

SEGISMUNDO ALVAREZ ROYO-VILLANOVA

I.- FUNCIÓN NOTARIAL Y CONTRATACIÓN EN MASA

1.- ¿Cuál debe ser el papel del notario en el contrato de adhesión formalizado en escritura pública?

a) Deberes de información y transparencia: especial referencia al acta previa y la entrada del notario en la fase precontractual.

I. ¿SIRVE EL ACTA PARA ACREDITAR LA TRANSPARENCIA MATERIAL?

En la Exposición de Motivos de la Ley se justifica la intervención del notario en la fase precontractual en que su actuación permitirá *“considerar cumplido el principio de transparencia material”*.

La primera pregunta que hay que responder es:

¿Que es la transparencia material? La ley no la define pero la EM dice que se cumple cuando el prestamista *“pueda comprender en su integridad la carga económica y jurídica del préstamo”*, lo que coincide con el concepto utilizado por el TS y el TJUE. En general la doctrina entiende que hay que objetivar ese requisito de manera que se cumple cuando lo importante es si el prestamista ha dado la suficiente información para que cualquier consumidor normal en esas circunstancias hubiese advertido la importancia y alcance de la cláusula. Es necesario además que esa información se de con una antelación suficiente para que el consumidor pueda reaccionar.

Una vez definida la transparencia material tenemos que preguntarnos:

¿Qué es lo que aporta el acta desde el punto de vista de la transparencia?

- El control de la entrega de la documentación completa con la antelación legal: a través del acta se consigue que se cumpla esa obligación, lo que todos sabemos que no era el caso antes de la Ley. Al mismo tiempo se preconstituye prueba de esa entrega, de su antelación y de su contenido.
- El asesoramiento previo. Ya antes de la LCCI la STS de 15-1-2017 señaló en relación con la actuación notarial que *“Cuando se ha facilitado una información precontractual adecuada, la intervención notarial sirve para complementar la información recibida por el consumidor ...”*. El asesoramiento se prestaba por supuesto ya antes, pero no cabe duda que con el acta previa adquiere un mayor valor desde el punto de vista de la transparencia. Por una parte porque se realiza al menos un día antes de la firma y por otra porque es exhaustivo como resulta del art. 15. En realidad la actuación notarial va más allá del concepto de transparencia material: no tiene su origen en la ley sino que está ya prevista en el artículo 147 del

reglamento notarial y 83 de la LGDCU y persigue una transparencia subjetiva, puesto que el notario debe asesorar especialmente a la parte más necesitada de información y adaptarse a sus circunstancias personales.

¿El acta supone que se ha cumplido el principio siempre?

No: el notario no garantiza ni “comprueba” el cumplimiento de la transparencia material (a pesar del título del art. 15 LCCI).

En primer lugar, porque la información debe ser suministrada por el banco y aunque el notario comprueba que la información es la requerida por la ley en el artículo 14, es posible que ésta pueda no ser suficiente en determinados casos, cómo se deriva del artículo 14.2 de la propia ley. No se trata, como han dicho algunos autores, que que el asesoramiento notarial sólo se refiera al ámbito jurídico, pues el notario puede explicar perfectamente los efectos financieros y económicos del contrato en la generalidad de los casos. Sin embargo, es posible que determinados productos financieros puedan tener unos efectos económicos que no sean previsibles para el prestatario ni para el notario y por tanto requieran explicaciones adicionales. Esto parece difícil que se de en el caso de un préstamo hipotecario, pero podría plantearse en el caso de productos adicionales que se incorporan al préstamo.

El acta no implica tampoco una presunción iuris tantum de la transparencia material. En el proyecto inicial de la LCCI sí existía una presunción iuris tantum, pero se suprimió, entiendo que con acierto, pues es posible que esa presunción fuera contraria al Derecho comunitario: en el caso Bakkaus el TJUE prohibió que el derecho nacional atribuyera al consumidor la carga de la prueba del incumplimiento de las obligaciones de información precontractual.

Sin embargo **en la práctica el efecto del acta va a ser muy parecido al de una presunción** iuris tantum. La intervención notarial asegura la entrega de la información exigida por la Ley con la antelación suficiente y además preconstituye una prueba para el prestamista, lo que en la práctica es esencial pues es a él a quien le corresponde probarla. En consecuencia, la comprobación de cumplimiento de las obligaciones de información y de su antelación y el complemento del asesoramiento van a hacer mucho más difícil la impugnación por falta de transparencia, al menos en relación con los préstamos ordinarios.

II. COMO MEJORAR AÚN MÁS LA TRANSPARENCIA

A pesar de las mejoras en el sistema, a mi juicio no es imposible que se planteen problemas en el futuro, incluso con acta previa notarial, en relación con algunas cláusulas de los préstamos:

- **La deficiente información sobre los seguros obligatorios:** algunas entidades siguen entregando modelos de contratos de seguro y no las condiciones de cobertura. La ley debía además restringir estas coberturas obligatorias a las necesarias para incluir el préstamo en la Ley del Mercado Hipotecario
- Sobre todo, **los productos combinados.** A mi juicio esto supone el mayor obstáculo a la transparencia de los préstamos. Son las cláusulas más largas y menos claras, y afectan al tipo de interés, que por ser elemento esencial del contrato está sometido a una exigencia de transparencia reforzada. En principio parece que la falta de transparencia tendría como consecuencia la aplicación de la bonificación aunque no se cumplan las condiciones exigidas, pero en todo caso pueden dar lugar a litigios.

Creo que hay que defender la prohibición legal de esta práctica de venta cruzada porque no solo pueden afectar a la transparencia sino que además:

- Dificultan la competencia: resulta mucho más difícil comprar ofertas de diversas entidades con bonificaciones diversas en sus costes, requisitos y efectos.
- Constituyen una competencia desleal el resto de entidades financieras en materia de gestión del ahorro (productos de planes de pensiones, inversión, etc...) y con las compañías de seguros en relación con los seguros de daños y vida.

III. LA INTERVENCIÓN PRECONTRACTUAL MÁS ALLÁ DE LA TRANSPARENCIA

Centrándonos en el debate de la transparencia quizás estemos olvidando el verdadero valor del acta, que en la práctica está permitiendo que el notario actúe en la contratación en masa como lo hace en la documentación ordinaria.

Ahora el cliente contacta directamente con la notaría antes del acta, e interactúa de manera tranquila con el notario en el otorgamiento de la misma. Se produce no solo una actuación notarial más prolongada sino más exhaustiva y personal. Esto está en claro contraste con la situación anterior en la que toda la documentación y toda la relación se establecía a través de la gestoría.

Puede que el acta no blinde la transparencia -lo que yo considero acertado, como he dicho- pero al mismo tiempo va más allá de la transparencia, pues busca una comprensión real y un consentimiento informado, como en los demás documentos. El acta, que planteaba muchas dudas desde el punto de vista teórico, en la práctica está devolviendo al notario su verdadera función en la contratación en masa, y en mi experiencia está favoreciendo también la elección de notario, en contra los temores que muchos teníamos.

Otra consecuencia del acta es que hace innecesaria la presencia de un representante del banco en el momento de la firma. Tradicionalmente esta tenía sentido pues el Director

de la oficina firmaba la hipoteca y podía dar las explicaciones sobre la misma, contrastar cualquier diferencia que hubiera en relación con la negociación anterior y hasta cierto punto corregir los errores. En la práctica esto se había convertido en algo excepcional, pues firmaba una gestoría que ni había participado en la negociación del préstamo ni tenía autonomía alguna para poder variar ni una coma del contrato, salvo negociación -siempre difícil- con la asesoría jurídica.

La actuación precontractual del notario permite ahora que el cliente pueda, antes de la firma, pedir explicaciones a la oficina con la que ha negociado y en su caso solicitar la modificación de condiciones, por lo que ya la presencia de un representante con verdadero poder de representación del Banco no parece útil.

Parece que lo lógico a partir de aquí es que no sea necesaria la comparecencia de un representante del banco en el momento de la firma. La alternativa es la constitución de una hipoteca unilateral que se aceptaría después. Esto ya se hace por alguna entidad, pero sigue compareciendo la gestoría para la entrega de los cheques. Este sistema, incómodo y costoso, no tiene sentido una vez que el contenido de la escritura ya ha sido comprobado con anterioridad, y por tanto lo lógico es se puedan liberar los fondos una vez que el notario notifica que el préstamo se ha firmado. Esto se podía conseguir haciendo al notario depositario de los fondos pero en el estado actual de la técnica parece que hay métodos más sencillos y rápidos: se podría utilizar un sistema de dinero electrónico de manera que se hiciera la transferencia inmediata del dinero de la cuenta del banco a la del prestatario -y de la del prestatario a la del vendedor en su caso- mediante una orden del notario y sin necesidad de pasar por una cuenta suya.