

NOTA INFORMATIVA SOBRE DETERMINADAS DUDAS PRÁCTICAS QUE SE PLANTEAN CON OCASIÓN DE LA APLICACIÓN DE LA LEY 5/2019 REGULADORA DE CRÉDITO INMOBILIARIO

I.- SOBRE EL RÉGIMEN QUE DEBE APLICARSE A LAS HIPOTECAS CONSTITUIDAS EN GARANTÍA DEL LAS OBLIGACIONES ASUMIDAS POR EL BENEFICIARIO DE UN AVAL PRESTADO POR UNA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA

La Instrucción de la DGRN de 20 de diciembre de 2019 se refiere a este supuesto señalando que "... si bien los avales u otras operaciones financieras constituidas en este ámbito, normalmente con sociedades mercantiles, quedan indudablemente fuera del ámbito de aplicación de la Ley 5/2019, la constitución hipotecas de máximo sobre inmuebles de uso residencial por personas físicas para asegurar la cuenta de crédito en la que se cargarán las responsabilidades derivadas de esa operación financiera con el empresario sí podrá dar lugar a la aplicabilidad de la misma, no al aval empresarial o a las condiciones del aval u otra operación financiera con la sociedad empresaria, pero sí a la garantía, en los términos que aquí se señalan, y en particular con el posible efecto de que el garante quede obligado a menos que el deudor principal, tal como se desarrolla en esta Instrucción."

Para tratar de comprender el supuesto de hecho al que se refiere la Instrucción, conviene deslindar los distintos contratos que comprenden este tipo de operaciones:

- En primer lugar, nos encontramos con un préstamo personal afianzado por la sociedad de garantía recíproca, usualmente formalizado en póliza. En la medida en que suele ser un préstamo personal (ya sea el deudor persona física o jurídica) para una finalidad empresarial y sin garantía hipotecaria, no queda sujeto a la Ley 5/2019 como señala la propia Instrucción.
- En segundo lugar, está el contrato de contragarantía por el cual el beneficiario de la fianza asume determinadas obligaciones con la sociedad de garantía recíproca. Fundamentalmente, se compromete a pagar determinadas comisiones (de apertura y/o de riesgo) y a reembolsar el importe que, en su caso, satisfaga la sociedad de garantía recíproca a la entidad acreedora por causa del afianzamiento prestado. En este contrato se estipula que las cantidades adeudadas por el beneficiario del aval en virtud del aval prestado a su favor, serán anotadas en una cuenta especial abierta a estos efectos en los libros de la sociedad de garantía recíproca. Correlativamente, se autoriza a la sociedad de garantía recíproca a aplicar los importes que el beneficiario del aval pueda tener a su favor frente a aquélla, a la amortización del saldo deudor que tengan en la cuenta especial.
- En tercer lugar, en algunas ocasiones se garantizan las obligaciones asumidas por el beneficiario del aval frente a la sociedad de garantía recíproca mediante hipoteca que suele formalizarse en escritura independiente. En la medida en que la hipoteca se

constituya sobre un inmueble residencial por una persona física se plantea la aplicación de la Ley 5/2019.

La Instrucción deja claro que los dos primeros contratos son ajenos a la Ley, pero considera que la constitución de "hipotecas de máximo sobre inmuebles de uso residencial por personas físicas para asegurar la cuenta de crédito *en la que se cargarán las responsabilidades derivadas de esa operación financiera con el empresario sí podrá dar lugar a la aplicabilidad de la misma...*"

Dados los términos condicionales en los que se expresa la Instrucción, corresponde ahora determinar en qué casos será aplicable la Ley.

A estos efectos es importante destacar que constituye un presupuesto de la ley la formalización de un contrato de préstamo (c.fr. art. 2.1 *Esta Ley será de aplicación a los contratos de préstamo concedidos por personas físicas o jurídicas que realicen dicha actividad de manera profesional, cuando el prestatario, el fiador o garante sea una persona física y dicho contrato tenga por objeto...*). La ley establece que la misma protección dispensada al prestatario sea extensible a fiadores y garantes que sean personas físicas (v.gr. artículos 1, 2 y especialmente el 15.4), pero lo anterior no debe llevar a la equivocada conclusión de que éstos deban gozar de la protección de forma independiente cuando la hipoteca se constituye en garantía de obligaciones derivadas de un contrato distinto del de préstamo.

Cuestión distinta es que el contrato de préstamo sea definido en términos amplios y, en esta línea, el artículo 4 lo define en su apartado 3) de la siguiente forma: «Contrato de préstamo»: el contrato mediante el cual un prestamista concede o se compromete a conceder un préstamo a un prestatario incluido en el ámbito de aplicación del artículo 2, en forma de pago aplazado, crédito u otra facilidad de pago similar.

A la vista de esta definición cobra sentido la referencia de la Instrucción a la posible aplicación de la ley puesto que, en la medida en que se contengan aplazamientos o facilidades de pago al regular la cuenta especial en la que se anotan los importes debidos por el beneficiario del aval, sería aplicable la ley ya que nos encontraríamos con una hipoteca constituida en garantía de un préstamo en los términos en que éste se define por la Ley. Pero si las cantidades que se anotan en la cuenta se declaran en el contrato vencidas, líquidas y exigibles,¹ no puede hablarse de préstamo y, por tanto, la hipoteca constituida quedará fuera del ámbito de aplicación de la Ley.

¹ No convierte el contrato en préstamo la previsión de que las cantidades deban ser satisfechas en un plazo a contar desde el requerimiento fehaciente de pago, puesto que se trata de un término de gracia previo a la ejecución hipotecaria que no supone propiamente un aplazamiento ni una facilidad de pago.

II.- SOBRE LA POSIBILIDAD DE IMPONER UNA REDACCIÓN CON ARREGLO A MINUTA DE DETERMINADOS ASPECTOS RELATIVOS AL CUMPLIMIENTO DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA MATERIAL

Son cada vez más las entidades que incluyen en su proyecto de contrato menciones relativas al cumplimiento del principio de transparencia material. Normalmente, se trata de incluir en la minuta de la escritura de préstamo:

- la reseña del acta de información precontractual.
- manifestaciones de los prestatarios y/o hipotecantes declarando haber recibido en plazo la documentación, las explicaciones del prestamista y el asesoramiento notarial.
- declaraciones por parte del notario autorizante sobre sus actuaciones con relación al control del cumplimiento del principio de transparencia material.
- advertencias que realiza el notario en el momento del otorgamiento.

Con carácter previo conviene destacar que la redacción con arreglo a minuta, expresamente admitida en el artículo 147 del Reglamento Notarial, no afecta a la autoría del documento público que sigue correspondiendo al notario de ahí que el propio precepto presuma la existencia de determinados extremos de la escritura que debe redactarse en exclusiva por el notario junto con otros que proceden de las partes o de una de ellas (c.fr. artículo 147.III).

Partiendo de lo anterior, la Ley 5/2019 de 15 de marzo reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (en adelante LCCI), limita expresamente el reflejo del acta de información precontractual en la escritura a su reseña (artículos 15.7 y 22.2 LCCI), de tal forma que basta con que la escritura exprese que se ha otorgado el acta con referencia a su *“número de protocolo, notario autorizante y su fecha de autorización, así como la afirmación del notario bajo su responsabilidad, de acuerdo con el acta, de que el prestatario ha recibido en plazo la documentación y el asesoramiento previsto en este artículo”*.

Como señaló el Consejo General del Notariado en la Circular 1/2019 de 24 de mayo relativa a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, en la cual se establecen unos criterios en relación a la autorización del acta de información precontractual *“la reseña es imperativa y no queda a la libertad de decisión ni del notario ni de las partes del negocio.”*

Por tanto, el contenido de la reseña es el determinado por la ley y no cabe, respecto de la misma, la imposición de una redacción con arreglo a minuta.

Evidentemente, esto no excluye que se pretenda la inclusión en la escritura de algunas menciones adicionales relativas al cumplimiento del principio de transparencia material, si bien en este punto deben tenerse en cuenta las peculiaridades que plantea el hecho de que la redacción venga impuesta por una de las partes, en concreto, la entidad de crédito.

No ofrecen dudas **las declaraciones de la propia entidad** cuya incorporación se pretenda con arreglo a minuta, siempre que la redacción deje suficientemente claro que se trata de declaraciones de parte.

Más problemática es la pretensión de incluir en la escritura con arreglo a minuta, **declaraciones del prestatario, fiador o garante acerca de la recepción de la documentación precontractual**, las explicaciones recibidas del prestamista o notario y su recta comprensión. Se trata de manifestaciones que, en la medida en que han sido predisuestas por la otra parte, tienen en escaso valor probatorio y además son superfluas pues se superponen al contenido del acta cuya redacción no está estandarizada y responde fielmente a las manifestaciones que el prestatario efectúa en presencia del notario. Por todo lo expuesto, y sin que puedan prohibirse de forma absoluta, se debe insistir al prestatario sobre el contenido de la escritura para que ratifique de forma expresa dichas declaraciones permitiéndole, en todo caso, la alteración de su concreta redacción.

En cuanto a la inclusión en la minuta de declaraciones que efectúa el notario sobre su propia actividad de control del cumplimiento del principio de transparencia material, conviene recordar que, siendo actuaciones que despliega el notario en el ejercicio de su función pública deben quedar reflejadas en el documento en la forma que libremente determine el notario, con la única limitación que le impongan las normas legales. **No cabe en este ámbito la imposición de una redacción con arreglo a minuta**, como tampoco cabe, en el caso de la identificación, el juicio de capacidad o de suficiencia de los poderes. Y ello es lógico porque se trata de actuaciones que el notario realiza bajo su responsabilidad y ésta vendrá determinada en gran medida por la forma en que se haya consignado en el documento la forma en que se ha ejercido la función pública notarial. Todo lo cual es especialmente evidente en el ámbito del control del cumplimiento del principio de transparencia material, dadas las importantes responsabilidades previstas en la Ley 5/2019 (Disposición Final sexta).

Finalmente, **las mismas consideraciones pueden predicarse respecto de las advertencias que el notario traslada a los otorgantes con motivo de la autorización de la escritura**. Hay casos en que estas advertencias son debidas por imponerle una norma, otras se realizan por considerarlas convenientes el notario autorizante. Pero, en todo caso, su consignación en el documento -bien de forma genérica, bien mediante su expresión detallada- es una cuestión de exclusiva competencia del notario autorizante, tal y como señala el artículo 194 del Reglamento Notarial. Y, desde luego, no cabe por la vía indirecta de su inclusión en la minuta imponer al notario la realización de advertencias a los otorgantes que, en puridad, no estaría obligado a hacer.

Por todo ello, cabe concluir que el notario no está vinculado por la minuta y puede prescindir del contenido de la misma en todo lo que se refiere a la consignación en la escritura de las actuaciones que desarrolla en el ejercicio de su función pública, quedando especialmente incluidas dentro de las mismas las advertencias que realice a los otorgantes con ocasión de la autorización de la escritura.

II.- SOBRE EL DERECHO DEL PRESTAMISTA A OBTENER COPIA DEL ACTA POSITIVA Y LA INCLUSIÓN EN LA ESCRITURA DE CLÁUSULAS DE AUTORIZACIÓN PARA LA EXPEDICIÓN DE COPIAS A FAVOR DE AQUÉL

La Ley 5/2019 guarda silencio acerca de la existencia de una obligación *ex lege* de remisión de copia simple del acta de información precontractual, tampoco se pronuncia expresamente sobre el derecho de la entidad a solicitar copia.

Tan sólo existe un tratamiento de la cuestión en el Real Decreto 309/2019, con arreglo al cual:

1º.- Debe comunicarse el otorgamiento del acta a través de medios telemáticos seguros, designando su resultado positivo o negativo (c.fr. art. 12.1 f) ... *notificando a través de medios telemáticos seguros al prestamista, intermediario de crédito o representante designado el resultado positivo o negativo del acta.*")

2º.- Tratándose de acta de contenido negativo, el notario comunicará de forma extractada sus circunstancias y reiterará al prestamista intermediario de crédito o representante designado su derecho a obtener copia electrónica de la misma (artículo 12.1 f) II). La DGRN en su Resolución de 14 de mayo de 2019, en contestación a una consulta del Consejo General del Notariado, admite que la comunicación extractada, en rigor un testimonio parcial, pueda ser sustituido directamente por la remisión de una copia simple electrónica.

3º.- Con arreglo al apartado 3 del mismo precepto: *Si el prestamista o el prestatario solicitara la remisión de copia electrónica simple o autorizada del acta a que se refieren los artículos 14 y 15 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, o de la escritura, el notario deberá realizar obligatoriamente dicha remisión cumpliendo los requisitos y procedimientos previstos en la normativa específica.*

Resuelto por el precepto reglamentario el derecho del prestamista (intermediario financiero o su representante) a obtener copia del acta de contenido negativo, con respecto al acta de contenido positivo parece que habrá que estar a las reglas generales a las que se remite expresamente el apartado 3. No puede deducirse de dicho apartado la existencia de un derecho a la copia del acta positiva para el prestamista, pues debe prevalecer la remisión general a las normas específicas como lo demuestra la mención a la copia autorizada electrónica, hipótesis no prevista en la legislación vigente.

A este respecto, no siendo el prestamista otorgante del acta, sólo tendrá derecho a la misma en la medida en que a juicio del notario titular del protocolo tenga interés legítimo (arts. 31 de la LN y 222, 224.1 de su RN). La apreciación de ese interés y la determinación de si dicho interés abarca la totalidad del contenido del acta y por tanto existe derecho a la copia total o sólo a una copia parcial corresponde efectuarlo al notario, sin que a priori exista un deber legal de remisión, ni una negativa a la misma para el supuesto de que la entidad de crédito la solicite.

Es evidente que existirá interés legítimo del prestamista en la obtención de la copia, cuando se solicite para su aportación a un procedimiento judicial en el cual se esté ventilando el cumplimiento de sus deberes de transparencia. Pero, en el caso de que no

medie un procedimiento judicial, el interés de la entidad se circunscribe al conocimiento de la existencia del acta, lo que se satisface con la comunicación que ordena el Reglamento.

Si se observa la norma reglamentaria con atención existen razones para el distinto tratamiento entre el acta positiva y negativa. El acta contiene preguntas y respuestas, así como explicaciones del notario, que no parece se puedan transmitir a la entidad sin el consentimiento del cliente, entre otras razones, porque es posible que incluya cuestiones afectantes a su intimidad o que puedan incidir en el futuro desenvolvimiento de la relación contractual. Todo ello induce a pensar en que el interés legítimo del prestamista se limitaría única y exclusivamente a la recepción y validación de la documentación, el hecho de haberse realizado la explicación individualizada de las cláusulas, pero sin reproducirla, y al resultado positivo de la misma, lo que limitaría el derecho a la obtención de una copia parcial. Y sólo está prevista la copia parcial autorizada (art. 221.II RN) pues sólo en ellas existe pie de copia que permita hacer constar que en lo omitido no hay nada que amplíe, restrinja, modifique o condicione lo inserto (art. 237 RN).

Las conclusiones expuestas no pueden burlarse por la fórmula de incluir en la escritura o en la documentación precontractual una autorización o consentimiento que otorgue el prestatario para la expedición y entrega de copias del acta al prestamista. Se trata de una cláusula predispuesta que, en la medida en que suponga una renuncia a un derecho del prestatario, sería abusiva (art. 86 LDCyU). El secreto del protocolo constituye un derecho de los otorgantes cuya garantía viene determinada por el régimen de expedición de las copias.

Corresponde al notario titular del protocolo determinar el alcance del derecho del prestamista a obtener copia del acta positiva, pero no puede alterarse un régimen imperativo, introduciendo una autorización del prestatario que, si permitiera al prestamista obtener copias más allá de su derecho, supondría una renuncia del consumidor prohibida por la ley.

IV.- SOBRE EL DEBER DE COMPARECENCIA DEL CÓNYUGE DEL HIPOTECANTE EN CUMPLIMIENTO DE LOS DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 1320 DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL (O NORMAS EQUIVALENTES DE LOS DERECHOS FORALES)

Según la Instrucción de la DGRN de 20 de diciembre de 2019 "el cónyuge que, a los efectos del 1320 del Código Civil, debe prestar su consentimiento a la constitución de la hipoteca sobre la vivienda habitual cuya propiedad sea exclusiva del otro consorte, debe considerarse equiparado a estos efectos al hipotecante no deudor y por tanto queda protegido de forma análoga, otorgando el acta de información previa".

La afirmación referida está generando alguna confusión con respecto a la actuación notarial, cuando se trata de formalizar una escritura de compraventa que va seguida en número de protocolo inmediatamente posterior por otra de préstamo hipotecario.

En estos casos conviene aclarar que no es exigible la comparecencia del cónyuge del comprador, que no interviene ni como prestatario ni como hipotecante, por no

encontrarnos en el supuesto de hecho previsto en el artículo 1.320 del Código Civil por las siguientes razones:

-En el momento de formalizarse las escrituras la vivienda adquirida no constituye todavía vivienda conyugal, aunque pueda existir la intención de destinarla a este fin.

-Aunque se considerase que la intención manifestada en la escritura implica la sumisión de la vivienda adquirida al régimen de protección establecido para la vivienda conyugal, tampoco procedería la aplicación del artículo 1.320. Tal y como tiene declarado la DGRN en reiteradas Resoluciones (a título de ejemplo, podría citarse la de 22 de mayo de 2006) "no siendo aplicable el artículo 1320 del Código Civil al supuesto en el que ingresa ya gravado el bien inmueble en el patrimonio del cónyuge, cualquiera que vaya a ser su destino final, una interpretación finalista del precepto legal nos debe llevar a la misma conclusión cuando el acto de gravamen se realiza en la escritura inmediata posterior a la compra y tiene por finalidad la financiación de la propia vivienda hipotecada."

En definitiva, se trata de aplicar la doctrina del negocio complejo a fin de no restringir las facultades adquisitivas de los cónyuges, tal y como está reconocido en los casos de compra seguida de préstamo hipotecario por un cónyuge casado bajo el régimen legal de gananciales (RDGRN de 16 de junio de 1993 y 4 de marzo de 1999).

Por todo ello, cabe concluir que el ámbito de aplicación del artículo 1320 del Código Civil debe quedar reducido a aquellas hipotecas que se constituyen en garantía de préstamos cuya finalidad no sea financiar la adquisición de la vivienda hipotecada.