DETERMINACIÓN POR EXPRESIÓN NUMÉRICA Y DETERMINACIÓN POR REFERENCIA A DATOS HISTÓRICOS PUBLICADOS POR EL BANCO DE ESPAÑA*

(RDGSJFP de 29 de febrero de 2024[1])

Encarna Cordero Lobato
Catedrática de Derecho civil
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 15 de mayo de 2024

Con alguna frecuencia, la Dirección General dicta resoluciones que excluyen la posibilidad de que el objeto de los contratos de préstamo y crédito hipotecario pueda ser determinado conforme a las reglas generales sobre determinación contractual que establece el art. 1273 CC. De acuerdo con este precepto, la indeterminación inicial de objeto, por falta de expresión numérica ("indeterminación en la cantidad", dice la norma), no será obstáculo para la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes. En definitiva, la regla de Derecho de contratos es que el objeto está determinado cuando es determinable sin necesidad de nuevo pacto entre las partes. Pese a ello, han sido varias las ocasiones en que, bajo el entendimiento del mayor rigor exigido por el principio de especialidad registral, la Dirección General ha resuelto no aplicar el art. 1273 CC, y ha impuesto un mayor rigor a

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación PID2021-128913NB-I00, del Ministerio de Ciencia e Innovación y la Agencia Estatal de Investigación (AEI) cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) titulado "Protección de consumidores y riesgo de exclusión social: seguimiento y avances", dirigido por Ángel Carrasco Perera y Encarna Cordero Lobato; en el marco de las Ayudas para la realización de proyectos de investigación aplicada, en el marco del Plan Propio de investigación, cofinanciadas en un 85% por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), para el proyecto titulado "Modelos jurídicos eficientes de consumo sostenible", con Ref.: 2022-GRIN-34487 dirigido por Ángel Carrasco Perera y Ana I. Mendoza Losana y en el marco del Proyecto de Investigación SBPLY/23/180225/000242 "El reto de la sostenibilidad en la cadena de suministros y la defensa del consumidor final" cofinanciadas por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional, en el marco del Programa Operativo de Castilla-La Mancha 2021-2027 dirigido por Ángel Carrasco Perera y Ana Carretero García.
[1] BOE 20 de marzo.

la determinación del objeto de los contratos de crédito y préstamo hipotecario. Sucedió con las hipotecas globales o flotantes de máximo antes de que la reforma de 2007 introdujera el nuevo art. 153 bis LH[2], así como con otros aspectos relativos a la hipoteca en garantía de la obligación de intereses[3], y ocurre nuevamente en el caso que nos ocupa, objeto de la RDGSJFP de 29 de enero de 2024 (BOE 20 marzo), en la que la DG estima que el diferencial aplicable para el cálculo de la pérdida financiera al que se refieren los arts. 23.8 LCCI, 28 de la Orden EHA/2899/2011 y la norma 15ª de la Circular 5/2021, de 27 de junio, del Banco de España, ha de ser expresado en forma numérica, sin que baste su determinación por expresión de la forma de cálculo y la referencia al dato histórico que publica mensualmente el Banco de España.

El objeto de esta nota es analizar si el diferencial discutido en esta resolución (el diferencial aplicable para el cálculo de la pérdida financiera asociada al reembolso anticipado de créditos sujetos a la LCCI) ha de determinarse mediante expresión numérica, o si ha de aplicarse la regla general que permite que el objeto de los contratos sea meramente determinable sin necesidad de nuevo convenio, como podría serlo, en el caso discutido, la determinación por expresión de la fórmula de cálculo y la referencia a los datos oficiales publicados mensualmente por el Banco de España.

1. La cláusula discutida

A los efectos previstos en el régimen de reembolso anticipado contenido en el art. 23 LCCI, y, más concretamente, en relación con el pacto sobre compensación o comisión a favor del prestamista regulado en los núms. 5 a 8 del precepto, según se indica en la resolución anotada, en la escritura de novación se estipulaba lo siguiente:

> *«La pérdida financiera sufrida por el Banco se calculará, proporcionalmente al capital reembolsado, por diferencia negativa entre el capital pendiente en el momento del reembolso anticipado y el valor presente de mercado del préstamo. El valor presente de mercado del préstamo se calculará como la suma del valor actual de las cuotas pendientes de pago hasta la fecha de su vencimiento. El tipo de interés de actualización será el resultado de sumar: (i) el tipo Interest Rate Swap (IRS) al plazo de 2, 3, 4, 5, 7, 10, 15, 20 o 30 años que publicará el Banco de España y que más se aproxime al plazo que reste desde la fecha de amortización anticipada hasta la fecha de su vencimiento y (ii) el diferencial que resulte de restar al tipo de interés de la operación el valor del tipo Interest Rate Swap (IRS) a que se refiere el apartado*

[2] Cfr. referencias en CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., MARÍN LÓPEZ, M.J., *Tratado de los Derechos de garantía*, 4ª ed., Aranzadi, 2022, tomo I, pp. 859 y ss.
[3] Cfr. referencias en DOMÍNGUEZ LUELMO, A., "Comentario al art. 12", en *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, Aranzadi, 2016, pp. 267 y ss.

anterior considerando el dato último publicado por el Banco de España a la fecha que más se aproxime a la contratación del préstamo.»

La cláusula reproduce sustancialmente el régimen de la compensación o comisión por reembolso anticipado establecido en el art. 23 LCCI, art. 28 de la Orden EHA/2866/2011, y norma 15ª de la Circular 5/2012, del Banco de España. Señalemos, además, que, en cumplimiento de esta norma 15ª, el Banco de España publica mensualmente los índices y tipos de referencia aplicables para el cálculo del valor de mercado en la compensación por riesgo de tipo de interés de los préstamos hipotecarios, así como para el cálculo del diferencial que se ha de aplicar para la obtención del valor de mercado de los préstamos o créditos que se cancelan anticipadamente (entre las últimas, la Resolución del pasado 3 de mayo, publicada en el BOE del 4).

2. Nota de calificación del registrador y recurso del notario autorizante

Las posiciones del registrador y del notario oscilan entre la exigencia de determinar el diferencial cuestionado mediante expresión numérica (que es lo que entiende el registrador), y la suficiencia de la determinación del diferencial por mera referencia al dato oficial publicado el Banco de España.

En efecto, el registrador suspendió la inscripción del apartado de la escritura relativo a la compensación por reembolso anticipado por el hecho de que el diferencial al que se refieren el art. 28.1 de la Orden EHA/2866/2011 y la norma 15ª de la Circular 5/2012, del Banco de España, que es uno de los elementos de la fórmula de cálculo de la compensación por reembolso anticipado, no se expresaba en forma numérica, sino que, por el contrario, en la cláusula únicamente se reproducía el modo de cálculo legalmente establecido. En concreto, el registrador entendió que:

«Es necesario expresar el diferencial aplicable para el cálculo de la pérdida financiera (art. 28 de la orden EHA/2899/2011 de 28 de octubre, modificado por la orden ECE/482/2019 de 26 de abril). Puede solicitarse la inscripción parcial del documento con exclusión del apartado "Compensación por reembolso anticipado", sin perjuicio de la ulterior inscripción, una vez subsanado, o solicitud de nota de calificación. Observaciones: Formulada consulta a la comisión de Consultas Doctrinales del Colegio de Registradores, dicho órgano emitió con fecha 3 de abril de 2020 el "Informe 8/2020 sobre una consulta sobre hipoteca sujeta Ley 5/2019 y diferencial del I.R.S./Pérdida financiera", en la que: – confirma la necesidad de que en las escrituras de préstamo hipotecario se exprese en forma numérica el diferencial aplicable al tipo de referencia IRS, al amparo de los artículos 23 de la Ley 5/2019 y 28 de la Orden EHA/2899/2011 de

28 de octubre, modificado por la orden ECE/482/2019 de 26 de abril; – y confirma asimismo la necesidad de expresar dicho diferencial en la inscripción de constitución de hipoteca, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 12.2 y 258.2 de la Ley Hipotecaria (…).

Por su parte, el notario otorgante vino a argumentar que la expresión numérica del mencionado diferencial no era necesaria en la medida en que, para su cálculo, hay que considerar el último dato publicado por el Banco de España a la fecha que más se aproxime a la contratación del préstamo, y al tratarse de un dato histórico, su determinación no ofrecería mayor problema.

3. Decisión de la DGSJFP

La DG considera que el diferencial cuestionado ha de expresarse numéricamente, exigencia que, en su opinión, resultaría de las previsiones contenidas en el art. 23 LCCI y en el art. 28 de la Orden EHA/2899/2011 (en particular, el último inciso de este precepto establece que el diferencial así calculado se incorporará al documento contractual en todos aquellos préstamos sujetos a la LCCI), así como de la obligación de dar al cliente información clara y comprensible sobre las condiciones directamente relacionadas con el reembolso anticipado (cfr. art. 9 LCCI), y de la exigencia de constancia registral de las cláusulas financieras (art. 12 LH), entre las que la DG estima que se encuentra la comisión o compensación por reembolso anticipado.

4. Comentario

El diferencial cuya expresión se cuestiona en la resolución anotada es el único dato relativo a la compensación o comisión por reembolso anticipado cuya expresión numérica puede conocerse en el momento de la celebración del contrato, pues, aunque nada concreta al respecto la LCCI, el art. 28 de la Orden EHA/2899/2011 sí establece expresamente que *el diferencial así calculado se incorporará* al documento contractual. Adicionalmente, al referirse al reembolso anticipado, añade también la sección 9ª de la FEIN (contenida en el anexo II de la LCCI) que "en la rúbrica relativa a la comisión de reembolso anticipado, el prestamista señalará a la atención del prestatario todas las comisiones u otros gastos que este deba abonarle como compensación en el momento del reembolso anticipado *y, si es posible, indicará su importe*". Parece, pues, que el régimen de determinación aplicable al diferencial indicado no es el de determinación por referencia, sino el de determinación numérica. Con todo, esta comprensión de la regla de determinación contractual parece exagerada y poco congruente con la oscuridad y difícil comprensión de la fórmula aplicable para calcular esta compensación o comisión por

reembolso anticipado, regulada hasta en tres lugares (art. 23 LCCI, art. 28 de la Orden EHa/1899/2011 y norma 15ª de la Circular 5/2012), y mensualmente complementada con las correspondientes resoluciones del Banco de España. En el mar de ítems relevantes para calcular el importe de esta compensación o comisión en cada momento (repárese en la complejidad de la fórmula comprendida en los diversos preceptos señalados), la indicación del diferencial en cuestión no puede por sí solo contener información suficiente sobre cuál va a ser el importe de la comisión o compensación por amortización anticipada, que es lo que está exigiendo la sección 9ª de la FEIN (que alude al importe de la compensación, si fuera posible, no a uno de los ítems que integran la fórmula que permitirá determinarla). Esta difícil comprensión de la trascendencia financiera de la referida compensación o comisión en absoluto puede paliarse con la mera indicación del diferencial al que se refiere el último inciso del art. 28 de la Orden EHA/2899/2011. Cierto que los datos numéricos que faltan no constan en el momento de la celebración del contrato, pero me parece de una gran candidez pensar que el cliente está más informado sobre el impacto financiero que tendrá su decisión de amortizar anticipadamente por el hecho de que la escritura contenga la expresión numérica del tan repetido diferencial, sobre todo, cuando, además, no es libremente determinable por el prestamista, sino que depende de lo que en cada caso reflejen las resoluciones del Banco de España. Un simple paseo por el bosque de conceptos y la enorme extensión de las reglas de cálculo de esta compensación o comisión revela la inanidad que para el cliente representa conocer cuál es el importe numérico del meritado referencial.

Por otra parte, si realmente el indicado diferencial ha de determinarse mediante expresión numérica, ¿cómo proceder a la hora de cumplir los deberes de información y el protocolo notarial de transparencia establecido la LCCI y su normativa de desarrollo? Si la escritura tarda en firmarse (¡son tantos los extremos a comprender y los destinatarios de esta información…!), y los tipos publicados por el Banco de España que son necesarios para el cálculo del diferencial a aplicar son actualizados (recuérdese que los tipos de referencia a estos efectos se publican mensualmente), ¿habrá que volver a iniciar el proceso de información del prestamista/intermediario, tal vez incluso también el protocolo notarial de transparencia? Recordemos que el meritado diferencial no es de fijación discrecional por las partes, sino que su importe viene determinado por aplicación de la fórmula imperativa establecida en el art. 28.2 de la Orden EHA/2899/2011.