



PROBLEMÁTICA REGISTRAL DE LOS PRÉSTAMOS SOBRE CRÉDITO INMOBILIARIO TRAS LA L. 5/2019

MARÍA TENZA LLORENTE

REGISTRADORA DE LA PROPIEDAD DE BARCELONA

WORKING PAPER 2/2023



WORKING PAPERS
JEAN MONNET CHAIR

EUROPEAN
PRIVATE LAW



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Abstract: L. 5/2019, of 15 March, relating to credit agreements on residential immovable property has proved to be problematic from the point of view of the Land Registry during the nearly three years since it came into force. These problems are due to the limited means of register qualification, especially with regard to the preliminary act, or the unsuitable design of the Register of Contractual General Terms and Conditions. More specifically, the existence of mortgage loans that include life insurance, the mandatory nature of Art. 24, regarding early maturity, and Art. 25, regarding interest for late payment, or the scant regulation of novations, are clear examples of the need to articulate an adequate legal response. It is also worth clarifying the exclusion relating to bank employees, as well as clarifying mixed cases, while also implementing specific protection measures for the household residence, reverse mortgages, vulnerable consumers and SMEs. Moreover, there is clearly a loss of legal certainty resulting from the declaration of nullity of foreclosures as a consequence of the abusive nature of early maturity clauses.

Title: Land Registry issues regarding credit agreements on residential immovable property after L. 5/2019

Keywords: mortgage, transparency act, land registry, registry qualification, interest rate, early maturity, borrower, residential property, vulnerable consumer, foreclosure

Resumen: La aplicación de la L. 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario a lo largo de estos casi tres años de vigencia se ha revelado problemática desde el punto de vista del Registro de la Propiedad. En ello inciden la limitación en los medios de calificación registral, especialmente en cuanto al acta previa, o la inadecuada configuración del Registro de Condiciones Generales de la Contratación. Más concretamente, la existencia de préstamos hipotecarios que engloban el seguro de vida, la imperatividad del art. 24, a propósito del vencimiento anticipado, y el art. 25, en cuanto a los intereses de demora, o la parca regulación en materia de novaciones, son claros ejemplos de la necesidad de articular una respuesta legal adecuada. Asimismo, se aprecia la conveniencia de matizar la exclusión relativa a los empleados de banca, clarificar los casos mixtos, e implementar medidas de tutela específica para la vivienda familiar, las hipotecas inversas, el consumidor vulnerable o las pymes. Por último, es clara la merma de seguridad jurídica derivada de la declaración de nulidad de las ejecuciones hipotecarias como consecuencia de la abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado.

Título: Problemática registral de los préstamos hipotecarios tras la L. 5/2019

Palabras clave: hipoteca, acta de transparencia, Registro de la Propiedad, calificación registral, intereses, vencimiento anticipado, prestatario, vivienda familiar, consumidor vulnerable, ejecución hipotecaria

Resum: L'aplicació de la L. 5/2019, del 15 de març, reguladora dels contractes de crèdit immobiliari al llarg d'aquests gairebé tres anys de vigència s'ha revelat problemàtica des del punt de vista del Registre de la Propietat. Hi incideixen la limitació en els mitjans de qualificació registral, especialment quant a l'acta prèvia, o la inadeguada configuració del Registre de Condicions Generals de la Contractació. Més concretament, l'existència de préstecs hipotecaris que inclouen l'assegurança de vida, la imperativitat de l'art. 24, a propòsit del venciment anticipat, i l'art. 25, quant als interessos de demora, o la parca regulació en matèria de novacions, són exemples clars de la necessitat d'articular una resposta legal

adequada. Així mateix, s'aprecia la conveniència de matisar l'exclusió relativa als empleats de banca, aclarir els casos mixtos i implementar mesures de tutela específica per a l'habitatge familiar, les hipoteques inverses, el consumidor vulnerable o les pimes. Finalment, és clara la minva de seguretat jurídica derivada de la declaració de nul·litat de les execucions hipotecàries com a conseqüència de l'abusivitat de les clàusules de venciment anticipat

Títol: Problemàtica registral dels préstecs immobiliaris després de la L. 5/2019.

Paraules clau: hipoteca, acta de transparència, Registre de la Propietat, qualificació registral, interesosos, venciment anticipat, prestatari, habitatge familiar, consumidor vulnerable, execució hipotecària

Contenido

1. ANTECEDENTES 4

2. LA INTERVENCIÓN REGISTRAL Y EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA MATERIAL 5

 2.1. EL ACTA PREVIA..... 5

 2.2. EL REGISTRO DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN 8

 2.3. PACTOS CONCRETOS EN LOS QUE SE APRECIA LA FALTA DE TRANSPARENCIA 9

3. LA NECESIDAD DE REGULACIÓN EXPRESA DE ALGUNOS SUPUESTOS: LOS EMPLEADOS DE BANCA; LA VIVIENDA FAMILIAR; LAS HIPOTECAS INVERSAS, EL CONSUMIDOR VULNERABLE, LOS CASOS MIXTOS Y LAS PYMES 12

 3.1. LA EXCLUSIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 2.4 LETRA A) Y SU ALCANCE EN CUANTO AL CUMPLIMIENTO DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA 12

 3.2. LA VIVIENDA FAMILIAR..... 13

 3.3. LA HIPOTECA INVERSA 14

 3.4. EL CONSUMIDOR VULNERABLE 15

 3.5. LOS CASOS MIXTOS 16

 3.6. LAS PYMES 17

4. LA NULIDAD DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA POR LA EXISTENCIA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS 18

5. Conclusiones 20

1. ANTECEDENTES

El sistema registral español cuenta como uno de sus pilares fundamentales con el principio de legalidad, que tiene dos manifestaciones: el principio de titulación auténtica y el principio de calificación registral. En este sentido, el artículo 18 de la Ley Hipotecaria (en adelante, LH) dispone que “los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro”. A estos efectos interesa la segunda de las vertientes señaladas. En este sentido, el Registro en nuestro sistema no es de mera transcripción, como el francés, sino de inscripción de aquellos negocios jurídicos con trascendencia real que superan la calificación del registrador.

Ahora bien, el precepto transcrito impone unos rígidos límites en cuanto a los medios de calificación registral, ya que sólo se pueden tener en cuenta, *prima facie*, dos elementos: el documento presentado y los asientos del Registro, al enmarcarse la

institución registral dentro del ámbito de la seguridad jurídica preventiva. No obstante, existe una progresiva tendencia a consultar otras fuentes accesibles al registradores, como señala la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (en adelante, DGSJFP). Así, el Centro Directivo en la Resolución de 23.7.2021¹ interpreta que el principio de rogación no exime al registrador de la facultad, y también del deber, de aportar la que se encuentre en su poder por resultar de los asientos del Registro y de proveerse de la que esté a su alcance, esto es, de aquella que el propio interesado le debería entregar, pero a la que él puede acceder con facilidad. Esta consulta puede consistir en el empleo de datos obrantes en el propio Registro, en el de otros Registros de la Propiedad (como, por ejemplo, para calificar la habitualidad en la concesión de préstamos al amparo de la Ley 2/2009, de 31 de marzo), en el Registro de Resoluciones Concursales, en el Registro Mercantil o en el Registro Civil, entre otros².

Otro precepto trascendental en esta materia, por la incidencia en la protección al consumidor, es el artículo 258.2 de la LH, más amplio que el artículo 84 del TRLGDCU, que establece que “El registrador de la propiedad denegará la inscripción de aquellas cláusulas de los contratos que sean contrarias a normas imperativas o prohibitivas o hubieran sido declaradas nulas por abusivas por sentencia del Tribunal Supremo con valor de jurisprudencia o por sentencia firme inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación”.

La legislación actual no permite, como se verá, que el registrador entre a valorar el cumplimiento del principio de transparencia material más allá de un aspecto formal, con las consecuencias negativas que ello conlleva para el tráfico jurídico.

2. LA INTERVENCIÓN REGISTRAL Y EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA MATERIAL

2.1. EL ACTA PREVIA

Una vez sentada la base esencial en la labor del registrador, en el concreto ámbito de la transparencia material, es fundamental tener en cuenta la restricción impuesta en la calificación de préstamos garantizados por hipoteca por el artículo 22.2, en conexión con el artículo 15, de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (en adelante, LCCI). Este artículo dispone “En la contratación de préstamos regulados por esta Ley, el Notario no autorizará la escritura pública si no se hubiere otorgado el acta prevista en el artículo 15.3. Los registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles no inscribirán ninguna escritura que se refiera a préstamos regulados por esta Ley en la que no conste la reseña del acta conforme al artículo 15.7.” Este último precepto sólo impone la obligación de reseñar en la escritura pública de hipoteca el número de protocolo del acta, el notario autorizante y su fecha de autorización, así como la afirmación del notario bajo su

¹ BOE núm.186, de 5.8.2022; BOE-A-2021-13443, FD 3º.

² Véase, en cuanto a la consulta al Registro Mercantil para las fusiones bancarias, la RDGSJFP de 8.11.2022 (BOE núm.291, de 5.12.2022, BOE-A-2022-20496, FD 4º).

responsabilidad, de acuerdo con el acta, de que el prestatario ha recibido en plazo la documentación y el asesoramiento previsto en dicho artículo. Esto implica que sólo se puede exigir la mera formalidad de expresar estas circunstancias en la escritura en la que se formalice el préstamo hipotecario, pero no se puede entrar a valorar si se ha respetado o no el indicado principio de transparencia y esto podría conllevar una carencia del sistema. Así lo ha interpretado la DGSJFP en múltiples Resoluciones. Entre otras, en la Resolución de 6.2.2020 se señala que el control de transparencia únicamente se efectúa por el notario autorizante de modo que el registrador ni siquiera puede exigir que éste manifieste que no existen discrepancias entre las condiciones de la oferta vinculante y las estipulaciones de la escritura, ni que acompañe la Ficha Europea de Información Normalizada al objeto de poder realizar dicha comprobación³.

Esta postura de la DGSJFP contrasta con la exégesis y el valor que la actuación notarial tiene en materia de transparencia según el Tribunal Supremo, de modo que se observa que si bien en un primer momento el Alto Tribunal reconoce al notario un papel muy limitado, con posterioridad se potencia esta efectividad para pasar de nuevo a unos pronunciamientos en que se matizan los efectos de su intervención en cuanto al cumplimiento del principio de transparencia. Por lo que respecta a la orientación actual, la STS de 9.6.2020 entiende que la intervención notarial en la escritura de otorgamiento de préstamo hipotecario no sufre el cumplimiento de las exigencias del principio de transparencia material⁴, postura reiterada en dos sentencias de Tribunal Supremo de 11 de junio de 2020, 8 de marzo de 2021 y dos de 12 de abril de 2021⁵. De una manera u otra, si en el ámbito notarial la actuación es limitada y en sede registral más aún, al ceñirse al documento formalizado, el sujeto pasivo, consumidor o no, queda desprotegido. Puede llegarse a un término medio en el que, sin llegar a que la actuación notarial y registral cree una presunción *iuris et de iure*, sí se le reconozca un valor superior en cuanto a la observancia de este principio.

Otra crítica son las excepciones al principio de transparencia material e información precontractual introducidas por el legislador. Así, en materia de moratorias hipotecarias derivadas de la crisis motivada por el COVID-19, el artículo 7.9 a) del RD-ley 19/2020, de 26 de mayo⁶, exceptúa de su ámbito de aplicación el cumplimiento de los deberes de transparencia. El más reciente RD-ley 19/2022, de 22

³ BOE núm.177, de 5.8.2022; BOE-A-2022 13443, FD 5º.

⁴ Véase la STS, 1ª, de 20.11.2019 (ECLI: ES: TS: 2020: 1581; FD 2º.4), reiterada en otras posteriores como la STS, 1ª, 9.12.2021 (ECLI:ES: TS: 2021: 4413; FD 2º.6).

⁵ STS, 1ª, de 11.6.2020 (ECLI: ES: TS: 2020:1580; FD 3º); la STS, 1ª, de 11.6.2020 (ECLI: ES: TS: 2020:1597; FD 3º). STS, 1ª, de 8.3.2021 (ECLI: ES: TS: 2021:765; FD 2º párrafo tercero). SSTS, 1ª, de 12.4.2021 (ECLI: ES: TS: 2021:1347 y 1348; FD 3º párrafo tercero).

⁶ Real Decreto-ley 19/2020, de 26 de mayo, por el que se adoptan medidas complementarias en materia agraria, científica, económica, de empleo, seguridad social y tributaria, para paliar los efectos del COVID-19, BOE núm.150, de 27.5.2020. Publicado el Acuerdo de convalidación, por Resolución de 10 de junio de 2020 (BOE núm. 165, de 12 de junio de 2020).

de noviembre⁷, aunque impone en el artículo 5 el suministro de información relativa a las consecuencias jurídicas y económicas o la prórroga de los seguros de pagos o amortización del préstamo, también excluye el cumplimiento de los requisitos relativos a la información previa y a la autorización del acta regulados por los artículos 10, 11, 12, 14 y 15 y DT 1º 2 de la LCCI. Esto merece a mi juicio una crítica desfavorable, pues vuelve a establecer otra excepción al régimen de transparencia material garantista fijado por la LCCI. En cambio, resulta loable que en lo que respecta a la subrogación de préstamos realizada de conformidad con la Ley 2/1994 el RD-ley 19/2022 haya introducido en su artículo 2 el deber del acreedor de entregar al deudor, junto con la oferta vinculante, un documento informativo sobre los gastos de la subrogación, incluyendo los límites máximos legales de la comisión a percibir por parte de la entidad acreedora, con remisión al régimen de distribución de gastos previsto en el artículo 14.1.e) de la LCCI. En la práctica suelen darse supuestos en que, en materia de moratorias derivadas de la crisis sanitaria, el otorgamiento unilateral con la intervención exclusiva de la parte acreedora ha motivado que algunos deudores o hipotecantes no deudores que han tenido conocimiento posterior de estas operaciones, hayan manifestado su oposición a la novación así formalizada. Este hecho, sin llegar a generar litigiosidad desde el punto de vista judicial, sí que ha dado origen a pactos bilaterales de modificación de condiciones de la hipoteca o la simple cancelación de la garantía hipotecaria por pago, sin necesidad de acuerdo previo de quita parcial con la entidad acreedora. Otra cuestión que resulta bastante frecuente es que, al amparo de estos otorgamientos unilaterales, se traten de incluir más cláusulas que las que permite esta normativa excepcional, por lo que deberían regirse por las normas ordinarias, incluido el principio de transparencia. Uno de estos ejemplos lo constituyen las pretendidas ampliaciones de plazo del préstamo hipotecario que, teniendo en cuenta la inscripción de la hipoteca, se trata realmente de una reducción del mismo por la existencia de amortizaciones parciales intermedias con reducción de plazo que nunca se llegaron a formalizar en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad. En definitiva, en los casos expuestos, el mecanismo de las moratorias ha revelado los riesgos que supone la excepción en el cumplimiento del principio de transparencia material e información precontractual.

Por su parte, la Directiva 2014/17, de 4 de febrero, desarrolla en los artículos 14 y 16 este principio de transparencia material pero sólo impone a los Estados Miembros la limitación del plazo de siete días para valorar ofertas y el de diez días

⁷ Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes para la protección de los deudores hipotecarios sin recursos (BOE núm. 60, de 10 de marzo de 2012). Se publica el Acuerdo de convalidación, por Resolución de 29 de marzo de 2012 (BOE núm. 87, de 11 de abril de 2012). Real Decreto-ley 19/2022, de 22 de noviembre, por el que se establece un código de buenas prácticas para aliviar la subida de los tipos de interés en los préstamos hipotecarios sobre la vivienda habitual, se modifica el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, y se adoptan otras medidas estructurales para la mejora del mercado de préstamos hipotecarios (BOE núm.281, de 23 de noviembre de 2022). Por medio de la Resolución de 16 de diciembre de 2022 de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa se publicó el listado de entidades que comunicaron su adhesión al Código de Buenas Prácticas (BOE núm. 307, de 23.12.2022, BOE-A-2022-22114).

desde la recepción de la información para aceptar la oferta, pero no el que ha de transcurrir entre la entrega de esta información y la formalización del préstamo o crédito. En la legislación interna, la posibilidad de autorizar la escritura pública tan solo un día después a la formalización del acta previa, de conformidad con lo establecido por el artículo 15.3 LCCI, puede suponer una merma para los derechos de la parte prestataria, quien se verá apremiado a la firma del documento, aunque sí se prevea que la entrega de información por parte de la entidad se efectúe con diez días de antelación (artículos 10.1 y 14.1 de la LCCI). Por lo tanto, el cómputo sería más adecuado realizarlos desde el momento de la formalización del acta hasta la autorización de la escritura pública, no desde la entrega de la documentación por parte de la entidad prestamista a la parte deudora, ya que supone una mayor garantía que el acceso a una plataforma informática del prestamista.

2.2. EL REGISTRO DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

Puesto que al registrador le está vedado calificar el fondo del acta previa y dado que se impone incluso la consulta a otros Registros públicos, podría utilizarse como herramienta para asegurar el principio de transparencia material la consulta al Registro de Condiciones Generales de la Contratación. El empleo de contratos estandarizados implica un problema en relación con la contratación en general y la protección al consumidor y el ámbito de los contratos de crédito inmobiliario no constituye una excepción.

En este punto conviene recordar la postura de JIMÉNEZ GALLEGO, quien critica el RCGC pues a su juicio no aporta ningún plus a la protección del consumidor. Entre otros motivos, razona el autor, porque se aplica si se trata de un contrato celebrado por un residente en España y para el caso de que se haya de desarrollar en España. Además, JIMÉNEZ GALLEGO añade que la inscripción o depósito de la cláusula no dota de una garantía de legalidad ni impide un juicio de transparencia⁸. Es cierto que el ámbito de actuación de los registradores de bienes muebles es también muy limitado, a tenor del artículo 14.3 y 4 del Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Registro de Condiciones Generales de la Contratación, pues los registradores sólo pueden denegar el depósito: a) cuando la persona que solicita el depósito no estuviera legitimada para ello o no acreditase suficientemente su representación; b) cuando se trate de cláusulas contenidas en ciertos tipos de contratos; c) cuando el predisponente no sea un profesional; d) cuando de las circunstancias concurrentes resulte que las cláusulas no han sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos o e) cuando las condiciones generales de la contratación resulten ilegibles.

Tampoco en este ámbito se ha desarrollado el Registro de Condiciones Generales de la Contratación a los efectos de coadyuvar al correcto desenvolvimiento

⁸ Véase JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos. *Ley de contratos de Crédito Inmobiliario. Continuidad y cambio*; págs. 341-484, en especial, págs. 355-370.

del principio de transparencia e información precontractual, cuyo apoyo además se fundamentaría en la Directiva 93/13, de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en contratos celebrados con los consumidores. Sobre la base del artículo 11 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación la DGSJFP ha entendido- así en la Resolución de 11.12.2019, seguida de otras muchas posteriores- que la carga o deber de diligencia del notario y del registrador, impone que sean ellos quienes, en cuanto autoridades, los que accedan al citado Registro de forma inmediata y gratuita, y realicen así la comprobación del previo depósito de las condiciones generales. Pero cuando una cláusula contenida en el contrato no coincide con la previamente depositada en el Registro, no por ello se impide la autorización y la inscripción de la escritura, ya que el Centro Directivo presupone que este hecho implica una previa negociación entre las partes⁹. Este razonamiento adolece de un problema y es que esta negociación o separación de la condición general previamente depositada no implica necesariamente que sea más beneficiosa o cumpla en mayor medida con el principio de transparencia. En este orden de cosas, la existencia de un deber genérico de fomentar la educación financiera, como prevé la Disposición Adicional 3ª de la LCCI, reflejo de lo establecido por el artículo 6 de la Directiva 2014/17, no ha sido lo suficientemente implementado a los efectos de establecer la presunción de que la existencia de diferencias entre las condiciones depositadas y las estipuladas en el contrato obedecen a una efectiva negociación beneficiosa para la parte prestataria. Obviando el desarrollo que hayan establecido las Comunidades Autónomas en uso de sus competencias, basta con acceder a la página web del Banco de España como muestra para reafirmar esta ausencia de desarrollo de la educación financiera en nuestro país: la Guía de Acceso a la Hipoteca data del año 2013 y consiste en un largo archivo, en tanto que el resumen ni siquiera está adaptado a las prescripciones de la LCCI, pese a sus más de tres años de entrada en vigor. Es no obstante reiterada la intención del legislador en este punto de introducir medidas por las que se desarrolle la educación financiera, como muestra el artículo 13 del RD-ley 19/2022.

2.3. PACTOS CONCRETOS EN LOS QUE SE APRECIA LA FALTA DE TRANSPARENCIA

En lo que respecta a los pactos concretos en que las partes se apartan del régimen establecido sin haberse cumplido debidamente con los deberes de información impuestos a la parte prestamista, éstos son frecuentes y a lo largo de esta parte se expondrán como ejemplos algunos de ellos.

a) El pacto relativo a la contratación de seguros. El artículo 17 de la LCCI prohíbe las ventas vinculadas- a diferencia de las combinadas - salvo excepciones y se remite para su regulación detallada a una Circular de Banco de España que, hasta el día de la fecha, aún no se ha publicado. En materia de seguros, el artículo 17.3 permite la contratación de un seguro de daños y protección de pagos respecto del inmueble objeto de hipoteca. Pues bien, en ocasiones es frecuente en algunas entidades

⁹ BOE núm. 60, de 10.3.2020; BOE-A-2020- 3396, FD 3º.

bancarias que la hipoteca se constituya para garantizar el capital del préstamo y en dicha cifra garantizada se engloba la cuantía del seguro no sólo de los seguros de protección de pagos y de daños sino también del seguro de vida, pacto que no sólo no entra en ninguna de las categorías admitidas por la LCCI (por remisión al RD-ley 24/2021, de 2 de noviembre); sino que además se trata de una práctica vinculada, por lo que vulnera lo dispuesto por el artículo 17 de la LCCI. En relación con este pacto, el régimen de extorno o devolución de las primas en caso de no suscribirlas se subsume en el concepto de venta vinculada que establece el artículo 4.25 de la LCCI. Según este precepto, una venta vinculada es toda oferta o venta de un paquete constituido por un contrato de préstamo y otros productos o servicios financieros diferenciados, cuando el contrato de préstamo no se ofrezca al prestatario por separado. Así, STS 11 de septiembre de 2019¹⁰ y la jurisprudencia menor, como la SAP Murcia, Sección 4ª, de 28.5.2020¹¹ o la SJPI, Zaragoza, Sección 12, de 28.8.2021¹² (confirmada parcialmente por la SAP Zaragoza de 2.3.2022¹³). Este tipo de prácticas deberían ser objeto de una regulación exhaustiva por medio de la Circular del Banco de España a que alude el precepto citado para o bien poder pactarlas en la forma en que actualmente se realiza o bien sancionar con nulidad o anulabilidad su existencia. El artículo 12 de la Directiva permite con gran amplitud que los Estados Miembros prevenga, no sin ciertas garantías, la admisibilidad de estos productos vinculados, pero requiere de una mayor concreción y claridad en cuanto a la pauta que ha de seguirse para poder admitirlos sin que se vulnere el principio de transparencia material, con un especial papel en nuestro sistema de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones. La preocupación del legislador por la eliminación o limitación de estos pactos es evidente, como lo demuestra el hecho de que en normas posteriores vete esta posibilidad al prestamista (así, léase el artículo 5.4 letra c) del RD-ley 19/2022, de 22 de noviembre, en conexión con el apartado 1 letra b) del indicado precepto).

b) Otro supuesto frecuente es en sede de vencimiento anticipado. Al margen de la discusión doctrinal acerca de si es posible pactar o no otras causas de vencimiento anticipado y de si se aplican *ex lege* o si es preciso pactarlas específicamente (dada la naturaleza jurídica de la inscripción de la hipoteca, parece preferible esta última opinión)¹⁴, en la contratación de créditos inmobiliarios. Las entidades acreedoras suelen transcribir el artículo 24 de la LCCI, de carácter imperativo. La Directiva

¹⁰ ECLI: ES: TS: 2019:2761; FD 10º, MP: P.J. VELA TORRES.

¹¹ ECLI: ES: APMU: 2020: 1097, FD 3º, MP: R. FUENTES DEVESA.

¹² ECLI: ES: JPI: 2021: 1441; FFDD 2º y 3º. P: J.A. IZUEL GASTÓN.

¹³ ECLI: ES: APZ: 2022: 528, MP: D. GUTIÉRREZ ALONSO.

¹⁴ Entre otros muchos autores, véanse BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena. *El crédito inmobiliario tras la LCCI*, págs. 110-111 y DÍAZ FRAILE, Juan María. «El vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios. Evoluciones jurisprudenciales y nueva regulación legal» en CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen (Coord.). *La nueva regulación de los contratos de crédito inmobiliario*, págs. 465-466.

comunitaria resulta demasiado programática en este aspecto, como se desprende de su artículo 28, pues sólo imponen la necesidad de que los prestamistas sean *más tolerantes*. Se trata de un pacto de especial trascendencia para el acreditado y que desde el punto de vista socio-económico y jurídico ha generado intensos debates en etapas de crisis financiera especialmente. Un primer aspecto criticable del legislador interno es la taxatividad del artículo 24 de la LCCI, que no sólo no permite pacto en contrario sino que tampoco permite realizar ningún control de transparencia en caso de inclusión en un contrato por tratarse de una disposición legal y vetarlo así el artículo 4.2 de la LCGC. Ambas circunstancias-taxatividad legal y ausencia de disposiciones más precisas a nivel comunitario- resultan criticables, pues no se puede sobreentender que la existencia de esta disposición legal implique un conocimiento material por parte del acreditado y además no gradúa el incumplimiento. Esto conlleva dos problemas más: que no sea posible pactar un régimen más favorable sin vulnerar el carácter imperativo que se desprende del apartado dos del artículo 24 y que, además, en caso de no entenderlo taxativo, se incluyan cláusulas que no cumplan debidamente con el principio de transparencia, especialmente las ligadas a las circunstancias económicas del prestatario. Respecto a la admisibilidad de pactos diferentes a los contenidos en el artículo 24 de la LCCI¹⁵, en la práctica se admiten si no vulneran otras disposiciones legales, pero es una cuestión que debería ser objeto de un tratamiento específico, siquiera fuera para reforzar el suministro de información contractual cuando se pactan.

c) Idéntico problema que el apuntado en sede de vencimiento anticipado se reproduce en materia de intereses de demora, por mor de lo dispuesto en el artículo 25 de la LCCI. El hecho de que se regulen directamente por la LCCI y que se fijen unos límites tampoco asegura que respecto a los mismos se haya cumplido con los requisitos del principio de transparencia material e información precontractual. La imperatividad con la que se pronuncia el precepto no permite pactar tipos inferiores salvo que se trate de aplicar disposiciones especiales como las establecidas por el Real Decreto- ley 6/2012, de 9 de marzo. En una futura reforma normativa podría preverse cierta flexibilidad en cuanto a la libertad de pacto y una mayor exhaustividad en cuanto al cumplimiento del deber de transparencia. Además, existe un supuesto en que existe una laguna legal: aun siendo imperativo, es posible –y se suelen dar abundantes muestras en la actualidad- que se formalice una escritura pública de hipoteca sin que se asegure ninguna cantidad por intereses, sino sólo por principal y, en ocasiones, costas del procedimiento. En estos supuestos se pone claramente de manifiesto la escasa o nula información que reciben los prestatarios y los garantes, pues en la constitución de hipoteca estas partidas no quedan aseguradas, sin perjuicio de la responsabilidad personal por estos conceptos, pero sí se hace referencia a ellas en el pacto de vencimiento anticipado, por ajustarse literalmente al artículo 24 de la LCCI y a la ejecución por impago de principal e intereses, lo cual estaría vedado por el artículo 132.3º de la LH. Tampoco se suele proceder a la adaptación del artículo 692 ni

¹⁵ Véase bibliografía nota anterior.

del artículo 693 de la Ley 1/2000. Este hecho pone de manifiesto la escasa inteligibilidad para el sujeto pasivo de la obligación garantizada sobre el alcance de su responsabilidad.

d) Otro supuesto que debería ser objeto de una atención especial en cuanto a la transparencia material es el de las novaciones de hipoteca, dejando al margen la novedad introducida en la Ley 2/1994 antes comentada. En estos casos no se establecen unos especiales deberes de control material de estas cláusulas, sino tan sólo la previsión contenida genéricamente en la DA 6ª de la LCCI en lo que respecta a la necesidad de aplicar sus disposiciones. La Directiva 2014/17 también es asimismo muy parca, ya que sólo se refiere a este supuesto incidentalmente (como, por ejemplo, en la Sección Undécima de la Parte B de la FEIN, en el Anexo II). Resulta especialmente importante que se informe al deudor y a los garantes que deciden subrogar a un tercero en la posición del acreedor, mediante un estricto cumplimiento del principio de transparencia material porque la comparación de las condiciones del contrato no siempre será tarea sencilla, de modo que en ocasiones se puede producir un empeoramiento involuntario de estas condiciones, con claro perjuicio para el acreditado.

3. LA NECESIDAD DE REGULACIÓN EXPRESA DE ALGUNOS SUPUESTOS: LOS EMPLEADOS DE BANCA; LA VIVIENDA FAMILIAR; LAS HIPOTECAS INVERSAS, EL CONSUMIDOR VULNERABLE, LOS CASOS MIXTOS Y LAS PYMES

A continuación, se examinarán supuestos de especial interés por los problemas que plantea la defectuosa regulación o la falta de aplicación de la LCCI.

3.1. LA EXCLUSIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 2.4 LETRA A) Y SU ALCANCE EN CUANTO AL CUMPLIMIENTO DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA

Amparado en el artículo 3.2 letra b) de la Directiva comunitaria 2014/17, el artículo 2.4 letra a) de la LCCI permite excluir de su ámbito de aplicación los créditos o préstamos concedidos por un empleador a sus empleados, a título accesorio y sin intereses o cuya Tasa Anual Equivalente sea inferior a la del mercado, y que no se ofrezcan al público en general. Dejando al margen la extensión y alcance de esta excepción, lo cierto es que en el ámbito de la práctica estos prestatarios, así como los demás deudores o fiadores de estos contratos, sólo se benefician de la sujeción a la LCCI en cuanto a los intereses de demora o los valores de tasación, pero se ven afectados por la falta de acta previa-extensiva al cónyuge- y por la presencia de pactos de vencimiento anticipado vinculados a la permanencia del empleado en su puesto de trabajo¹⁶. Además, se añade el factor de su propia labor en la entidad bancaria, que

¹⁶ Cfr. GARCIA GARCÍA, José Manuel. *Legislación Hipotecaria y del crédito inmobiliario. Jurisprudencia y comentarios*. Tomo II. Parte III, *Legislación de desarrollo de la hipoteca inmobiliaria*, parágrafo 3.1.; pág. 2113. Cfr. ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen. «Ámbito personal y material de los contratos de crédito inmobiliario» en ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen / MORENO-TORRES HERRERA, María Luisa (Coord.). *Los contratos de préstamo inmobiliario. Actualizado a los RD-ley para la protección de los deudores en*

puede que no esté relacionada con la contratación de créditos inmobiliarios. La novación a *posteriori* de estos contratos no implica convalidar la falta de información sobre este tipo de cláusulas, que nada tienen que ver con la circunstancia objetiva de la falta de pago que se extrae del artículo 24 de la LCCI.

3.2. LA VIVIENDA FAMILIAR

La tutela de la vivienda familiar en sede de régimen económico matrimonial primario se manifiesta en la necesidad de intervención de ambos cónyuges (o parejas de hecho en el caso de algunas legislaciones autonómicas donde se equiparan) en la constitución de hipoteca sobre la vivienda familiar, como resulta de los artículos 1320 del CC y 91 del RH (artículo 569-31 del Libro V del CCCat). La constitución de garantías reales sobre la vivienda familiar que pueden derivar en procedimientos de ejecución con pérdida del bien hipotecado, procedimientos en que se plantean problemas en general como se verá en un epígrafe posterior, que exigen que se contemplen unas medidas específicas para su salvaguarda.

En el concreto ámbito de la LCCI, el legislador no ha establecido ninguna regla especial, pero al DG sí que se ha pronunciado en la Instrucción de 20.12.2019. En ella la DGRN considera, sin soporte legal específico en la LCCI, que el cónyuge ha de intervenir en el acta previa, aunque no sea ni hipotecante ni deudor¹⁷. Hay que tener en cuenta que en la calificación de la relación jurídica crediticia y la vinculación funcional para subsumir el supuesto de hecho dentro o no del ámbito profesional, la STS, 1ª, de 12.11.2020 diferencia entre el régimen económico matrimonial de la sociedad de gananciales y el de separación de bienes a los efectos de apreciar la existencia de un vínculo funcional con la sociedad de la que eran fiadores dos cónyuges, sobre la base de los artículos 6 y siguientes del CCo¹⁸.

Por lo que respecta a los derechos de uso en momentos de crisis matrimonial, en el concreto caso del Ordenamiento jurídico interno, la RDGRN de 5.9.2016 entendió que el titular del derecho de uso en caso de procesos de separación y divorcio ha de ser demandado y requerido de pago al constar inscrito el derecho de uso antes de la expedición de la certificación de dominio y cargas que prescribe el artículo 688 de la LEC y equiparar su condición a la de un tercer poseedor (artículos 661 y 675 de la LEC¹⁹). Desde el punto de vista jurisprudencial, basta la lectura de STS, 1ª, de

situación de vulnerabilidad. Págs. 69-183. En especial, págs. 161-163. Así, también véase BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena. *El crédito inmobiliario tras la LCCI*, págs. 140-141.

¹⁷ BOE núm.313, de 30.12.2019, BOE-A-2019-18699; párrafo tercero.

¹⁸ STS, 1ª, de 12.11.2020 (ECLI: ES: TS: 2020: 3631; MP: P.J. VELA TORRES; FF.DD. 3ª y 4ª). Para un caso en que los esposos estaban casados en régimen de separación de bienes, niega la responsabilidad del cónyuge y la ausencia de vinculación funcional con el negocio la STS, 1ª, de 26.10.2022 (ECLI: ES: TS: 2022: 3844, MP: P.J. VELA TORRES; FD 4ª).

8.10.2010, en que el Tribunal Supremo considera que el asentimiento prestado por el cónyuge en la formalización de la hipoteca se trata de una *declaración de voluntad de conformidad con el negocio jurídico ajeno -es decir, concluido por otro- por la que un cónyuge tolera o concede su aprobación a un acto en el que no es parte*, siendo requisito de validez del acto de disposición, de modo que resuelve que no es procedente la subsistencia del derecho de uso frente al tercero²⁰.

En este ámbito, la Directiva comunitaria no establece nada sobre el particular: ni disposiciones específicas cuando se trata de vivienda familiar ni tampoco cuando existen atribuidos sobre los bienes dados en garantía derechos familiares de uso. El especial régimen de protección de los inmuebles de uso residencial que constituye la *ratio* de esta norma comunitaria debería abarcar en mayor medida aún estos supuestos. De hecho, el Reglamento comunitario 2019/1111, del Consejo, de 25 de junio, relativo a la competencia, ejecución y resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental y sustracción de menores²¹, demuestra la preocupación del legislador europeo en particular por los supuestos de contenciosos matrimoniales y la protección del interés familiar y serviría de base para una futura revisión.

3.3. LA HIPOTECA INVERSA

De acuerdo con el artículo 2.4 f) de la LCCI, que transpone el artículo 3.2 a) de la Directiva, ésta no se aplica a la hipoteca inversa, regulada en la Disposición Adicional 1ª de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre. El Considerando 16 de la Directiva justifica su exclusión.

En nuestro Ordenamiento, esta modalidad de hipoteca se regula específicamente en cuanto a sus requisitos de transparencia e información precontractual y protección al consumidor por el Capítulo II bis del Título III de la Orden Ministerial 2899/2011, introducido por la Orden Ministerial 482/2019, de 26 de abril²². Dejando al margen las críticas doctrinales sobre la oportunidad y conveniencia de esta excepción²³, cabe señalar que existen otras instituciones jurídicas de obtención

¹⁹ BOE núm. 233, de 27.9.2016, BOE-A-2016- 8819; FFDD 2º y 3º.

²⁰ STS 1º, de 8.10.2010 (ECLI: ES: TS: 2010: 5062; MP: E. ROCA TRÍAS, FFDD 4º y 5º).

²¹ DOUE núm. 178, de 2.7.2019, DOUE-L-2019-81122.

²² BOE núm.102, de 29.4.2019.

²³ Cfr. AGÜERO ORTIZ, Alicia. «Ámbito de aplicación objetivo y subjetivo» en CARRASCO PERERA, Ángel (Dir.). *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*, págs. 105-175, en especial, págs. 156-159); CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen. «Objeto y ámbito aplicativo de la nueva Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario» en CASTILLO MARTINEZ, Carolina del Carmen (Coord.). *La nueva regulación de los contratos de crédito inmobiliario*, págs. 245-246. Véase también ARNÁIZ RAMOS, Rafael. «El principio de transparencia material y el control de cumplimiento en las hipotecas inversas. Deficiencias regulatorias y propuestas de mejora» en ARROYO i AMAYUELAS, Esther / ANDERSON,

de recursos económicos por personas de edad avanzada. Entre estas últimas, las cesiones de bienes a cambio de renta vitalicia o la constitución de derechos reales de anticresis, mediante la cual el acreedor asume la obligación de arrendar el inmueble con la finalidad de entregar las rentas percibidas para que a su vez sirvan para abonar los gastos asociados a residencias geriátricas. Este último derecho real de garantía claramente se incardina en la LCCI²⁴. La Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023²⁵ introduce la DA 3ª en la LCCI a los efectos de equiparar a la anticresis los préstamos cuyo importe se destine, principalmente, a financiar el coste de los cuidados de una persona dependiente, y que la vivienda garante vaya destinada al mercado de alquiler. A continuación, establece que en la escritura pública de crédito deberá constar el destino del crédito y el compromiso del acreditado de destinar los fondos recibidos a satisfacer principalmente los costes de estancia en una residencia de mayores u otros costes asistenciales domiciliarios, además del compromiso de destinar la vivienda gravada con anticresis al mercado de alquiler. El mismo régimen se aplicará también a la cancelación de los créditos con garantía de anticresis que reúnan estos requisitos. La regulación es simplemente a efectos tributarios y de aranceles de notarios y registradores, pero obvia cualquier regulación sustantiva, lo cual resulta criticable, si bien es cierto que la herramienta más adecuada no es una Ley de Presupuestos para abordar la materia, aunque desde el punto de vista del legislador, denota la preocupación por la existencia de estos supuestos de hecho.

Desde el punto de vista de la práctica, la necesidad de extensión de un régimen de protección que alcance rango de Ley es precisa por la especial vulnerabilidad de los colectivos a quienes se encuentra dirigido, de modo que deberían articularse unos especiales mecanismos de tutela y cumplimiento de principio de transparencia material e información precontractual, sobre todo si recae sobre la vivienda familiar de prestatario, como se veía en el epígrafe anterior. Siendo el actual instrumento por el que se desarrollan ambos el acta previa, no sólo debería preverse que en ésta no sólo interviniera el deudor sino que de alguna manera debería alcanzar, aunque sólo implicara una mera notificación, a los sucesores que asumen la responsabilidad en los términos establecidos por la Disposición Adicional citada.

3.4. EL CONSUMIDOR VULNERABLE

Mirian, APARICIO SANZ, Aduca (Dir.). *Cuestiones hipotecarias e instrumentos de previsión. El impacto del Derecho de la Unión Europea*, págs. 195-216, en especial, págs. 213-215.

²⁴ ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen. «Ámbito personal y material de los contratos de crédito inmobiliario» en ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen / MORENO-TORRES HERRERA, María Luisa (Coord.). *Los contratos de préstamo inmobiliario. Actualizado a los RD-ley para la protección de los deudores en situación de vulnerabilidad*. Págs. 69-183. En especial, pág. 141. Véase también BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena. *El crédito inmobiliario tras la LCCI*, pág.30.

²⁵ BOE núm. 308, de 24.12.2022.

Además de sus definiciones doctrinales²⁶, el artículo 3 del TRLGDCU fue modificado por el RD Ley 1/2021, de 19 de enero para introducir su definición entendiéndose como aquellas personas físicas que, respecto de una concreta relación de consumo, “de forma individual o colectiva, por sus características, necesidades o circunstancias personales, económicas, educativas o sociales, se encuentran, aunque sea territorial, sectorial o temporalmente, en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección que les impide el ejercicio de sus derechos como personas consumidoras en condiciones de igualdad”.

En estos casos, la LCCI no establece ninguna particularidad, como tampoco la Directiva comunitaria. Resulta insuficiente la previsión genérica contenida en el precepto transcrito de modo que se debería concretar. Más específicamente, respecto al principio de transparencia material, es preciso que se instauren mecanismos que supongan el refuerzo de los deberes de información en el momento precontractual, no sólo en relación al análisis de la solvencia, sino en general del nivel de conocimientos y evaluación de la comprensión de las cláusulas del concreto contrato que se está suscribiendo con la entidad acreedora, la ampliación de los plazos de información o incluso la exigibilidad de un asesoramiento independiente a estos sujetos pasivos de la obligación garantizada, entre otras medidas, lo cual resultaría de especial importancia para evitar las consecuencias desfavorables que pueda conllevar la contratación de garantías reales sobre inmuebles de uso residencial.

3.5. LOS CASOS MIXTOS

Existen innumerables problemas en cuanto a los supuestos de hecho mixtos, tanto desde el punto de vista subjetivo como objetivo.

Centrando el análisis en los primeros, la concurrencia de personas jurídicas con personas físicas que actúen como avalistas o deudoras permite adoptar en la teoría dos posturas en cuanto a la calificación jurídica, sea registral o judicial, de la escritura pública: a) una postura que podría denominarse *restrictiva*, consistente en aplicar la nueva regulación sólo para el caso en que el hipotecante sea persona física, pero no cuando lo sea únicamente el deudor o el avalista; b) otra *amplia* para exigir que se ha incumplido la LCCI aunque el hipotecante sea persona jurídica o esté fuera del ámbito de aplicación de la Ley, pero sí lo estén los deudores o garantes de la hipoteca. Con anterioridad la DGRN, en la Resolución de 14.7.2017, entendió aplicable la normativa de protección de los consumidores para los casos en los que interviene un fiador, un avalista o un garante en general que es consumidor y procede a garantizar un crédito de un deudor no consumidor, pues dicha legislación no se ciñe exclusivamente a deudores principales ni tiene únicamente en cuenta el destino o finalidad del contrato,

²⁶ MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús. «El concepto de consumidor vulnerable en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios». *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 29 de enero de 2021. MARTÍNEZ GÓMEZ, Sheila. «¿Cuántas clases de consumidor vulnerable hay en las normas del COVID-19?». *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 28 de mayo de 2020.

en la misma línea que la sostenida en la aplicación del artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo²⁷. Con la actual regulación contenida en la LCCI, la RDGSJFP de 20.12.2019 consideró que sólo era aplicable la LCCI al contrato de fianza si concurrían en el fiador las circunstancias determinantes de su aplicación, aunque el contrato principal quedara al margen de sus disposiciones²⁸. En el mismo sentido, el punto 1 de la Instrucción de la DGRN de 20 de diciembre de 2019, que llega a la conclusión de que en el caso de que intervenga una persona física consumidora que sea prestataria o bien fiadora o garante de una operación cuya deudora sea una persona jurídica, procederá la aplicación de la LCCI, aunque intervenga ésta y con independencia de si lo destina a finalidad residencial o no residencial. Desde el punto de vista jurisprudencial, la existencia de la vinculación funcional es determinante para calificar el supuesto de hecho.

En cuanto a los supuestos de hecho mixtos de carácter objetivo, la STS, 1ª, de 22.7.2022²⁹, entre otras muchas, para resolver un caso de este tipo, teniendo en cuenta la jurisprudencia comunitaria, entendió que ante la ausencia de una norma expresa en nuestro Derecho nacional, resulta adecuado seguir el criterio interpretativo establecido en ese considerando de la Directiva, que además ha sido desarrollado por la jurisprudencia comunitaria. Así, en la STJCE de 20 de enero de 2005 (asunto C-464/01) se consideró que el contratante es consumidor si el destino comercial es marginal en comparación con el destino privado; es decir, no basta con que se actúe principalmente en un ámbito ajeno a la actividad comercial, sino que es preciso que el uso o destino profesional sea mínimo ("insignificante en el contexto global de la operación de que se trate"). Cuando son varios los inmuebles dados en garantía, algunos de uso residencial y otros no, también se debe efectuar un tratamiento unitario, de modo que corresponde al legislador establecer los parámetros que permitieran extender la aplicación de la LCCI según las circunstancias del caso.

De cualquier forma, en estos supuestos de carácter mixto por razones subjetivas u objetivas debería ser extensivo el deber de cumplimiento del principio de transparencia material o, cuando menos, objeto de una aclaración en cuanto al alcance de su operatividad por parte del legislador.

3.6. LAS PYMES

Relacionado con el epígrafe anterior, uno de los problemas más importantes en la práctica jurídica derivada de la aplicación de la LCCI es la exclusión de las personas jurídicas de manera genérica, lo cual crea problemas interpretativos y de alcance en cuanto a la exigibilidad del cumplimiento del principio de transparencia, especialmente en el caso de las pymes, gran mayoría de las empresas en la actualidad porque las

²⁷ BOE núm. 185, de 4.8.2017, BOE-A-2017-9280 (FF.DD. 5º a 7º).

²⁸ BOE núm. 66, de 14.3.2020, BOE-A-2020-3652 (FF.DD 2º y 3º).

²⁹ STS (Sala 1ª) de 27.7.2022 (ECLI:ES:TS:2022: 3224, FD 11º, MP: JM DÍAZ FRAILE).

grandes empresas sólo representan el 0,18 % del total de empresas según las cifras de octubre de 2022³⁰.

A diferencia de otros Ordenamientos jurídicos, en nuestro sistema no se les dota de un grado de protección que satisfaga las necesidades y operatividad real de estas empresas. Por ello, en numerosas ocasiones, los supuestos en que una sociedad mercantil (en ocasiones incluso familiar) actúa en el tráfico jurídico constituyendo hipotecas a favor de algunos de sus socios o viceversa para finalidades no siempre vinculadas con el tráfico o giro de la empresa son frecuentes. Los artículos 1261 y siguientes de la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos de 2009 y los artículos 525-5 a siguientes de la Propuesta de Código Civil de la APDC de 2016 (Sección 2ª del Capítulo V del Título II del Libro V) se orientan en este sentido de ampliar su ámbito a las personas jurídicas. Además, el Libro II del Real Decreto- legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal, que regula los mecanismos del Derecho preconcursal parte de un supuesto de hecho genérico de ser empresario o profesional.

La casuística es muy variada y no siempre resulta conveniente hacer extensivo a las personas jurídicas un nivel de protección en cuanto a la transparencia material equivalente al de las personas físicas, sean o no consumidores. Pero podría llegarse a articular un conjunto de deberes o medidas que supongan un término medio en el cumplimiento de este principio para evitar que la adopción de formas societarias suponga un perjuicio para el deudor o el hipotecante no deudor.

4. LA NULIDAD DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA POR LA EXISTENCIA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS

Otro de los problemas que se plantea en materia del cumplimiento del principio de transparencia material se produce *a posteriori* y estriba en la declaración de nulidad de una ejecución hipotecaria firme (o de venta extrajudicial) por la existencia de cláusulas abusivas cuando existen derechos de terceros adquirentes que han sido objeto de inscripción posterior, pues éstos resultan amparados de conformidad con los artículos 20 y 34 de la LH. Para poder proceder a esta declaración sería precisa la intervención de los terceros posteriores al tercero de buena fe que hayan inscrito o anotado sus derechos, como resulta de la RDGSJFP de 15.10.2021³¹. En este caso, si se logra destruir la presunción, su derecho podrá ser cancelado pero, en caso contrario, habría que acudir a un procedimiento declarativo entre las partes a fin de dilucidar la preferencia de sus derechos³². La problemática fundamental deriva de la retroactividad de las disposiciones contenidas en el artículo 695.1.4º de la LEC cuando se trata de cláusulas abusivas declaradas nulas, pues la DT 3ª de la LCCI,

³⁰ Fuente: <http://www.ipyme.org//Publicaciones/CifrasPYME-octubre2022.pdf>

³¹ Véase RDGSJFP de 15.10.2021 (BOE núm.271, de 12.11.2021, BOE-A-2021-18537).

³² Véase VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Ángel. «Los problemas registrales derivados de la aplicación práctica de la STS de 11 de septiembre de 2019 sobre el vencimiento anticipado» en *Revista de Derecho Privado y Constitución* núm. 37, julio-diciembre 2020.

siguiendo la línea de la DT 4.º de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, abrió un nuevo plazo preclusivo para formular un incidente extraordinario de oposición basado en la existencia de las causas de oposición. Para evitar esta situación, cuando se califican procedimientos de ejecución hipotecaria posteriores a 17 de junio de 2019 se exige para su inscripción registral que el Letrado de la Administración de Justicia manifieste: a) o que se puso en posesión del inmueble al adjudicatario, de modo que no fuera posible el incidente de oposición; b) o que, no dándose tal circunstancia, no se ha formulado por el ejecutado incidente de oposición por razón de la existencia de cláusulas abusivas; c) o que se hubiese notificado al ejecutado la posibilidad de formular incidente extraordinario de oposición habiéndolo o no ejercitado; d) o que, habiéndose formulado, este no se hubiera admitido o la resolución dictada no afecta a la ejecución; e) o que se hubiera examinado de oficio por el Tribunal la abusividad de las cláusulas invocadas (RDGRN de 18.12.2013 en relación con la RDGRN de 10.10.2019, aunque en este caso se descarta su aplicación por tratarse de una ejecución ordinaria³³).

Pese a ello, es posible que se produzcan casos en que las ejecuciones inscritas adolezcan de causa de nulidad declarada posteriormente. En este sentido, la STJUE, Gran Sala, de 17.5.2022 estima que el Juez, dado los efectos de los principios de cosa juzgada y de preclusión, no puede examinar de oficio el carácter abusivo si no se ha invocado dicha causa en el marco de un procedimiento de ejecución y, habiéndose ejecutado la hipoteca, no cabe ese eventual control, pero queda al consumidor la posibilidad de reclamar en un procedimiento declarativo ulterior la indemnización de daños y perjuicios³⁴. Esta doctrina es aplicada por la RDGSJFP de 10.6.2022³⁵, que versa sobre la improcedencia de practicar la cancelación de asientos registrales realizada como consecuencia de una ejecución hipotecaria en que existen terceros y donde se había declarado la abusividad de una cláusula. La RDGSJFP de 21.6.2022 matiza que no existe ningún obstáculo para que la declaración de nulidad se discuta en el seno del trámite de oposición que se abre de conformidad con la DT 4.º.2 y que no es precisa la intervención al cesionario de crédito que adquiere tras la expedición de certificación de dominio y cargas sobre la finca³⁶.

Dada la inseguridad jurídica que generan estas situaciones, una reforma posterior en materia sobre todo procesal.

³³ RDGRN de 18.12.2013 (BOE núm.27, de 31.1.2014; BOE-A-2014-1000; FD 4º) y RDGRN de 10.10.2019 (BOE núm.283, de 25.11.2019, BOE-A-2019-16925, FD 4º).

³⁴ STJUE, Gran Sala, de 17.5.2022 (ECLI: EU:C: 2022:394; Ponente: S. RODIN).

³⁵ Véase RDGSJFP de 10.6.2022 (BOE núm.161, de 6.7.2022, BOE-A-2022-11191).

³⁶ Véase RDGSJFP de 21.6.2022 (BOE núm.178, de 26.7.2022, BOE-A-2022-12443, FFDD 4º y 9º respectivamente). En todo caso, la declaración de nulidad debe respetar los derechos de terceros (RDGSJFP de 27.9.2022 (BOE núm. 258, de 27.10.2022; BOE-A-2022-17574; FFDD 2º a 8º).

5. CONCLUSIONES

1. La limitación en cuanto a los medios de calificación registral, especialmente en materia de transparencia material e información precontractual, impuesta por los artículos 15.7 y 22.2 de la LCCI impide dotar de mayores garantías para velar por el cumplimiento del principio de transparencia material. Debería potenciarse la actuación conjunta de notarios y registradores para salvaguardar este principio. Reforzando el marco de la seguridad jurídica preventiva, se evitaría la litigiosidad mediante el establecimiento de mejores garantías para el prestatario. Por otra parte, resulta especialmente criticable que el legislador, precisamente en momentos de crisis como la motivada por la COVID-19 o por la energética, exceptúe para poder agilizar las novaciones hipotecarias el cumplimiento de estos principios, con claro riesgo para las personas prestatarias.

2. La ausencia de límites temporales en la Directiva 2014/17 entre la recepción de la información precontractual y la contratación del crédito inmobiliario posibilita que los Estados Miembros fijen escasos márgenes de tiempo que no aseguran la recepción y comprensión de la información. En una futura revisión convendría precisar en los artículos 14 y 16 el número mínimo de días que garanticen una correcta recepción y asimilación de esta información antes de la formalización del contrato.

3. La limitación en la actuación registral implica un grave problema en el tráfico jurídico en general, pues además de facilitar la impugnación de los contratos de crédito viciados de anulabilidad por error en la prestación del consentimiento, la inscripción de la hipoteca pactada en garantía de aquellos tiene carácter constitutivo *ex* artículo 130 de la Ley Hipotecaria. Mejorando los controles precontractuales se evitaría la realización forzosa de unas garantías reales que no obedecen a una correcta formación en su *iter* contractual.

4. El objeto y la operatividad del Registro de Condiciones Generales de la Contratación no es apto, tal y como está concebido en la normativa actual, para potenciar el cumplimiento del principio de transparencia. Se podría emplear como un instrumento para coadyuvar a su consecución mediante la oportuna reforma a nivel normativo.

5. La existencia de pactos en que se aprecia la falta de transparencia en sede de préstamos hipotecarios es cada vez más frecuente. Por ello es preciso que se clarifiquen y desarrollen ciertos preceptos legales que aseguren el pleno respeto a las garantías impuestas por la Directiva 2014/17 y la LCCI en aras a velar por el cumplimiento del principio de transparencia material. Entre estos pactos destacan la contratación de seguros, el pacto sobre intereses moratorios, las novaciones de hipoteca y ciertas cláusulas de vencimiento anticipado.

6. La taxatividad de la regulación del vencimiento anticipado en el artículo 24 de la LCCI junto con el carácter programático del artículo 28 de la Directiva puede

suponer una merma en el control de transparencia y es uno de los aspectos más conflictivos y polémicos del crédito inmobiliario, pues puede llegar a desenvolver la ejecución judicial del mismo, con carácter más patente si se trata de cláusulas diferentes a las previstas en el mencionado precepto. El mismo problema se deriva de la aplicación de las cláusulas de intereses de demora, donde la falta de adaptación de todo el clausulado a los supuestos de ausencia de cobertura hipotecaria de los intereses muestra las deficiencias en cuanto al adecuado asesoramiento al prestatario o garante del crédito.

7. Otro caso en que se puede observar una potencial falta de transparencia e información precontractual es en la novación de hipoteca y, en particular, en la subrogación de un tercero en la posición del acreedor, donde no hay deberes específicos previstos en la normativa. Puesto que la DA 3ª de la LCCI modificó el artículo 2 de la Ley 2/1994, podría haberse aprovechado para poder incluir alguna especialidad en torno al deber de la parte prestamista de informar sobre el alcance y la mejora en la posición deudora de los subrogados. Sólo se ha visto subsanado en parte este problema por la reforma efectuada por el RD-ley 19/2022.

8. La exclusión de los empleados del ámbito de aplicación de la Directiva, acogido por la normativa interna, ha motivado la aparición de una serie de cláusulas contractuales que contravienen manifiestamente el artículo 1256 del CC, por cuanto se prevé la pérdida de la cualidad de empleado como causa de vencimiento anticipado, entre otras, sin que se cumpla con el principio de transparencia material. Como propuesta *lege ferenda* debería ser objeto de matización para cumplir con el principio de transparencia material, con aplicación siquiera sea parcial, de la LCCI y acotarse los casos comprendidos dentro de la excepción.

9. La protección de la vivienda familiar, no sólo en los supuestos de constitución de garantías reales sobre los inmuebles cuya titularidad ostenta uno solo de los cónyuges y el otro se limita a asentir, sino también en aquellos casos de procedimientos contenciosos en que se ha acordado la atribución de un derecho de uso sobre la finca hipotecada, requiere de una especial regulación para asegurar el cumplimiento del principio de transparencia material, que en la actual normativa a nivel europeo e interno no existen, bien sea imponiendo por el legislador la intervención de éste en el acta previa, bien de cualquier otra forma que garantice su efectiva observancia. De la misma manera, aunque no recaiga sobre la vivienda habitual, la inclusión y previsión legal de especiales deberes de control de transparencia en sede de hipotecas inversas, de consumidores especialmente vulnerables o de las pymes resultaría conveniente para la futura revisión de la Directiva, así como un específico tratamiento de los supuestos de hecho mixtos, tanto de los de carácter subjetivo como objetivo.

10. En materia de ejecución hipotecaria son numerosos los problemas que plantea la declaración de nulidad de un procedimiento de ejecución o de venta extrajudicial cuando existen inscritos derechos de terceros que pueden verse

perjudicados, de conformidad con el artículo 34 de la LH. La existencia ya de algunos pronunciamientos jurisprudenciales contribuye a paliar las consecuencias jurídicas derivadas de estos supuestos, pero el reforzamiento del principio de transparencia material e información precontractual coadyuvaría a evitar las situaciones que generan estas hipótesis.



Este obra está bajo una
[licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).