

A LA SUBSECRETARÍA DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

**RECURSO DE ALZADA CONTRA LA INSTRUCCIÓN SOBRE EL DEPÓSITO DE
CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN DE 14 DE JUNIO DE 2019**

DOÑA PATRICIA SUÁREZ RAMIREZ, con DNI 53417468-Z, en nombre y representación de la **“Asociación de Usuarios Financieros” (en adelante ASUFIN)**, con CIF G-85769743, domicilio legal a efecto de notificaciones en Plaza de las Cortes 4 - 4º derecha, CP 28014 de Madrid, teléfono de contacto 915 327 583, dirección de correo electrónico info@asufin.com, presidencia@asufin.com, ante este órgano comparece y, como mejor proceda en derecho,

DIGO

- 1)** Que, con fecha **14 de junio de 2019**, ha sido publicada en el BOE, la **Instrucción sobre el depósito de condiciones generales de la contratación**, y el reflejo del mismo en las escrituras de préstamo y en el Registro de la Propiedad, desde la entrada en vigor de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, la Instrucción).
- 2)** Que al tener la referida *Instrucción* como objeto resolver una serie de cuestiones relacionadas con la entrada en vigor el día 16 de junio de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, se plantea una serie de **dudas interpretativas**, especialmente en relación con las actuaciones y procedimientos que tienen por objetivo reformar la **transparencia material** de los contratos de préstamo que se firmen, que es preciso aclarar con carácter preliminar en la medida posible. En concreto, se plantea la cuestión relativa al depósito en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación de las cláusulas que constituyen condiciones generales de los préstamos hipotecarios que se van a firmar a partir de la indicada fecha de entrada en vigor.
- 3)** Tras una larga argumentación, concluye que

"A ello se debe añadir otra consideración de importancia: la legislación no precisa la eventual consecuencia de la falta de depósito sobre la validez de la condición general, sin que el control formal que deben desempeñar notarios y registradores sobre el cumplimiento de dicha obligación suponga atribuir a su inobservancia una nulidad patente y de pleno derecho de la misma. Es imprescindible tener en cuenta lo anterior a la hora de constatar el alcance de la verificación que ha desempeñarse, pues todo aquello que exceda la mera comprobación del depósito de las condiciones generales queda al margen del control de la legalidad notarial y de la calificación registral. En particular, excede de ellas entrar a cuestionar el carácter de cláusula particular de las que se aparten de las condiciones generales. La determinación de la eventual nulidad de una cláusula sólo es competencia de la autoridad judicial, en el correspondiente proceso contradictorio, con audiencia y con la debida tutela judicial de ambas partes, y en el que se tenga en cuenta una multitud de factores que no son susceptibles de apreciación en el ámbito del control de legalidad notarial, ni de la calificación registral (..)

En conclusión, si bien en el contrato de préstamo debe hacerse constar que las condiciones generales han sido objeto de depósito, y comprobarse por el notario y el registrador que dicho depósito se ha practicado, ello no impide que en la configuración del contrato se hayan acordado modificaciones respecto de esas condiciones generales, lo que es una exigencia de la flexibilidad que la contratación y el tráfico inmobiliario deben tener para adecuarse a las necesidades de las partes en cada caso particular" (...)

"el previo depósito de las condiciones generales empleadas por la entidad en su contratación no debe impedir la autorización y posterior inscripción de la escritura de préstamo hipotecario por el hecho de que del cotejo de la misma con las condiciones generales depositadas resulte alguna diferencia, ya que por hipótesis esa diferencia, especialmente en la medida en que sea relevante, constituiría en principio una condición particular, y no general".

Remitiendo a la actuación judicial la posible valoración de la nulidad de aquellas cláusulas no depositadas.

- 4) Entendemos pues, que la Instrucción en estos términos realiza una interpretación no ajustada a Derecho, al reducir el cotejo y la necesidad legal de inscripción en el Registro de Condiciones Generales a una mera cuestión de transparencia formal o documental, en tanto que **establece la presunción de que cualquier discordancia entre una cláusula contractual y la condición general depositada, se deberá en principio a que esa estipulación tiene el carácter de condición particular, negociada individualmente.**
- 5) Frente a esta interpretación, que consideramos que pudiera ser contraria a los intereses de los consumidores financieros que la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, pretende proteger se interpone dentro del plazo legalmente previsto contra la misma, **RECURSO DE ALZADA** que se funda en las siguientes:

ALEGACIONES

PRIMERA. VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA MATERIAL RECOGIDO EN EL ARTÍCULO 7 DE LA LEY 5/2019, DE 15 DE MARZO, REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO (LCCI).

El artículo 7 de la LCCI establece:

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

1. Los prestamistas inscribirán en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, previsto en el artículo 11 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, las cláusulas contractuales utilizadas en los contratos de préstamo inmobiliario que tengan el carácter de condiciones generales de la contratación con arreglo a lo dispuesto en dicha Ley.

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

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

Este precepto determina **la obligación previa de todos los prestamistas de inscribir 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 de la contratación con arreglo a lo dispuesto en dicha Ley.

Con ello, por una parte, se determina la regla general de que las cláusulas contractuales de un contrato de préstamo inmobiliario que tenga el carácter de condición general de conformidad con la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, (en adelante, Ley 7/1998) han de inscribirse en dicho Registro, lo que significa que las particulares o negociadas no deben hacerlo al carecer de la naturaleza propia de la contratación predispuesta y, en segundo lugar, al remitir a la definición de la Ley 7/1998, establece, sin duda, una definición objetiva de lo que ha de entenderse por condición general –que ha de inscribirse- y aquellas que puedan tener la consideración de particulares.

La lógica y el sentido del precepto resulta aún más claro desde el punto de vista del principio de **transparencia material que a partir de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la doctrina del Tribunal Supremo** por todos conocida se ha integrado plenamente en el acervo de los principios generales de la contratación entre prestamistas inmobiliarios y consumidores, ahora reforzado con su inclusión legal, como establece la PREÁMBULO de la LCCI.

Las condiciones generales que por definición *ex lege* (art. 1 Ley 11/1998) son las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos, han de cumplir además para su integración en el contrato con una serie de requisitos, entre ellos, según el artículo 5.5 de la Ley 11/1998, en redacción dada por la disposición final cuarta LCCI debe ajustarse los principios

de transparencia, claridad, concreción y sencillez, siendo las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores nulas de pleno derecho.

En directa correlación con estos principios legales y jurisprudenciales, el artículo 11 de la Ley 11/1998 en la nueva redacción de la DF4ª de la LCCI eleva a obligatorio **la inscripción de los formularios de los préstamos y créditos hipotecarios** comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, deberán depositarse obligatoriamente por el prestamista en el Registro antes de empezar su comercialización, de modo que no podrá comercializarse préstamo alguno sin que previamente se haya depositado el formulario que no es otra cosa que el conjunto de cláusulas predispuestas, es decir, condiciones generales de la contratación y con los márgenes numéricos que se permitan variar en la contratación.

Es claro que la obligación de quien pretenda actuar en el tráfico mercantil como prestamista inmobiliario es la de proceder a la inscripción previa al inicio de la comercialización de los correspondientes formularios. No hay duda que corresponde a los Registradores y Notarios, no solo la mera comprobación formal de la declaración unilateral de quién pretende actuar como predisponente, sino que, por la propia obligación legal de transparencia material dicho control no puede limitarse al plano formal –como pretende la Instrucción recurrida-, sino que debe, en su caso, advertir de las posibles vulneraciones de la normativa material de las condiciones generales de la contratación. Quiere decirse que, más allá de la obligación expresa de exclusión de cláusulas abusivas así declaradas por sentencia firme contenida en el artículo 84 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante TRLGDCU), **el principio de transparencia material implica que también pueda establecerse un control material, necesariamente previo, por parte de Notarios y Registradores, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas.**

Dicho de otra manera, **la inscripción registral debe llevar aparejada una profundización del control** en tanto que ha pasado de potestativa –por tanto, con finalidad básicamente de publicidad- a obligatoria en este concreto sector. El mantenimiento del mero control formal supondría simplemente que la obligación recae en el futuro prestamista, pero que los consumidores no se van a ver más protegidos que antes, pues nadie ha realizado un control material de los formularios depositados. No debemos olvidar que el fin del ejercicio de funciones públicas, aunque no se realice por la propia Administración Pública, es siempre el servicio al interés general, que la nueva LCCI concreta, entre otros fines en la protección del consumidor mediante una correcta y transparente información precontractual.

Esto nos conduce al punto fundamental donde la Instrucción recurrida lesiona el interés de los consumidores protegido legalmente y vulnera el mandato contenido en el artículo 7 LCCI, concretamente, en la interpretación que realiza de todas aquellas cláusulas que un contrato de préstamo inmobiliario puede contener y que no se corresponden con los formularios registrados. Llevado por el concepto de control formal que responde a un principio de transparencia también formal o documental, la Instrucción establece una presunción *iuris tantum* de que **toda cláusula que no corresponda con los formularios depositados no es general, sino particular**. Aquí bajo la apariencia de control formal, la Dirección General impone a los Notarios que, al margen de la inscripción previa y obligatoria en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, **la entidad financiera pueda separarse libremente** –la sombra de la autonomía de la voluntad, de nuevo- de lo inscrito por ella misma, sin que tal divergencia tenga consecuencia jurídica alguna, y, en particular, permita la celebración del contrato y la inscripción del mismo.

Literalmente indica que **“el previo depósito de las condiciones generales empleadas por la entidad en su contratación no debe impedir la autorización y posterior inscripción de la escritura de préstamo hipotecario por el hecho de que del cotejo de la misma con las condiciones generales depositadas resulte alguna diferencia”**.

La lectura del párrafo transcrito no deja lugar a dudas. Si la obligación de inscripción previa de condiciones generales no es parámetro ni siquiera material negativo (en el sentido de que cuando no coincidan, no se inscriba), desgraciadamente qué diferencia hay entre la inscripción potestativa previa y la nueva obligatoria. Ninguna.

¿Dónde queda la obligación notarial del artículo 23.2 de la Ley 11/1998?

Los Notarios, en el ejercicio profesional de su función pública, velarán por el cumplimiento, en los documentos que autoricen, de los requisitos de incorporación a que se refieren los artículos 5 y 7 de esta Ley.

O del siguiente párrafo:

En todo caso, 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, o la manifestación en contrario de los contratantes.

Frente a ello, la Dirección de Registros y el Notariado argumenta en su instrucción que la legislación no precisa la eventual consecuencia de la falta de depósito sobre la validez de la condición general *-no se entiende qué tiene que ver la hipotética falta de depósito de una condición general y la consiguiente sanción administrativa del artículo 24 Ley 11/1998 con la falta de transparencia de una de las depositadas, requisitos de incorporación de los artículos 5 a 7 de la Ley 11/1998-* sin que el control formal *-aquí está el problema conceptual subyacente y el levantamiento por parte de la DGRN de la carga que supone para los Notarios la obligación del 23.2-* que deben desempeñar notarios y registradores sobre el cumplimiento de dicha obligación suponga atribuir a su inobservancia *-la del depósito previo-* una nulidad patente y de pleno derecho de la misma. Es imprescindible tener en cuenta lo anterior a la hora de constatar el alcance de la verificación que ha desempeñarse, pues todo aquello que exceda la mera comprobación del depósito de las condiciones generales queda al margen del control de la legalidad notarial y de la calificación registral. En particular, excede de ellas entrar a cuestionar el carácter de cláusula particular de las que se aparten de las condiciones generales.

SEGUNDA. VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA POR PARTE DE LA INSTRUCCIÓN RECURRIDA.

Todo lo anterior conduce a que la Instrucción establezca, derivado del mero control formal que Notarios y Registradores se limiten a cotejar la relación entre formularios registrados y cláusulas del concreto contrato; o que se limiten a inscribir formularios de condiciones generales **sin que se derive efecto jurídico alguno de las discrepancias.**

La DGRN parte de algo jurídicamente correcto –la declaración de nulidad de una cláusula está reservada al Poder judicial- para construir una interpretación que es contraria a la seguridad jurídica, a saber, que el ejercicio profesional de funciones públicas en este punto es un mero control formal y que de su ejercicio no se deriva beneficio alguno para el consumidor. La interpretación contenida en la Instrucción no supone diferencia alguna con el régimen anterior a la LCCI, desnaturalizando y vaciando de contenido la norma legal a la que desarrolla.

Frente a la posibilidad abierta por la LCCI del control previo del clausulado en dos fases, la obligación de inscripción de formularios de condiciones generales –con control de transparencia de los mismos- y el cotejo de las cláusulas que divergen de dichos formularios y su evaluación indiciaria desde la perspectiva de la transparencia, la DGRN responde con la interpretación de que todo sigue igual. El control previo es solo formal –así era antes y no hace falta recordar a esa Subsecretaría lo que sucedió en los Tribunales de Justicia- y cualquier discrepancia queda para la posterior resolución judicial.

La **seguridad jurídica**, principio básico de la LCCI como bien expresa en su PREÁMBULO queda soslayada por la Instrucción recurrida:

Además, vista la experiencia hasta la fecha, y al objeto de la recuperación de la confianza de los prestatarios, se introducen previsiones cuya finalidad es la de potenciar la seguridad jurídica, la transparencia y comprensión de los contratos y de las cláusulas que los componen, así como el justo equilibrio entre las partes.

La seguridad jurídica es un principio básico y fundamental del tráfico jurídico hasta el punto que es bien conocida su capacidad de resistencia tanto en ámbito público como privado frente a los cambios legislativos –confianza legítima- o a los cambios en las circunstancias que se produzcan durante la ejecución de los contratos, en lo que podríamos entender como la seguridad jurídica clásica, es decir, la que busca primar el régimen jurídico previsto para las situaciones previas sobre los cambios fácticos, legales o jurisprudenciales.

Junto a ello, se ha venido extendiendo una nueva interpretación de la seguridad jurídica que exige certezas en la fase previa de la contratación, de hecho, la transparencia material está relacionada con esta idea de seguridad jurídica en tanto que pretende que el consumidor (y también el predisponente) sean plenamente conscientes de que las obligaciones que están asumiendo en el momento de la contratación para evitar conflictos posteriores. Es, por tanto, un principio que debe garantizarse no solo en las fases posteriores de la vida contractual, sino especialmente en la fase previa y en este sentido novedoso de carácter previo, de control previo, es al que se refiere la LCCI en su Exposición de Motivos y el que por otra parte exigen tanto consumidores como prestamistas inmobiliarios.

Pues bien, la DGRN en su Instrucción desconoce totalmente dicho principio y se limita a afirmar que no puede adelantarse en modo alguno el debate sobre la abusividad o no de una cláusula o su carácter de condición general o particular, sin menoscabar la autoridad de jueces y Tribunales, como si las decisiones de Registradores y Notarios no fueran susceptibles de recurso y, en consecuencia, de tutela judicial efectiva tanto para consumidores como para entidades financieras. Mas pareciera con ello que pretende excluir cualquier carga o responsabilidad para Notarios y Registradores que pudiera derivarse de un control de la transparencia material, limitándose a ser meros comprobadores de la documentación. Justamente lo contrario de lo que pretende la Ley con la intensificación de la actuación de Notarios y Registradores.

En virtud de lo expuesto

SOLICITO:

- 1º Que tenga por presentado este escrito y, en mérito al mismo, **por interpuesto RECURSO DE ALZADA contra la Instrucción de 13 de junio de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre el depósito de condiciones generales de la contratación, y el reflejo del mismo en las escrituras de préstamo y en el Registro de la Propiedad, desde la entrada en vigor de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario** y, a la vista de las manifestaciones que anteceden dicte resolución por la que, estimando el recurso, se revoque el acto impugnado,
- 2º Que proceda como superior jerárquico a dictar **Resolución interpretativa** en el sentido y con respeto a los principios indicados en el presente Recurso.

Es Justicia. Madrid, a 12 de julio de 2019



asufin
ASOCIACIÓN
DE USUARIOS
FINANCIEROS
NIF G85769743

PATRICIA SUÁREZ RAMÍREZ – PRESIDENTA DE ASUFIN