ese instrumento es la respuesta adecuada dada al test por parte del prestatario<sup>46</sup>.

De modo que podría decirse que el resultado positivo del test supone un apoyo documental que refrenda la declaración del notario dando fe de que el contrato ha alcanzado el nivel de transparencia material exigido por la ley.

Esta fijación del alcance y significación del test en el proceso de formación del contrato puede apoyarse en el contenido de las preguntas que se formulan, las cuales van claramente encaminadas a comprobar si el prestatario ha comprendido el contrato<sup>47</sup>. En dicho test se interroga al compareciente acerca de los siguientes extremos: si el prestamista le ha entregado toda la documentación y le ha informado; si ha elegido libremente el notario, si conoce las características fundamentales del préstamo (capital, duración, importe de las cuotas y periodicidad y composición de las mismas); si sabe cuál es el tipo de interés y si el mismo es fijo o variable y, además, si conoce lo que implica jurídicamente tal característica del tipo de interés; también se le interroga sobre la posibilidad de subrogación del prestamista si sabe qué es la cláusula de amortización anticipada y contenido de la misma; las comisiones que conlleva el préstamo (de apertura, de novación, de reclamación de cuotas impagadas). Además, se le interroga acerca de su conocimiento de las consecuencias que lleva aparejadas el

<sup>46</sup> En contra de esta consideración, la mayoría de la doctrina como puede desprenderse de la nota a pie inmediatamente anterior a esta y también en SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, Beatriz, *Los contratos...*cit., página 121: *si lo que se pretende con el test es comprobar el cumplimiento del principio de transparencia material y que el prestatario realmente haya comprendido las obligaciones que asume y la carga económica, jurídica y financiera que le supone la firma de ese contrato, ese test no cumpliría con esa finalidad*. Esta autora solo le da relevancia para la acreditación de que se le ha aportado la documentación e información para que pueda comprender la carga que asume con el contrato.

<sup>47</sup> El cuestionario que se efectúa en las notarías en cumplimiento de este precepto se ha estandarizado y existe un modelo elaborado por el Consejo General del Notariado y que se recoge en la Circular de obligado cumplimiento 1/2019, de 24 de mayo, relativa a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. (<https://www.notariosyregistradores.com/web/wp-content/uploads/2019/06/ANEXO-I-TEST-TODOS-LOS-MODELOS.pdf>)

incumplimiento de las obligaciones por parte del prestatario (interés moratorio, vencimiento anticipado en caso de que el impago ascienda a cierta cantidad). Se le pregunta si conoce la posibilidad de ejecución hipotecaria y sus consecuencias: si sabe que el incumplimiento puede suponer la pérdida del inmueble y su venta en pública subasta; si es conocedor de que la deuda se cubre sólo con el bien hipotecado o de si la responsabilidad del deudor puede alcanzar otros bienes (presentes o futuros) de su patrimonio; si conoce que, si responde con todo su patrimonio presente y futuro, la venta del inmueble puede no ser suficiente para saldar la deuda y deberá la diferencia.

A la vista de estas preguntas, parece evidente que un resultado positivo supondría que el prestatario ha comprendido las implicaciones del contrato que está firmando. Confirma esta consideración el hecho de que la Circular de obligado cumplimiento del Consejo General del Notariado en cuyo Anexo aparece el test estandarizado lo califique de *test de «comprensibilidad»*.

El objetivo del test es comprobar qué es lo que el prestatario ha aprehendido, asimilado, comprendido del contrato que pretende formalizar. Se puede configurar como un mecanismo para precisar el grado de comprensión del prestatario del contrato, de manera que un resultado positivo debe permitir continuar el procedimiento de formación y perfección del contrato, impidiendo tal formalización un resultado negativo del mismo, que -reconozcámoslo- es harto improbable que se produzca.

No obstante, no debe perderse de vista que la adveración de haberse alcanzado el nivel de comprensión del contrato por parte del prestatario viene dada por la declaración del notario en este sentido, de modo que el test solo es un instrumento que permite apoyar documentalmente y de la manera más objetiva posible la declaración de este profesional, la cual, obviamente siempre es subjetiva.

Cuando el notario tiene la impresión, incluso certeza, de que el prestatario ha comprendido el contrato, el resultado positivo del test sirve para confirmar documentalmente y con datos objetivos esa consideración. Por ello, puede afirmarse que su declaración, apoyada en un resultado positivo del test, debería dificultar que prosperara una demanda que impugnara la validez del contrato o de alguna cláusula por falta de transparencia material, salvo que se consiga acreditar que efectivamente y, pese al test, no hubo transparencia material; prueba que será complicado obtener.

Hay que tener en cuenta que este escenario –el prestatario lo entiende todo- será el supuesto más habitual porque, después de haber sido informado por el prestamista, haber tenido un plazo para revisar la documentación durante el cual ha podido

preguntar a terceros, después de ser asesorado y haber podido plantear todas las dudas al notario, lo normal es que el prestatario haya entendido el contenido del contrato. Y, como puede entenderlo, el notario puede acreditar la comprensión del prestatario, para lo cual -como digo- no sería necesario ni siquiera el test, porque la autorización de la escritura pública implica que el fedatario público considera que el prestatario entiende el contrato.

Ahora bien, siendo cierto que lo que realmente supone la adveración de la concurrencia de transparencia material es la declaración del notario, no debe perderse de vista el panorama del elevado índice de litigiosidad que, bajo la regulación anterior a la LCCI, se generó en torno a la falta de transparencia de los contratos de préstamo hipotecario para adquisición de vivienda o de alguna de sus cláusulas. En esa tesitura, la respuesta de los tribunales a muchos de los conflictos sobre los préstamos hipotecarios se ha basado en la falta de transparencia de los contratos o de sus cláusulas, sin que la declaración notarial autorizando la escritura pública enervara la impugnación por falta de transparencia. Por eso es menester que la LCCI, en su objetivo de reducir la litigiosidad y dar mayor seguridad a la contratación en este ámbito, añada algo más a la mera declaración del notario que supone el otorgamiento de la escritura pública y, por ello, exige un apoyo documental y eso es lo que significa el test: la acreditación documental que apoya la declaración notarial afirmando que el prestatario ha comprendido el contrato.

Por ello, el cortafuego contra el enorme volumen de litigiosidad vendría representado por la declaración notarial afirmando la transparencia material mediante un acta previa apoyada en alguna acreditación documental que es el papel que viene a desempeñar el test resuelto correctamente.

Para finalizar este apartado, quiero insistir en que las apreciaciones doctrinales sobre la funcionalidad del test en relación a la transparencia material se efectúan, como he dicho al principio del epígrafe, desde la perspectiva que ofrece un escenario en el que la normalidad es el que el prestatario comprenda el contrato, el notario considere que lo entiende y el test arroje un resultado positivo. Desde ese punto de vista es normal que se minimice la relevancia del test y se le prive de la verdadera significación que le otorga la LCCI. Se reduce su alcance porque en la mayoría de los casos -sino siempre- va a arrojar un resultado positivo, porque, a todas luces, es innecesario; es más, es una molestia para el correcto desempeño de la función notarial – a muchos notarios les incomoda este trámite- y muchos prestatarios sienten que se les trata como inhábiles para comprender un contrato cuya perfección ellos mismos han activado.

## 5. EL ACTA DE TRANSPARENCIA PREVIA AL OTORGAMIENTO DE ESCRITURA PÚBLICA

La intervención notarial continúa, después de la realización del test, con la extensión de un acta que, dependiendo de si es positiva o negativa, permitirá, o no, el otorgamiento de la escritura pública del contrato que, en su caso, será autorizada por el mismo notario que ha realizado el acta<sup>48</sup>.

Este documento supone la finalización de las actuaciones notariales arbitradas por la ley en orden a la consecución del nivel de transparencia adecuado en el contrato y se denomina *acta de transparencia*. En ella, se da fe del cumplimiento o incumplimiento de los requisitos y presupuestos legales que se arbitran en pos de la transparencia formal y material del contrato.

### 5.1. Planteamiento

La literalidad del artículo 15.6 de la LCCI no es muy definitoria del alcance y significación que debe darse al acta en orden a si la misma permite acreditar, o no, que el contrato se ha concertado con el nivel de transparencia material necesario. El precepto implicado dice literalmente lo siguiente:

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.

Según este precepto, parece que el acta permite acreditar el asesoramiento prestado por el notario y la manifestación de que el prestatario comprende y acepta los documentos relativos al contrato. A renglón seguido, se añade la coletilla «a efectos de cumplir con el principio de transparencia en su vertiente material», lo que creo que avala la lectura que propongo del mismo y que explico a continuación. El Reglamento de la LCCI -Real Decreto 309/2019, de 26 de abril-, al referirse al acta en el artículo 12.1.f, no ofrece ninguna pista sobre la consideración que, a estos efectos, deba otorgársele.

<sup>48</sup> Que el mismo notario que autoriza el acta de transparencia es ante el que se firma la escritura pública se desprende del último inciso del artículo 12.1 del Reglamento de la LCCI aprobado por Real Decreto 309/2019, de 26 de abril. Y así lo interpreta el párrafo 23 de la circular de obligado cumplimiento 1/2019 de 24 de mayo.

La doctrina, en su mayor parte, ha interpretado este precepto, de manera casi unánime, negando que el acta pueda servir como acreditación de que el contrato se ha concertado con la transparencia material requerida por la ley<sup>49</sup>.

Tempranamente, desde que se promulgó la norma, consideré que el acta permitía acreditar la transparencia requerida en la ley, tanto la formal con respecto a la cual no se suscita problema<sup>50</sup>, como la material. Es más, sigo pensando que, si no se concibe así, su exigencia – que, recordemos, permite o no perfeccionar el contrato y otorgar la escritura pública- carece de sentido. Por otro lado, entiendo que esta lectura, que difiere de la que generalizadamente se realiza, es la más conveniente en términos de seguridad jurídica y estabilidad del mercado y creo que son dos razones que tienen mucho peso para, al menos, intentar una interpretación de la norma en tal sentido.

Las conversaciones que he mantenido sobre esta cuestión con otros compañeros me mostraban una postura -la que negaba al acta virtualidad acreditativa de la transparencia material- tan terminante al respecto que, confiaba en que, pasado un tiempo, mi inicial interpretación de la norma se recondujera al pensamiento dominante en base a los argumentos en que las apoyaban, los cuales probablemente serían

<sup>49</sup> SAÉNZ DE JUBERA HIGUERO, Beatriz, *Los contratos...*, cit., página 123; BUSTO LAGO, José Manuel, «Las funciones notariales...», cit., página 275 dice que *el Notario autorizante no emite un juicio de comprensión de los otorgantes del Acta notarial*; CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «La transparencia ...», cit., página 13/24: *esa acta no podrá constituirse en prueba del auténtico grado de comprensión interna del prestatario*. Este mismo autor en; «Transparencia “material ...», cit., en epígrafe «El valor del acta de comprobación», página 7/8: *...no certifica el cumplimiento de la transparencia material del prestamista...* ÁLVAREZ ROYO-VILANOVA, Segismundo, «Transparencia material...» página 162 y 163: *La autorización del acta tampoco constituye a mi juicio, una presunción de cumplimiento de la transparencia. ...Se trata de una prueba de la entrega de la documentación, lo que no es sinónimo de cumplimiento de la transparencia material*.

En un punto intermedio ubico a PERTIÑEZ VILCHEZ, Francisco, «Transparencia material y transparencia documental en los contratos de préstamo hipotecario», en *Los contratos de crédito inmobiliario*, edit. Aranzadi, 2018, página 434, aunque en su opinión debe negarse al acta la virtualidad de ser prueba acreditativa de la transparencia material, matiza sus palabras diciendo en la página 435 que: *Incluso me parece adecuado que acreditado este hecho en el acta notarial se presumiera satisfecho el deber de transparencia material... Otra cosa es que se atribuyese a la consabida acta notarial un valor probatorio de la comprensión de toda la documentación entregada que, ni tan siquiera, admita prueba en contrario*.

En contra de la opinión que generalizadamente se sostiene se pronuncia BÁRCENA SUÁREZ, Nicolás, «La actividad notarial...», cit., página 32. Por su parte, MATE SATUÉ, Loreto Carmen, en el trabajo «Transparencia material en la contratación de los préstamos hipotecarios», *Revista de Derecho Civil* Vol. 6 (enero-marzo, 2019), Nº. 1, aunque no se centra en analizar esta cuestión sino el documento que el prestatario firma declarando que el prestamista le ha facilitado la documentación a que está obligado por ley y que se lo ha explicado, afirma en la página 349: *el notario a través del acta previa a la autorización de la escritura notarial dará fe de la comprensión del contrato por parte del prestatario*.

<sup>50</sup> Los problemas no se suscitan con la transparencia formal, ya que se admite sin ambages que el acta puede dar fe de que la contratación se ha efectuado concurriendo los presupuestos que garantizan una completa transparencia formal y/o documental. Vid por todos SAÉNZ DE JUBERA HIGUERO, Beatriz, *Los contratos...*, cit., página 123.

definitivos y claros por la determinación con la que mis compañeros sostenían su opinión. Pero, curiosamente, ha ocurrido lo contrario: el paso del tiempo y el estudio interesado de la cuestión han ido fortaleciendo los argumentos en apoyo de mi interpretación inicial y no es por tozudez pues, confieso, que mi postura era absolutamente permeable a los fundamentos de la opinión contraria y estaba sinceramente abierta a dejarme convencer, al menos para evitarme el esfuerzo de tener que escribir este trabajo ordenando mis ideas y reflexiones para ofrecer mi perspectiva. Reconozco que el hecho de ver tan pocas voces disidentes de la opinión generalizadamente sostenida me ha arrastrado -en el sentido de llevar algo adelante o soportar algo *penosamente*- definitivamente a realizar este trabajo en el que, con la mayor humildad posible -pues soy consciente de que contrarío la doctrina que parece haberse asentado- espero tener el acierto de exponer los argumentos en que creo que puede apoyarse mi opinión de que el acta positiva autorizada por el notario acredita que el contrato ha sido celebrado con la debida transparencia formal y material. Esta postura, evidentemente, no significa que no sea posible demostrar que, en algún caso de acta positiva, el contrato no haya alcanzado el nivel de transparencia pertinente<sup>51</sup>, pero tal posibilidad creo que es remota y bastante improbable.

Por otro lado, resulta llamativo que los autores que han reflexionado sobre esta cuestión, pese a considerar que el acta no permite acreditar que concurre en el contrato la transparencia material necesaria y exigida por la ley, están convencidos y admiten que, efectivamente, esta regulación y, en particular, el acta cuando sea positiva, tendrá como efecto la reducción de los litigios que impugnen la validez del contrato o de alguna cláusula por falta de transparencia<sup>52</sup>. Es como si concibieran esta consecuencia de la reducción de los litigios en torno a la transparencia material como un efecto reflejo o colateral que se impondrá en la práctica de los tribunales a pesar de la literalidad de la norma. Desde mi perspectiva, la reducción de los litigios no se producirá a pesar de la norma, sino que se producirá gracias a ella, porque es factible interpretarla en el sentido de que el acta está llamada a ser la acreditación de que la transparencia material concurre. Y en tal sentido argumento a continuación usando

<sup>51</sup> En sentido similar PERTIÑEZ VILCHEZ, Francisco, «Transparencia material...», cit., página 435. También ÁLVAREZ ROYO-VILANOVA, Segismundo, «Transparencia material...cit.», página 165, viene a decir, en referencia al acta, que no impide juzgar la transparencia.

<sup>52</sup> SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, Beatriz, *Los contratos...*, cit., página 123: *hará difícil el éxito de demandas con base en la falta de transparencia de las cláusulas del contrato*. BUSTO LAGO, José Manuel, «Las funciones notariales...», cit., página 275: *el acta notarial del crédito hipotecario hará más difícil que prosperen las alegaciones fundadas en no haber conocido las consecuencias de las cláusulas insertas en el contrato*. CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «La transparencia en la Ley 5/2019... en el epígrafe ¿Cuál es el valor jurídico del acta? Página 14/24.



como hilo para el discurso los razonamientos en que la doctrina ha sostenido la opinión que niega al acta la virtualidad que yo sí le doy en términos de transparencia material.

## 5.2. *La literalidad de la norma*

La propia Exposición de Motivos de la LCCI -apartado IV-, cuando alude a esta cuestión deja claro que, entre los objetivos de la Ley, se pretende acreditar formalmente la concurrencia en el contrato de la necesaria transparencia formal y material. Los términos son claros en este sentido (el subrayado y la negrita son míos):

«Entre los aspectos más novedosos de la Ley se establece una regulación detallada de la fase precontractual. En este sentido, se ha optado por ir más allá de la estricta transposición de la Directiva 2014/17 *con el objetivo de garantizar que el prestatario tenga a su disposición la información necesaria para que pueda comprender en su integridad la carga económica y jurídica del préstamo que va a contratar* y que, por lo tanto, *se pueda considerar cumplido el principio de transparencia en su vertiente material.*

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.

De ese modo, *se constituirá prueba* en beneficio de ambas partes –prestamista y prestatario– de que el primero ha cumplido con su obligación de entregar en los plazos previstos dicha documentación y *el segundo podrá ejercer el derecho, que presupone también la existencia de un deber, a conocer las consecuencias de aquello a lo que se obliga.»*

Creo que es manifiesto que la ley tiene como objetivo la constitución de una prueba acreditativa de que se ha alcanzado la transparencia material. CÁMARA LAPUENTE ha entendido que estos párrafos de la Exposición de Motivos son un residuo de la larga tramitación de la ley que, en este punto, tuvo muchas vacilaciones, pero que realmente no es esa opción normativa la que el legislador quiso implementar. Sin embargo, todo parece indicar que, si hubo vacilaciones, el legislador las resolvió en el sentido de que el acta fuera determinante a la hora de acreditar la concurrencia de la transparencia

material<sup>53</sup>. Sobre todo, si tenemos en cuenta que la literalidad de la norma que regula esta cuestión permite hacer una lectura de la misma en coherencia con el objetivo fijado en la Exposición de Motivos como explico a continuación. Otra cosa es que el legislador tuviera dudas acerca de la viabilidad jurídica de esta solución o que, quizás – lo cual desconozco-, hubo presiones para no adoptarla -para ser admitida en la tramitación parlamentaria- y que, acaso, estas circunstancias puedan haber condicionado una redacción brumosa de la norma, es decir, no terminante al respecto o, al menos, no todo lo concluyente que podía haber sido en este sentido<sup>54</sup>. Sin embargo, pese a todo, creo que la literalidad de la norma es clara en el sentido de dar al acta la significación de acreditación del principio de transparencia material.

En efecto, lo dicho en la Exposición de Motivos es coherente con el epígrafe del artículo 15 – «Comprobación del cumplimiento del principio de transparencia material». Dicho epígrafe deja claro que se trata de que el notario *compruebe* que se ha cumplido el principio de transparencia. Según el diccionario de la RAE, «comprobar» significa confirmar la veracidad o exactitud de algo, de modo que el acta final en que recoge el resultado del desempeño profesional que efectúa, debe acabar confirmando la concurrencia de la transparencia pertinente o negándola.

Pero, si se avanza en el análisis de la literalidad de la norma, puede verse que, hasta el inciso del precepto directamente implicado en esta cuestión, puede interpretarse en coherencia con lo especificado en la Exposición de Motivos y en el epígrafe del artículo 15. Concretamente en el artículo 15.6 se contiene el siguiente inciso donde se dice que el acta hace prueba «de la manifestación de que el prestatario comprende y acepta».

Sin duda, en esas palabras entrecomilladas es donde principalmente se apoya la doctrina para considerar que el acta no permite acreditar la comprensión por parte del prestatario, pues se entiende que dicho inciso quiere decir que el notario recoge la

<sup>53</sup> Muestra de las diferentes perspectivas que se valoraron en la larga tramitación de la norma es el Dictamen del Consejo de Estado 709/2017, de 14 de septiembre, en cuya letra G, se afirma que «el Consejo de Estado considera que la solución acogida en el anteproyecto es la más acertada para asegurar, de un modo objetivo y suficiente, que el prestatario ha tenido un adecuado conocimiento y comprensión de las obligaciones que asume en virtud del contrato que va a suscribir, habiéndose establecido el carácter obligatorio de la intervención notarial». Lo que evidencia que, en algún momento de la tramitación se consideró oportuno que la intervención notarial sirviera para acreditar la transparencia, de modo que podría haberse adoptado perfectamente esta orientación en la norma definitivamente aprobada pues la interpretación literal lo permite. Este Dictamen puede consultarse en el siguiente enlace: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2017-709>

<sup>54</sup> Esto encajaría con el hecho de que finalmente no se haya recogido en la ley el artículo 12.5 del Anteproyecto que establecía que se presumía, salvo prueba en contrario, que el principio de transparencia material estaba cumplido si se levantaba el acta en sentido positivo. Vid. CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «Transparencia material...», cit., página 6/8.

manifestación *efectuada por el prestatario* de que comprende las implicaciones jurídicas y económicas del contrato<sup>55</sup>. Interpretación que, por ejemplo, es la que se efectúa en la Circular de obligado cumplimiento 1/2019 de 24 de mayo, en cuyo punto 21, que aborda específicamente la naturaleza del acta, dice – en contradicción con otros términos recogidos en la propia Circular<sup>56</sup>- que *no es un acta de notoriedad por la que el notario incorpore un juicio sobre la comprensión del interesado*; además, se dice que: *El notario, en todos estos casos, únicamente da fe de las declaraciones efectuadas por el prestatario y, en su caso, fiador o garante, no de su veracidad intrínseca o de su concordancia con la voluntad interna de los intervinientes.*

Dicho inciso del artículo 15.6 de la LCCI suele interpretarse, por tanto y de manera generalizada, en el sentido de que la *manifestación* a que alude se considera emitida por el propio prestatario y que el fedatario público se limita a recogerla en el acta.

No obstante, el inciso referido del artículo 15.6 LCCI no concreta qué sujeto debe realizar la meritada *manifestación*<sup>57</sup>. Y, como no precisa ese extremo, el inciso es susceptible de otra lectura más acorde a su literalidad y en consonancia – como digo- con el objetivo revelado en la Exposición de Motivos y con la dicción del epígrafe del artículo 15: puede entenderse que se está diciendo que es el notario el que hace la manifestación de que el prestatario comprende y acepta; es decir, es como si el precepto dijera: «de la manifestación -efectuada por el notario- de que el prestatario comprende y acepta».

Si esa manifestación sobre la comprensión del contrato a que se refiere la norma se entiende referida al fedatario público, sí cabría entender que el acta da fe de que este profesional considera que el prestatario ha comprendido, es decir, que, a su juicio, concurre el nivel de transparencia material requerido.

<sup>55</sup> Esta lectura del precepto la efectúa CARRASCO PERERA, Ángel, en *Comentario...*: página 342: *la norma deja claro que el acta no hace prueba de que el prestatario comprende el contenido de los documentos, sino de que este prestatario ha manifestado que comprende*. Por su parte el profesor PERTIÑEZ VILCHEZ, Francisco, que, escribe en relación al Proyecto de Ley de redacción similar a la ley, señala que la norma dice que hace prueba de la «manifestación del prestatario», pero la norma habla de «manifestación de que el prestatario comprende» y esa manifestación la puede hacer el propio prestatario o el notario. Cfr. PERTIÑEZ VILCHEZ, FRANCISCO «Transparencia...», página 434.

<sup>56</sup> Así en otra parte de la Circular se recogen los siguientes términos: *La «comprobación» de la transparencia material, a través del acta notarial de información precontractual, se convierte por imperativo legal en una función pública.*

<sup>57</sup> En este sentido, ÁLVAREZ ROYO-VILANOVA, Segismundo, «Transparencia material...», cit., página 162: *La redacción del artículo en relación con la manifestación de comprensión es defectuosa pues no queda claro si la hace el notario o el deudor.*

En las actas que he tenido ocasión de ver, se usan términos definitorios en este sentido aseverando, sin lugar a ninguna duda, que el prestatario ha entendido los términos del contrato. Así, se titula el acta con el siguiente epígrafe: «Acta de comprobación del cumplimiento del control material de transparencia»; además, se añaden manifestaciones como la siguiente: *hago constar mi juicio POSITIVO sobre el cumplimiento del principio de transparencia en su vertiente material, en los términos previstos en la Ley 5/2019 y en el Real Decreto 309/2019.*

Pero, además, si contrastamos la literalidad del artículo 15.6 LCCI en este punto con la referencia normativa que, en el artículo 14.1 LCCI, se hace a la declaración de voluntad del prestatario cuando acaba la fase de negociación con el prestamista afirmando que ha recibido toda la documentación y que se le ha explicado, veremos que, en este segundo caso, la ley de manera indubitada se refiere a que la declaración a la que se refiere es efectuada por el propio prestatario<sup>58</sup>. Dice este precepto: *manifestación firmada por el prestatario, en la que declare que ha recibido la documentación y que le ha sido explicado su contenido. ¿Por qué no se ha adoptado en el caso del acta notarial una redacción que claramente dijera que el notario sólo recogía la manifestación del prestatario afirmando que comprende el contrato? Mi respuesta es clara: porque no se trata de eso, sino que se está haciendo referencia a que sea el propio notario el que realice la manifestación de que, a su juicio o en su opinión, el prestatario entiende el contrato.*

Sería pobre quedarnos en argumentos meramente literales, así que vamos a progresar en el discurso despegándonos de la mera formulación de la norma y discutir otro tipo de razonamientos en que se apoya la opinión generalizadamente sostenida.

### 5.3. La acreditación notarial de la comprensión por parte del prestatario

El segundo argumento que se reitera en los estudios y reflexiones sobre esta cuestión se basa en la idea sugerida por PERTIÑEZ VILCHEZ, luego replicada por otros autores, de que no puede acreditarse que el prestatario ha comprendido<sup>59</sup>: el notario, se dice, no

<sup>58</sup> En este caso, no cabe entender que la declaración de voluntad acredite la transparencia material. En este sentido SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, Beatriz, *Los contratos...*, cit., página 118. En el mismo sentido, MATE SATUÉ, Loreto Carmen, «Transparencia material...», cit., página 352: *En principio parece que la configuración que hace la LCCI de la «manifestación» rebaja su virtualidad en cuanto mecanismo que acredita la transparencia material del préstamo, puesto que la misma deja de constituir una declaración de conocimiento y comprensión para configurarse como una declaración de cumplimiento de la obligación del prestamista de información sobre la documentación precontractual proporcionada.*

<sup>59</sup> PERTIÑEZ VILCHEZ, Francisco, «Transparencia material...», cit., página 434: *el valor probatorio del acta se extiende única y exclusivamente al “asesoramiento prestado” y a la “manifestación del prestatario” de comprender y aceptar el contenido de esos documentos.... pero el valor probatorio no debería extenderse*

puede aseverar, no puede dar fe de que ha tenido lugar ese proceso intelectual por parte del prestatario consistente en entender y comprender lo que se le ha explicado acerca del alcance jurídico y económico del contrato. Y se insiste en que este profesional sólo puede advenir que se han puesto a disposición del prestatario todos los medios necesarios y a los que obliga la ley para que entienda y comprenda. Esta reflexión refuerza la interpretación –que se hace mayoritariamente– del inciso del artículo 15.6 de la LCCI en el sentido de que la *manifestación* de que comprende y acepta es efectuada por el propio prestatario y no por el notario. Este argumento ha sido llevado hasta el punto de plantear la duda de si este profesional dispone de los conocimientos adecuados para hacer comprender al potencial prestatario el alcance de las consecuencias económicas del contrato de préstamo hipotecario<sup>60</sup>. Lo que revela, creo, un empeño denodado en aligerar a los notarios de la responsabilidad que la ley claramente les atribuye.

Sin embargo, al margen de si es posible comprobar y, por tanto, acreditar si alguien ha comprendido algo o no, cuestión sobre la que vuelvo más adelante, entiendo que si el notario, en cualquiera de sus actuaciones profesionales, no está convencido de que el o los comparecientes comprenden lo que están haciendo, no debe autorizar el negocio jurídico de que se trate; sólo podrá hacerlo si, a su juicio, el sujeto que los celebra y firma los comprende.

Se ha reiterado tantas veces, al hilo de esta cuestión, que no puede acreditarse un proceso intelectual como la comprensión del contrato por parte del prestatario que, al final, cuesta hasta solo sugerir que quizás sí es posible. Reconocemos a los notarios la posibilidad de acreditar, nada más y nada menos, que la capacidad del sujeto que comparece ante él y, sin embargo, parece que no puedan percatarse de si el compareciente entiende y comprende lo que se le dice. Del mismo modo que hay que dar credibilidad a la aseveración del notario afirmando la capacidad de los sujetos que

---

*al hecho interno de imposible verificación empírica, como es el de la comprensión.* En sentido similar, se pronuncia, SAÉNZ DE JUBERA HIGUERO, Beatriz, *Los contratos...*, cit., página 121 para la que nos encontramos ante un proceso subjetivo interno difícil de acreditar. También CAMARA LAPUENTE, Sergio, recurre a este argumento en «La transparencia en la Ley 5//2019...», cit, epígrafe ¿Cuál es el valor jurídico del acta?, página 13/24: *como hecho perteneciente a la esfera íntima y psicológica del declarante no podrá ser sometido a la fe pública notarial...*

<sup>60</sup> CÁMARA LAPUENTE, Sergio «Transparencia “material” y función notarial .... cit., página 6/8 alivia la relevancia de esta obligación de asesoramiento impuesta al notario, alegando que no es experto en asuntos económicos y financieros y que, en consecuencia, no podrá asesorar o resolver algunas dudas que pueda plantear el compareciente sobre algunos aspectos del contrato, diciendo en la página 6/8: *El notario es un funcionario imparcial con una altísima competencia jurídica, pero no tiene por qué tener especializados conocimientos financieros ni económicos; dado que el control de transparencia material impone comprensión de los riesgos económicos, el obligado a dar esas explicaciones (además de las jurídicas, claro) es el prestamista que es no solo la contraparte del consumidor, sino quien prepara el producto financiero en cuestión.*

comparecen ante él, hay que darla a su adveración de que el prestatario, a su juicio, comprende el alcance jurídico y económico del contrato que pretende firmar. Es más, si el fedatario público no está convencido de que el prestatario entiende el contrato, no debe realizar un acta en sentido positivo; probablemente, ni siquiera debería formular el test.

Pero es que, además, en este caso, para que la apreciación subjetiva del notario acerca de la comprensión del contrato por parte del prestatario se apoye en algún tipo de documentación objetiva, la norma obliga a que el prestatario conteste correctamente un test para que pueda otorgarse un acta en sentido positivo. Este cuestionario lo debe responder el prestatario en presencia del notario – lo que no es baladí- y, además, una vez cumplimentado, las respuestas dadas deben adjuntarse al acta, para refrendar en algún documento objetivo la manifestación que efectúa el notario acerca de la comprensión del contrato por el prestatario. Como he dicho en el epígrafe anterior, entiendo que la principal prueba de la comprensión del contrato por el prestatario es la declaración del fedatario público adverando que, efectivamente, el contrato se ha concertado cumpliendo el principio de transparencia material, de manera que el test sirve como apoyo documental y objetivo a dicha declaración efectuada, insisto, por este profesional.

No obstante, para los que entienden que el fedatario público no puede acreditar que el prestatario ha comprendido porque no puede dar fe pública de que el proceso intelectual de comprensión ha tenido lugar, cabría decir que puede entenderse la acreditación de la transparencia material desde una perspectiva objetiva y no subjetiva. Me explico: el notario puede dar fe de que han concurrido todos los presupuestos y han tenido lugar todas las actuaciones que permiten afirmar que el prestatario ha podido comprender el alcance del contrato que perfecciona. Es decir, podría considerarse que da fe en el acta de la concurrencia de todos los presupuestos que objetivamente pueden permitir comprender el negocio al prestatario. Y de la concurrencia de todos esos requisitos que facilitan la comprensión sí que se admitirá sin problemas que puede dar fe el notario y en eso podría consistir la acreditación de la transparencia material, si no se admite que puede acreditarse el hecho de la comprensión.

Para apoyar la idea de que el acta de transparencia acredita la transparencia material porque da fe, bien de la comprensión, bien de la concurrencia de los requisitos que objetivamente deben permitir comprender el contrato, podemos ir más lejos y hacer la siguiente reflexión: en el caso de que el prestatario impugnara la validez del contrato o de alguna de sus cláusulas por falta de transparencia, en realidad estaría alegando error, pero es que, concurriendo el acta, dicho error nunca sería excusable: la falta de

transparencia, llegado el caso, sería imputable al prestatario que, teniendo la posibilidad de resolver las dudas preguntando al prestamista y al notario, no aprovechó la oportunidad de hacerlo frustrando así la posibilidad de comprensión completa del contrato finalmente firmado.

#### 5.4. *La carga de la prueba de la concurrencia de transparencia material*

La profesora MATE SATUÉ, en un estudio centrado en los mecanismos que en la nueva LCCI sustituyen la expresión manuscrita de la Ley 1/2013, contrasta la diferente entidad de la manifestación de voluntad del prestatario ante el prestamista diciendo que ha recibido la documentación y las explicaciones pertinentes con la declaración contenida en el acta notarial, para afirmar que esta segunda permite acreditar la comprensión del contrato por el prestamista<sup>61</sup>. Es relevante que realice tal afirmación al contrastar una y otra manifestación por lo que explico seguidamente. En el proyecto de ley, al prestatario se le hacía declarar ante el prestamista que había entendido el contenido de la documentación, pero esa exigencia desaparece de la ley finalmente aprobada. Es decir, la declaración de comprensión del contrato por parte del prestatario no se exige que se produzca en la relación que se entabla entre las partes del contrato proyectado, desapareciendo del ámbito interpersonal prestamista-prestatario en que se ha desarrollado la fase de negociación. Y no se exige porque la constancia de la comprensión del contrato se atribuye por la ley definitivamente al notario, que no es parte del contrato -lo que es relevante como voy a explicar seguidamente-, sino un funcionario ajeno al acuerdo y encargado de dar fe pública. El acta notarial tiene otra entidad, una cualidad o calidad distinta a la de la manifestación que el prestatario pueda hacer ante el prestamista: el acta no recoge una declaración de voluntad del prestatario, sino que consiste en un documento elaborado por un notario que acredita que, a su juicio, el prestatario comprende el contrato; además, dicha declaración aparece respaldada o apoyada en el resultado de un test objetivo que el prestatario ha realizado en su presencia y que debe adjuntarse a dicho documento.

Por otro lado, si se contrasta la literalidad de la referencia normativa que se hace a esa manifestación efectuada por el prestatario ante el prestamista en el último párrafo del artículo 14.1 LCCI, se aprecia cómo se expresa la norma de manera que no deja lugar a dudas de que, inconfundiblemente, la manifestación en este caso debe efectuarla el

<sup>61</sup> MATE SATUÉ, Loreto, «Transparencia material... cit., viene a decir, en la página 353, que: *No obstante, la principal novedad es que el legislador ha reconfigurado la naturaleza de la exigencia de la «manifestación» ya no como una declaración de comprensión sino de reconocimiento del cumplimiento de las obligaciones formales de información precontractual del prestamista y, atribuye al notario la función de acreditar y valorar la comprensión sobre las cláusulas y la documentación proporcionada a la parte prestataria.*

propio prestatario. Y es significativo en el sentido que estoy apuntando que no se use esa misma formulación cuando la ley regula el acta notarial, siendo que en la fase de negociación es evidente que dicha manifestación sólo compete al prestatario y no al prestamista, con lo que no sería necesario que la norma fuera tan explícita al remarcar que la manifestación de comprensión debe efectuarla el prestatario en ese momento.

Esta circunstancia que he puesto de relieve es relevante porque guarda relación con el que, a mi modo de ver, es el argumento de mayor peso en apoyo de la tesis mayoritaria que niega al acta eficacia acreditativa de la transparencia material. No en vano es el primer argumento que expone CÁMARA LAPUENTE cuando analiza esta cuestión, trayendo a colación la STJUE de 18 de diciembre de 2014 (asunto C-449/13 CA Consumer Finance versus Ingrid Bakkaus, Charline Bonato, Florian Bonato -ECLI: EU:C:2014:2464-)<sup>62</sup> como apoyo en el sentido de que una prueba preconstituida que impidiese el examen judicial de la transparencia de las cláusulas predispuestas, presumiblemente, no superaría el principio de efectividad ni respecto a la Directiva 13/93 sobre cláusulas abusivas ni a la Directiva 2014/17-. El principio de efectividad supone que la normativa procesal de los países miembros no debe hacer ineficaces, inoperantes los derechos reconocidos por la normativa de la Unión Europea. De tal manera que la configuración de una prueba acreditativa de la transparencia material del contrato -en nuestro caso sería el acta notarial en sentido positivo- supondría una inversión de la carga de la prueba contra el consumidor porque, en caso de que este impugnara el contrato o alguna de sus cláusulas por falta de transparencia, tendría en el proceso una posición más penosa o desfavorable porque concurriría una prueba preconstituida en su contra y recaería, entonces, sobre el consumidor la carga de la prueba de que, contrariamente a lo que se desprendería del acta, no hubo transparencia material.

Sin embargo y, como digo, pese a ser este quizás el argumento más difícil de soslayar, quiero llamar la atención sobre algunos datos relevantes del caso que analiza la sentencia referida. Se trata de un litigio planteado en relación a unos contratos de préstamo al consumo en los que el prestamista pretende dar por acreditada la transparencia material aportando unos formularios en los que el propio prestatario ha firmado *ante el prestamista* una declaración del siguiente tenor: reconoce «haber recibido la ficha de información normalizada europea y me doy por enterada de ella». Se trata, por tanto, de una declaración de voluntad del prestatario ante el prestamista la cual se produce, por tanto, en el período precontractual que únicamente

<sup>62</sup> CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «La transparencia en la Ley 5/2019 de contratos de crédito inmobiliario. Primeros apuntes», en *Especial Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario*, Wolters Kluwers, marzo de 2019. Edición digital. Apartado ¿Cuál es el valor jurídico de esa acta? apartado a), página 14/24.



protagonizan las partes del contrato. Quizás para evitar este inconveniente desapareció de la LCCI la propuesta del proyecto de ley en el sentido de que el prestatario debía manifestar ante el prestamista, no sólo que se le había entregado la documentación y que se la había explicado, sino también que la había comprendido. Y quizás, por eso también, cuando se habla del acta la redacción de la ley evita decir que la manifestación de comprensión corresponde al prestatario.

A mi modo de ver, precisamente, la doctrina que se deriva de esta sentencia es un argumento más que impide considerar que la manifestación que se recoge en el acta sea del prestatario, porque, si así fuera, el propio prestatario estaría pre-constituyendo él mismo una prueba que le perjudicaría en un posible proceso posterior en que se ventilara la transparencia del contrato o de alguna de sus cláusulas.

Pero si se interpreta el acta como un documento donde se recoge la manifestación del notario de que, a su juicio, el prestatario comprende el contrato, no se trata de una prueba que haya constituido anticipadamente el propio prestatario contra sí mismo y que le pudiera perjudicar en un eventual proceso posterior. Entendiéndolo así, no se vulnera la doctrina que se extrae de la referida sentencia del TJUE. Y ello porque la declaración de haber entendido el contenido del contrato no la realiza el prestatario, sino un funcionario que no forma parte del contrato, un profesional cuya función es dar fe pública.

Por lo expuesto, la doctrina de dicha sentencia no puede referirse al contrato que nos ocupa si consideramos la interpretación que aquí se propone del artículo 15.6 LCCI. Y por ese motivo no supone un obstáculo para afirmar que el acta permite acreditar -aunque no de manera infalible- la concurrencia de la debida transparencia material.

Es decir, si la interpretación del artículo 15.6 se hace en el sentido de que la manifestación que recoge el acta notarial es del propio prestatario, efectivamente el acta no puede ser acreditativa de la transparencia material por la doctrina contenida en la sentencia del TJUE referida.

Pero si se interpreta en el sentido de que la manifestación que se recoge en el acta es la del notario afirmando que, a su juicio, concurre la suficiente transparencia material, dicha doctrina no impide que el acta cumpla -como es evidente que pretende la ley- esa función acreditativa. Lo que supone un argumento favorable a la interpretación de la norma aquí propuesta.

Si la manifestación de que se comprende el contrato correspondiera al prestatario, como entiende la doctrina mayoritaria, la doctrina que se deriva de la sentencia sería

referible al objeto de nuestra investigación y debería afirmarse que, efectivamente, no puede constituir una prueba de la concurrencia de transparencia material. Pero no puede establecerse esta conexión si se entiende que la declaración de voluntad afirmando que el prestatario comprende el contrato la efectúa el notario. No puede decirse que el acta positiva suponga una inversión de la carga de la prueba en contra de una de las dos partes del contrato que serían, a su vez, las partes del procedimiento. Se trata de una prueba cuya constitución es ajena a las partes del contrato: se ha constituido por un funcionario que no es parte del contrato y que constata que el prestatario lo ha entendido.

Hay que tener en cuenta que el *iter* de perfección del contrato se establece para proteger al prestatario y la constatación de la transparencia material lo ampara precisamente a él, porque si el notario considerara que el prestatario no ha entendido el contrato, no debería emitir un acta en sentido positivo; es más, no debería ni siquiera formular el test para conjurar el riesgo de que el resultado fuera positivo.

Me parece un error considerar que, establecida una medida para amparar los intereses del consumidor, la fisura que se sella, que no es otra que la incertidumbre acerca de si concurrió transparencia material, se pretenda que continúe abierta porque, de este modo, el consumidor puede seguir prevaliéndose de un beneficio procesal en caso de que litigue precisamente por esa falta de transparencia. Es como si -incomprensiblemente- se quisiera dejar abierta una espita para que se siguieran planteando pleitos en torno a la transparencia de algunas cláusulas del contrato. Hay quien ha visto en ello una intención de favorecer los intereses profesionales de los despachos de abogados que se han beneficiado económicamente en esta escalada de pleitos a la que hemos venido asistiendo desde 2008 y de la que aún quedan episodios por resolver<sup>63</sup>.

En otras palabras, el problema de este sector del tráfico que ha generado un volumen de litigiosidad enorme era fundamentalmente la falta de transparencia material y, cuando el legislador establece medidas para solventar ese problema, las cuales pasan por atribuir al fedatario público la constatación de que concurre tal transparencia, resulta que esta medida no puede ser efectiva porque, a la larga, al consumidor le

<sup>63</sup> Reflexiona en el mismo sentido ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, Segismundo, «La transparencia material...cit., página 127: *Si la nueva ley consigue -con la participación de los notarios en particular- que los prestamistas proporcionen información suficiente y tempestiva a los prestatarios para que puedan decidir sobre la contratación es normal que las reclamaciones sobre estas cuestiones se reduzcan.* Sigue diciendo que: *Las críticas al refuerzo de la transparencia con la intervención notarial parecen más bien motivadas por el indudable daño que una mayor seguridad jurídica supondrá para la nueva industria de reclamaciones en masa que ha crecido en España al calor de la jurisprudencia relativa a la cláusula suelo.*

beneficia más poder plantear un litigio por falta de transparencia con la ventaja procesal de que recaerá sobre su contraparte la carga de la prueba de que ha comprendido el contrato.

Y, en este punto, creo que hay que tener en cuenta que la protección del consumidor no debe hacerse a costa de cualquier otro interés. En este caso está implicada la seguridad y estabilidad del mercado hipotecario que, en última instancia, afecta también a la propiedad inmobiliaria y al sector bancario. Es conveniente establecer un justo equilibrio entre los intereses en juego y valorar hasta dónde debe llevarse en cada caso la protección de los consumidores. Esta última reflexión nos conduce al análisis del siguiente argumento.

#### *5.5. Funcionalidad y utilidad del acta notarial acreditativa de la transparencia material*

Por si todo lo expuesto no fuera suficiente, cabe argüir el que para mí es el principal apoyo de la perspectiva que aquí estoy proponiendo: la funcionalidad o utilidad de un acta que advere la transparencia no sólo formal sino material del contrato. El acta, así entendida, garantiza un elevado nivel de seguridad en la contratación y, en consecuencia, reduce la posibilidad de un litigio en el que se impugne la validez del contrato o de alguna de sus cláusulas por falta de transparencia. Evidentemente, la LCCI tiene entre sus objetivos mitigar la litigiosidad en el sector, para ello, diseña un protocolo minucioso, prolijo y riguroso de formalización del contrato centrado en garantizar el nivel más alto de transparencia en la fase previa a la formalización y perfección del acuerdo. Este procedimiento, por sí sólo, permite afirmar que no se han escatimado esfuerzos para poner a disposición del prestatario todos los medios posibles que le permitan entender y ser consciente de las implicaciones jurídicas y económicas del contrato que pretende firmar, de modo que, por otro lado, lo normal será que llegue a entenderlo. Quedaría frustrado todo ese mecanismo normativo si, finalmente, al acta notarial no se le diera el valor de prueba acreditativa de la concurrencia de la debida transparencia no sólo formal sino material<sup>64</sup>.

Ni que decir tiene que el acta, pese a poder ser considerada prueba acreditativa del nivel de transparencia exigido por la ley, nunca sería una prueba infalible, indubitada e indiscutible de que el prestatario ha comprendido el contrato -creo que sí de que ha

<sup>64</sup> En este sentido, ÁLVAREZ ROYO-VILANOVA, Segismundo, «Transparencia...», cit., página 164 y 165 viene a decir que el hecho de que el acta no sirva para acreditar la transparencia material no la hace inútil porque entiende que el hecho de que tenga que realizarse favorece la consecución del nivel de transparencia adecuado, debido a que adelanta el asesoramiento notarial a un momento anterior al otorgamiento de escritura pública y determina que todos los sujetos implicados deben ser más diligentes.

concurrido transparencia formal-, pudiéndose impugnar la validez del contrato o de alguna de sus cláusulas por falta de transparencia aportando pruebas en contra<sup>65</sup>; aunque habrá que reconocer que dicha posibilidad es remota.

## 6. REFLEXIONES FINALES

A partir de la crisis del 2008 se plantean muchos litigios en torno a los contratos de préstamo hipotecario para adquisición de vivienda. Los tribunales consideraron que había que solucionar dichos conflictos de manera que quedaran amparados los intereses de los consumidores, para lo cual en muchos casos se decretó que dichos contratos adolecían de falta de transparencia. Este tipo de soluciones judiciales abrieron la posibilidad de impugnar la validez de algunas cláusulas de dichos contratos incluso en fase de ejecución de la garantía hipotecaria. Tal solución hubiera sido impensable antes de la sentencia del caso Aziz. Y hubiera sido improbable que la pretensión de invalidez de alguna cláusula por falta de transparencia prosperara, entre otras razones, por la fortaleza –permítaseme la expresión- o incluso, podríamos hablar de la potencia jurídica que a un contrato otorga el hecho de estar contenido en una escritura pública autorizada notarialmente.

Así las cosas, se asumió que la falta de transparencia era la patología que afectaba generalizadamente a estos contratos en perjuicio de los consumidores y que su constancia en escritura pública no estorbaba dicha consideración; a dicha valoración coadyuvaron algunas prácticas notariales que parecían atender más a los intereses de las entidades prestamistas que a los de los prestatarios consumidores.

En la LCCI, el legislador asumió el reto de restablecer el orden en el maremágnum judicial generado en torno a los contratos de préstamo hipotecario para adquisición de vivienda, lo que se tradujo en la necesidad de diseñar una serie de instrumentos jurídicos que garantizaran un correcto funcionamiento del mercado inmobiliario y de su

<sup>65</sup> En sentido similar, matizando su afirmación inicial que considera que el acta no puede acreditar que el prestatario ha comprendido, PERTIÑEZ VILCHEZ, FRANCISCO, «Transparencia material...», cit., cuando dice, en la página 435: *Incluso me parece adecuado que acreditado este hecho objetivo en el acta notarial se presumiera satisfecho el deber de transparencia material de las cláusulas.... Otra cosa es que se atribuyese a la consabida acta notarial un valor probatorio de la comprensión del contenido de toda la documentación entregada que, ni tan siquiera, admita prueba en contrario.*

También CÁMARA LAPUENTE «La transparencia en la Ley 5/2019 especial ley reguladora wolters kluwers, epígrafe ¿Cuál es el valor jurídico del acta? Página 14/24 reivindica la posibilidad de que toda la actividad desplegada *no debería imposibilitar que un tribunal declarase incumplido el principio de transparencia material, si a la luz de las pruebas que se practiquen el juez considera que un consumidor en las circunstancias probadas no hubiera llegado a esa comprensión real.*

financiación<sup>66</sup>, al mismo tiempo que protegieran adecuadamente los intereses de los prestatarios consumidores. Y como la falta de transparencia era el principal problema, la ley arbitra una serie de mecanismos encaminados a garantizar que el contrato se celebre con un elevado nivel de transparencia formal y material. Pero, en la búsqueda de esa ansiada transparencia, el legislador, no sé si consciente o inconscientemente, lo que está intentando, entre líneas, es que la escritura pública recupere la virtualidad que nunca debió perder.

Y en esa búsqueda de la transparencia que, colateralmente supone apuntalar la potencia que da al contrato el hecho de que esté contenido en una escritura pública, la LCCI va a delimitar muy precisamente la labor del notario intentando evitar prácticas que en ocasiones habían convertido el otorgamiento de escritura pública conteniendo dicho contrato en un trámite casi burocrático al que el consumidor asistía sin saber muy bien cuál era su papel, sin saber siquiera si podía negarse a firmar, sin saber siquiera si podía plantear dudas sobre aspectos que no entendiera. El principal instrumento arbitrado por la ley para reforzar el valor de la escritura pública es el acta de transparencia avalada por un test de comprensibilidad efectuado al prestatario.

El legislador vislumbra claramente dónde tiene que poner el acento para conseguir sellar las brechas de seguridad del sistema que iban en detrimento de los intereses de los consumidores y en perjuicio de la estabilidad del mercado inmobiliario. Se aprecia claramente en la LCCI un empeño decidido por restablecer la virtualidad de la escritura pública como continente del contrato de préstamo hipotecario. El proceso de formación del contrato hasta llegar a la escritura pública se diseña de tal modo que, una vez culminado, sea complicado entender que hay falta de transparencia que permita impugnar la validez del contrato o de alguna de sus cláusulas.

La obsesión -justificada- del legislador por la idea de transparencia y la necesidad de garantizar su consecución en el más alto grado posible con el objetivo de proteger a los consumidores de préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda ha desembocado en la regulación de un procedimiento de formación y perfección del contrato tan minucioso que podríamos llegar a calificarlo de *compacto*, esto es, sin fisuras – al menos, aparentes- que permitan que se concierte un solo contrato de este tipo en el que no se alcance la transparencia precisa para su eficacia y viabilidad.

<sup>66</sup> Para ÁLVAREZ ROYO-VILANOVA, Segismundo, «La transparencia material...», cit., página 125, entiende que la regulación de la transparencia en la LCCI no sólo persigue proteger al prestatario, sino que también pretende devolver la seguridad al crédito hipotecario.

Para ello, tras protocolizar minuciosamente todo el período previo a la perfección del contrato y el de negociación con la entidad prestamista, se delimita toda la intervención notarial, desde la libre elección de notario por el consumidor, la canalización telemática de la documentación entregada por el prestamista, la importante separación del momento de la información y el de firma de la escritura pública, la necesidad de emitir un acta notarial positiva de transparencia -previo test formulado al prestatario ante el notario- con antelación al otorgamiento de la escritura pública del contrato.

Si se cumplen rigurosamente todos los requisitos que exige la ley y se da a cada uno de ellos su verdadera significación, será muy complicado que se perfeccione un contrato de este tipo que adolezca de falta de transparencia. Y así lo deben pensar también los autores que, como he explicado, entienden mayoritariamente que, a partir de la LCCI, será complicado que se establezca la ineficacia de un contrato o de alguna de sus cláusulas por falta de transparencia. Tal consecuencia considero que será gracias a la LCCI y no a pesar de ella.

Entiendo que, si no se da al test y al acta la significación de ser, el primero, la comprobación de que el prestatario ha comprendido, y, la segunda, la acreditación de que el notario advierte que el prestatario ha comprendido el contrato, todo el esfuerzo normativo desarrollado en esta dirección por la ley se frustra.

Sé que hablar en estos términos tan rotundos es muy arriesgado y que hay que dejar lugar a los matices y a las excepciones, pero verdaderamente creo que es muy difícil que no se alcance la transparencia necesaria para la validez de lo pactado siempre y cuando se cumplan rigurosamente todas las normas y se otorgue a cada una de las fases del proceso de perfección del contrato el alcance y significación que debe dársele. Serán casos aislados aquellos en que se concierte un contrato de este tipo sin haber alcanzado el nivel de transparencia requerido en la ley.

Obvio es que el acta notarial y la escritura pública no suponen una presunción *iuris et de iure* de transparencia del contrato; no estamos ante la acreditación infalible e irrefutable de dicha transparencia porque podrá demostrarse, pese al acta y pese a la escritura, que el contrato adoleció de falta de transparencia, pero reconozcamos que la prueba de tal extremo será harto complicada y difícil.

No quiero acabar sin afirmar que creo que la interpretación que se sostiene en este estudio es necesaria para la estabilidad del mercado inmobiliario y el hipotecario y, siendo que el tenor de la ley permite acoger dicha interpretación, asumo la responsabilidad de proponerla.

El maremágnum judicial en materia de vivienda se ha canalizado a través del Derecho del Consumo, y no puede sino valorarse positivamente el esfuerzo hecho en favor de la protección de los consumidores, pero dicha protección no debe llevarse hasta el punto de poner contra las cuerdas a sectores tan importantes para la economía de un país como el sistema bancario y financiero. A través de la interpretación que propongo de la LCCI, la escritura pública de préstamo hipotecario recupera la virtualidad que tenía, al mismo tiempo que se protegen adecuadamente los intereses de los consumidores. La ley ha detectado las fisuras del sistema anterior a la LCCI y las ha intentado reparar. No me parece oportuno que, cuando la ley ha puesto remedio para ello, se entienda que siguen abiertas brechas de seguridad con el único fin de permitir que los consumidores puedan seguir litigando en los mismos términos en que se ha venido haciendo desde 2008. Si pensamos que el acta notarial no acredita la transparencia o, al menos, no es un indicio bastante fiable y sólido de la misma, no se habrá avanzado nada ni en la protección de los consumidores ni en la conveniente estabilidad del mercado inmobiliario.

Tampoco hay que rehuir la dimensión importante que la ley, en la interpretación que sostengo, da al acta con el objetivo de aligerar la posible responsabilidad de los profesionales que la emiten en el caso de que llegue a decidirse en un procedimiento judicial que el contrato no alcanzó el nivel de transparencia necesario y exigido por la ley. En tal caso, las consecuencias entiendo que se deberían proyectar sobre la relación contractual y afectarán a las partes del contrato y, más difícilmente, a los profesionales que hayan colaborado a su formación y perfección. No sería propio, por otro lado, de los estamentos notariales rehuir la responsabilidad que corresponde a la función pública que desarrollan y les atribuye la ley.

#### BIBLIOGRAFÍA

ALONSO PÉREZ, María Teresa:

- «Cláusulas frecuentes en préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda: cláusula suelo, cláusula de vencimiento anticipado y cláusula de intereses moratorios excesivamente elevados (en particular, su posible carácter abusivo)», en *Vivienda y crisis económica (Estudio jurídico de las medidas propuestas para solucionar los problemas de vivienda provocados por la crisis económica)*, 2014, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), páginas 149-214.

- «El Registro de condiciones generales de la contratación y los contratos de crédito inmobiliario (El artículo 7 de la Ley de contratos de crédito inmobiliario)», en la

obra colectiva *Mecanismos jurídicos para la contratación responsable de préstamos por consumidores*, Aranzadi, Cizur Mayor 2022, páginas 97 a 124

ÁLVAREZ ROYO-VILANOVA, Segismundo, «La transparencia material y la Ley de contratos de crédito inmobiliario. La actuación notarial», en *Revista Jurídica del Notariado* (enero-junio-2021), núm. 112, páginas 123 a 168.

ARIZA SABARIEGO, Alicia, «El control de transparencia en la ley de contratos de crédito inmobiliario», *Diario La Ley* (13 de febrero de 2020), núm. 9573.

BALLUGERA GÓMEZ, Carlos, «Control de transparencia registral de la hipoteca. Registro de Condiciones Generales de la Contratación y Registro de la Propiedad», en *Especial Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario*, Wolters Kluwers, marzo de 2019. Edición digital.

BÁRCENA SUÁREZ, Nicolás, «La actividad notarial en los contratos de crédito inmobiliario: funciones y responsabilidad», en *Revista de Derecho Privado* (enero-febrero, 2021), núm. 1, páginas 25 a 42.

BARRAL VIÑALS, Inmaculada, *Los contratos de crédito inmobiliario: control de transparencia vs. control de abusividad*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

BARRIO DEL OLMO, Concepción Pilar, «Consulta al Registro de Condiciones generales de la contratación: nueva obligación ¿en beneficio de los prestatarios?», en *El Notario del siglo XXI* (2019), núm. 86, páginas 34 a 41.

BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena, *El crédito hipotecario tras la ley 5/2019 de 15 de marzo*, editorial Reus, Madrid, 2021.

BORMANN, Jens/STELMASZCZYK, Peter, «¿Publicar las condiciones generales de contratación en un registro estatal significa proteger al consumidor? Un vistazo a Alemania», en *El Notario del siglo XXI*, Revista 86. Accesible en : <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-86/opinion/opinion/9521-publicar-las-condiciones-generales-de-contratacion-en-un-registro-estatal-significa-proteger-al-consumidor-un-vistazo-a-alemania>

BUSTO LAGO, José Manuel, «Las funciones notariales y registrales y el control de transparencia del préstamo hipotecario», en *Mecanismos de protección del consumidor de productos y servicios financieros*, Natalia Álvarez Lata y Fernando Peña López (Dirs), Aranzadi, Cizur Menor, 2021, páginas 263 a 331.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio:

- «La transparencia en la Ley 5/2019 de contratos de crédito inmobiliario. Primeros apuntes», en *Especial Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario*, Wolters Kluwers, marzo de 2019. Edición digital.

- «Transparencia “material” y función notarial en la Ley 5/2019 ¿Control, carga o trampa?», en *El Notario del siglo XXI* (marzo-abril 2019), núm 84. Accesible en <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-84/opinion/opinion/9290-transparencia-material-y-funcion-notarial-en-la-ley-5-2019-control-carga-o-trampa>



CARRASCO PERERA, Ángel:

- «Funciones notariales en la comprobación de la transparencia y en la titulación del contrato», en *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*, Aranzadi, 2019, páginas 315 a 364.

- «Régimen de condiciones generales de contratación en el contrato de crédito inmobiliario», en *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*, Aranzadi, 2019, páginas 677 a 687.

- «Transparencia y control de abusividad en la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 2020, Tomo 60, páginas 288 a 317.

CUADRADO SOLER, Joan, *El Registro de Condiciones Generales de la contratación ante el control de transparencia material*, edit. Dykinson, Madrid, 2021.

DEL REY BARBA, Sebastián, «El Registro de Condiciones Generales de la Contratación tras la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario», en volumen colectivo *Estudios sobre la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario*, edit. Reus, Madrid 2020, páginas 187 a 200.

DÍEZ GARCÍA, Helena, «Control notarial de cláusulas no transparentes y abusivas en los contratos de crédito o préstamo hipotecario», en *Vivienda e hipoteca, Tecnos 2018*, páginas 335 a 448.

FERRER RIBA, Josep, «Comentario al artículo 6», en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Menéndez Menéndez y Díez-Picazo (Dirs.), Civitas, 2002 páginas 361 a 383.

HERNÁNDEZ SAINZ, Esther:

- «El plazo de reflexión en la contratación de préstamos hipotecarios: instrumentos para su garantía», en *InDret* (2017), N.º 4.

- «El nuevo régimen de protección precontractual en la contratación bancaria de préstamos hipotecarios» en *Vivienda y crisis económica (Estudio jurídico de las medidas propuestas para solucionar los problemas de vivienda provocados por la crisis económica)*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, páginas 59-121.

- «Instrumentos para la garantía de un periodo de reflexión y comparación: oferta vinculante y derecho de desistimiento», en *Mecanismos jurídicos para la contratación responsable de préstamos por consumidores*, María Teresa Alonso Pérez, Esther Hernández Sáinz, Loreto Carmen Mate Satué (Coords.) 2022, págs. 285-336.

MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, «El control de transparencia material», en *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*, Aranzadi, 2019, páginas 257 a 313.

MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual, *El control de transparencia de condiciones generales en los contratos de préstamo hipotecario*, Aranzadi, 2020.

MATE SATUÉ, Loreto:

- «La expresión manuscrita en relación a las cláusulas suelo de los préstamos hipotecarios», en *Los contratos de crédito inmobiliario*, Aranzadi, 2018, páginas 461 a 473.

- «Transparencia material en la contratación de los préstamos hipotecarios», *Revista de Derecho Civil* Vol. 6 (enero-marzo, 2019), N.º 1 págs. 335-360.

PÉREZ HERESA, Juan, «El tortuoso camino de aprobación de la Ley 5/2019. Los cambios introducidos durante la tramitación y su encaje en el texto final», *El Notario del siglo XXI* (marzo-abril, 2019) núm 83. Accesible en: <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-83/opinion/opinion/9160-una-breve-reflexion-sobre-el-sistema-de-seguridad-juridica-preventiva-a-la-luz-de-la-sts-de-20-de-noviembre-de-2018>

PERTIÑEZ VILCHEZ, Francisco, «Transparencia material y transparencia documental en los contratos de préstamo hipotecario», en *Los contratos de crédito inmobiliario*, edit. Aranzadi, 2018, páginas 403 a 437.

SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, Beatriz:

- *Los contratos de crédito inmobiliario tras la Ley 5/2019, de 15 de marzo*, Tirant lo Blanch, 2019.

- «Control de transparencia material y actuación notarial conforme a la jurisprudencia y a la Ley 5\2019, de contratos de crédito inmobiliario», en *Revista de Derecho Civil*, Vol. 6 (abril-junio, 2019), N.º 2, págs. 235-265.

FECHA DE RECEPCIÓN: 06.07.2022

FECHA DE ACEPTACIÓN: 28.11.2022