

Los contratos de préstamo inmobiliario

Actualizado a los RD-ley para la protección de deudores en situación de vulnerabilidad

Coordinadores

Klaus Jochen Albiez Dohrmann
María Luisa Moreno-Torres Herrera



■ BOSCH



Los contratos de préstamo inmobiliario

Actualizado a los RD-ley para la protección
de deudores en situación de vulnerabilidad

Coordinadores

Klaus Jochen Albiez Dohrmann
María Luisa Moreno-Torres Herrera

© **Wolters Kluwer España, S.A.**

Wolters Kluwer

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

Tel: 902 250 500 – Fax: 902 250 502

e-mail: clientes@wolterskluwer.com

http://www.wolterskluwer.es

Primera edición: noviembre 2020

Depósito Legal: M-29502-2020

ISBN versión impresa: 978-84-9090-484-8

ISBN versión electrónica: 978-84-9090-485-5

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer España, S.A.

Printed in Spain

© **Wolters Kluwer España, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

vinculados o sus representantes, cuando la norma estatal solo la prohíbe a quienes no presten el servicio de asesoramiento regulado por la LCCI.

Por lo mismo, tras la entrada en vigor de la LCCI, la normativa autonómica y estatal difieren o no son homogéneas en este relevante aspecto en relación con la publicidad, pero sobre todo en la información precontractual y contractual de los servicios de asesoramiento y la protección del prestatario en definitiva, puesto que se contemplan de distinto modo las expectativas del prestatario ante la forma de presentarse el operador del crédito en función del tipo de asesoramiento que pueda ofrecer³⁵. En este extremo, podría argumentarse que el carácter de norma básica del Estado, sea de igual o inferior rango, determinaría en la concurrencia con la norma autonómica la aplicación de aquélla, aunque el art. 262.8.3 del Código de Consumo de Cataluña no fue derogado en su momento por el TC sobre este argumento, dado que no existía norma estatal sobre la materia³⁶.

II. DEFINICIÓN DE LOS SERVICIOS DE ASESORAMIENTO

Los servicios de asesoramiento en el ámbito de la contratación del crédito inmobiliario se definen como toda recomendación personalizada que el prestamista, intermediario o representante designado ofrece al prestatario de uno o varios contratos de crédito disponibles en el mercado (art. 4.20 LCCI), que sean adecuados a las necesidades, situación financiera y circunstancias personales del consumidor (art. 19.4 LCCI). Dentro de la expresión «disponibles en el mercado» debe entenderse incluidos los de la propia gama del prestamista o grupo de prestamistas, dado que estos no se excluyen del marco de la regulación de la actividad de asesoramiento del art. 19 LCCI. La definición de los servicios de asesoramiento en el art. 4.21. Directiva 2014/17/UE aporta la delimitación de esta actividad de la propia concesión o intermediación del crédito, como una «actividad aparte». Esta caracterización es muy importante, porque el asesoramiento solo podrá consistir en esta concreta prestación de servicios reglada y deberá estar claramente diferenciada del contrato de concesión del crédito.

La caracterización de los servicios de asesoramiento en el crédito inmobiliario encuentra paralelismo en la regulación de los servicios de asesoramiento en materia de inversión; con lo cual esta regulación, más avanzada y con más recorrido, ha servido de antecedente en la propia construcción normativa de aquéllos. Por ello, pueden servir adaptados al crédito inmobiliario los criterios empleados en la Guía de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (en adelante, CNMV), sobre la prestación del servicio de asesoramiento en materia de inversión³⁷, que determinan las características propias

35. ALBIEZ DOHRMANN (2019) «Al menos en un tema capital de los préstamos inmobiliarios cual la información y la transparencia, debe haber la mayor coincidencia posible en beneficio de la unidad de mercado bancario y de sus principales protagonistas, los prestamistas y los prestatarios».

36. CORDERO LOBATO (2019, p. 698).

37. Guía sobre la prestación del asesoramiento en materia de inversión de la CNMV, de 23 de diciembre de 2010, pp. 2 y 3.

de este servicio, como³⁸: (i) debe tratarse de una recomendación, es decir, debe incluir un elemento de opinión por parte de quien presta el servicio y no tratarse sencillamente de una información o explicación de las características y riesgos de una operación o servicio; ii) que se realice respecto a una o más operaciones relativas a créditos concretos; iii) ser personalizada, es decir, presentarse explícita o implícitamente como idónea para esa persona basándose en una consideración de sus circunstancias personales; iv) debe realizarse a través de medios que no consistan exclusivamente en canales de distribución dirigidos al público en general; y, v) ser individualizada, esto es, realizarse a una persona en su calidad de prestatario o posible prestatario.

El art. 140.1 g., párrafo segundo del Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores³⁹ también delimita de modo negativo lo que no puede ser considerado asesoramiento, como: «las recomendaciones de carácter genérico y no personalizadas que se puedan realizar en el ámbito de la comercialización de valores e instrumentos financieros. Dichas recomendaciones tendrán el valor de comunicaciones de carácter comercial. Asimismo, tampoco se considerará recomendación personalizada las recomendaciones que se divulguen exclusivamente al público».

En el ámbito del crédito inmobiliario, la recomendación para concertar un contrato de crédito también es distinta de la obligación de información objetiva, como descripción del producto o servicio, aunque sea personalizada al cliente⁴⁰. Así como también es diferente de la obligación de dar las explicaciones adecuadas, o de asistencia suplementaria que el operador del crédito debe al prestatario para ayudarle a decidir el crédito adecuado⁴¹.

Su naturaleza jurídica caracteriza los servicios de asesoramiento como⁴²: servicios profesionales, facultativos para el prestador —que puede decidir si ofrecerlos o no—, y voluntarios para el prestatario, puesto que deben prestarse a su petición; que se ofrecen, bien como servicios aparte, pero complementarios de las actividades del crédito, o bien constituyendo el objeto principal de un contrato de servicios de asesoramiento⁴³; ya retribuidos o ya gratuitos para el prestatario, en función de las condiciones en que es ofrecido el asesoramiento; e instantáneos o de tracto único, pues el asesoramiento tiene

38. Aplicadas al asesoramiento en el ámbito del crédito inmobiliario, VILLANUEVA LUPIÓN (2017, pp. 700 y 701). Del mismo modo, AGÜERO ORTIZ (2019, pp. 417-419).

39. Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores. BOE 24 de octubre 2015. Modificado por el Real Decreto-Ley 14/2018, de 28 de septiembre. BOE 18 de diciembre de 2018).

40. Comisión de las Comunidades Europeas, Libro Blanco sobre la integración de los mercados de crédito hipotecario de la UE [SEC (2007) 1683] [SEC (2007) 1683] [SEC (2007) 1684], COM (2007) 807 final. Bruselas, 18 de diciembre de 2007, p. 5. Considerando 44 DCCI: «[...] Aunque la FEIN debe ser personalizada y reflejar las preferencias manifestadas por el consumidor, el suministro de dicha información personalizada no debe implicar una obligación de proporcionar asesoramiento».

41. Considerando 48 DCCI: «El consumidor puede necesitar asistencia suplementaria para decidir qué contrato de crédito [...] Dichas recomendaciones no deben consistir de por sí una recomendación personal».

42. VILLANUEVA LUPIÓN (2017, pp. 681 y 682).

43. Cfr., con la opinión de ZUNZÚNEGUI (2019, pp. 8-10), quien entiende que la calificación como contrato de servicios carece de utilidad, al no ser éste un contrato típico en el Derecho español. El autor sostiene, por el contrario, que el asesoramiento en el crédito inmobiliario encuentra su «disciplina más adecuada en el ámbito del mandato», como contrato de colaboración.

un contenido puntual y específico, con una finalidad determinada en la recomendación del crédito.

III. PRESUNCIÓN DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE ASESORAMIENTO

El hecho de que se haga al prestatario una sugerencia de contratación del crédito, o que se oferte con las características de una recomendación personalizada del crédito más adecuado al prestatario en concreto, implica la presunción de que se está llevando a cabo una actividad de asesoramiento, lo que supondrá la aplicación del régimen jurídico establecido por la LCCI y su normativa de desarrollo⁴⁴.

Esta presunción se ha establecido expresamente en otro ámbito, como recoge la Guía de la CNMV, sobre la prestación del servicio de asesoramiento en materia de inversión⁴⁵, que expresamente hace la siguiente indicación:

«si la recomendación se efectúa de forma que el cliente la percibe como tal y un observador razonable pudiera concluir que se ha presentado como idónea para el cliente basándose en sus circunstancias personales, la situación se encuadraría dentro del ámbito del asesoramiento en materia de inversión».

También existe jurisprudencia en este sentido. Dicha presunción se admite, por ejemplo, en la STS de 8 de julio de 2014⁴⁶, que señala:

«[...]en la sentencia recurrida se declara como hecho probado que se ofreció el swap a los demandantes (no que se les informará de diversos instrumentos de cobertura disponibles) como conveniente para cubrir las posibles oscilaciones del tipo de interés de su hipoteca».

IV. SUJETOS PRESTADORES DE ASESORAMIENTO

1. Régimen jurídico aplicable

La profesionalización y especialización del asesoramiento implica que, conforme al art. 19.1 LCCI, debe ser llevada a cabo por los prestamistas, intermediarios o representantes designados de los intermediarios; no por «los representantes designados por cualquiera de los anteriores», que es una errata que mantiene en su texto este artículo, puesto que los representantes designados lo son por los intermediarios de crédito, y no por los prestamistas. Esta redacción sí se ha corregido, en cambio, en el art. 3.1 RD 309/2019,

44. Este es el sentido de la regulación de los servicios de asesoramiento: no debe entenderse que de llevarse a cabo se trata de un consejo amigable, sino que constituye la prestación de un verdadero servicio de asesoramiento y en cualquier caso el cumplimiento de un específico deber de proteger a la otra parte del contrato (Sirena, 2017, p. 7).

45. Guía sobre la prestación del asesoramiento en materia de inversión de la CNMV, *cit.*, pp. 7 y 8.

46. STS (1ª), núm. 387/2014, de 8 de julio (LA LEY 81186/2014).

sobre el Proyecto de RD y conforme a la advertencia en este sentido del Dictamen del Consejo de Estado ⁴⁷.

La LCCI ha extendido la posibilidad de llevar a cabo esta actividad a otros sujetos en el art. 19.1, párrafo 2, y el art. 26.3, de acuerdo con la Directiva 2014/17/UE. Se amplía, por tanto, a las siguientes personas que realicen servicios de asesoramiento ⁴⁸:

1. Con dos requisitos concurrentes: a aquellos profesionales que ejerzan la actividad de asesoramiento de forma accesorio en el marco de una actividad profesional regulada por disposiciones legales o reglamentarias que no excluyan la prestación de estos servicios; y siempre que esta actividad de asesoramiento esté íntimamente relacionada con la prestación del contrato principal celebrado entre el profesional y el prestatario (en la remisión del art. 19.1, segundo párrafo al art. 26.3).
2. A las personas que presten servicios de asesoramiento, reconocidas por las autoridades competentes, y que estén sujetas a la misma supervisión de conformidad con los requisitos que la LCCI establece para los intermediarios de crédito inmobiliario (art. 19.1, párrafo primero). Las «autoridades competentes» son el Banco de España, si actúan en más de una Comunidad Autónoma, o en otro caso, el órgano competente bajo la gestión de la Comunidad Autónoma respectiva (art. 28 LCCI).

No obstante, a ninguno de ellos se refiere el artículo 3.1 del RD 309/2019 entre los sujetos que pueden prestar asesoramiento, por lo que no quedan sujetos a sus reglas, lo que supone un desatino. Aun así todos los prestadores de servicios de asesoramiento, incluidos estos últimos, deben cumplir las reglas de conocimientos y competencias exigidos.

2. Requisitos específicos de conocimientos y competencia. Responsabilidad y actuación bajo supervisión de otro

Todos los prestadores de servicios de asesoramiento en el marco previsto en la LCCI, no solo deben estar reconocidos con este carácter, sino también dedicarse profesionalmente a este tipo de actividad y reunir los requisitos exigidos para la prestación de los servicios de asesoramiento.

Los requisitos de conocimientos y competencia se exigen de manera general al personal al servicio del prestamista ⁴⁹, intermediario de crédito o representante designado ⁵⁰, y en especial para la prestación de servicios de asesoramiento (art. 16.1 LCCI). Estos requisitos se reiteran para las personas que desarrollen la actividad de asesoramiento prevista en el art. 19 (art. 16.4 LCCI), con lo cual es aplicable a todos los profesionales habilitados por la LCCI en virtud del art. 19.1.

47. Dictamen del Consejo de Estado. Número de expediente: 365/201925 (Economía y Empresa). Fecha de aprobación: 25 de abril de 2019. BOE.es-Documento CE D-2019-356...*cit.*, p. 7.

48. Aunque el art. 26.3 LCCI solo habla de personas que realicen actividades de intermediación, debe extenderse también a las que lleven a cabo servicios de asesoramiento, en la remisión del art. 19.1 a este art. 26.3, y en el sentido del art. 22.6.a) de la Directiva 2014/17/UE.

49. Para la inscripción en el correspondiente registro de los prestamistas, se exige a estos que dispongan de un plan de formación de los conocimientos y competencias del personal [art. 5.1 c) RD 309/2019].

50. Del mismo modo se requieren estos conocimientos para la inscripción en el registro de los intermediarios de crédito y los representantes de crédito designados [art. 29.3 a) LCCI].



Con la publicación de la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, aparecen en el panorama normativo español los préstamos inmobiliarios, una nueva categoría contractual dentro de la cual tienen cabida muchos de los préstamos hipotecarios que se celebran en el país y, en particular, los que tienen por objeto financiar la adquisición de viviendas.

Esta monografía se centra en los aspectos contractuales de la nueva ley y presta especial atención a su ámbito de aplicación, un asunto de especial relevancia y no exento de debate. Se analizan la fase precontractual y las principales cláusulas de los préstamos inmobiliarios, además de otras muchas cuestiones, tales como el asesoramiento, la intervención notarial y las plataformas para la documentación de los préstamos, así como la subrogación y novación, sin olvidar los préstamos inmobiliarios en moneda extranjera. Al margen de los contratos de préstamo, se abordan los contratos asociados a la hipoteca y los de intermediación en créditos inmobiliarios.

El tratamiento de las distintas figuras incluye las normas de desarrollo de la Ley 5/2019, así como las más recientes Instrucciones y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (la actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública), así como las normas sobre las moratorias legales y sectoriales a causa del COVID-19.

El análisis realizado por expertos en las distintas materias se combina con una visión práctica, siendo de utilidad para los profesionales del sector del crédito inmobiliario, notarios, registradores, abogados y jueces.

