

Asesoramiento en la Ley de crédito inmobiliario*

Fernando Zunzunegui
Abogado y Economista.
Profesor de Derecho del Mercado Financiero,
Universidad Carlos III de Madrid
fernando.zunzunegui@uc3m.es

ÍNDICE: 1. Preliminar. 2. Régimen jurídico. 3. Noción. A. Noción legal. B. Distinción de figuras afines. 4. Clases. 5. Naturaleza y caracteres. 6. Reserva de actividad y denominaciones. 7. Principios de actuación. 8. Elementos. A. Objeto. B. Sujetos. C. Forma. 9. Conocimientos y competencias. 10. Iter contractual. A. Perfilación del cliente. B. Análisis de productos. C. Evaluación de la adecuación. D. Recomendación. E. Seguimiento. 11. Obligaciones de información. 12. Remuneración. 13. Responsabilidad contractual. 14. "Asesoramiento" del notario. 15. Referencias bibliográficas.

1. Preliminar

El asesoramiento financiero es una actividad que crea expectativas en los clientes¹. En un mercado cada vez más complejo contar con la asistencia de un experto resulta esencial². Sirve para prevenir eventualidades que pueden resultar traumáticas para el cliente. En este sentido, el asesoramiento en operaciones de crédito inmobiliario es una de las actividades comprendidas en la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (en adelante, "LCCI" o "la

*Destinado a su publicación en la obra *Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario. Estudios y comentarios*, Ed. Civitas, 1ª edición, 2020.

¹Véase parágrafo 63 del preámbulo de MCD.

²Véase Alessandro NIGRO, A. "Linee di tendenza delle nuove discipline di trasparenza. Dalla trasparenza alla 'consulenza', *Diritto della banca e del mercato finanziario*", 1/2011, pp. 11-22, para quien se trata de una asistencia que puede derivar en asesoramiento (p. 17), una visión paternalista que puede llevar a la "desresponsabilización" del cliente (p. 21).

Ley")³. Ya era una actividad regulada en el mercado del crédito⁴, pero recibe en el crédito inmobiliario una atención especial⁵.

La Directiva 2014/17/UE ("MCD", por sus siglas en inglés) pretende reforzar la protección del consumidor que contrata créditos inmobiliarios de tal modo que se evite una concesión irresponsable de crédito, con riesgo de sobreendeudamiento de los prestatarios, que perjudique la solvencia de los prestamistas y comprometa la estabilidad del sistema financiero. Se refuerza la transparencia y se utiliza como principal herramienta adicional la evaluación de la solvencia. Se trata de lograr un crédito adecuado a las necesidades de los prestatarios. Con este objetivo y con el fin de recuperar la confianza de la clientela se regula la prestación de asesoramiento por parte de prestamistas e intermediarios⁶. Los créditos asesorados deben pasar el filtro de la "idoneidad"⁷, lo cual contribuye al crédito responsable, objetivo principal de la directiva.

La complejidad que puede alcanzar el crédito inmobiliario y la posible existencia de conflictos de intereses aconsejaban regular este tipo de asesoramiento y distinguir su independencia como un servicio de valor añadido. Se siguen los pasos del sistema MiFID que rige en el mercado de valores⁸, que tras calificar el asesoramiento de servicio de inversión⁹, pasa a regularlo con intensidad, atendiendo a los conflictos que estaba generando¹⁰.

La creciente complejidad de las operaciones de crédito inmobiliario, con cláusulas con derivados implícitos, como los suelos y techos en los préstamos a interés variable o las cláusulas multdivisas, y su combinación o vinculación con seguros y otros productos financieros justifican

³Cuyo objeto comprende las normas de conducta aplicables a los asesores (art. 1 II final LCCI). Véase Alicia AGÜERO ORTIZ, Capítulo VIII, "Normas de conducta y servicios de asesoramiento", en Ángel CARRASCO (dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*, 2019, pp. 389-441; y Rafael PEREA ORTEGA, "Capítulo X - El asesoramiento en préstamos inmobiliarios", en *Comentarios a la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario*, coordinado por José María LÓPEZ JIMÉNEZ, 2019, pp. 295-327.

⁴Véase arts. 5.1 y 13.2 Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito (en adelante, "Ley 2/2009"), que establece requisitos de transparencia para los asesores, especiales para los independientes (arts. 19.2 y 22.4).

⁵Hasta 35 veces se utiliza el término "asesoramiento" en la LCCI. La Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo (LCC), ni siquiera menciona el asesoramiento.

⁶Para instaurar la confianza es fundamental "exigir que se preste asesoramiento al servicio de los intereses de los consumidores", dice el preámbulo de la MCD. Véase Alberto LUPOI, "La Direttiva 17/2014, Il mercato dei crediti immobiliari e la consulenza al credito (EU Directive 17/2014 on Mortgages to Consumers Clients)" *Banca, Borsa, Titoli di Credito*, 2016, p. 234 ss.

⁷Corresponde a los Estados miembros "aclarar cómo ha de evaluarse la idoneidad de un determinado producto" (párrafo 65 preámbulo MCD).

⁸Debido a que los inversores dependen cada vez más de las recomendaciones personalizadas, es conveniente incluir el asesoramiento en materia de inversión entre los servicios de inversión sujetos a autorización", según dice el párrafo 3 del preámbulo de la Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros (MiFID I), referencia repetida en el párrafo 70 del preámbulo de MiFID II, que reconoce "la dependencia cada vez mayor de los inversores de recomendaciones personalizadas". Si bien hay coincidencia en la presencia de conflictos de intereses y en la complejidad que revisten los productos comercializados, hay que tener en cuenta la diversa posición que ocupa el banco en el mercado de valores, de asesor sobre productos propios o de colocador captador de fondos, y en el mercado del crédito, como prestamista con oferta o no de productos combinados o vinculados. Véase Alberto LUPOI, "La Direttiva 17/2014, Il mercato dei crediti immobiliari e la consulenza al credito (EU Directive 17/2014 on Mortgages to Consumers Clients)" *Banca, Borsa, Titoli di Credito*, 2016, p. 250.

⁹Anexo I (5) MiFID I.

¹⁰Arts. 24 y 25 Directiva 2014/65/UE, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros (MiFID II). Respecto de la gestión de los conflictos de intereses, también se sigue el sistema MiFID, utilizando la transparencia como mejor herramienta de protección del cliente. Véase Pierre-Henri CONAC, *Mis-selling of subordinated debt and other junior liabilities and weaknesses of MiFID (I)*, European Parliament, 2018; y, del autor, *Mis-selling of Financial Products: Mortgage Credit*, European Parliament, 2018.

regular el asesoramiento en este tipo de operaciones¹¹. El crédito hipotecario ha pasado de ser un producto de relativa simplicidad a un producto complejo de alto riesgo. Para poder seguir comercializando este producto resultaba conveniente ir más allá de las explicaciones del prestamista, identificando el servicio de asesoramiento a través del cual el asesor valora el producto atendiendo al perfil del cliente para recomendarle el producto que mejor se adapta a sus necesidades.

2. Régimen jurídico

Al asesoramiento en el crédito inmobiliario se dedica el art. 19 LCCI, desarrollado por el capítulo II del Real Decreto 309/2019, de 26 de abril. Es un régimen basado en la protección del cliente a través de la transparencia, con "independencia a la carta"¹². Este régimen fija la *lex artis* aplicable al asesor. Las lagunas se integran, por analogía, con las normas más detalladas que existen para el asesoramiento en materia de inversión y, subsidiariamente, por las normas del contrato de mandato del Derecho común, al tratarse de una actuación de carácter fiduciario en el mejor interés del cliente¹³.

Tanto las entidades como los intermediarios de crédito llamados a asesorar disponen de otras normas que regulan su actividad. La Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, recoge el estatuto de estas empresas, en el cual se integran las normas especiales del crédito inmobiliario, incluidas las relativas al asesoramiento¹⁴.

A su vez, la Ley 2/2009, de 31 de marzo, regula determinadas actividades de los intermediarios de crédito, distintos de las entidades de crédito, incluido el asesoramiento en la concesión de créditos. De tal modo que el asesoramiento en el crédito a consumidores ofrecido por este tipo de intermediarios, distinto del previsto en la LCCI, se rige por lo dispuesto en la Ley 2/2009.

La Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito no se ocupa del asesoramiento. No obstante, la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, dedica su artículo 10 al «Asesoramiento en materia bancaria» «con el fin de garantizar que la prestación de este servicio bancario se realice siempre en mejor interés del cliente, y valorando adecuadamente su situación

¹¹Como dice el Tribunal Supremo, en el ámbito de mercado de valores los encargos conferidos por los ahorradores "están en función de la complejidad de los mercados de valores que, prácticamente, obliga a los inversores a buscar personas especializadas en los referidos mercados que les asesoren y gestionen lo mejor posible sus ahorros" (STS 20 de enero de 2003). Se supera el principio de no injerencia del banquero en las operaciones del cliente, obligando a adaptar la oferta a las necesidades del cliente, de un lado, y abstenerse de recomendar operaciones inadecuadas, de otro.

¹²La independencia del asesor no es un requisito esencial del contrato. Es una mera opción voluntaria. Si se ejercita pasa a aplicarse un régimen más estricto, con prohibición de recibir incentivos del prestamista cuyo producto se recomienda. Véase art. 4.1.b) Real Decreto 309/2019, de 26 de abril, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario y se adoptan otras medidas en materia financiera (en adelante, "Real Decreto 309/2019").

¹³«Fiduciario» entendido como relación de confianza en la que el cliente se pone en manos del profesional. No en el sentido del «trust» anglosajón. Véase Joaquín GARRIGUES, *Negocios fiduciarios en el derecho mercantil*, Editorial Civitas, 2016, *passim*. "Nevertheless, it must be recognized that the institution of the trust plays a very important role in business affairs, especially in banking" (Garrigues, J., "Law of Trusts" *American Journal of Comparative Law*, vol. 2, no. 1, Winter 1953, p. 35).

¹⁴En este sentido, la supervisión y régimen sancionador están expresamente integradas: véase arts. 34.1, 46, 47, 48.1 y Disposición final duodécima LCCI.

y el conjunto de servicios disponibles en el mercado” y distinguirlo de la “directa comercialización por parte de las entidades de sus propios productos”.¹⁵

Tampoco en la legislación del crédito al consumo se regula el asesoramiento¹⁶. Lo cual no está justificado pues la prevención del sobreendeudamiento que justifica la regulación del asesoramiento en el crédito inmobiliario también es un objetivo a tener en cuenta en el crédito al consumo.

3. Noción

a. Noción legal

La LCCI define los "Servicios de asesoramiento" como “toda recomendación personalizada que el prestamista, el intermediario de crédito inmobiliario o el representante designado haga a un prestatario concreto respecto a uno o más préstamos disponibles en el mercado”¹⁷.

Esta definición se diferencia de la recogida en MCD,¹⁸ tanto en los sujetos como en el objeto de la actividad. Respecto de los sujetos, la definición de la Ley española sustituye la referencia al consumidor por prestatario, en coherencia con el ámbito de la Ley, que comprende a todo prestatario persona física, sea o no consumidor¹⁹. Por otro lado, añade que la recomendación se haga a un prestatario "concreto", incidiendo en el carácter personal del servicio. A su vez, en relación con el profesional que presta el servicio, la Ley española enumera quienes pueden prestarlo, ya sea el prestamista, el intermediario o su representante, lo cual es reiterado más adelante al reservar a estos sujetos la prestación de este tipo de servicios²⁰.

Respeto del objeto, la noción de la Ley española destaca algunos elementos que no se recogen en la definición de la MCD y silencia otros que están presentes en dicha definición. Así, la Ley califica el asesoramiento de "recomendación" sobre préstamos "disponibles en el mercado". El primer inciso no entraña diferencias desde el punto de vista sistemático, ya que tanto en el preámbulo como en el articulado de la MCD se identifica asesoramiento con recomendación. Sin embargo, la referencia a los préstamos "disponibles en el mercado" supone un error, pues dicha característica solo se predica de un tipo de asesoramiento, el que prestan los intermediarios "no vinculados"²¹.

Por otro lado, la noción legal omite la referencia a que el asesoramiento debe constituir una actividad aparte de la "concesión" o "intermediación". Dicha omisión se salva en el art. 3.1 del

¹⁵ Según preámbulo EHA/2899/2011. El art. 10 de esta norma específica “la obligación de las entidades de actuar en el mejor interés del cliente, basándose en un análisis objetivo y suficientemente amplio de los servicios bancarios disponibles en el mercado, y considerando tanto la situación personal y financiera del cliente, como sus preferencias y objetivos”.

¹⁶ Véase Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo.

¹⁷ Art. 4 (20) LCCI. En general, el asesoramiento en materia bancaria se define como “toda recomendación personalizada que la entidad haga para un cliente concreto respecto a uno o más servicios bancarios disponibles en el mercado” (art. 10 final Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios).

¹⁸ Art. 4 (21) MCD, según el cual por "servicios de asesoramiento" se entiende “la prestación de asesoramiento personalizado a un consumidor con respecto a una o varias operaciones de contratos de crédito, cuando constituya una actividad aparte de la concesión del crédito y de las actividades de intermediación de crédito”.

¹⁹ Art. 2.1 LCCI.

²⁰ Véase Art. 19.1. LCCI.

²¹ Véase art. 19.4 (c), característica destacada en el preámbulo y en el art. 22.3 (c) MCD.

Real Decreto 309/2019, según el cual el servicio de asesoramiento “constituirá una actividad distinta de las de concesión o intermediación”. Es un contrato informativo²² y autónomo. El asesor, como tal, no intermedia o concede créditos. Cuestión distinta es que la Ley configure el asesoramiento como actividad accesoria de intermediarios y prestamistas.

La iniciativa para contratar el asesoramiento puede venir del prestatario o, como suele ser habitual, del prestamista o intermediario²³. No se cuestiona esta circunstancia, por lo que no se incluye en la noción legal²⁴.

Estamos ante una definición imperativa cuyo centro de gravedad se sitúa en la "recomendación personalizada"²⁵.

La "recomendación personalizada" no es mera información²⁶. Se diferencia de la información en su poder de persuasión. Recoge la opinión de un profesional en un mercado caracterizado por la complejidad con una capacidad natural de influir en la decisión del cliente.

La recomendación es personalizada cuando se dirige a una persona atendiendo a sus circunstancias individuales, por estar basada o adaptada a su perfil. No obstante, con buen criterio no se incluye en la noción legal la circunstancia de que el asesoramiento se presente como adaptado al cliente²⁷. La adaptación a los intereses del cliente es una mera norma de conducta de carácter disciplinario. No pertenece al concepto.

Por lo demás, la recomendación debe recaer sobre "uno o más préstamos". Nada impide que la recomendación recaiga sobre el préstamo que mejor se adapte a los intereses del cliente. En todo caso, será el cliente quien decida contratar el préstamo recomendado o alguno de los préstamos recomendados. Dar la opción sobre dos o más productos no convierte la recomendación en asesoramiento genérico²⁸.

b. Distinción de figuras afines

El asesoramiento no se confunde con una mera orientación técnica. Los prestamistas e intermediarios están obligados a informar del contenido y los riesgos de los productos con las explicaciones adecuadas, pero solo están obligados a asesorar cuando así lo hayan contratado con el cliente²⁹.

²²En este sentido, en el asesoramiento de inversiones el asesor debe abstenerse de tocar el dinero o los valores objeto del contrato. Véase el art. 152.1.d) II LMV.

²³Según el apartado 4.1 del Libro Blanco de la Comisión Europea sobre la integración de los mercados de crédito hipotecario de la UE, COM(2007) 807 final, de 18 de diciembre de 2007

²⁴En la noción del asesoramiento de inversiones sí se recoge que no se ve afectado por quien tenga la iniciativa [art. 140 (g) LMV; art. 4.1 (4) MiFID II]. También contiene este inciso la definición de asesoramiento del art. 2.1(15) Directiva 2016/97, de 20 de enero de 2016, sobre la distribución de seguros (IDD).

²⁵Al igual que en el concepto de asesoramiento de inversiones del art. 140 (g) LMV, que transpone el art. 4.1 (4) MiFID II. El legislador interviene ante una actividad no consolidada desde la perspectiva jurídica.

²⁶“Es preciso distinguirlo de la información, que no es sino una mera descripción del producto”, dice el apartado 3.2 final del Libro Blanco de la Comisión Europea sobre la integración de los mercados de crédito hipotecario de la UE, COM(2007) 807 final, de 18 de diciembre de 2007.

²⁷Inciso incluido en Italia en la noción de asesoramiento de inversiones criticado por Marcello MAGGIOLO, *Servizi ed attività d'investimento, prestatori e prestazione*, Giuffrè, 2012, p. 276.

²⁸Véase apartado 4.1 del Libro Blanco de la Comisión Europea sobre la integración de los mercados de crédito hipotecario de la UE, COM(2007) 807 final, de 18 de diciembre de 2007.

²⁹El preámbulo MCD refleja esta separación entre información y asesoramiento: “Aunque la FEIN debe ser personalizada y reflejar las preferencias manifestadas por el consumidor, el suministro de dicha información

La asistencia técnica es parte inescindible de la intermediación y de la concesión. Intermediarios y prestamistas deben facilitar al prestatario las "explicaciones adecuadas" sobre el contrato que se ofrece al objeto de que pueda calibrar si se adapta a sus necesidades y a su situación financiera³⁰. En la fase previa a la formalización del contrato, el prestamista responderá a las consultas que le formule el prestatario³¹. En este marco, el Gobierno está habilitado para dictar disposiciones relativas a la "asistencia adecuada" al prestatario³². Estas explicaciones, consustanciales a la actividad profesional del intermediario o prestamista, no se confunden con el asesoramiento, aunque esta asistencia viniera calificándose de forma impropia como "asesoramiento técnico". De lo anterior resulta que es preferible reservar el uso del término "asesoramiento" para aquellas actividades comprendidas en la noción legal³³.

La información personalizada que debe suministrar el prestamista en la fase precontractual tampoco constituye asesoramiento³⁴. Carece de la opinión del profesional, elemento esencial para considerar que existe asesoramiento. Una cosa es informar y otra asesorar. Recibida la información, el cliente podrá decidir con conocimiento de causa si contrata o no el préstamo. Para que exista además asesoramiento se requiere la orientación o consejo del prestamista profesional. En uno y otro caso es el cliente quién decide, pero en la relación asesorada tras recibir la recomendación personalizada del profesional en una relación fiduciaria basada en confianza. Conviene destacar que en operaciones complejas y de riesgo lo natural es dejarse llevar por el consejo profesional. De ahí, la importancia de identificar el asesoramiento y someterlo a un régimen especial en protección del cliente no profesional.

El asesoramiento tampoco se confunde con la opinión del analista, quien no se pronuncia sobre la adecuación de productos concretos a las necesidades de un determinado cliente³⁵.

Por otro lado, la información genérica recogida en la publicidad³⁶ o incluida en las condiciones generales predispuestas por los prestamistas e inscritas en el correspondiente registro no constituyen asesoramiento³⁷. Le falta individualización y adaptación al caso concreto.

personalizada no debe implicar una obligación de proporcionar asesoramiento" (parágrafo 44). A su vez, se refiere a la "asistencia" de prestamistas o intermediarios, de manera que el prestatario pueda entender qué repercusiones puede tener el producto sobre su situación económica, sin que dichas explicaciones constituyan "de por sí una recomendación personal" (parágrafo 48).

³⁰Véase art. 16.1 MCD dedicado a las "Explicaciones adecuadas", obligación recogida en los arts. 9 y 10 LCCI.

³¹Art. 14.2 LCCI.

³²Disposición final 15.^a.1.a) LCCI.

³³En este sentido tampoco resulta adecuado hablar de "cuasi-asesoramiento", término utilizado por Alicia AGÜERO ORTIZ ("Capítulo VIII. Normas de conducta y servicios de asesoramiento", en Ángel CARRASCO PERERA (dir.), *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*, 2019, pp. 391, 396 y 439), quien no obstante precisa que se trata de una "prestación de asistencia" que no constituye servicio de asesoramiento (p. 391). La asistencia no es casi asesoramiento, es algo distinto. En la asistencia no hay recomendación personalizada.

³⁴Véase art. 10 LCCI.

³⁵Véase art. 36 Reglamento Delegado (UE) 2017/565 de la Comisión.

³⁶Conviene señalarlo ante la mezcla de conceptos del preámbulo de la Ley 2/2009, al indicar que "la publicidad deberá cumplir las exigencias establecidas por la normativa aplicable al préstamo o crédito sobre el que recae el asesoramiento".

³⁷Véanse arts. 6, 7 y 9 LCCI. En la doctrina, Segismundo ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, "Publicidad genérica versus información personalizada en la Ley de Contratos de crédito inmobiliario", 10 junio 2019, distingue conceptos y clarifica funciones. Disponible en: <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/publicidad-generica-versus-informacion-personalizada-en-la-ley-de-contratos-de-credito-inmobiliario/>

En este mismo sentido, el asesoramiento no se confunde con la "planificación financiera". El planificador da orientaciones generales a medio y largo plazo sobre tipos de productos, incluidos los crediticios.

A su vez, conviene distinguir entre gestión y asesoramiento, aunque en la práctica es habitual que se combinen. Entre las actividades que pueden desarrollar las entidades de crédito que gozan de pasaporte europeo se encuentra la "gestión o asesoramiento en la gestión de patrimonios"³⁸. De hecho, el asesoramiento de patrimonios puede comprender el servicio de asesoramiento en crédito inmobiliario. Pero la "gestión de patrimonios" excluye el asesoramiento. Entre el gestor y el asesor hay una base común: ambos evalúan al cliente y analizan los productos que pueden ser adecuados. Pero se distinguen por su objeto principal: en el asesoramiento, la recomendación; en la gestión, la toma de decisiones. Si la decisión la toma el banco, no hay asesoramiento.

El asesor recomienda, el cliente decide. Algo tan simple se confunde con frecuencia en el asesoramiento de inversiones al mezclarlo con la gestión, en un híbrido que la doctrina y la jurisprudencia califican de "gestión asesorada"³⁹. En el asesoramiento en el crédito inmobiliario no hay lugar a confusión. El prestamista o intermediario asesora al cliente sobre el mejor crédito atendiendo a su perfil y a la gama de productos objeto de análisis, y es el cliente quien decide si sigue la recomendación y contrata el producto, y –en este último caso– suscribe el contrato.

Por lo demás, el "asesoramiento empresarial", que también se encuentra entre las actividades de las entidades de crédito que gozan de pasaporte europeo, se distingue del asesoramiento al crédito inmobiliario por su objeto y por los sujetos a quienes se dirige. Respecto del objeto, comprende el asesoramiento sobre "estructura del capital, de estrategia empresarial y de cuestiones afines, así como asesoramiento y servicios en el ámbito de las fusiones y de las adquisiciones"⁴⁰. Respecto de los sujetos a los que se dirige, son empresas, frente al asesoramiento al crédito inmobiliario, cuyo marco legal se circunscribe a las personas físicas, en particular consumidores⁴¹.

4. Clases

El asesoramiento es una actividad accesoria a la concesión o intermediación. Se puede prestar de forma vinculada o no vinculada. La vinculación puede ser a una empresa o grupo⁴² o a varias empresas o grupos; y, siendo a varias, no representen a la mayoría del mercado⁴³.

La vinculación delimita el alcance de la gama de productos que deben ser analizados para prestar el servicio. Los asesores que presten un servicio vinculado "deben basarse en un análisis objetivo

³⁸Punto 11 del Anexo Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.

³⁹Confusión aclarada por la mejor doctrina: "La gestión asesorada de carteras es básicamente un contrato de asesoramiento porque las operaciones de inversión las ejecuta el intermediario financiero (asesor o no) previa decisión concreta de cliente asesorado" (Alberto J. TAPIA HERMIDA, Capítulo 5 "Asesoramiento y gestión discrecional de carteras", en ZUNZUNEGUI, F. (dir.), *Regulación Financiera y Fintech*, Madrid, 2019).

⁴⁰Punto 9 del Anexo Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.

⁴¹Véase art. 2.1 LCCI.

⁴²"Grupo" queda definido en el art. 4 (6) LCCI como "grupo de prestamistas que deban ser objeto de consolidación para la elaboración de las cuentas consolidadas, según la definición de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas".

⁴³Véase art. 4 (7) LCCI.

y suficientemente amplio de productos” que pueden ser “de su gama de productos”. A su vez, los asesores no vinculados deben analizar “los productos disponibles en el mercado”⁴⁴.

En cualquier caso, recomendarán uno o varios contratos de préstamo entre los analizados siempre que “sean adecuados a las necesidades, situación financiera y circunstancias personales del prestatario”⁴⁵.

Los asesores no vinculados pueden utilizar el distintivo de “independiente” cuando cumplan ciertos requisitos. Lo habitual es la vinculación tanto en el asesoramiento del crédito como en el de inversiones, por la prevalencia del multiservicio con latente conflicto de intereses, implícitamente reconocido por el legislador⁴⁶.

Los asesores independientes tienen prohibido cobrar incentivos. En particular, tienen expresamente prohibido percibir remuneraciones del prestamista o de cualquier tercero interesado en la operación⁴⁷. Además, deben presentar al potencial prestatario al menos tres ofertas vinculantes de prestamistas⁴⁸. Este requisito se toma de la Ley 2/2009, de intermediación en el crédito⁴⁹. No está justificado. El asesor, tras evaluar el perfil del cliente y analizar la gama de productos disponibles en el mercado, puede recomendar uno o varios productos. De hecho, el ofrecer tres productos cuando exista uno que sea el que mejor satisface el interés del cliente, crea confusión y diluye la función de la recomendación como elemento esencial del contrato. En cualquier caso, los bancos y demás prestamistas asumen la carga de colaborar con los asesores independientes. A su petición deben hacerles entrega de la correspondiente oferta vinculante. El incumplimiento de este deber puede llegar a ser sancionado⁵⁰.

La obligación de acompañar tres ofertas vinculantes se circunscribe a los asesores que voluntariamente hayan decidido distinguirse como independientes, de tal modo que los intermediarios de crédito que ofrezcan asesoramiento en el ámbito de la LCCI no tienen por qué calificarse de independientes y, si no usan ese distintivo, no tienen por qué ofrecer tres ofertas vinculantes. Podrán hacerlo si resulta pertinente atendiendo al perfil del cliente y al análisis de la correspondiente gama de productos, pero no están obligados.

5. Naturaleza y caracteres

El asesoramiento al crédito inmobiliario es una actividad sometida a control administrativo cuyo ejercicio da lugar a relaciones contractuales entre el prestador y el cliente.

⁴⁴El art. 19.4.c) se refiere sólo a los intermediarios y sus representantes para regular el alcance de la gama de productos que deben analizar, pero pueden existir prestamistas que asesoren de forma no vinculada, a quienes también les resultará de aplicación esta regulación.

⁴⁵Art. 19.4 LCCI, literales b) y c).

⁴⁶C on referencias doctrinales a la “ilusión o mito de la neutralidad” (véase, Michele DE MARI, “La ‘nueva consulenza’ in materia di investimenti tra fattispecie e disciplina”, en *La Nuova Disciplina degli Intermediari dopo le direttive MiFID: prime valutazioni e tendenze applicative*, dirigido por Michele DE MARI, 2009, p. 160).

⁴⁷Art. 4.1 b) Real Decreto 309/2019, de conformidad con art. 22.4 segundo b) MCD; precepto que, por analogía, debe interpretarse a la luz del régimen de los incentivos en el asesoramiento de inversiones (véanse arts. 62 y 63 Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión).

⁴⁸Exigencia no incluida en MCD, pero admitida por art. 22.4 final.

⁴⁹Véase art. 22.4 de la Ley 2/2009. El art. 19.3 II Ley 2/2009, con una ambigua redacción, califica el asesoramiento que regula de “independiente”, planteamiento distinto a la LCCI, que no considera elemento esencial del contrato la independencia. Este artículo presume, en todo caso, que existe asesoramiento independiente cuando se presenten tres ofertas vinculantes que –en una argumentación circular– obliga a ofrecer en el art. 22.4.

⁵⁰Como infracción grave o muy grave, cuando sean de especial relevancia (véase art. 46 LCCI).

Desde la perspectiva del Derecho administrativo, es un servicio accesorio que pueden prestar los prestamistas e intermediarios. Es una actividad autónoma, con su propia fisonomía, pero accesoria a la principal de dar crédito o intermediar. Sorprende –y puede parecer incoherente– que siendo una actividad accesoria se regule con mayor rigor que la principal. Tanto quien se dedica a la concesión o intermediación como quienes además asesoran deben cumplir los principios de actuación en el mercado de crédito inmobiliario. Deben actuar “de manera honesta, imparcial, transparente y profesional”⁵¹; pero quien asesora debe, adicionalmente, “actuar en el mejor interés del prestatario”⁵², un plus de calidad que configura “una actividad distinta de las de concesión e intermediación”⁵³. Deja de ser un servicio instrumental para lograr autonomía⁵⁴. De hecho, se habilita la posibilidad de que existan personas dedicadas en exclusiva a asesorar en crédito inmobiliario⁵⁵.

Como decimos, quienes además de dar crédito asesoran, se someten al principio de actuar en el mejor interés del prestatario, por lo que deben anteponer el interés del cliente al propio. Luego lo principal, desde la perspectiva de la protección del prestatario, es saber si se presta o no asesoramiento. La relación –aunque compleja– es única, de tal modo que el prestamista o intermediario que asesora asume el deber de actuar en el mejor interés del cliente.

Desde la perspectiva contractual, el asesoramiento es un contrato basado en la confianza. Pertenece a la categoría de los contratos de colaboración. Se encuadra dentro del actuar por cuenta y en interés de otro⁵⁶. Es un contrato nominado que pertenece a la familia de los contratos de asesoramiento financiero, junto al asesoramiento en materia de inversiones⁵⁷ y el asesoramiento respecto de la contratación de seguros⁵⁸.

El asesoramiento participa del carácter fiduciario del contrato de gestión de patrimonios o de carteras de inversión –el asesor debe actuar en el mejor interés del cliente⁵⁹–; pero no se confunde con ellos pues tiene autonomía y objeto distinto, de carácter informativo. No es un contrato de gestión.

La LCCI lo tipifica y dota de un régimen legal, completado con su desarrollo reglamentario y los criterios de las autoridades financieras. Podemos hablar de tipo legal porque la Ley ofrece su noción, recoge sus principales características y su contenido.

⁵¹Art. 5.1 LCCI.

⁵²Art. 19.4 (d) LCCI.

⁵³Art. 3.1 final RD 309/2019.

⁵⁴ Para Vicente Cuñat Edo y Rafael Marimón Durá: “ha de tratarse de un servicio aparte, con sustantividad propia, en coherencia con el modo en que el servicio aparece definido en la Directiva 2014/17/UE”, en “El asesoramiento en materia de crédito inmobiliario”, CASTILLO MARTÍNEZ, C. (Coordinadora), *La nueva regulación de los contratos de crédito inmobiliario*, Madrid, 2020, p. 321.

⁵⁵Art. 19.1 (2) final LCCI.

⁵⁶Véase Gian Luca Greco, *La consulenza nel mercato finanziario tra diritto speciale e diritto comune*, 2012, p. 115. El hecho de que el asesoramiento no produzca efectos inmediatos en el patrimonio del cliente, no impide considerar que el asesor actúa por cuenta y en interés del cliente (*ibidem*, p. 97).

⁵⁷Art. 140.1.g) LMV.

⁵⁸Véase Art. 20 IDD. El art. 129.1 Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea, incluye el asesoramiento en el ámbito de la distribución de seguros, y el art. 155.1 caracteriza a los corredores de seguros como asesores.

⁵⁹Véase art. 19.4 (d) LCCI.

Se rige por la LCCI como ley especial, integrado por el régimen de los demás contratos de la familia del asesoramiento financiero⁶⁰, que se aplican por analogía y, subsidiariamente, por el mandato mercantil, es decir, por el contrato de comisión, contrato de derecho común que más se ajusta a su contenido⁶¹.

En el crédito inmobiliario, el asesoramiento debe prestarse en mejor interés del cliente. Encuentra su disciplina más adecuada en el ámbito del mandato, figura que recoge los principios de común aplicación a todos los contratos de colaboración. Según el art. 1709 del Código civil, por el contrato de mandato se obliga una persona a prestar algún servicio por cuenta o encargo de otra, concepto que comprende el encargo de un cliente a una entidad financiera para que le asesore. Es además un mandato mercantil, pues su objeto es un acto de comercio, en concreto, un servicio financiero cuya prestación queda reservada a determinados empresarios, siendo siempre el mandatario un empresario, dedicado de forma habitual con ánimo de lucro al asesoramiento y otras actividades relacionadas con el crédito inmobiliario.

El asesor debe atenerse a las preferencias y objetivos del cliente. También debe atender a su situación financiera y circunstancias personales. Tras esta evaluación, debe inferir de la información recibida del cliente las instrucciones que debe seguir en la prestación del servicio⁶².

Parte de la doctrina califica el asesoramiento financiero, en particular el asesoramiento en materia de inversión, de "arrendamiento de servicios"⁶³. Pero la especialidad del objeto, que en sí mismo es un servicio financiero en el ámbito del crédito inmobiliario, lo descarta. Forma parte de una categoría especial. No se trata de la compra de trabajo ajeno, sino de contratar un servicio financiero en el ámbito de la actividad de un empresario financiero. Frente al arrendamiento de servicios que es un contrato *intuitu personae*, el asesoramiento financiero es un contrato de empresa. El empleado o representante que se relaciona con el cliente no es parte del contrato. La contraparte del cliente es la empresa financiera que presta el servicio y responde de su correcta prestación. Esta consideración se refuerza en el asesoramiento automatizado⁶⁴. Con el Robo-Advice, la relación es establecida con la plataforma vía aplicación sin contacto humano⁶⁵.

Por lo demás, encuadrarlo en el ámbito de "contrato de servicios" carece de utilidad al no estar tipificado este contrato en Derecho español. Dicho encuadramiento solo puede tener interés a

⁶⁰ Al corredor de seguros, asesor de cliente, se le aplican supletoriamente las normas de la comisión mercantil: "Las relaciones entre el corredor de seguros y el cliente derivadas de la actividad de distribución de seguros, se regirán por los pactos que las partes acuerden libremente y, supletoriamente, por los preceptos que el Código de Comercio dedica a la comisión mercantil (Art. 156.2 Real Decreto-ley 3/2020).

⁶¹Incluso en Italia, donde según el art. 1703 del Código civil el mandatario se obliga a cumplir actos jurídicos, la doctrina encuadra el asesoramiento financiero en el ámbito del mandato. Véase Gian Luca Greco, "Il merchant banking e la consulenza alle imprese", en CAPOBIANCO, E. (dir.), *I contratti bancari*, Utet Giuridica, 2016, pp. 1744-1745.

⁶²Véase en este sentido art. 220.2 LMV.

⁶³Véase Francesco CARBONETTI, *I contratti di intermediazione mobiliare*, 1992, p. 119. En este sentido, el Diccionario del español jurídico, define "asesor", como: "Profesional que presta el servicio de asesoramiento, en la materia propia de su especialidad, normalmente en régimen de arrendamiento de servicios".

⁶⁴Con efectos sobre la responsabilidad, pues "*nella consulenza automatizzata il danno all'investitore potrà derivare non solo da un comportamento umano, ma anche da un difetto di progettazione o da un malfunzionamento del software*" CONSOB, *La digitalizzazione della consulenza in materia di investimenti finanziari*, QUADERNI FINTECH, núm. 3, enero 2019, p. 82.

⁶⁵BAKER, T.; DELLAERT, B., "Regulating robo advice across the financial services industry", *Iowa L. Rev.*, 2017, vol. 103, pp. 726-727, quienes consideran que: "helping consumers choose the best mortgage is a complicated matching problem that a well-designed algorithm could execute on a more personalized, consistently accurate basis than a human" (p.726).

efectos interpretativos⁶⁶. No existe una categoría única que comprenda todos los contratos en los que una de las partes se obliga frente a la otra a prestar un servicio. Lo que existen son categorías jurídicas autónomas de prestación de servicios, siendo el contrato de comisión del Código de comercio el que mejor se ajusta a la naturaleza y contenido del asesoramiento financiero, como normativa de carácter supletorio⁶⁷.

La existencia de una recomendación como elemento típico del contrato podría llevar a considerar su cercanía con el "contrato de obra", con cierta analogía con el contrato de auditoría. Pero no cabe esta consideración. El asesoramiento es un contrato por cuenta y en interés del cliente. Crea una relación fiduciaria que no se da en el contrato de obra.

6. Reserva de actividad y denominaciones

El asesoramiento en materia de crédito inmobiliario no es una actividad de libre ejercicio. Queda reservada a los prestamistas e intermediarios, quienes también pueden prestarla a través de sus representantes⁶⁸.

También pueden prestar asesoramiento personas que ejerzan profesiones reguladas que no excluyan la intermediación o el asesoramiento en crédito inmobiliario y presten estos servicios de forma accesoria, pero "íntimamente relacionada" con la principal⁶⁹. Entendemos que, de conformidad con esta extensión de la reserva, los agentes de la propiedad inmobiliaria sometidos a los Estatutos colegiales aprobados por el Real Decreto 1294/2007, de 28 de septiembre, y sometidos a su propio Código deontológico, podrían prestar, como actividad accesoria vinculada a la principal, asesoramiento en crédito inmobiliario. Para hacerlo deberán acreditar los conocimientos y competencias del art. 16 LCCI y someterse a los principios y demás normas de conducta que rigen este tipo de asesoramiento.

A su vez, el Banco de España, así como las autoridades de las comunidades autónomas competentes, están habilitadas para reconocer que quienes ya presten servicios de asesoramiento sin ser prestamistas, intermediarios o representantes registrados, puedan asesorar en crédito inmobiliario pero sometidos a la regulación y supervisión de esta actividad⁷⁰. Surge así la posibilidad de personas que se dedican en exclusiva a asesorar en crédito inmobiliario⁷¹.

⁶⁶Véase José Antonio ESCARTÍN IPIÉNS, "El contrato de servicios", 14 marzo 2013, con referencias a los Principios de Derecho Contractual Europeo que inspiran el Borrador de Anteproyecto de la Comisión de Codificación sobre el Libro IV, Título VI del Código Civil bajo la rúbrica "Contrato De Servicios", que ofrece un concepto genérico omnicomprendivo de todas las prestaciones de servicio, con exclusiones expresas, asignando al Código Civil el carácter de Derecho supletorio de aquellos contratos de servicios que tengan establecida una regulación propia. Ese sería el caso del asesoramiento regulado en la LCCI. Disponible en <https://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2013-contrato-de-servicios.htm#4concepto>.

⁶⁷En este sentido, José Luis GARCÍA PITA considera que la comisión mercantil "absorbe el elemento objetivo del Contrato de Servicios, en su propia definición" (en "El contrato mercantil de servicios", *Anuario da Faculdade de Direito*, núm. 1, 1997, p. 319).

⁶⁸Art. 19.1 primero LCCI, de conformidad con lo dispuesto en el art. 22.6 MCD.

⁶⁹Art. 19.1 segundo LCCI, según lo dispuesto en el art. 22.6 MCD, que admite que la actividad profesional no esté regulada sino sometida a un código deontológico.

⁷⁰Art. 19.1 segundo inciso final LCCI, de conformidad con art. 22.6 segundo c) MCD. Es difícil identificar a quien se está refiriendo esta previsión legislativa. En el desarrollo reglamentario realizado por el Real Decreto 309/2019, no se contiene ninguna referencia a esta habilitación. Podría utilizarse para facilitar la prestación de asesoramiento hipotecario en el ámbito de los espacios de prueba proyectados (*Regulatory Sandbox*). Véase Proyecto de Ley para la transformación digital del sistema financiero, 121/000003, de 25 de febrero de 2020.

⁷¹Algo paralelo a las empresas de asesoramiento financiero (EAF) del mercado de valores.

Esta reserva se extiende al uso de la denominación profesional. Solo los prestamistas o intermediarios habilitados para asesorar pueden utilizar las expresiones "asesor", "asesoría", "asesoramiento", o términos que resulten en la práctica análogos, en particular en la publicidad y en la información precontractual⁷². De este modo, se protege la autenticidad en la prestación del servicio. Solo quienes prestan el servicio de asesoramiento pueden identificarse en el tráfico con ese distintivo. Prima la autenticidad.

Por otro lado, el prestamista o intermediario que no ofrezca el servicio debe señalarlo de forma expresa y clara en la información precontractual y, por supuesto, no puede usar como distintivo profesional los vocablos que identifican en el tráfico a los asesores.

Del mismo modo, sólo quien se ha registrado como "independiente" puede hacer uso de este distintivo.

Los contratos de asesoramiento celebrados por persona no habilitada son nulos de pleno Derecho por ser contrarios a norma imperativa⁷³, sin perjuicio, de las consecuencias sancionadoras por constituir una infracción administrativa muy grave⁷⁴.

El asesoramiento sobre operaciones de crédito distintas de las comprendidas en el ámbito de la LCCI es libre. No requiere autorización y se somete al Derecho común. No obstante, si lo realiza un prestamista o intermediario se somete a los principios y normas de conducta que rigen para estos operadores. Son operaciones accesorias que se someten al estatuto personal del profesional prestador del servicio.

7. Principios de actuación

Los asesores deben actuar "de manera honesta, imparcial, transparente y profesional, respetando los derechos y los intereses de los prestatarios"⁷⁵, "en el mejor interés del prestatario, informándose de las necesidades y circunstancias del prestatario, y recomendándole contratos de préstamo adecuados"⁷⁶.

La recomendación debe ser adecuada al perfil del cliente. Rige el principio de adecuación, de ahí el deber de evaluar la idoneidad del asesoramiento. Quienes presten el servicio deben garantizar que se ofrezcan al prestatario "productos adecuados a sus necesidades y circunstancias"⁷⁷.

Los principios de actuación de los prestamistas se aplican desde el diseño de los productos, en su fase de "elaboración"⁷⁸. Los fabricantes deben implementar políticas y procedimientos internos que aseguren que los productos "se diseñen y comercialicen minimizando los conflictos de interés, a partir de las necesidades, intereses y objetivos del público al que van destinados, cualquiera que sea el canal empleado"⁷⁹. Para cumplir con la adecuación, el asesoramiento debe

⁷²Art. 3.2 Real Decreto 309/2019, sin llegar a prohibir el uso de dichas denominaciones a los asesores vinculados como sugiere a los Estados miembros el art. 22.4 MCD.

⁷³Así lo dispone el art. 3.II LCCI.

⁷⁴Art. 46.1.b) LCCI.

⁷⁵Art. 5.1 LCCI.

⁷⁶Art. 19.4 (d) LCCI.

⁷⁷Parágrafo 64 MCD.

⁷⁸Art. 5.1 LCCI.

⁷⁹Disposición adicional quinta, sobre requisitos de gobernanza relativos a los contratos de crédito inmobiliario, Real Decreto 309/2019.

atender al filtro que proporciona el gobierno de productos, de tal modo que el asesor debe respetar el mercado objetivo establecido en el diseño del producto y no recomendar créditos a prestatarios situados fuera de dicho mercado. Este filtro es flexible, pues el prestamista podrá desviarse del mercado objetivo si lo justifica convenientemente y ello implica mayor protección para el cliente⁸⁰. La importancia de esta limitación se refleja en las obligaciones de conocimientos del personal que asesora. A este personal se le exige con "especial incidencia"⁸¹ un "conocimiento adecuado que permita identificar correctamente a las personas del mercado objetivo para las que se ha diseñado el préstamo inmobiliario"⁸². Hay pues un doble filtro de adecuación, el de mercado establecido por el gobierno de productos, y el individual, que da lugar a la recomendación personalizada.

Por lo demás, en el servicio de asesoramiento rige el principio de autenticidad. Debe mostrarse como tal de forma expresa. En el mercado de valores, la CNMV ha constatado que las entidades se presentan de forma habitual como asesores cuando en realidad actúan como comerciales.⁸³ De este modo atraen la confianza de los inversores y promueven la contratación. Estas prácticas resultan contrarias a la buena fe. Desde el punto de vista de la protección del cliente es esencial que conozca el servicio que recibe, quién es su interlocutor y si se trata de un vendedor o de su asesor. Para solucionar este problema, en el mercado del crédito inmobiliario se adoptan cuatro medidas que refuerzan la transparencia en la contratación del asesoramiento:

- Se exige que el servicio de asesoramiento sea objeto de un contrato específico;
- Se reserva la expresión "asesor" a quien de verdad preste el servicio; y
- Se exige a los intermediarios o prestamistas que no vayan a asesorar que señalen de forma expresa y clara en la información precontractual que no van a prestar este servicio.
- Se condiciona el uso del distintivo de asesor "independiente".

8. Elementos

Como contrato típico, la Ley marca el perímetro objetivo y subjetivo del asesoramiento, así como la forma que debe revestir el contrato.

a. Objeto

El objeto típico del contrato de asesoramiento es la "recomendación personalizada". La existencia de asesoramiento se hace depender de la recomendación, que debe recaer sobre uno o más

⁸⁰Aplicando por analogía el art. 75.4 LMV.

⁸¹Art. 32 ter.4 Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, añadido por Orden ECE/482/2019, de 26 de abril.

⁸²Art. 32 bis.1 l) Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, añadido por Orden ECE/482/2019, de 26 de abril.

⁸³Véase la nota de la CNMV de 22 de febrero de 2017 sobre el ejercicio de "cliente misterioso" o "mystery shopping", según la cual: "Se ha detectado que con frecuencia se formulan verbalmente recomendaciones implícitas que son percibidas como asesoramiento por los clientes" lo que viene a confirmar que "se presta un verdadero servicio de asesoramiento sin que el cliente lo advierta con claridad y sin que las propias entidades lo clasifiquen o reconozcan como tal y, en consecuencia, apliquen las reglas propias del mismo." Con antelación, la CNMV ya había calificado estas prácticas de "operaciones de venta asesorada sin cumplir con los requisitos legales" en su *Guía sobre la prestación del servicio de asesoramiento en materia de inversión*, 23 diciembre 2010, p. 7.

préstamos comprendidos en el ámbito de la Ley. Un asesoramiento sin recomendación sería como una guitarra sin cuerdas.

Una recomendación es la expresión de una opinión profesional, resultado del análisis y valoración de la información recibida u obtenida en el proceso de evaluación. Al ser la opinión de un profesional en un ámbito caracterizado por la complejidad, suele ser muy relevante para la adopción de decisiones por parte de la clientela.

Transmitir información no es recomendar. La recomendación “incorpora algún elemento subjetivo, juicio de valor u opinión”⁸⁴.

Una recomendación personalizada debe ser individualizada, destinada a determinada persona con la que el asesor mantiene la relación contractual. Es indiferente de quien haya partido la iniciativa. Se debe adaptar al prestatario valorando la coherencia con sus necesidades y objetivos.

En el asesoramiento puntual, la labor del asesor se agota con la comunicación al cliente de la recomendación. No obstante, lo habitual es un asesoramiento continuado combinado con la prestación de otros servicios, en particular con la concesión de crédito. De hecho, el asesoramiento se concibe como una actividad accesoria del prestamista o intermediario. Se establece una relación de confianza de carácter fiduciario, en la que se conoce al cliente, se evalúa su perfil y se analiza determinada gama de productos para recomendarle los más adecuados a sus intereses. Acto seguido, el cliente decide si suscribe o no el producto recomendado a través del intermediario o directamente con el prestamista.

La recomendación personalizada es la prestación típica determinante de la responsabilidad del prestador. Si bien, no hay una previsión expresa de llevar un registro de las recomendaciones realizadas⁸⁵. No obstante, la llevanza de un registro de recomendaciones es una buena práctica que permite probar su existencia y contenido, útil en caso de que se plantee un contencioso. De existir tal registro, el cliente tendrá derecho de acceso al mismo.

b. Sujetos

El asesoramiento en el crédito inmobiliario ha pasado de ser una actividad libre a ser una actividad regulada. Para acceder al ejercicio de la profesión de asesor se requiere estar habilitado como prestamista o intermediario de crédito inmobiliario. Salvo las excepciones mencionadas⁸⁶, sólo pueden asesorar los prestamistas y los intermediarios, directamente o a través de representantes designados. Su contraparte son las personas físicas o consumidores que en el ámbito de la Ley contraten ser asesorados⁸⁷.

⁸⁴CNMV, *Guía sobre la prestación del servicio de asesoramiento en materia de inversión*, 23 diciembre 2010, p. 3, donde se considera esencial una “correcta y rigurosa utilización del lenguaje para no generar confusión al cliente sobre el servicio prestado”.

⁸⁵Frente a las obligaciones de registro previstas para el asesoramiento de inversiones. Véase art. 32.3 Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión.

⁸⁶Recogidas en el art. 19.1 II LCCI.

⁸⁷Los sujetos del contrato son el cliente y el asesor. El cliente, o "prestatario" es la persona física que contrata el servicio. Entendiendo prestatario en un sentido amplio que comprende tanto al prestatario como al potencial prestatario. El art. 4 (1) LCCI define al "prestatario" como “toda persona física que sea deudor de préstamos que estén garantizados mediante hipoteca sobre bienes inmuebles de uso residencial o cuya finalidad sea la adquisición o conservación de terrenos o inmuebles construidos o por construir”. Alineándose el ámbito subjetivo con el propio de la Ley del mercado de valores que al “cliente minorista”, sea o no consumidor.

Los prestamistas pueden ser entidades de crédito u otros profesionales del crédito, incluidas las personas físicas⁸⁸; de tal modo que –como ya sucede en el asesoramiento de inversiones⁸⁹– pueden dedicarse al asesoramiento crediticio empresarios personas físicas.

Los asesores de crédito inmobiliario deben acreditar ante el Banco de España tener conocimientos y experiencia adecuados. No obstante, conviene aclarar que no estamos ante una relación *intuitu personae* en sentido estricto. Conviene reiterar que el prestador del servicio es la empresa habilitada. El personal del prestamista que mantiene la relación directa con el prestatario no es parte del contrato ni asume responsabilidad por la incorrecta prestación. La prestación puede ser en línea a través de plataformas de Robo-Advice. Quien es parte del contrato y responde del mismo es el prestamista o intermediario⁹⁰.

c. Forma

El asesoramiento es un servicio que se presta al cliente, con quien se mantiene un vínculo contractual⁹¹. La Ley contractualiza la relación. Debe existir un contrato con un contenido mínimo. Es un paso adelante en la necesaria clarificación del asesoramiento financiero. Frente a lo que ocurre en el asesoramiento de inversiones, en el que solo se exige la formalización de un contrato cuando se lleven a cabo una evaluación periódica de la idoneidad⁹², en el asesoramiento en el crédito inmobiliario siempre se exige un contrato previo a la prestación del servicio.

Hay una secuencia entre la recomendación y la decisión sobre la contratación del producto, de tal modo que se podría relegar la exigencia de formalización de la relación contractual a la toma de decisión como ocurre en el asesoramiento de inversiones⁹³. Sin embargo, en el asesoramiento crediticio se exige formalizarlo mediante un contrato específico desde el primer momento, sin que esta exigencia queda condicionada al momento posterior y eventual de adquisición del producto.

La existencia de una recomendación personalizada sobre un crédito inmobiliario hace presumir que existe asesoramiento, con independencia de que el prestador haya o no cumplido con la exigencia formal de suscribir un contrato. Cómo se ofrece es determinante⁹⁴. La realización del perfil de crédito del cliente, incluyendo sus objetivos, puede servir para acreditar la prestación del

⁸⁸Art. 4 (2) LCCI.

⁸⁹Véase art. 153 LMV.

⁹⁰Gioacchino LA ROCCA, “Appunti sul contratto relativo alla prestazione del servizio di consulenza in materia d’investimenti”, *Il Caso*, 88/2007, p. 3. Disponible en <http://www.ilcaso.it/articoli/88.pdf>

⁹¹ En general, para el asesoramiento en materia bancaria: “Cuando las entidades de crédito y los clientes decidan suscribir un contrato de servicio bancario de asesoramiento deberán informar expresamente a los clientes de esta circunstancia” (art. 10 inicial Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios).

⁹²Art. 58 Reglamento Delegado (UE) 2017/565 de la Comisión, de 25 de abril de 2016, por el que se completa la Directiva 2014/65/UE, al que remite el art. 218 LMV, aspecto también contemplado por el art. 77 Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión.

⁹³Véase art. 218.2 LMV que permite asesorar en inversiones sin necesidad de formalizar la relación en un contrato. Existe obligación de suscribir un contrato cuando concurra otro servicio de inversión como puede ser la intermediación para la ejecución de la orden del cliente, orden que puede haber originado la recomendación.

⁹⁴Aplicando por analogía la STJUE de 30 de mayo de 2013, asunto C-604/11, según la cual “la cuestión de si un servicio de inversión es un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente”. Véase, para el asesoramiento de inversiones STS, Pleno, 769/2014, 12 de enero de 2015.

servicio de asesoramiento⁹⁵. Si existe opinión del profesional, se considera que dicha recomendación presupone la existencia de un contrato de asesoramiento⁹⁶.

No hay obligación de asesorar. Para que quepa hablar de "*una obligación de aconsejar o de efectuar recomendaciones personalizadas en esta materia, (...) –más allá de la mera defensa de los intereses del comitente, derivada del deber de lealtad y propia del funcionamiento de una relación de confianza– es preciso que dicha prestación se hubiera pactado, en alguna de las formas en que los contratantes pueden llegar al consentimiento, o que deba considerarse integrada en el contenido negocial por otra vía*" (STS 243/2013, de 18 de abril).

Hay quien considera que la prestación de un asesoramiento no solicitado genera una situación semejante a un cuasicontrato, aunque reconoce que si la entidad decide asesorar asume la obligación de cumplir las normas de conducta, pues se trata de obligaciones *ex lege*⁹⁷.

En el contrato de asesoramiento debe constar su "contenido, alcance y condiciones". Debe constar la remuneración o su carácter gratuito⁹⁸. Cuando se vayan a recibir incentivos del prestamista, en forma de retribución o comisión, debe constar su cuantía. Por incentivo, se entiende cualquier retribución o comisión, directa o indirecta, recibida del potencial prestamista comprendido en el ámbito de la recomendación.

9. Conocimientos y competencias

Los asesores deben contar con los requisitos de conocimientos y competencias reglamentados⁹⁹. Se aplican en el mercado del crédito los criterios recogidos en la Guía de la CNMV para los asesores de inversiones, pero reduciendo las exigencias de formación atendiendo a "la menor complejidad que representan los préstamos inmobiliarios respecto al asesoramiento en productos de inversión"¹⁰⁰.

En caso de asesoramiento automatizado, la empresa asesora deberá asegurarse de que el personal comprenda la tecnología y los algoritmos utilizados¹⁰¹.

El prestador de servicios de crédito inmobiliario debe contar con un plan de formación con políticas y procedimientos sobre conocimientos y competencia efectivas bajo la responsabilidad de los administradores y control del encargado del cumplimiento normativo. Estas exigencias se refuerzan para el personal que asesora. Se considera que el asesoramiento es un servicio con

⁹⁵En relación con el test de idoneidad propio del asesoramiento de inversiones, cfr. STS 384/2014, 7 de julio.

⁹⁶En el mercado de valores, la cuestión de si un servicio de inversión es un asesoramiento en materia de inversión "no depende de la naturaleza del instrumento financiero en qué consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente" (STJUE 30 de mayo de 2013; doctrina aplicada por las SSTS 384/2014 y 385/2014).

⁹⁷Véase BERCOVITZ ÁLVAREZ, R.; y BORGIA SORROSAL, S., "El contrato de asesoramiento", en YZQUIERDO TOLSADA, M. (dir.), *Colección Contratos. Tomo XI. Contratos del mercado de valores*, Aranzadi, 2014, p. 357.

⁹⁸En general, para el asesoramiento en materia bancaria, las entidades de crédito "salvo que el servicio sea gratuito y así se le haga saber al cliente, habrán de recibir una remuneración independiente por este concepto" (art. 10 inicial Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios).

⁹⁹Art. 16 LCCI, que transpone el art. 9 MCD, desarrollado por la Orden ECE/482/2019, de 26 de abril, por la que se modifica la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, incluyendo una sección dedicada a los "conocimientos y competencia". Véase del autor "Capítulo VIII - Evaluación de la solvencia. Requisitos de conocimientos y competencia", en *Comentarios a la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario*, coordinado por José María López Jiménez, 2019, pp. 251-257.

¹⁰⁰Véase exposición de motivos de la Orden ECE/482/2019, de 26 de abril.

¹⁰¹Véase Directrices ESMA relativas a determinados aspectos de los requisitos de idoneidad de la MiFID II, de 6 de noviembre de 2018, número 100, p. 30.

características fiduciarias determinante para la toma de decisiones por parte del cliente prestatario. Como servicio de expertos, requiere especial cualificación. Por esta razón, el personal que asesora debe acreditar 65 horas de formación inicial, y 15 anuales de formación continua, con especial incidencia en el conocimiento de los préstamos inmobiliarios y sus mercados, riesgos asociados, servicios accesorios y el gobierno del producto, incluido el mercado objetivo y el diseño¹⁰².

10. Iter contractual

El asesoramiento es un servicio de prestación continuada. El asesor debe identificar al cliente, evaluar su perfil y analizar una gama de productos para ofrecerle el adecuado.

a. Perfilación del cliente

El asesoramiento parte del perfil del cliente para dar lugar a una recomendación adecuada. Sin conocer al cliente no se le puede asesorar. El servicio se debe basar “en una comprensión adecuada de la situación financiera del consumidor y de sus preferencias y objetivos”¹⁰³.

Los asesores deben informarse sobre las circunstancias del prestatario, con información obtenida del propio prestatario y por otros medios, sobre su situación personal y financiera, así como sobre sus preferencias y objetivos¹⁰⁴. El alcance de la información dependerá de las características del cliente y del préstamo. Por ejemplo, en un préstamo en moneda extranjera, habrá que informarse sobre los conocimientos y experiencia del cliente en el mercado de divisas y sobre la moneda en que perciba la mayor parte de sus ingresos.

Los asesores deben organizarse de tal modo que puedan “asegurarse de que la información recogida sobre sus clientes sea fiable y coherente, sin confiar indebidamente en la autoevaluación de los clientes”¹⁰⁵.

b. Análisis de productos

Los asesores vinculados deben tomar en consideración un número suficientemente grande de créditos "de su gama de productos"¹⁰⁶. Sin embargo, los no vinculados deben considerar un número suficientemente grande de contratos de préstamo "disponibles en el mercado".

En cualquier caso, sean o no vinculados, deben recomendar los contratos que "sean adecuados a las necesidades, situación financiera y circunstancias personales del prestatario". La vinculación no condiciona el objetivo de recomendar los productos adecuados. Lo que no se exige es independencia, pues en el asesoramiento vinculado basta con analizar productos "de la casa", dejando fuera otros productos que ofrece el mercado que pudieran ser más adecuados al perfil del

¹⁰²Art. 32 ter Orden EHA/2899/2011, en el que se reducen a menos de la mitad la duración de la formación en relación con la exigida para asesorar en materia de inversión, justificándolo en el preámbulo de la Orden ECE/482/2019 que añade el precepto “por la menor complejidad que representan los préstamos inmobiliarios respecto al asesoramiento en productos de inversión”.

¹⁰³Parágrafo 64 MCD, conocido como *Know Your Customer* (KYC).

¹⁰⁴Art. 19.4 (a) LCCI, inciso reiterado de forma innecesaria en el art. 5.2. Al facilitar la información para elaborar el perfil, el cliente se convierte de algún modo en productor del crédito (véase Alberto LUPOLI, “La Direttiva 17/2014, Il mercato dei crediti immobiliari e la consulenza al credito (EU Directive 17/2014 on Mortgages to Consumers Clients)” Banca, Borsa, Titoli di Credito, 2016, p. 237.

¹⁰⁵Directriz general n.º 4 de la Directrices ESMA relativas a determinados aspectos de los requisitos de idoneidad de la MiFID II, de 6 de noviembre de 2018, que consideramos aplicable por analogía.

¹⁰⁶Art. 19.4 (b) LCCI

cliente. Es una adecuación limitada que delimita la aplicación del principio de actuar “en el mejor interés del prestatario”.

c. Evaluación de la adecuación

La evaluación de la adecuación de la recomendación al perfil del cliente constituye el momento central del asesoramiento. Tras recibir esta información deben evaluar al cliente antes de recomendarle un producto, analizando con información actualizada los riesgos a lo largo de la vigencia de la operación que se vaya a proponer, con "hipótesis razonables" sobre los riesgos que pasaría a asumir el prestatario a lo largo de la vigencia del contrato¹⁰⁷. Esta evaluación debe permitir recomendar uno o varios préstamos adecuados a su perfil a través de una recomendación personalizada.

Según la jurisprudencia del asesoramiento de inversiones, el deber que pesa sobre el asesor no se limita a cerciorarse de que el cliente conoce bien en qué consiste el producto que contrata y los concretos riesgos asociados al mismo, sino que además “debe evaluar que, en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, es lo que más le conviene”¹⁰⁸. De hecho, en el asesoramiento lo esencial y consustancial es la adecuación del producto a las necesidades del cliente. Quien analiza los riesgos es el asesor y la información de los riesgos al cliente queda en un segundo plano. El asesoramiento es un filtro profesional que evita tomar malas decisiones al limitar la oferta a productos adecuados.

La recomendación no puede basarse exclusivamente en la evaluación de la solvencia. La evaluación de la solvencia permite valorar el riesgo de crédito, en interés del propio prestamista y del prestatario¹⁰⁹; pero el asesoramiento requiere una evaluación que va más allá de la solvencia. El asesoramiento es una recomendación en interés del cliente para que adquiera el producto más adecuado a su perfil, atendiendo a su capacidad de cumplimiento del contrato, pero también de otras muchas circunstancias personales; en suma, atendiendo a su "perfil de crédito"¹¹⁰.

d. Recomendación

La recomendación es el acto a través del cual se manifiesta el asesoramiento. Tras perfilar al cliente, analizar la gama de productos y evaluar la adecuación, el asesor comunica al cliente la recomendación personalizada.

La evaluación es instrumental. Se recogen informaciones personalizadas y se analizan los productos con el fin de recomendar un determinado producto adecuado al perfil del cliente. Como resultado de la evaluación, se pueden recomendar uno o varios productos adecuados al cliente.

Al cliente le interesa recibir una recomendación adecuada a sus intereses. No le basta con recibir una recomendación distante, resultado del trabajo técnico del asesor. Lo que le interesa es que la

¹⁰⁷Véase parágrafo 64 MCD.

¹⁰⁸STS 290/2019, de 23 de mayo de 2019 (ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas), con cita de otras anteriores: SSTs 460/2014, de 10 de septiembre, 769/2014, de 12 de enero de 2015, y 102/2016, de 25 de febrero).

¹⁰⁹Sobre la evaluación de la solvencia, véase del autor, “Capítulo VIII - Evaluación de la solvencia. Requisitos de conocimientos y competencia”, en *Comentarios a la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario*, coordinado por José María López Jiménez, 2019, pp. 231-251.

¹¹⁰Véase Alberto LUPOI, “La Direttiva 17/2014, Il mercato dei crediti immobiliari e la consulenza al crédito”, *Banca, Borsa, Titoli di Credito*, 2016, p. 245.

recomendación tenga la cualidad de satisfacer sus necesidades, por ser adecuada a su perfil. Hay una obligación de medios, de dar cumplimiento al mandato de asesorar¹¹¹.

e. Seguimiento

En principio, el contrato de asesoramiento se configura como un contrato de duración que se extiende a toda la relación contractual. Siendo el contrato de préstamo hipotecario un contrato a largo plazo, el asesoramiento lo acompaña toda su vida. Es un contrato de tracto sucesivo, de tal modo que el prestador del servicio queda obligado a velar de forma continua por los intereses del cliente y debe, entre otras obligaciones, mantenerle siempre informado y alertarle de las alteraciones que puedan afectar al crédito contratado, que hicieren urgente su reestructuración, cancelación anticipada o cualquier otra actuación¹¹². Antes de proponer una actuación, el asesor debe realizar “un análisis de los costes y beneficios que implicaría un cambio, de tal modo que las empresas sean razonablemente capaces de demostrar que los beneficios que se esperan de dicho cambio son mayores que los costes”¹¹³. La evaluación es dinámica, pues debe ser actualizada por toda la duración del contrato¹¹⁴.

No obstante, puede pactarse un asesoramiento limitado en el tiempo que se agota con la entrega al cliente de la recomendación¹¹⁵.

11. Obligaciones de información

Al prestatario se le protege a través de la transparencia. Se obliga al asesor a informar con el objetivo de que el cliente comprenda el servicio que contrata, las condiciones en que se presta y la relevancia de la recomendación¹¹⁶. Hay obligaciones precontractuales, contractuales y posteriores a la contratación.

Antes de contratar hay que informar de que se va a prestar o se tiene previsto prestar asesoramiento, de la vinculación o independencia con que se va a prestar y, en consecuencia, sobre la gama de productos que va a ser analizada para su prestación. Se debe informar sobre la necesidad de la evaluación y de su función para poder actuar en el mejor interés del cliente¹¹⁷.

Constituye una buena práctica que el asesor advierta al prestamista de los riesgos específicos que puede entrañar la contratación debido a su situación financiera¹¹⁸. Esta advertencia no constituye asesoramiento. Es una obligación de información reforzada que se incrusta en la labor de asesor.

¹¹¹Véase Gian Luca GRECO, *La consulenza nel mercato finanziario tra diritto speciale e diritto comune*, 2012, p. 117.

¹¹²Cfr. art. 269 CCom.

¹¹³Directriz general n.º 10 de las Directrices ESMA relativas a determinados aspectos de los requisitos de idoneidad de la MiFID II, de 6 de noviembre de 2018, que consideramos aplicable por analogía.

¹¹⁴La evaluación periódica debe ser al menos anual, aplicando por analogía el art. 54.13 Reglamento Delegado (UE) 2017/565, de 25 de abril de 2016, por el que se completa la Directiva 2014/65/UE en lo relativo a los requisitos organizativos y las condiciones de funcionamiento de las empresas de servicios de inversión.

¹¹⁵Al igual que se reconoce en el asesoramiento en materia de inversión.

¹¹⁶Se siguen los criterios desarrollados en el sistema MiFID, según el cual conviene advertir al cliente del servicio de asesoramiento del coste del asesoramiento, las razones que justifican las recomendaciones, en qué se basan, qué tipo de productos se manejan, si el asesoramiento es de carácter independiente y si se ofrece una evaluación periódica (véase parágrafo 72 preámbulo MiFID II).

¹¹⁷Aplicando por analogía la primera directriz general de la Directrices ESMA relativas a determinados aspectos de los requisitos de idoneidad de la MiFID II, de 6 de noviembre de 2018.

¹¹⁸Previsión del art. 22.5 MCD abierta a los Estados miembros, no recogida en la transposición al Derecho interno.

Hay que informar de la gama de productos que va a ser analizada, señalando las consecuencias que tiene limitar el análisis, en particular, a productos propios. En estos casos, existe un claro conflicto de intereses que debe ser gestionado. La primera línea de defensa para el prestatario es el necesario aviso, de forma comprensible, de que el análisis se reduce a la gama de productos del propio prestamista.

Lo natural sería que el prestamista no asesorase sobre sus propios productos. De hecho, en aquellos casos en que el prestamista ofrezca únicamente productos propios se considera que no está ofreciendo un servicio de asesoramiento¹¹⁹. Esta norma no exime del deber de informar de que no se está prestando el servicio de asesoramiento. No es correcto presentarse como si fuera asesor para captar la confianza del cliente en una labor comercial.

La oferta de préstamos no asesorada no exime al prestamista de respetar los intereses del prestatario¹²⁰, pero le exime de evaluar la adecuación del producto a las necesidades, situación financiera y circunstancias personales del prestatario. El prestamista que además asesora va más allá de la necesaria evaluación de la solvencia y del deber de abstenerse dar crédito ante una evaluación negativa. Debe evaluar el perfil del cliente, incluidas sus preferencias, y recomendarle el producto más adecuado. Sus obligaciones como asesor se entienden “sin perjuicio de las obligaciones de información al prestatario”¹²¹.

La función principal del asesor no es superar la asimetría informativa que existe entre el prestamista profesional y el cliente¹²². Su misión es analizar y recomendar, en el mejor interés del cliente de conformidad con su perfil, el crédito que mejor se adapta a sus necesidades. Es el asesor quien analiza los riesgos en por cuenta y en interés del cliente. Actúa como filtro para evitar ofertas inadecuadas (*mis-selling*)¹²³.

12. Remuneración

Los asesores de crédito inmobiliario pueden fijar libremente los honorarios que cobren a sus clientes. Deberán recogerlo en el contrato. Pueden cobrar directamente del cliente o cobrar de

¹¹⁹Art. 3.5 Real Decreto 309/2019. Si bien esta presunción contrasta con el criterio recogido en el epígrafe 45 del preámbulo de MiFID II, según el cual las “entidades de crédito que distribuyan instrumentos financieros emitidos por ellas mismas deben ajustarse a lo dispuesto en la presente Directiva cuando presten servicios de asesoramiento a sus clientes”. Quien se presenta como asesor y solo recomienda productos propios, también se somete al régimen y a la responsabilidad del asesor. No puede utilizarse este precepto reglamentario para excluir de responsabilidad al asesoramiento más habitual que es el que tiene lugar en las sucursales de las entidades por empleados que recomiendan al cliente contratar los préstamos que otorga la propia entidad. Hay que interpretar que estamos ante un precepto confirmatorio de la actuación en el mejor interés del cliente que obliga en el asesoramiento vinculado a un análisis objetivo y suficientemente amplio de productos, que excluye recomendar solo y exclusivamente producto propio. Los productos analizados pueden ser de la gama de productos de la entidad, pero no solo de esta gama pues hay que incluir productos de terceros en el análisis. Esta interpretación es sistemática pues está en línea con la solución alcanzada para el asesoramiento de inversiones no independiente (véase art. 62 Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión). De esta forma se salva la invalidez del precepto reglamentario por ser contrario a la Ley que desarrolla. Véase sobre esta cuestión tan sensible CUÑAT EDO, V. y MARÍMÓN DURÁ, R., “El asesoramiento en materia de crédito inmobiliario”, en CASTILLO MARTÍNEZ, C. (Coordinadora), *La nueva regulación de los contratos de crédito inmobiliario*, Madrid, 2020, pp. 328 y 329.

¹²⁰Art. 5.1 LCCI.

¹²¹Art. 19.7 LCCI. Como prestamista deberá cumplir las obligaciones de información precontractual del art. 10 LCCI y la obligación de evaluar la solvencia del art. 11 LCCI.

¹²² Con matices, véase CUÑAT EDO, V. y MARÍMÓN DURÁ, R., “El asesoramiento en materia de crédito inmobiliario”, en CASTILLO MARTÍNEZ, C. (Coordinadora), *La nueva regulación de los contratos de crédito inmobiliario*, Madrid, 2020, pp. 342 y 343.

¹²³ Véase, en relación con el abuso en la colocación de préstamos con cláusulas suelo o multdivisas, del autor, *Mis-selling of Financial Products: Mortgage Credit*, European Parliament, 2018.

forma indirecta a través de las retrocesiones que reciban de los prestamistas, incluso pueden cobrar parte en honorarios y parte en retrocesiones¹²⁴. Si bien, como hemos anticipado, cuando se hayan identificado como independientes, tienen prohibido recibir "remuneración alguna" del prestamista o terceros interesados en la operación¹²⁵.

13. Responsabilidad contractual

El asesoramiento financiero, incluido el crediticio, es un contrato bilateral por el que el asesor asume una obligación de actividad, no de resultado. El asesor queda sujeto a responsabilidad cuando en la prestación del servicio incurra en dolo o negligencia. Habrá negligencia cuando el asesor incumpla las normas de conducta de la LCCI que rigen su actividad¹²⁶. Son, como sabemos, normas administrativas, de orden público, de carácter imperativo, útiles para integrar la diligencia debida frente al cliente, de conformidad con lo dispuesto en el art. 259 CCom.

Las obligaciones del asesor son de medios, en cuanto al cumplimiento tanto de las normas internas de organización empresarial y de formación de los empleados, como de las normas de conducta, pero también de resultado, en cuanto asume la obligación de comunicar al cliente recomendaciones personalizadas. Es una obligación de medios que tiene como resultado la recomendación.

De conformidad con el artículo 1.101 CC, el incumplimiento de las obligaciones profesionales puede dar lugar a la obligación de indemnizar los daños y perjuicios¹²⁷. El asesor responde cuando en el ejercicio de su actividad causa daño al cliente, por ejemplo, por recomendarle un crédito no adecuado a su perfil. Siendo el incumplimiento de sus obligaciones el título jurídico de imputación de la responsabilidad¹²⁸. Además, debe quedar acreditada la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño indemnizable. De lo que no responde en ningún caso el asesor es del resultado del crédito que eventualmente pueda haber contratado el cliente tras recibir la recomendación.

En materia de responsabilidad, habrá que estar a las circunstancias del caso concreto, teniendo en cuenta la rica jurisprudencia en relación con el asesoramiento de inversiones. Según esta jurisprudencia, las demandas de responsabilidad por asesoramiento incorrecto "son infundadas en el caso de contratación de estos productos, generalmente por importes elevados, cuando el contratante, pese a tener la consideración legal de minorista, tiene el perfil de inversor

¹²⁴En el asesoramiento sobre crédito inmobiliario regulado por la LCCI no existe la prohibición del art. 22.1 Ley 2/2009 de cobrar remuneraciones de los clientes por parte de los asesores vinculados.

¹²⁵Art. 4.1.b) Real Decreto 309/2019.

¹²⁶Según el art. 259 CCom, "El comisionista deberá observar lo establecido en las Leyes y Reglamentos respecto a la negociación que se le hubiere confiado, y será responsable de los resultados de su contravención u omisión".

¹²⁷En relación con la responsabilidad en el asesoramiento de inversiones existe abundante jurisprudencia. La STS 249/2019, de 6 de mayo, de la que es ponente Pedro José Vela Torres, tras citar las SSTS 677/2016, de 16 de noviembre, y 62/2019, de 31 de enero, "reconoce que, en el marco de una relación de asesoramiento prestado por una entidad de servicios financieros y a la vista del perfil e intereses de inversión del cliente, puede surgir una responsabilidad civil al amparo del art. 1101 CC, por el incumplimiento o cumplimiento negligente de las obligaciones surgidas de esa relación de asesoramiento financiero".

¹²⁸Según dice la STS de 30 de diciembre de 2014, no cabe descartar que el "incumplimiento grave de los deberes y obligaciones contractuales de información al cliente y de diligencia y lealtad respecto del asesoramiento financiero pueda constituir el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por los clientes como consecuencia de la pérdida".

experimentado y la información que se le ha suministrado, pese a que pudiera no ser suficiente para un inversor no experto, sí lo es para quien tiene experiencia y conocimientos financieros”¹²⁹.

14. "Asesoramiento" del notario

Con el fin de garantizar el cumplimiento de la transparencia material y, de algún modo, la inversión de la carga de la prueba ante un contencioso, la Ley condiciona la concesión de crédito inmobiliario al previo "asesoramiento" del notario. Entre las informaciones que debe recibir el cliente con una antelación mínima de diez días a la firma del préstamo se encuentra la advertencia de la obligación de recibir asesoramiento personalizado y gratuito del notario de su elección¹³⁰. El prestatario asume la carga de acudir al notario para ser asesorado sobre el contenido y las consecuencias de la información recibida del prestamista o intermediario. El notario hará constar en acta el asesoramiento recibido tras haber cumplido el prestamista con sus obligaciones de información. El cliente no asume un deber de comprender ni un deber de asesorarse para comprender lo que contrata. Es el profesional que ofrece el crédito quien está obligado a informar de forma clara y comprensible para que el cliente pueda comprender lo que contrata y es deber del notario controlar y verificar que el profesional ha cumplido con su obligación de informar en los términos establecidos en la Ley.

En un sentido no técnico, la Ley califica la orientación del notario al prestatario de "asesoramiento"¹³¹. Se pretende que la intervención del notario permita asegurar la transparencia material, es decir, la comprensión por parte del prestatario del contenido jurídico y económico de lo que contrata. Hasta en cinco ocasiones la LCCI califica de "asesoramiento" la labor del notario. Sin embargo, no se trata del asesoramiento definido en la propia LCCI, cuya prestación se reserva a los prestamistas e intermediarios, directamente o a través de sus representantes¹³². En este sentido, los notarios tienen prohibido hacer uso de la denominación de asesor financiero.

Además, es confuso imponer al notario un "asesoramiento neutral". El asesor actúa en interés del cliente. Esta confusión fue criticada por el Consejo de Estado, quien consideró en su dictamen al proyecto de Ley que el empleo del término "asesoramiento" para referirse a la función notarial introduce un elemento de confusión, mencionando como alternativa la referencia a "explicaciones adecuadas"¹³³.

El Consejo General de la Abogacía Española, en alegaciones al Consejo de Estado, parte de la inadecuación del término "asesoramiento", considerando más adecuado el de "consultoría", que convierte al notario en “una especie de auditor de las labores de información y observancia del ordenamiento por la entidad de crédito”, cuya intervención adquiere presunción de veracidad en perjuicio del consumidor al determinar una clara inversión de la carga de la prueba en perjuicio del usuario; para concluir que el consumidor precisa de un “asesoramiento de parte y pleno, que sólo le puede prestar un abogado”, aunque –añade– “necesariamente especializado”. Dicha "especialización" no puede ser otra que la derivada de acreditar los conocimientos y competencias

¹²⁹ATS de 29 mayo 2019 (ponente: Francisco Marín Castán).

¹³⁰Art. 14.1 (g) LCCI.

¹³¹Exposición de motivos y arts. 14.1 (g) y 15 LCCI.

¹³² En este sentido, Diego SIMÓ SEVILLA, “La intervención de notario en la Ley de contratos de crédito inmobiliario”, en CASTILLO MARTÍNEZ, C. (Coordinadora), *La nueva regulación de los contratos de crédito inmobiliario*, Madrid, 2020, pp. 1370-1371, quien destaca que: “El asesoramiento del notario es jurídico, no económico”, según ha quedado clarificado en nota informativa del Consejo General del Notariado (p. 1370).

¹³³Utilizada en el art. 16 MCD y 15.1 LCCI.

que la LCCI exige a los asesores. Es decir, que sólo podrán asesorar al cliente aquellos abogados que, además de su colegiación, tengan certificada la cualificación profesional propia de los asesores financieros.

15. Referencias bibliográficas

AGÜERO ORTIZ, A., “Capítulo VIII. Normas de conducta y servicios de asesoramiento”, en CARRASCO PERERA, Á. (dir.), *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*, 2019, pp. 389-441.

ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., “Publicidad genérica versus información personalizada en la Ley de Contratos de crédito inmobiliario”, *Notarios y Registradores*, 10 junio 2019. Disponible en: <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/publicidad-generic-versus-informacion-personalizada-en-la-ley-de-contratos-de-credito-inmobiliario/>

BAKER, T.; DELLAERT, B., “Regulating robo advice across the financial services industry”, *Iowa L. Rev.*, 2017, vol. 103, pp. 713-749.

BERCOVITZ ÁLVAREZ, R.; y BORGIA SORROSAL, S., “El contrato de asesoramiento”, en YZQUIERDO TOLSADA, M. (dir.), *Colección Contratos. Tomo XI. Contratos del mercado de valores*, Aranzadi, 2014.

CARBONETTI, F., *I contratti di intermediazione mobiliare*, Giuffrè, 1992.

CONAC, P. H., *Mis-selling of subordinated debt and other junior liabilities and weaknesses of MiFID (I)*, European Parliament, 2018.

CONSOB, *La digitalizzazione della consulenza in materia di investimenti finanziari*, QUADERNI FINTECH, núm. 3, enero 2019.

CUÑAT EDO, V. y MARÍMÓN DURÁ, R., “El asesoramiento en materia de crédito inmobiliario”, en CASTILLO MARTÍNEZ, C. (Coordinadora), *La nueva regulación de los contratos de crédito inmobiliario*, Madrid, 2020, pp. 309-355.

ESCARTÍN IPIÉNS, J. A., “El contrato de servicios”, *Notarios y Registradores*, 14 marzo 2013. Disponible en: <https://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2013-contrato-de-servicios.htm#4concepto>.

GARRIGUES, J., “Law of Trusts”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 2, no. 1, Winter 1953, p. 25-35.

GARRIGUES, J., *Negocios fiduciarios en el derecho mercantil*, Editorial Civitas, 2016.

DE MARI, M., “La 'nueva consulenza' in materia di investimenti tra fattispecie e disciplina”, en DE MARI, M. (dir.), *La Nuova Disciplina degli Intermediari dopo le direttive MiFID: prime valutazioni e tendenze applicative*, 2009, pp. 153-192.

GARCÍA PITA, J.L., “El contrato mercantil de servicios”, *Anuario da Facultade de Dereito*, núm. 1, 1997, pp. 291-336.

GRECO, G.L., *La consulenza nel mercato finanziario tra diritto speciale e diritto comune*, 2012.

GRECO, G.L., “Il merchant banking e la consulenza alle imprese”, en CAPOBIANCO, E. (dir.), *I contratti bancari*, Utet Giuridica, 2016, pp. 1699-1753.

LA ROCCA, G., “Appunti sul contratto relativo alla prestazione del servizio di consulenza in materia d’investimenti”, *Il Caso*, 88/2007.

LUPOI, A., “La Direttiva 17/2014, Il mercato dei crediti immobiliari e la consulenza al credito (EU Directive 17/2014 on Mortgages to Consumers Clients)”, *Banca, Borsa, Titoli di Credito*, 2016.

MAGGIOLO, M., *Servizi ed attività d’investimento, prestatori e prestazione*, Giuffrè, 2012.

NIGRO, A. “Linee di tendenza delle nuove discipline di trasparenza. Dalla trasparenza alla 'consulenza', *Diritto della banca e del mercato finanziario*”, 1/2011, pp. 11-22.

PARRELLA, F., “Contratti di consulenza finanziaria”, en GABRIELLI, E., LENER, R. (dir.), *I contratti del mercato finanziario*, tomo II, Utet Giuridica, 2004, p. 849, pp. 851-893.

PEREA ORTEGA, R., “Capítulo X - El asesoramiento en préstamos inmobiliarios”, en LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M. (coord.), *Comentarios a la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario*, 2019, pp. 295-327.

SIMÓ SEVILLA, D., “La intervención de notario en la Ley de contratos de crédito inmobiliario”, en CASTILLO MARTÍNEZ, C. (Coordinadora), *La nueva regulación de los contratos de crédito inmobiliario*, Madrid, 2020, pp. 1329-1393.

TAPIA HERMIDA, A. J., Capítulo 5 “Asesoramiento y gestión discrecional de carteras”, en ZUNZUNEGUI, F. (dir.), *Regulación Financiera y Fintech*, Madrid, 2019.

ZUNZUNEGUI, F., *Mis-selling of Financial Products: Mortgage Credit*, European Parliament, 2018.

ZUNZUNEGUI, F., “Capítulo VIII - Evaluación de la solvencia. Requisitos de conocimientos y competencia”, en LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M. (coord.), *Comentarios a la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario*, 2019, pp. 231-260.