

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

18699 *Instrucción de 20 de diciembre de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre la actuación notarial y registral ante diversas dudas en la aplicación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.*

La Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, que ha entrado en vigor el día 16 de junio de 2019, viene suscitando numerosas dudas sobre su aplicación, extensión e interpretación.

Ello ha motivado el planteamiento de varias consultas sobre dicha ley, en particular la formulada por el Consejo General del Notariado (CGN), en fecha 25 de julio de 2019 con arreglo al art. 103 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, y en el art. 344 del Reglamento Notarial. Para su análisis, se ha solicitado, además, informe al Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, que se ha recibido en esta Dirección General, fechado el día 16 de agosto de 2019 y acompañado más tarde por otro informe complementario, del día 20 de agosto de 2019.

Asimismo, con fecha 12 de septiembre de 2019 ha tenido entrada en la Dirección General de los Registros y del Notariado otra consulta, planteada por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España (CORPME), también con base en el art. 103 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. En relación con la misma se ha solicitado igualmente informe del Consejo General del Notariado, el cual ha sido recibido en la Dirección General, firmado el día 8 de octubre de 2019.

Junto a lo anterior, se han ido recibiendo, de modo informal, consultas sobre diversas dudas interpretativas que la aplicación de la Ley viene planteando a los operadores que trabajan en su aplicación, y a las que, aún sin el alcance que establece el citado art. 103 de la Ley 24/2001, también procede atender.

Todo ello motiva esta instrucción, así como otras que en fechas anteriores se han dictado por esta Dirección General, en ejercicio de la competencia que se le atribuyen en los artículos 260 de la Ley Hipotecaria y 313 del Reglamento Notarial, de resolver en consulta las dudas que se ofrezcan a los registradores y notarios sobre la aplicación, inteligencia y ejecución de las leyes que regulan sus respectivas funciones, y particularmente en el art. 103 de la Ley 24/2001, cuando se establece en el mismo que el Consejo General del Notariado y el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles podrán elevar consulta a la Dirección General de los Registros y del Notariado respecto de aquellos actos o negocios susceptibles de inscripción en cualquiera de los Registros a su cargo, y que las consultas evacuadas de conformidad con el mismo serán vinculantes para todos los Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles, quienes deberán ajustar la interpretación y aplicación que hagan del ordenamiento al contenido de las mismas. Y si bien es cierto que el apartado 3 de dicho precepto previene que reglamentariamente se establecerá el procedimiento mediante el cual se articularán las mencionadas consultas, no es menos cierto que la falta de disposiciones de desarrollo reglamentario posteriores a dicha Ley no puede constituir obstáculo alguno a la resolución de la consulta formulada con el alcance que resulta de ese precepto legal que se encuentra en vigor (confróntese disposición final tercera de la Ley 24/2001), máxime si se tiene en cuenta la trascendencia que para el tráfico jurídico tiene la cuestión planteada.

El art. 10.1.h del Real Decreto 1044/2018, de 24 de agosto, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia, confiere a esta Dirección General

la competencia de organización, dirección, inspección y vigilancia de las funciones de la fe pública notarial y las de naturaleza registral en las materias de la propiedad, bienes muebles y mercantiles, así como la evacuación de cuantas consultas le sean efectuadas sobre aquéllas.

La consulta planteada por el CGN se concreta en las siguientes cuestiones:

1.º En los supuestos de préstamo mixto (en el que concurren en la posición pasiva personas físicas y jurídicas):

- ¿Debe otorgarse el acta sólo con la persona física interviniente?
- ¿Se aplica íntegramente al contrato el régimen de la Ley 5/2019 cuando en el mismo concurren personas físicas y jurídicas? En particular, cuál es el régimen en materia de vencimiento anticipado, gastos, intereses de demora y prohibición de cláusula suelo.

2.º ¿A qué préstamos personales se extiende la aplicación de la ley y en qué medida?

¿Quedan dentro del ámbito de aplicación los préstamos hipotecarios sobre inmuebles que no tengan carácter residencial?

3.º ¿Qué debe entenderse por préstamos concedidos por un empleador a sus empleados a título accesorio y sin intereses o cuya Tasa Anual Equivalente sea inferior a la del mercado y que no se ofrezcan al público en general? ¿Quedan excluidos aunque actúe como prestatario otra persona no ligada por la relación laboral?

4.º ¿Qué debe entenderse por préstamos en moneda extranjera?

5.º En los supuestos de subrogación pasiva no empresarial, esto es, cuando una persona física se subroga en la posición de otra que es previamente deudora, cuando el prestamista acepta con carácter previo o simultáneo tal subrogación. ¿Es necesaria el acta de información precontractual?

6.º ¿Es necesaria el acta de información preliminar en los casos de subrogación entre acreedores (subrogación activa)?

7.º ¿Es precisa el acta de información precontractual siempre que como consecuencia de una novación objetiva se incrementa la TAE, aun cuando se trate de ampliación de plazo?

8.º ¿Es aplicable la ley a los préstamos hipotecarios sujetos a derecho extranjero cuando el bien inmueble hipotecado se encuentra en territorio español?

9.º ¿Es obligatorio extender el acta de información precontractual en papel timbrado y a quién debe repercutirse el coste derivado del mismo?

La consulta planteada por el CORPME se concreta en las siguientes cuestiones:

1. ¿Es necesario que el notario exprese en la escritura de préstamo hipotecario sujeta a la Ley 5/2019 que ha cumplido con las exigencias de los artículos 29 y 30 de la Orden EHA 2899/2011 y que no existen discrepancias entre la Oferta Vinculante (FEIN) y las cláusulas de la escritura?

2. ¿Es necesario que el notario exprese en la escritura de préstamo hipotecario sujeta a la Ley 5/2019 el número identificador del depósito en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación del modelo de contrato de préstamo utilizado o, al menos, algún elemento que permita determinarlo entre los depositados?

A la vista de las consultas planteadas, y en respuesta a las mismas, procede dictar la presente Instrucción, en los términos siguientes:

1. Una primera cuestión a analizar, planteada por la Consulta del CGN, es la del ámbito objetivo de aplicación de la Ley 5/2019, en particular a efectos de la delimitación de los supuestos en que es obligatoria la autorización del acta previa de información dirigida a garantizar la transparencia material de la misma, como requisito para la

autorización e inscripción de la escritura, en los supuestos del art. 2.1.b de la ley, cuando se trate de inmuebles de uso no residencial.

El artículo 1 de la Ley 5/2019, en su primer inciso, establece: «Esta Ley tiene por objeto establecer determinadas normas de protección de las personas físicas que sean deudores, fiadores o garantes, de préstamos que estén garantizados mediante hipoteca u otro derecho real de garantía sobre bienes inmuebles de uso residencial o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir».

En análogos términos, el párrafo primero del artículo 2 de la misma dispone que «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:

- a) La concesión de préstamos con garantía hipotecaria u otro derecho real de garantía sobre un inmueble de uso residencial. A estos efectos, también se entenderán como inmuebles para uso residencial aquellos elementos tales como trasteros, garajes, y cualesquiera otros que sin constituir vivienda como tal cumplen una función doméstica.
- b) La concesión de préstamos cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, siempre que el prestatario, el fiador o garante sea un consumidor».

Pues bien, se plantea, en relación con el inciso final del art. 1, y con este último apartado b), si para que resulte aplicable la Ley 5/2019 a los préstamos con personas físicas que sean deudores, fiadores o garantes, en quienes concurra la condición de consumidor, y cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, se requiere que tales inmuebles (construidos o por construir) tengan también un uso o destino residencial.

La Ley 5/2019 se dicta con la finalidad de completar la transposición de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. Ello induciría a la conclusión de que tanto la Directiva como la Ley tienen como único objetivo la regulación de los préstamos dotados de hipoteca u otra garantía real sobre inmuebles de uso residencial. Y así se desprendería además de sus respectivos preámbulos, cuando en el considerando 13 de la Directiva se indica que «la presente Directiva regula los contratos de crédito que están relacionados de manera exclusiva o predominante con bienes inmuebles de uso residencial», y en los apartados I y III del preámbulo de la Ley se destacan la importancia del sistema hipotecario español para que «numerosas familias españolas puedan disfrutar de viviendas en propiedad», y el dato de que la Directiva, que la Ley traspone a nuestro ordenamiento, «establece un régimen específico de protección de las personas consumidoras que tengan la condición de prestatarios, garantes o titulares de garantías en préstamos o créditos garantizados mediante hipoteca sobre bienes inmuebles de uso residencial, o cuya finalidad sea la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial», y admite la ampliación de su ámbito subjetivo de aplicación, lo que ha hecho la Ley cuando «extiende su régimen jurídico a todas las personas físicas, con independencia de que sean o no consumidores».

Ello llevaría a la conclusión de que el apartado 1.b) del artículo 2 de la Ley es fruto de una redacción defectuosa, que debería haber aclarado que esos préstamos cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad deben referirse a terrenos o inmuebles construidos o por construir cuyo destino final sea residencial.

Frente a lo anterior, del texto de los dos preámbulos se desprende que, habiendo ambos sido objeto de una redacción no demasiado precisa, en su ámbito de aplicación contemplan ciertos préstamos con finalidad no residencial, siempre que su destinatario haya sido un consumidor.

Así, el considerando 15 de la Directiva dice, literalmente, que «El objetivo de la presente Directiva consiste en garantizar que todos los consumidores que concluyan los contratos de crédito para bienes inmuebles disfruten de un elevado grado de protección. Procede, por tanto, que se aplique a los créditos garantizados mediante bienes inmuebles, con independencia de la finalidad del crédito, a los contratos de refinanciación u otros contratos de crédito que ayuden al propietario de la totalidad o de una parte de un bien inmueble a conservar derechos sobre bienes inmuebles o fincas, y a los créditos utilizados para adquirir bienes inmuebles en algunos Estados miembros, incluidos los que no requieren el reembolso del capital, o, salvo si los Estados miembros han establecido un marco alternativo adecuado, a los que tienen como finalidad proporcionar financiación temporal en el lapso de tiempo comprendido entre la venta de un bien inmueble y la compra de otro, así como a los créditos garantizados destinados a la renovación de bienes inmuebles para uso residencial». Ello indica, por tanto, que la Directiva está a la vez contemplando otros supuestos de crédito inmobiliario a consumidores, además del residencial (que en este apartado se cita, pero de manera residual, en el último inciso, referente a la renovación del inmueble).

De forma parecida, el preámbulo de la Ley 5/2019 cita en numerosas ocasiones el mercado hipotecario y los préstamos sobre inmuebles, sin añadir la connotación «residencial».

A ello se debe añadir que el texto de los artículos 1 y 2.1.b) de la Ley 5/2019, así como el art. 4.1.1 de la misma ley, al definir al prestatario, coinciden de forma casi literal con el art. 3.1.b de la propia Directiva, cuando dice sin mayores precisiones que la misma se aplicará a «los contratos de crédito cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre fincas o edificios construidos o por construir», lo que indica que la redacción de los dos artículos de la Ley 5/2019 responde, más que a una mala redacción, a una transposición literal de la Directiva, y por tanto que en ambos textos legales se pretende incluir también otros inmuebles cuyo destino no sea el residencial. Además, la propia Directiva permite que los Estados miembros hagan extensivas a otros bienes inmuebles las medidas adoptadas.

Junto a lo anterior, se debe considerar que la redacción coincidente en este sentido de los artículos 1 y 3 de la Ley 5/2019 fue la propuesta desde la primera versión del Proyecto de Ley, sin que ninguna enmienda haya planteado la modificación o aclaración de la expresión empleada por ambos artículos, salvo una. Se trata de la número 210, presentada por el Partido Popular, que precisamente proponía modificar el art. 2.2, dejándolo con la siguiente redacción: «a los efectos de esta Ley, se entenderá por prestatario a toda persona física que sea deudor de préstamos que estén garantizados mediante hipoteca sobre bienes inmuebles de uso residencial o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, para uso residencial», con la justificación de que esa matización de que ha de tratarse de terrenos o inmuebles para uso residencial es más fiel con la redacción de la Directiva que se transpone. Sin embargo, dicha propuesta no fue aceptada, lo que indica que no estuvo en la intención del legislador restringir la protección ofrecida por la Ley 5/2019 a los préstamos sobre inmuebles residenciales.

Otro argumento se desprende de la disposición final primera, que modifica la Ley Hipotecaria, añadiendo un nuevo artículo 129 bis, con la regulación del vencimiento anticipado del préstamo, la cual es aplicable, dice literalmente, al «préstamo o crédito concluido por una persona física y que esté garantizado mediante hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir para uso residencial». Ello significa que si en este caso se ha introducido la concreción del uso residencial, y en cambio en el supuesto general del art. 2.1.b no se ha hecho así, es porque se ha diferenciado intencionadamente ambos supuestos. Y ese tratamiento diferenciado puede tener plena justificación, por cuanto en el supuesto del préstamo para adquirir terrenos por construir destinados a vivienda del adquirente esa finalidad justificaría una exigencia, para el vencimiento anticipado, de un incumplimiento cualificado por su importe.

Cabe, finalmente, añadir un argumento de carácter sistemático: concedido un préstamo a una persona jurídica para adquirir un inmueble, y garantizado el mismo por una persona física consumidora, debe el mismo quedar sujeto a la ley, y desde el punto de vista teleológico resultará indiferente que la persona jurídica destine ese inmueble a una finalidad residencial (construir viviendas para su venta) o no residencial (adquirir o construir naves industriales o comerciales): lo relevante es que el garante es una persona física consumidora, y es a ésta únicamente a quien en este supuesto se está protegiendo.

De todo ello, por tanto, se desprende que en el supuesto de los préstamos con una persona física consumidora que actúe en concepto de prestataria, fiadora o garante, cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, la Ley 5/2019 será aplicable con independencia de que su destino sea o no residencial.

2. Relacionada con la anterior, se plantea la cuestión de la obligatoriedad del cumplimiento de las obligaciones de información y transparencia que impone la Ley 5/2019, en particular la necesidad de otorgamiento del acta previa de información, para la intervención notarial de las pólizas de préstamos personales conferidos con la finalidad de adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, siempre que el prestatario, el fiador o garante sea una persona física consumidora, y en particular en las pólizas de préstamos personales para la reforma o rehabilitación de fincas de uso residencial.

Resulta claro que el préstamo personal que se haya formalizado con una persona física consumidora, y con la finalidad indicada en el texto del artículo 2.1.b) de la Ley 5/2019, queda sujeto a la misma, en principio a todos los efectos, incluidos las limitaciones materiales que en ella se establecen y la entrega de FEIN, FIAE y demás documentación o información prevista en la Ley, etc. Ello se desprende del tenor literal de los arts. 1.1 y 2.1 de la Ley. El ya citado art. 1 establece que la Ley «tiene por objeto establecer determinadas normas de protección de las personas físicas que sean deudores, fiadores o garantes, de préstamos que estén garantizados mediante hipoteca u otro derecho real de garantía sobre bienes inmuebles de uso residencial o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir». Es decir, dice literalmente que la Ley es aplicable a dos tipos de préstamos: los garantizados mediante hipoteca sobre inmuebles residenciales, y los destinados a adquirir o conservar derechos de propiedad sobre inmuebles construidos o por construir. Estos últimos quedan por tanto caracterizados por su finalidad, pero no por el establecimiento de una garantía hipotecaria, que no es por tanto necesaria para que el préstamo quede sujeto a la ley 5/2019. Y lo mismo resulta del tenor literal del art. 2.1.b).

En consecuencia, el préstamo, sea hipotecario o personal, con un prestatario, fiador o garante que sea persona física consumidora y que tenga la finalidad de pagar todo o parte del precio de esa compra de un inmueble, verificar los pagos para levantar un embargo, o incluso cuando para posibilitar la conservación de la propiedad refinance un préstamo anterior que se hubiera contraído con esa misma finalidad adquisitiva o que estuviera garantizado mediante una hipoteca sobre un inmueble, etc. quedaría sujeto a la Ley 5/2019. Y debe observarse que, puesto que la ley no hace al respecto ninguna precisión, el inmueble cuya adquisición o conservación se esté financiando puede tener o no destino residencial, ser el mismo que, en su caso, se hubiera hipotecado u otro diferente.

Por consiguiente, cuando un préstamo personal quede bajo la aplicación de la Ley 5/2019, la entidad financiera habrá de cumplir todas las obligaciones informativas, en materia de transparencia, de limitaciones en su clausulado, análisis de solvencia, etc. que se establecen en la misma. Por el contrario, no parece obligado en tal supuesto el otorgamiento del acta previa informativa ante el notario, según se desprende con claridad del tenor literal de la norma. El art. 15, en su segundo párrafo, dispone que todo

ello se hará constar «en un acta notarial previa a la formalización del préstamo hipotecario», lo que limita el ámbito de dicho acta a las operaciones de préstamo hipotecario. Y, en la misma línea, el art. 22.2 establece que «en la contratación de préstamos regulados por esta Ley, el Notario no autorizará la escritura pública si no se hubiere otorgado el acta prevista en el artículo 15.3», sin hacer referencia alguna a la póliza de un préstamo personal, ni menos aún al préstamo personal firmado en documento privado, cualquiera que sea su formato, sin acudir a la póliza notarial. A mayor abundamiento, el art. 14.1 g) al hacer referencia a la obligación del prestatario de recibir asesoramiento personalizado y gratuito del notario se limita al supuesto en que «esté previsto que el préstamo se formalice en escritura pública» y que el asesoramiento lo preste el notario «que elija el prestatario para la autorización de la escritura pública contrato de préstamo». Y análogamente, la disposición final sexta modifica la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, añadiendo un supuesto de infracción muy grave por los notarios entre los incluidos en su art. 43, que queda concretado en «el incumplimiento del período de información precontractual obligatorio previo a la autorización de la escritura en los préstamos y créditos hipotecarios sobre vivienda residencial y de levantar el acta previa a su formalización en los términos previstos en la Ley».

Cuestión distinta es si el préstamo personal dirigido a realizar obras de conservación o mejora de la finca también quedaría sujeto a la Ley 5/2019. A la vista del tenor literal de los dos artículos arriba citados, esa sujeción parece excluida, puesto que «adquirir o conservar derechos de propiedad» parece distinto de conservar la cosa objeto de la propiedad.

Por lo demás, la propia Directiva 2014/17/UE sustenta claramente esa conclusión, ya que, como señala su considerando 18, esos contratos de crédito no garantizados, cuando su importe sea superior a 75.000 euros deben entrar en el ámbito de aplicación de la Directiva 2008/48/CE, relativa a los contratos de crédito al consumo, recibiendo el nivel de protección previsto en dicha Directiva, y evitando el vacío regulatorio entre ambas. Y por ello, en su art. 46 modificará la Directiva 2008/48/CE, a cuyo artículo 2 añade un apartado 2 bis, que establece que «no obstante lo dispuesto en el apartado 2, letra c), la presente Directiva se aplicará a los contratos de crédito no garantizados que tengan por finalidad la renovación de un bien inmueble de uso residencial y que entrañen un crédito cuyo importe total exceda de 75.000 euros». Resulta claro por tanto que la Directiva 2014/17/UE no exige proporcionar la protección que en ella se regula a los préstamos personales para la rehabilitación de viviendas (aunque tampoco lo excluiría, puesto que para los estados miembros es posible extender su nivel de protección a otros supuestos), sino que ha optado por dotar a los mismos del régimen de protección establecido para los contratos de crédito al consumo en general. Por consiguiente, no imponiendo la Directiva de 2014 la obligación de proteger los préstamos personales para rehabilitación de viviendas de acuerdo con sus estándares, y no entrando ese supuesto en la letra de la Ley 5/2019 (cuyo artículo 2.1.b coincide por lo demás, como se ha visto, con el 3.1.b de la Directiva), parece claro que las pólizas de los préstamos personales para la rehabilitación de viviendas no se encuentran incluidas dentro de su ámbito y en ningún caso requieren el otorgamiento del acta previa.

No obstante, en ocasiones pueden presentarse circunstancias especiales que obliguen a interpretar otra cosa: Ocurrirá así, por ejemplo, cuando se obtenga un préstamo personal para adquirir y rehabilitar una vivienda: en este supuesto, la finalidad económica de la total operación será finalmente adquirir la vivienda en estado que la haga habitable, por lo que todo el préstamo, tanto en la parte del mismo destinada a la adquisición como la destinada a la rehabilitación, deben recibir una consideración unitaria, sujetándose el mismo a la Ley 5/2019.

3. Se plantea, asimismo, cuál deba ser la forma de proceder para la autorización e inscripción de la escritura, en situaciones mixtas donde el prestatario es una persona

jurídica, y el avalista o hipotecante no deudor es persona física, en aspectos como los siguientes:

– El régimen de los gastos de la operación, y en particular el pacto entre el prestamista y la persona jurídica prestataria para que ésta asuma los eventuales gastos del garante persona física.

– El alcance subjetivo que debe tener el acta de información precontractual, en particular si junto al garante persona física, debe también otorgarla y ser informada la persona jurídica.

– La aplicabilidad de la nueva normativa, en particular la exigencia del acta previa de información, a la persona jurídica que actúe como consumidora, especialmente si la misma es unipersonal, y en tal caso su aplicabilidad a la persona física que fuera el socio único.

– La aplicabilidad o no al préstamo concedido a la persona jurídica y a la garantía constituida por la persona física de las limitaciones sustantivas impuestas en la Ley 5/2019, principalmente por los artículos 20 (préstamos inmobiliarios en moneda extranjera), 21 (cláusulas suelo), 23 (reembolso anticipado), 24 (vencimiento anticipado) y 25 (intereses de demora), y consecuentemente, el contenido y alcance del contrato y del acta de información a la persona física garante.

La Ley 5/2019, como con claridad se desprende del tenor literal de los artículos 1.1 y 2.1, no será aplicable a un prestatario persona jurídica, aunque ésta tenga la condición de «consumidor» –cliente- en la contratación del préstamo o crédito. Y el Notario o el Registrador no parece que puedan, por su sola autoridad, proceder a un levantamiento del velo de la persona jurídica, o apreciar su carácter instrumental o fraudulento, ni siquiera cuando la persona jurídica que actúe como consumidora sea unipersonal (sin perjuicio de que la prudencia de la entidad prestamista le pudiera aconsejar extremar la diligencia en la información a la misma, e incluso la formalización del acta notarial gratuita, aun no siendo la misma obligatoria en apariencia, para evitar los riesgos que las eventuales incertidumbres interpretativas del caso concreto pudieran originar). En cualquier caso, la no obligatoriedad del acta previa cuando el prestatario sea una sociedad, aunque actúe como consumidora, se desprende del principio general de nuestro derecho de la buena fe en el ejercicio de los derechos, de aceptación y asunción de las consecuencias que tiene la decisión de formalizar el préstamo por medio de una sociedad en lugar de en nombre propio, y de normalidad en la actividad de la sociedad, incluso si la misma es unipersonal, por cuanto goza de una personalidad jurídica propia y diferenciada del socio, aunque se trate de socio único, como evidencian los artículos 12 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

Lo anterior resulta igualmente, y por el mismo fundamento, aplicable cuando el prestatario sea una cooperativa de viviendas: sin duda, los destinatarios últimos del préstamo serán los socios de la cooperativa, resultando por tanto aplicable la Ley 5/2019 únicamente en relación con los mismos, y siempre y cuando se trate de personas físicas. Por consiguiente, en este caso, la aplicación de la ley no se concreta al constituir el préstamo con la sociedad, sino en el momento en que se produzca la subrogación de los socios en el préstamo al liquidar la cooperativa, una vez dividido el mismo, en los términos que se indican más adelante para la subrogación pasiva no empresarial.

Cuestión distinta, que escapa del ámbito de la consulta y de la Ley 5/2019, es si la Cooperativa de viviendas, por agrupar a los destinatarios finales de dichas viviendas, tiene el carácter de consumidora y por tanto, aun no siendo de aplicación las normas de la Ley 5/2019, sí quedaría la operación sujeta a las restantes normas y principios sobre protección de consumidores, en materia de intereses de demora, cláusulas suelo, etc. Es posible que un grupo de personas, para conseguir sus viviendas, se agrupen formando una cooperativa y gestionando ellos mismos, de manera no empresarial ni profesional, la promoción, en cuyo caso la sociedad podría tener el carácter de consumidora. Sin embargo, en otros supuestos la constitución de la cooperativa y gestión de la promoción

se realizan bajo parámetros de profesionalidad, generalmente con la intervención de una sociedad gestora que constituye la Cooperativa, busca a sus socios, y gestiona toda la promoción, y contando con un gerente profesional al frente de la cooperativa. En tales supuestos, es posible que no se planteen los problemas de desequilibrio y necesidad de protección propios de la normativa de consumidores, por lo que tratándose de una sociedad que desarrolla una actividad claramente empresarial, aunque sea sin ánimo de lucro propio pero con un planteamiento económicamente consistente, no tendría justificación imponer en el préstamo a la sociedad las limitaciones propias de la normativa de consumidores, sin perjuicio de que, evidentemente, en el momento de producirse las entregas de las viviendas a los socios con asunción por éstos de los préstamos dicha operación sí quede sujeta a la Ley 5/2019.

Por otra parte, el artículo 15.2 de la Ley 5/2019 impone al Notario el deber de comprobar «el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 14.1» de la Ley para «... toda persona física que sea fiadora o garante del préstamo». Luego, aunque la ley no sea aplicable a la persona jurídica prestataria, y por tanto el deber de comparecencia a efectos de información no alcance a ésta, esa protección se extenderá, por disposición expresa de la ley, a la persona física que sea fiadora o garante del préstamo, lo que se confirma por el artículo 26.2 de la Orden EHA/2899/2011 (en virtud de la redacción modificada por la Orden ECE/482/2019). Por lo demás, el cónyuge que, a los efectos del art. 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 quedar protegido de forma análoga, otorgando el acta de información previa.

Por todo ello, nunca será necesario que una persona jurídica, sea o no consumidora, que actúe como prestataria, fiadora o garante, concurra al otorgamiento del acta previa prevenida en el artículo 15 de la Ley 5/2019. Ese deber de asesoramiento e información y control notarial se circunscribe a las «personas físicas». No obstante, si la persona jurídica, sea o no unipersonal, actúa como consumidora, pese a no ser aplicables las obligaciones formales de la Ley 5/2019, la entidad financiera sí debe cumplir respecto de ella las restantes obligaciones de información que se establecen en relación con los consumidores en la normativa anterior y que sigan vigentes.

En estos supuestos en que la parte prestataria sea una persona jurídica y el fiador o el hipotecante no deudor una persona física, la Ley 5/2019 resultará plenamente aplicable respecto de esta última. La constitución de la garantía del préstamo o crédito, en relación con dichas personas físicas, quedará sujeta a sus normas, y el deber de información y asesoramiento alcanzará a toda la documentación prevista en el artículo 14.1 de la Ley 5/2019. Tanto la información y documentación a suministrar por la entidad prestamista como la actividad del notario, aunque limitada como se ha dicho a las personas físicas, debe comprender todo aquello que -relativo al préstamo o crédito- se expresa en los arts. 14.1 y 15 de la Ley 5/2019. En otras palabras, la información a la persona física debe alcanzar a la totalidad del clausulado del préstamo o crédito y no se ciñe a su «posición como fiadora o garante». Como ya advirtió la Resolución de la DGRN de 29 de septiembre de 2014, el fiador o garante queda «afectado» por las condiciones financieras del préstamo en cuanto determinantes de su obligación, aunque la misma sea subsidiaria de la del prestatario y le quede la posibilidad de reclamar en vía de regreso.

Se plantea por otra parte la duda relativa a la aplicabilidad a estos préstamos de las normas o limitaciones materiales que con carácter imperativo establece la Ley 5/2019. Se debe partir, para resolver esta cuestión, de la idea de que el garante puede obligarse a menos, pero no a más, que el deudor principal, tanto en la cantidad como en lo oneroso de las condiciones (art. 1826 del Código Civil), lo que permite en principio pactar un régimen jurídico para el contrato con la sociedad, y otro más benigno para las garantías constituidas. No obstante, es preciso analizar la aplicación de cada una de dichas normas.

En relación con los gastos del préstamo hipotecario a favor de una persona jurídica y con garantías reales o personales constituidas por personas físicas, resulta evidente que al fiador o garante personal o real que tiene la condición de persona física en ningún caso se le puede imponer el coste del arancel notarial o registral correspondiente a la garantía (art. 15.4 de la LCCI). Pero no es ese el verdadero problema: teniendo en cuenta que la persona jurídica no está incluida en el ámbito subjetivo de la LCCI, no parece existir obstáculo alguno a un pacto sobre los gastos del préstamo negociado libremente por la misma, en cuanto prestamista, con la entidad financiera (artículo 1255 del Código Civil), en particular si no es consumidora. Y en tal caso, el prestatario persona jurídica, como interesado en la obtención de la financiación, asumirá normalmente los costes notariales y registrales correspondientes tanto a la constitución del préstamo como a las garantías personales o reales constituidas a su favor (las cuales sin duda habrán tenido un impacto favorable en relación con la obtención del préstamo y con sus condiciones económicas).

Se plantea por otra parte si, concedido el préstamo a una persona jurídica, en un contrato que por tanto no quedaría en principio sujeto a las limitaciones de la Ley 5/2019, el hecho de que el mismo sea garantizado (en concepto de avalista o de hipotecante no deudor) por una persona física, determina necesariamente que quede sujeto a las limitaciones sustantivas impuestas en la Ley 5/2019, principalmente por los artículos 20 (préstamos inmobiliarios en moneda extranjera), 21 (cláusulas suelo), 23 (reembolso anticipado), 24 (vencimiento anticipado) y 25 (intereses de demora).

En una operación como la descrita, la entidad acreedora establece una doble relación jurídica: por un lado, con la sociedad prestataria, y por otro con la persona física garante. Y si bien la accesoriedad de la garantía respecto de la obligación principal determina que la extensión y contenido de la responsabilidad asumida por el garante sean en principio iguales a las establecidas en la relación obligatoria principal, también es posible pactar, y con frecuencia se hace así, limitaciones cuantitativas o cualitativas a la garantía, con base en el art. 1826 del Código Civil, como se ha indicado. Así pues, la obligación principal asumida por la sociedad prestataria podrá, sin problema alguno, sobrepasar esos límites antes citados, siempre que se pacte de forma expresa que la garantía prestada por la persona física quede reducida dentro de los mismos.

A tal efecto, cabrá precisar cada una de las limitaciones que resultan de aplicación a la garantía constituida, lo que siempre será preferible desde la perspectiva de la transparencia e información al consumidor.

Pues bien, si el préstamo y la garantía se han acordado en tales términos, el asesoramiento informativo que deberá prestar el notario a la persona física garante debe tener la suficiente precisión y claridad, detallando tanto las condiciones del préstamo conferido a la persona jurídica, como las limitaciones que respecto de dichas condiciones presente la garantía constituida por la persona física, de acuerdo con lo expresamente pactado y de acuerdo con las normas imperativas de la ley.

Y, concretando esas limitaciones, la que planteará más dudas es la aplicabilidad de las normas que para el vencimiento anticipado se establecen en el art. 24 de la Ley. Resulta indiscutible que los umbrales mínimos que exige la ley son oponibles por el garante que sea persona física, a la vista de su tenor literal. Por ello, como se apunta en la consulta del CGN, lo más práctico y claro será pactar para el préstamo unas condiciones de vencimiento anticipado por impago que se ajusten a los límites del art. 24. Pero también debe ser posible (y razonable en función de las circunstancias que se den en cada caso) un pacto en condiciones diferentes con la sociedad prestataria, en cuyo supuesto la persona física garante podrá oponer la sujeción de la ejecutabilidad de la garantía a los plazos y límites establecidos en dicha norma.

Más sencilla es la cuestión de la aplicabilidad de las limitaciones de los tipos de interés ordinario (prohibición de cláusula suelo y fijación de los intereses de demora en el tipo pactado más tres puntos, de acuerdo con los arts. 21 y 25 de la Ley 5/2019). Puesto que el garante puede obligarse a menos que el deudor principal, es perfectamente posible que se acuerde en el contrato de préstamo un tipo que no se sujete a esas

limitaciones, y pactar la limitación de la garantía (sea el afianzamiento o la responsabilidad hipotecaria) a cuantías inferiores.

Finalmente, en materia de cancelación anticipada, parece claro que pueden pactarse con el prestatario unas condiciones diferentes de las previstas en la Ley con carácter imperativo en el art. 23. Esa regulación contractual realmente no afectará al garante, puesto que no es él, sino el prestatario, quien pagará y cancelará el préstamo anticipadamente. No obstante, ante una situación de incumplimiento del prestatario que provoque la reclamación al garante, pagando éste las cuotas que vayan venciendo para evitar una ejecución, con frecuencia lo más beneficioso para el garante puede ser cancelar anticipadamente el préstamo, en lo que sería un pago de la deuda por un tercero. En tal supuesto, el pago por el garante debe ser posible, sin que a él le sean oponibles las excepciones o cargas que en la cláusula se hayan pactado con el prestatario.

Por otra parte, con frecuencia, se constituyen hipotecas o garantía personales para asegurar otras operaciones financieras de carácter empresarial. Así ocurre con las que se formalizan a favor de Sociedades de Garantía Recíproca u otras entidades análogas como contragarantía de sus operaciones con sus socios o clientes habituales. Es frecuente la constitución de hipotecas, normalmente de máximo, en garantía de esas operaciones de aval, o de otras operaciones financieras de carácter empresarial.

Debe considerarse en primer lugar que, como establece el art. 2.3, la ley es aplicable indistintamente a las operaciones de préstamos o de créditos, en los que haya intervenido una persona física en los términos del art. 2.1. En consecuencia, 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.

4. Se plantea la aplicabilidad de la Ley 5/2019, en particular de las obligaciones de información que en ella se imponen, incluido el obligatorio otorgamiento del acta previa de información, en los supuestos de subrogación pasiva no empresarial (cuando una persona física se subroga en la posición de otra que es previamente deudora, con o sin simultánea aceptación por el prestamista de dicha subrogación); en los casos de subrogación entre acreedores (subrogación activa), o en las simples novaciones del préstamo.

La disposición transitoria primera de la Ley 5/2019 dispone:

«1. Esta Ley no será de aplicación a los contratos de préstamo suscritos con anterioridad a su entrada en vigor.

2. No obstante, las previsiones de esta Ley resultarán de aplicación a aquellos contratos celebrados con anterioridad si son objeto de novación o de subrogación con posterioridad a su entrada en vigor. En particular, el prestamista deberá informar al prestatario en los términos señalados en el artículo 14 de aquellos contenidos que hayan sido objeto de modificación respecto de lo contratado inicialmente.»

Y las disposiciones adicionales 6.^a y 7.^a añaden:

«Disposición adicional sexta. *Supuestos de subrogación de deudor y novación modificativa del contrato de préstamo.*

Las disposiciones previstas en esta Ley serán de aplicación a los supuestos de subrogación de deudor en la obligación personal cuando la misma se produzca con ocasión de la transmisión del bien hipotecado y a los de novación modificativa del contrato de préstamo.

Disposición adicional séptima. *Obligaciones del empresario con ocasión de la transmisión del inmueble hipotecado.*

El empresario que, con ocasión de la transmisión de un inmueble hipotecado, vaya a pactar con el comprador la subrogación de éste en la obligación personal de un préstamo inmobiliario sujeto a esta Ley, debe comunicarlo al prestamista con al menos 30 días de antelación a la fecha de la firma prevista, al objeto de que el prestamista pueda realizar el necesario análisis de su solvencia y dar cumplimiento a los requisitos de información precontractual y el resto de las obligaciones exigidas en esta Ley y su desarrollo reglamentario, dando tiempo al potencial prestatario a buscar alternativas de financiación hipotecaria.»

La disposición adicional sexta se limita, por tanto, a establecer la aplicabilidad de lo dispuesto en la Ley 5/2019 a los supuestos de «subrogación pasiva». No obstante, la interpretación de la norma requiere una diferenciación de los distintos supuestos que se pueden presentar, sus circunstancias, y la intervención que en cada uno de ellos pueden tener cada uno de los otorgantes. Deben, así, distinguirse varios supuestos:

– La venta de un inmueble hipotecado por un empresario a un consumidor con asunción por este de la deuda garantizada, normalmente con los efectos propios de una subrogación, por contar con la aprobación de la entidad acreedora.

– La venta de un inmueble entre particulares, con retención de la parte del precio correspondiente al importe de la deuda pendiente, asumiendo el comprador frente al vendedor la obligación de pagar dicha deuda.

– La venta de un inmueble entre particulares, con retención de la parte del precio correspondiente al importe de la deuda pendiente, y subrogación del comprador en la deuda garantizada, al contar con el consentimiento del acreedor para la sustitución del deudor con liberación del deudor primitivo. Este consentimiento puede además ser simultáneo o posterior a la formalización de la compraventa.

– Junto a ellos, es preciso también analizar los supuestos de novación del préstamo, regulados por la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, y de subrogación activa.

(A) Comenzando por el supuesto de la venta empresarial del inmueble con subrogación del comprador, la situación parece clara, puesto que la regulación de la Ley 5/2019 se refiere a ella de forma expresa.

La D.A.7.^a impone la plena aplicación de la Ley 5/2019, cuando en el negocio interviene un empresario en concepto de transmitente. Impone a éste ciertas obligaciones o deberes, con independencia de si interviene o no la entidad acreedora (es decir, incluso si se pretendiera pactar una simple compraventa con asunción de la deuda pendiente por el adquirente, sin subrogación acordada con la entidad financiera). No cabe, por tanto, pactar sin más la subrogación con un adquirente persona física, ya que se deberá cumplir una serie de formalidades previas que tienen un triple objetivo: asegurar que el adquirente es informado, en los términos que establece la propia Ley, sobre las condiciones del préstamo (dando «cumplimiento a los requisitos de información precontractual y el resto de las obligaciones exigidas en esta Ley y su desarrollo reglamentario», con todas las obligaciones que resultan de la Ley 5/2019, entre ellas indudablemente la entrega por la entidad financiera de toda la información prevista en

relación con las condiciones del préstamo, así como el otorgamiento, antes de formalizar la compraventa, del acta prevista en el art. 15); permitir a la entidad financiera acreedora evaluar la solvencia del deudor subrogado, en cumplimiento de un deber que también le impone la propia Ley, con la finalidad, entre otras, de proteger a ese eventual deudor, y permitir al adquirente valorar las condiciones que le son ofrecidas (y que no está obligado a aceptar), comparándolas con otras alternativas existentes en el mercado. Y todo ello debe cumplirse con independencia de si se pacta o no la novación modificativa de las condiciones del préstamo subrogado, ya que la información a suministrar al nuevo deudor subrogado no se ciñe a las eventuales modificaciones del préstamo, sino a todo su contenido, como se desprende tanto del tenor literal de la disposición adicional séptima como de la finalidad de la propia norma.

(B) Un supuesto bastante frecuente es el pacto formalizado entre dos particulares, transmitente y adquirente, de venta del inmueble con retención de la deuda pendiente y asunción de la misma por el comprador, sin una verdadera subrogación por cambio de deudor, al faltar el consentimiento del acreedor. Hay aquí, por tanto, un mero acuerdo entre vendedor y comprador, en el que no participa el acreedor: éste no tiene obligación alguna de consentirlo o aprobarlo, por lo que tampoco resulta obligado al cumplimiento de las obligaciones de información previa, ni el otorgamiento del acta de transparencia. Así resulta además a sensu contrario de la D.A.7.^a

Ello es así incluso en el supuesto de que, una vez formalizada la compraventa y la asunción de deuda por el nuevo deudor, la entidad acreedora, sin haber tenido ninguna intervención en esa negociación previa entre comprador y vendedora, acepte posteriormente de forma expresa esa subrogación pasiva, con liberación del deudor primitivo. Esta aceptación a posteriori, desconectada del iter contractual previo, constituirá un acto unilateral del acreedor, cuyo único alcance es esa liberación de la responsabilidad del deudor primitivo, pero que por sí mismo no da lugar, ni afecta a la asunción de obligaciones por el nuevo deudor frente al primitivo y frente al acreedor, dado que dicha asunción ya estaba previamente formalizada sin intervención alguna del banco.

En otras palabras, el pacto entre particulares por el que, en la venta de un inmueble residencial, el comprador retiene el importe pendiente del préstamo, asume la deuda frente al vendedor, e incluso se obliga a intentar obtener del acreedor la subrogación subjetiva en el préstamo con liberación del deudor primitivo, es un mero acuerdo entre los dos particulares. Por consiguiente, parece claro que en tal supuesto no es preciso el cumplimiento por la entidad financiera de las obligaciones de transparencia formal ni el otorgamiento del acta previa de información, al ser dicha entidad un tercero que no ha intervenido en modo alguno en la operación ni en su negociación.

Sí queda en cambio el acreedor, haya o no consentido el cambio de deudor, sujeto al deber de proporcionar al nuevo obligado, cuando éste lo solicite, toda la información relativa al préstamo y sus condiciones, para permitirle un correcto ejercicio de sus derechos, cumplimiento de sus obligaciones y defensa de sus intereses.

(C) Distinto podría ser el supuesto de la subrogación pasiva pactada entre particulares (no siendo por tanto empresario el transmitente), en la cual concurre la entidad acreedora a prestar su consentimiento a dicha subrogación, y a la liberación del primitivo deudor.

Tanto la D.T.1.^a, como la D.A.6.^a, establecen literalmente la aplicabilidad de la Ley 5/2019 a los préstamos suscritos antes de su entrada en vigor, cuando tras la misma sean objeto de subrogación o novación, por lo que formalizada una subrogación con intervención del acreedor parece claro que éste debería previamente haber cumplido esas obligaciones informativas, y se deberá otorgar el acta notarial de transparencia material, especialmente a la vista del carácter eminentemente imperativo de la Ley 5/2019, con afán protector del prestatario, fiador o garante que sea persona física.

Cabría oponer que la actuación de la entidad acreedora se limita a consentir la sustitución del deudor, y la liberación del deudor primitivo, sin modificar de ninguna forma el préstamo preexistente. La propia disposición transitoria primera parece limitar, para los

casos de subrogación, la obligación del prestamista de informar al prestatario a los contenidos del préstamo que hayan sido objeto de modificación respecto de lo contratado inicialmente. Y cabría añadir que, si el comprador consiente en asumir las obligaciones y responsabilidades derivadas del préstamo, no tiene sentido que para adelantar el consentimiento del acreedor sobre ese pacto de asunción de deuda entre vendedor y comprador se exija la formalización del acta previa, especialmente si se toma en consideración que el alcance de ese consentimiento del acreedor se limita a la liberación del deudor primitivo.

Sin embargo, hay en estos casos realmente un contrato complejo, entre vendedor, comprador y banco, en el que la compraventa con retención de la deuda pendiente se formaliza precisamente porque a la vez el banco acepta la subrogación del comprador, y la liberación del deudor de su responsabilidad. Por consiguiente, hay de hecho un acuerdo coetáneo entre el nuevo deudor y el banco que forma parte de ese contrato complejo. Ese acuerdo requerirá, por tanto, el cumplimiento de todas las cargas y formalidades informativas de la Ley 5/2019.

Por consiguiente, la entidad acreedora, que pasa a aceptar como único deudor y responsable al subrogado, queda sujeta a la responsabilidad de realizar previamente el estudio de solvencia del mismo, considerando su finalidad protectora del deudor. En todo caso, el nuevo deudor tiene derecho a obtener, y la entidad acreedora está obligada a suministrarle, toda la información sobre el préstamo que se dio, o se debe dar, al deudor primitivo, ya que es esencial para que pueda conocer los derechos, obligaciones y responsabilidades en la ejecución del contrato que asume con la subrogación. Y dado que se está acordando entre la entidad y el nuevo acreedor el establecimiento de una relación crediticia duradera que cumple los requisitos para la aplicación de la Ley 5/2019, parece ineludible que se deba formalizar previamente el acta de información al nuevo prestatario.

Además, la instauración de esa relación jurídica con el nuevo deudor, y a pesar de que los términos de la misma ya pudieran estar constituidos con anterioridad a la entrada en vigor de la ley, parece obligar a interpretar que en ella deberán respetarse los límites sustantivos establecidos en los artículos 20 al 25 de la Ley 5/2019. Aunque jurídicamente la operación pudiera describirse como un simple cambio de deudor en una relación jurídica preestablecida, se está erigiendo la relación contractual entre el empresario y un consumidor, donde todos los derechos de éste deben ser respetados. Y puesto que la Ley 5/2019 establece que las previsiones de esta Ley resultarán de aplicación a aquellos contratos celebrados con anterioridad si son objeto (...) de subrogación con posterioridad a su entrada en vigor, sin hacer distinción ni matización alguna, parece ineludible interpretar que deben respetarse todos esos derechos del consumidor que entra a formar parte de la misma, incluidos esos límites de contenido sustantivo.

(D) Por lo que se refiere a los supuestos de novación del préstamo, la respuesta a la necesidad de proporcionar la información previa y formalizar el acta de transparencia material dependerá del alcance de esa modificación. La disposición transitoria primera establece en su segundo párrafo que «el prestamista deberá informar al prestatario en los términos señalados en el artículo 14 de aquellos contenidos que hayan sido objeto de modificación respecto de lo contratado inicialmente».

Ello parece ser así, puesto que la Ley no hace distinción alguna, incluso si se trata simplemente de mejorar alguna condición aislada del préstamo, como puede ocurrir con una reducción de diferencial o la eliminación de una comisión, y con mayor fundamento cuando la modificación implica la nueva redacción de alguna cláusula, por ejemplo la relativa al tipo de interés de referencia o fijo, aunque con ella se esté produciendo una reducción del tipo aplicable, a la vista del más complejo alcance que la redacción e interpretación de la misma puede llegar a tener en los efectos del préstamo. Y consiguientemente, la simple modificación de la duración del préstamo requerirá el cumplimiento de las mismas formalidades, pese a que por sí misma no provocará la modificación de la TAE (siempre que la misma sea calculada únicamente teniendo en cuenta los pagos pendientes, que es lo que en el momento interesa al deudor, y no los

anteriores, como la comisión de apertura o el interés correspondiente al periodo del interés fijo). En tal caso, las formalidades informativas habrán de referirse tanto al importe de las nuevas cuotas como a los diferentes escenarios de los tipos de referencia, que se verán afectados por la modificación del plazo.

Por lo demás, en todos estos supuestos, la remisión no debe entenderse limitada al art. 14.1 de la Ley 5/2019, excluyendo los otros preceptos de su articulado. Más bien, parece tener carácter puramente aclaratorio, en el sentido de que el legislador quiere resaltar que los deberes de información se limitan a «aquellas cláusulas del préstamo o crédito que son objeto de modificación», que serían aquellas que serían objeto específico del acta prevista en el art. 15. De manera que el deber de información del art. 14.1, y por consiguiente el deber de información y asesoramiento mediante el acta del art. 15, se limitan a aquellos extremos o cláusulas «que hayan sido objeto de modificación». Y, teniendo en cuenta que la Ley 5/2019 ha dado lugar a la aplicación de ciertos preceptos que establecen imperativamente contenidos del préstamo sin necesidad de una novación expresa de los mismos, como resulta por ejemplo de los apartados 3 y 4 de la disposición transitoria primera en materia de cláusulas de vencimiento anticipado (art. 24) o derecho al reembolso anticipado (art. 23), la información de la entidad al deudor sobre la novación, y en particular la información que el notario le debe dar en el acta previa, deberán también hacer referencia a estas nuevas condiciones de su préstamo, imperativamente impuestas por la ley desde su entrada en vigor.

Por otra parte, entre la información a suministrar conforme al art. 14.1 de la Ley 5/2019, se incluye el apartado g) de dicho art. 14.1, que expresamente recoge «la advertencia al prestatario de la obligación de recibir asesoramiento personalizado y gratuito del notario que elija el prestatario para la autorización de la escritura pública del contrato de préstamo, sobre el contenido y las consecuencias de la información contenida en la documentación que se entrega conforme a este apartado». Los dos párrafos que integran el apartado g) del art. 14.1, y la finalidad protectora del consumidor de esta institución, llevan implícita la autorización del acta del art. 15 de la Ley 5/2019, con todos los requisitos para su eficacia informativa, aunque dicha acta tenga un contenido bastante más limitado en el ámbito concreto de las «novaciones».

(E) Por lo que se refiere a los supuestos de subrogación activa con arreglo a la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, el análisis debe ser análogo.

La disposición transitoria primera.2 alude a toda subrogación sin distinción alguna. Sin embargo, en alcance de esa previsión queda aclarado por la disposición adicional sexta, cuando concreta la aplicación de la ley a «los supuestos de subrogación de deudor en la obligación personal cuando la misma se produzca con ocasión de la transmisión del bien hipotecado». Por consiguiente, el simple cambio del acreedor, en la medida en que no modifique en modo alguno la posición del deudor, no exige el otorgamiento de las formalidades informativas que impone la Ley.

5. Otra cuestión que se plantea es la relativa al régimen jurídico de los préstamos concedidos en condiciones especiales a empleados.

Establece el art. 2.4 de la Ley 5/2019 que la misma no será de aplicación, entre otros, «a los contratos de préstamo (...) concedidos por un empleador a sus empleados, a título accesorio y sin intereses o cuya Tasa Anual Equivalente sea inferior a la del mercado, y que no se ofrezcan al público en general». Esta norma constituye un trasunto del art. 3.2.b de la Directiva EU 2014/17, el cual excluye, de forma análoga, «los contratos de crédito concedidos por un empleador a sus empleados, a título accesorio y sin intereses o cuyas TAE sean inferiores a las del mercado, y que no se ofrezcan al público en general».

La interpretación de esta norma plantea una serie de dudas, para cuyo análisis es conveniente tomar en consideración, con carácter previo, los datos reales sobre la utilización práctica de este tipo de préstamos. Son frecuentes los préstamos concedidos

por las entidades financieras a sus empleados por estar previstos en el convenio colectivo de la entidad, o bien en las directrices de política retributiva o social de la misma entidad. Más raros son los conferidos por otro tipo de empresas. Y es frecuente, de acuerdo con los términos de dichos convenios o directrices, que si bien los préstamos se dan en unas condiciones de tipo de interés notablemente mejores que las del mercado, hay algunas de sus cláusulas que no cumplen con algunas de las limitaciones o exclusiones que con carácter imperativo establece la ley, por ejemplo en materia de cláusulas suelo, gastos, etc. Por otra parte, estos préstamos, de acuerdo con los citados convenios colectivos, se suelen dar conjuntamente al empleado y a su cónyuge o pareja de hecho, estableciéndose además unas condiciones distintas, en línea con las habituales del mercado, para el caso de que, por cualquier motivo, el prestatario dejara de ser empleado.

Pues bien, la primera cuestión dudosa que se plantea es el concepto del «título accesorio» de la concesión de estos préstamos. La expresión es ambigua, y guarda relación con la de «título subsidiario» que se emplea, para excluir estos mismos préstamos de su ámbito de aplicación, por la Ley 16/2011, sobre créditos al consumo, y la Directiva UE 2008/48 que la motivó. La accesoriedad podría predicarse tanto respecto del prestamista como del prestatario, o del propio préstamo, puesto que la norma no hace precisión alguna.

Una posible interpretación sería que la excepción no se puede aplicar a los préstamos concedidos por la banca a sus empleados, pese a que como se ha visto son los más frecuentes, con el argumento de que puesto que la actividad habitual de las entidades financieras incluye precisamente la concesión de préstamos la misma no tiene carácter accesorio, sino principal.

Tal forma de interpretar la referencia a la accesoriedad no parece sin embargo correcta, ya que, aparte de dejar prácticamente sin alcance la excepción de las dos directivas sobre la materia (la 2008/48 y la 2014/17) y las dos leyes aprobadas para su trasposición (la 16/2011 y la 5/2019), tampoco resulta la más conforme con la finalidad de la ley. Por el contrario, se debe interpretar que cuando la norma exige que el préstamo sea concedido a título accesorio se refiere a que ese tipo de préstamos sea, para la entidad concedente del préstamo, accesorio respecto de su actividad principal, en el sentido de que si ésta consiste en la concesión de préstamos en condiciones adecuadas para mediante ellos obtener unos beneficios aceptables que cumplan con el ánimo de lucro que constituye la finalidad de las sociedades mercantiles, la concesión a los trabajadores de estos préstamos no tiene para la entidad esa finalidad lucrativa que le es propia, sino otra distinta, como puede ser el cumplimiento de una política social de la empresa que se diseña a través del convenio, o la mejor implementación de la política de personal, concediendo a los empleados un incentivo adicional como es la obtención de estos préstamos en condiciones privilegiadas.

La accesoriedad puede igualmente predicarse del prestatario, en el sentido de que la obtención de este préstamo se debe concretamente a su condición de empleado de la entidad, que por serlo lo recibe en condiciones mejores de las que se ofrecen al público en general: se trata, por tanto, de un préstamo que se obtiene como un accesorio respecto de la relación jurídica laboral del trabajador con la empresa.

Y por último, la accesoriedad puede predicarse del préstamo en sí, en el sentido de que constituye una prestación o retribución para el trabajador, accesoria de la principal retribución que recibe, que es el salario acordado con el mismo.

A estos efectos, por tanto, lo decisivo para que la excepción legal resulte aplicable es que el contrato se conceda con esa finalidad atípica, de proporcionar al trabajador una retribución adicional, y que por tanto no se conecte de forma inmediata con la obtención por el banco de un beneficio o excedente mediante el préstamo y su ulterior devolución.

Por consiguiente, son las características objetivas del préstamo las que determinan la aplicabilidad de esta excepción. Y esas características se desprenden de sus condiciones materiales. Así, el hecho de que el préstamo se conceda a un empleado en aplicación de lo acordado en el convenio colectivo del sector o de la política social o

laboral de la empresa, y así se indique en la escritura, debe ser suficiente para acreditar su condición de préstamo exceptuado.

Por otra parte, no parece imprescindible que el clausulado del préstamo se aparte del habitual empleado para los préstamos ordinarios concedidos por la entidad para poder entender que ese préstamo «no se ofrece al público en general», puesto que si sus condiciones económicas, incluida en particular la TAE, son más favorables que las generales del mercado o las que la entidad prestamista ofrece al público en general, y ambas partes así lo afirman y reconocen, y vinculan dicho reconocimiento a la condición de empleado del prestatario a quien se ofrece una ventaja en ejecución de la política social de la empresa, con ello debe bastar.

Lo habitual, por otra parte, es que los convenios colectivos prevean la concesión del préstamo al empleado juntamente con su cónyuge o pareja de hecho. En consecuencia, recibido el préstamo y firmado el contrato por ambos, con responsabilidad solidaria de los dos, debe considerarse aplicable la excepción, lo que implicará que las condiciones puedan no quedar sujetas a las limitaciones imperativas que establece la ley, y que no sea preciso el otorgamiento del acta previa de transparencia.

Diferente sería la situación en la que el préstamo sólo se entrega al empleado, que es el único que recibe el dinero prestado, destinándose le mismo a fines o atenciones exclusivos de él, y quedando la operación avalada por su cónyuge. En tal supuesto, parece que, puesto que el cónyuge o pareja de hecho sólo adquiere responsabilidades, pero no los beneficios derivados de las condiciones especiales del préstamo, sea aplicable al mismo la norma del artículo 2.1.a, en su condición de fiador o garante, con la doble consecuencia de aplicación respecto de dicho garante de las limitaciones que se derivan de las normas imperativas de la ley (arts. 23 al 25, principalmente), y de la obligatoriedad de autorización del acta previa.

Por otra parte, la condición de pareja de hecho se puede ordinariamente acreditar mediante la inscripción en el correspondiente registro, pero no es éste el único procedimiento posible a tal efecto: esa inscripción produce efectos en la esfera administrativa, pero no en la civil o mercantil, por lo que debe también bastar con la manifestación motivada de la condición de pareja de hecho de los dos otorgantes.

Debe por otra parte apuntarse que en estos préstamos es frecuente que se pacte que, en el supuesto de que el prestatario dejara de ser empleado de la entidad concedente, dejen de ser de aplicación las condiciones privilegiadas acordadas, quedando el préstamo sujeto a otras, análogas a las del público en general. Para el supuesto de que se establezca tal pacto, parece que las condiciones sustitutivas sí quedarán sujetas a las citadas condiciones o limitaciones imperativas de la ley, pero que no debe ser preciso el otorgamiento del acta previa, puesto que no se trata de dos contratos firmados simultáneamente, sino de un único contrato cuyas condiciones y TAE, globalmente consideradas, resultan más favorables que las de los contratos normales del mercado, sin que obste a ello el hecho de que, por aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, puedan las mismas endurecerse, dando paso a otro régimen contractual a partir de una determinada fecha. Cuestión distinta será que el hecho determinante de la aplicación de esas condiciones diferentes se establezca en el contrato en condiciones que deban reputarse abusivas.

6. Se plantea también si teniendo en cuenta que el acta previa de información no devenga derecho arancelario alguno, es posible el empleo en la misma de papel común, no sujeto por tanto al pago del impuesto de Actos Jurídicos Documentados propio del papel timbrado.

Debe señalarse, preliminarmente, que la indicada cuestión fiscal queda fuera de las competencias de esta Dirección General, y deberá ser planteada ante las autoridades competentes.

Ahora bien, la Ley 5/2019, consagra la gratuidad absoluta del acta notarial prevista en el artículo 15 de la Ley, al disponer en su párrafo octavo que «el acta donde conste la entrega y asesoramiento imparcial al prestatario no generará coste arancelario alguno».

Se predica, por tanto, la gratuidad únicamente del «coste arancelario», y el timbre del papel exclusivo de documentos notariales no es propiamente un «coste arancelario», por cuanto no deriva del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel Notarial. Se trata de un gravamen fiscal: el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, en cuanto conforme al artículo 31 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, se establece que «1. Las matrices y las copias de las escrituras y actas notariales, así como los testimonios, se extenderán, en todo caso, en papel timbrado de 0,30 euros por pliego o 0,15 euros por folio, a elección del fedatario. Las copias simples no estarán sujetas al impuesto». El artículo 45.II de dicho Real Decreto Legislativo 1/1993 añade: «II. Los beneficios fiscales no se aplicarán, en ningún caso, a las letras de cambio, a los documentos que suplan a éstas o realicen función de giro, ni a escrituras, actas o testimonios notariales gravados por el artículo 31, apartado primero». Este inciso no ha sido modificado por la disposición final segunda de la Ley 5/2019. En consecuencia, no se ha establecido ninguna exención expresa de dicho impuesto de actos jurídicos documentados, al ceñirse la gratuidad a los «costes arancelarios». El timbre es un coste de carácter impositivo, que no ha quedado está excluido de forma expresa de tributación por la Ley 5/2019, y corresponderá a aquél que sea el sujeto pasivo determinado por las normas fiscales.

En el plano estrictamente notarial, el artículo 154 del Reglamento Notarial dispone, con alcance general, que «los instrumentos públicos, a excepción de las pólizas, se extenderán en el papel timbrado correspondiente, comenzando cada uno en hoja o pliego distinto, según se emplee una u otra clase de papel y, en todo caso, en la primera plana de aquéllos», sin que en la Ley 5/2019 se establezca excepción alguna en relación con estas actas, por lo que parece clara la obligatoriedad de su uso.

Cuestión distinta es la posibilidad o conveniencia de reducir los costes inherentes al acta, en particular los de encuadernación y conservación del protocolo, aparte del reseñado gravamen de Actos Jurídicos Documentados. A tal efecto, cabe buscar alternativas a la incorporación a la matriz de la voluminosa documentación remitida por el banco, como la constitución, en el mismo acta gratuita, de un depósito de dicha documentación en el archivo del notario mediante un fichero electrónico identificado por su Hash, de modo que se asegure la conservación del archivo electrónico y la posibilidad de comprobación y prueba fehaciente del contenido de dicho fichero, para la expedición de ulteriores copias del acta incorporando el documento depositado o su traslado a papel.

Dicho sistema de depósito deberá garantizar la integridad, autenticidad y conservación de la documentación, así como su mantenimiento en el tiempo. Ciertamente, el depósito en su configuración reglamentaria tradicional puede plantear algunos problemas prácticos, especialmente por la necesidad su conservación durante toda la vida del préstamo, en particular en los supuestos de sucesión del protocolo, la garantía de la eficacia probatoria del mismo, etc., que el notario sin duda puede, y debe, solucionar adecuadamente, en tanto no se haya articulado un sistema definitivo de creación y conservación de matrices y documentos protocolares electrónicos.

La viabilidad de esta forma de archivo se deriva, por otra parte, del art. 114.1 de la Ley 24/2001, cuando establece que «Por el procedimiento que reglamentariamente se disponga, cuando un notario sea requerido para dejar constancia de cualquier hecho relacionado con un archivo informático, no será necesaria la transcripción de su contenido en el documento en soporte papel, bastando con que en éste se indique el nombre del archivo y una función alfanumérica que lo identifique de manera inequívoca, obtenida del mismo con arreglo a las normas técnicas dictadas al efecto por el Ministro de Justicia. El archivo informático así referenciado deberá quedar almacenado en la forma prevista en el art. 79 bis dieciocho. Las copias que se expidan del documento confeccionado podrán reproducir únicamente la parte escrita de la matriz, adjuntando una copia en soporte informático adecuado del archivo relacionado, amparada por la

firma electrónica avanzada del notario». Dicha norma sería desarrollada posteriormente mediante el art. 216 del Reglamento Notarial.

7. Otra cuestión, planteada por el CORPME, es la necesidad de que el notario exprese en la escritura de préstamo hipotecario sujeta a la Ley 5/2019 que ha cumplido con las exigencias de los artículos 29 y 30 de la Orden EHA 2899/2011 y que no existen discrepancias entre la Oferta Vinculante (FEIN) y las cláusulas de la escritura.

La Ley 5/2019 impone a los notarios unos amplios deberes de control de la legalidad y la transparencia material del contrato de préstamo, cuyo centro de gravedad se sitúa en el acta de información que se debe firmar al menos un día antes del otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario, pero que incluye también otros aspectos adicionales: el control del transcurso del plazo de 10 días desde la entrega de la documentación informativa hasta la firma de la escritura, del cumplimiento en su clausulado de las limitaciones que con carácter imperativo se imponen en los artículos 20 al 25, del depósito de las condiciones generales del contrato en el correspondiente Registro, etc.

Tanta importancia tiene la realización de estos controles, y en particular del acta de información previa, que el art. 15.7 de la Ley 5/2019 ordena que en la escritura pública del préstamo el notario autorizante de ésta inserte una reseña identificativa del acta de transparencia, donde se deberá consignar el número de protocolo, notario autorizante y su fecha de autorización, y 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. A ello se añade la disposición final sexta, modificando la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, al calificar como infracción muy grave el incumplimiento por el notario de sus deberes de controlar el período de información precontractual obligatorio previo a la autorización de la escritura y de levantar el acta previa.

Por su parte, la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, en sus artículos 29 y 30, que continúan vigentes, establece que las escrituras públicas en las que se formalicen los préstamos contendrán, debidamente separadas de las restantes, las cláusulas financieras, cuyo contenido mínimo se ajustará a la información personalizada prevista en la Ficha de Información Personalizada, e impone a los notarios, en su condición de funcionarios públicos y derivado de su deber genérico de control de legalidad de los actos y negocios que autorizan, la obligación de denegar la autorización del préstamo cuando el mismo no cumpla lo previsto en esta orden y la legalidad vigente, de comprobar si el cliente ha recibido adecuadamente y con la suficiente antelación la Ficha de Información Personalizada y, en su caso, si existen discrepancias entre las condiciones de la oferta vinculante y el documento contractual finalmente suscrito, e informar al cliente, entre otros extremos, de los efectos que el incumplimiento de esas obligaciones informativas pueda tener.

Pues bien, son varios datos que, de forma reiterada y cumulativa, presuponen y por tanto implican necesariamente que si el notario ha autorizado la escritura de préstamo hipotecario, reseñando en ella el acta de transparencia en los términos del art. 15.7 de la Ley, ello es porque previamente ha controlado la coincidencia de las condiciones del mismo con las comunicadas por la entidad a efectos informativos mediante la FEIN:

– El notario, en el acta, ha debido informar y asesorar individualizadamente sobre las cláusulas específicas recogidas en la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) y en la Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE), con referencia expresa a cada una (art. 15.2.c). Ese asesoramiento sólo puede referirse a la FEIN del préstamo, no a otra diferente, como es evidente; es decir, a la FEIN cuyas condiciones coinciden precisamente con las del préstamo hipotecario.

– De acuerdo con el mismo art. 15.2, el notario sólo procederá a la autorización del acta previa a la formalización del préstamo hipotecario cuando haya verificado la

documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 14.1, entre los cuáles se encuentra la FEIN del préstamo, junto a otros elementos imprescindibles, como la FIAE y demás documentación informativa, el transcurso del plazo (cuyo control se realiza al autorizar la escritura, no el acta, que es previa) etc.

– Si no se acredita que se han cumplido todas esas obligaciones del artículo 14.1, no podrá autorizarse la escritura pública de préstamo, por prohibirlo expresamente el art. 15.5.

– Al reseñar el acta en la escritura se debe hacer constar de forma expresa, como se ha indicado, 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. Esa afirmación se contrae, entre otras cosas, al hecho de que el prestatario haya recibido la FEIN, y de nuevo, ello sólo puede hacer referencia a la FEIN del préstamo que se formaliza en dicha escritura, no a otra diferente.

En otras palabras, si el notario hace constar que el prestatario ha recibido la documentación y ha sido informado sobre ella por la entidad y por el propio notario en el acta, necesariamente ha debido comprobar que esa documentación es correcta y completa, y por consiguiente, entre otros varios aspectos, que la FEIN es la que corresponde al préstamo y a sus condiciones. Si no se han cumplido correctamente todas las obligaciones informativas que garantizan la transparencia material en la operación crediticia, y también más en concreto si la FEIN no se correspondiera con el préstamo, por diferir alguna de esas condiciones financieras, el notario deberá por tanto denegar la autorización de la escritura. Esa falta de correspondencia debe, no obstante, interpretarse correctamente: si las condiciones del préstamo son indiscutiblemente mejores (por ejemplo, si el diferencial del préstamo fuera inferior), o si existe una diferencia no en las condiciones propiamente dichas sino en los cálculos subsiguientes (por ejemplo, si por firmarse el préstamo en una mensualidad posterior a la inicialmente prevista la TAE resulta diferente, o el cuadro de amortización se modifica) ello no implica unas condiciones financieras diferentes, y por tanto no impide la autorización de la escritura de préstamo.

Sin duda, la buena técnica notarial exige que se motive expresa y adecuadamente la decisión de proceder a la autorización de la escritura de préstamo, haciendo una referencia al menos de forma genérica pero clara, en la reseña del acta, sobre los controles sobre la transparencia material que el notario ha realizado con carácter previo a dicha autorización. Ahora bien, ello no significa que se deba exigir, como si de fórmulas rituales se tratara, la mención expresa del cumplimiento de cada uno de los detalles que en su conjunto configuran esa imprescindible transparencia, entre ellos la coincidencia de las condiciones del préstamo con las comunicadas en la FEIN, u otros que se pudieran requerir en el futuro.

Lo habitual será que las eventuales discrepancias entre la FEIN y los datos entregados para la preparación de la posterior escritura se hayan advertido por el notario en la fase de preparación del acta, notificándolo a la entidad para que subsane esos defectos de la FEIN con el fin de poder autorizar el acta y, transcurridos además diez días desde la subsanación, la escritura. En el supuesto de que tras la autorización del acta el notario advirtiera discrepancias sustanciales sobrevenidas entre la FEIN y las condiciones que finalmente haya de tener la escritura, deberá denegar la autorización de dicha escritura, requiriendo a la entidad para que lo subsane, y con el reinicio del plazo de los diez días, tras lo cual se autorizará una nueva acta o se diligenciará la preexistente, al menos un día antes del otorgamiento de la escritura.

Si las discrepancias no son sustanciales, porque simplemente dieran lugar a unas condiciones objetivamente más favorables para la parte prestataria, o por su falta de entidad no afectaran a las condiciones financieras del préstamo en los términos que arriba se han indicado, el notario autorizante habrá informado de ello según proceda en cada caso al prestatario o garante, normalmente haciéndolo constar en el lugar donde se debe cumplir con la transparencia, tanto formal como material, que es el acta previa, si

las observó en la fase de su autorización, o bien incluso en la escritura si se observaron en ese momento posterior y dicha constancia se estima procedente. Por consiguiente, en todos los casos el notario, asumiendo su responsabilidad, podrá autorizar la escritura con base en su afirmación, en la reseña del acta, de que el prestatario ha recibido en plazo la documentación y el asesoramiento previsto en el artículo 15 de la ley.

Por otra parte, de la referida normativa resulta inequívocamente que no es el registrador sino el notario a quien corresponde comprobar el cumplimiento del principio de transparencia material mediante la verificación de la documentación acreditativa de que se han observado los requisitos previstos en el artículo 14.1, lo que hará constar en la referida acta notarial previa a la formalización de la escritura; y la función del registrador es calificar la existencia de la reseña de dicha acta (con el contenido expresamente establecido en la ley –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 el artículo 15 de la ley.

Este control notarial del cumplimiento del principio de transparencia material no puede ser revisado por el registrador, de modo que éste deberá limitarse en su función calificadora a comprobar que, por lo que se expresa en el título presentado, el notario haya ejercido ese control que la ley le encomienda. Por ello, si el notario afirma que ha realizado dicho control (o, lo que es lo mismo, si afirma que el prestatario ha recibido la documentación y el asesoramiento en la forma prevista en la ley) es porque han sido correctamente cumplidas las obligaciones informativas que garantizan la transparencia material en la operación crediticia, y, por ende, no existe entre las estipulaciones del préstamo y las condiciones de la oferta vinculante discrepancia alguna que, como se ha indicado, obligue al notario a denegar la autorización de la escritura. Y en ningún caso podrá el registrador exigir que se acompañe la Ficha Europea de Información Normalizada –FEIN– (ni deberá en ningún caso incorporarse ésta a la escritura) al objeto de poder realizar una comprobación que es responsabilidad –consecuente con la competencia– del notario autorizante.

Cabe, finalmente, señalar que sigue en vigor el artículo 30 de la Orden EHA/2899/2011, que da al consumidor, tanto en los casos sujetos a la Ley 5/2019 como en los que no lo estén, el derecho de consultar el texto de la escritura con una antelación de tres días, si bien dicho derecho se puede renunciar expresamente siempre que el acto de otorgamiento de la escritura pública tenga lugar en la propia notaría. Por ello, en el acta previa se debe cuando menos informar al consumidor del indicado derecho, para permitirle su ejercicio, o informarle la posibilidad de renuncia al mismo, en su caso.

8. ¿Es necesario que el notario exprese en la escritura de préstamo hipotecario sujeta a la Ley 5/2019 el número identificador del depósito en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación del modelo de contrato de préstamo utilizado o, al menos, algún elemento que permita determinarlo entre los depositados?

La Instrucción de 13 de junio de 2019, de esta Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre el depósito de condiciones generales de la contratación, y el reflejo del mismo en las escrituras de préstamo y en el Registro de la Propiedad, a la que procede remitirse por la presente, ya estableció con toda claridad la obligación concreta y terminante de todas las entidades de depositar los formularios de los préstamos y créditos hipotecarios comprendidos en el ámbito de aplicación de la propia Ley antes de empezar su comercialización. Asimismo, se estableció en la citada Instrucción que el notario deberá controlar al autorizar la escritura de préstamo hipotecario, y el registrador de la propiedad al inscribirla, el hecho de que efectivamente la entidad financiera haya procedido previamente a practicar dicho depósito. En consecuencia, el Notario deberá indicar de forma expresa en la escritura que ha verificado el previo depósito por la entidad prestamista de esas condiciones generales de la contratación en el Registro, no siendo suficiente la manifestación de los otorgantes al respecto o la advertencia del notario sobre dicha obligación.

Ello no obsta a que, como se dijo en la citada Instrucción, la flexibilidad que requiere el tráfico jurídico debe permitir la adaptación a las necesidades que se planteen en cada supuesto concreto (por especialidades en relación con la finalidad del préstamo, el objeto, los sujetos, la relación entre los sujetos, los pactos especiales que se hayan alcanzado, etc.), y la inclusión en el contrato de cláusulas especiales que se aparten de las condiciones generales que se han depositado, precisamente porque por su especialidad propia no constituyen condiciones generales, sino condiciones particulares o pactos que han sido objeto de negociación individual.

En cualquier caso, las entidades financieras con frecuencia suelen indicar en sus modelos o minutas los números de identificación de las cláusulas depositadas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, lo que tiene la finalidad de que dichos números aparezcan también reseñados en las escrituras de préstamo, para facilitar en su día la comprobación de ese depósito. En tales supuestos, parece claro que, en la facultad de configuración del contrato que tienen las partes, siempre dentro de los límites legales, se debe entender incluida la de la reseña de ese número identificador, con la finalidad de facilitar la comprobación de la efectividad del depósito al notario, al registrador y eventualmente al juez que debiera pronunciarse sobre los efectos del negocio documentado. En consecuencia, en los supuestos en que ese número sea indicado por la entidad financiera, el notario, respetando su voluntad negocial, deberá consignarlos en la escritura. No obstante, la carencia de ese reflejo por la entidad financiera no impide la autorización de la escritura ni su inscripción registral, puesto que siempre es posible el cotejo de la escritura con el conjunto de cláusulas depositadas por la entidad financiera, algo que, por lo demás, las modernas herramientas digitales facilitan sobremanera.

Análogo alcance tiene la obligación que a los notarios impone la Disposición adicional octava, de hacer constar en la escritura una dirección de correo electrónico del prestatario para la práctica de las comunicaciones por el notario y por el registrador en ella mencionadas. El cumplimiento de esa obligación por el notario es de gran importancia, puesto que, consentida esa dirección de notificaciones por el prestatario y en el documento público, permitirá al registrador de la propiedad realizar su notificación sin duda o problema alguno desde el punto de vista de la protección de datos. Por ello, la indicación de la dirección de correo electrónico, que la ley impone con carácter obligatorio al notario (disposición adicional octava) y que tiene una clara importancia para el prestatario o garante, en la medida en que permitirá la recepción por los mismos de la información concreta sobre los términos en que ha quedado constituida la garantía hipotecaria, se convierte en un requisito para la inscripción registral de la escritura.

9. ¿Qué debe entenderse por préstamos en moneda extranjera?

Dice el Consejo General del Notariado en su Consulta:

La Directiva a la que copia la Ley da un nuevo concepto de préstamo en moneda extranjera para conceder al prestatario, artículo 2.º 1 de la Ley, la opción de convertir el préstamo ya sea «a la moneda en la que perciba la mayor parte de sus ingresos o tenga la mayor parte de los activos con los que ha de reembolsar el préstamo», ya a la del Estado en el que resida en la fecha de su concesión o en el momento en que solicite la conversión.

La definición legal supone un cambio de paradigma. Hasta ahora el préstamo en moneda extranjera venía siendo el que se otorgaba en divisas distintas de la moneda de curso legal en el país de concesión, así de ser España en yenes, libras o francos suizos.

Sin embargo, en la actualidad lo decisivo es que la moneda, aunque sea de curso legal, se deba considerar extranjera desde la perspectiva del prestatario por darse las condiciones establecidas en la Ley. En concreto, a tenor de su artículo 4-28 es préstamo en moneda extranjera el «denominado en una moneda distinta de la del Estado miembro en que resida el prestatario, o de aquella en que el prestatario en el momento de la

formalización del contrato tenga los activos o reciba los ingresos con los que reembolsar al prestatario».

En los mismos términos el artículo 4 de la Directiva lo define como: «Todo contrato de crédito en el que el crédito este denominado en una moneda:

- a) en que el consumidor no tenga los activos o no reciba los ingresos con los que ha de reembolsar el crédito, o
- b) distinta a la del Estado miembro en que resida el consumidor».

Aparentemente, los factores a considerar ingresos y activos por un lado, y la residencia por otro, no son acumulativos sino alternativos, así se desprende de la conjunción disyuntiva «o». Gramaticalmente, bastaría con la concurrencia de uno solo de los factores. Pero, ¿es ésta la ratio de la norma?

El artículo 20 de la Ley cuando regula el derecho de conversión otorga al prestatario la opción entre la moneda de la mayor parte de los ingresos o activos, o bien la de su residencia ya sea la originaria o la actual. ¿Tiene sentido esta opción a la hora de convertir si no se daba igual duplicidad al tiempo de concertar el préstamo? ¿Basta la disparidad con la moneda de un Estado miembro sin que la haya con los ingresos o activos con los que vaya a reembolsarse el préstamo?

La respuesta afirmativa vendría dada por el hecho de que la conversión no considera la denominación monetaria de los activos o ingresos existentes al formalizarse el préstamo, sino la de los mayoritariamente existentes al tiempo de demandar la conversión, que cabe sea otra distinta.

Ahora bien, la residencia en un Estado no miembro, según la nueva legalidad, carece de relevancia para evaluar la moneda prestada como extranjera. A la luz del artículo 4 de la Ley y de la Directiva sólo será decisiva en esta hipótesis la denominación de los activos o ingresos existentes a la hora de celebrar el préstamo.

Se plantea entonces la duda de qué ocurre si alguno de los activos o ingresos está denominado en la misma moneda prestada. El artículo 4-28 de la Directiva, con arreglo al cual debe interpretarse nuestra Ley, requiere que «no tenga los activos o no reciba los ingresos con los que ha de reembolsar el crédito» nominados en la misma moneda que la prestada.

Los activos o los ingresos constituyen una alternativa. Pero qué ocurre si parte de los activos (bien hipotecado) y de los ingresos (rentas diversas) están denominados en la misma moneda que la prestada. Si nos atenemos a la literalidad de la norma parece que la disparidad monetaria se predica de la totalidad de los ingresos o activos destinados al reembolso del préstamo, que «no tenga o no reciba» la negación es absoluta. Por tanto, parece que si tiene algún activo denominado en la misma moneda (el mismo bien hipotecado) e igualmente en su caso alguna de sus rentas, el préstamo no sería en moneda extranjera ni daría lugar a una eventual conversión.

Bastará con que coincida la denominación de alguno de los activos e ingresos, aunque no interesen la mayoría. La calificación originaria exige una discrepancia total de atenerse a la literalidad de la Ley. Otra cosa es la conversión, lógicamente en un momento posterior, que sólo la admite por la moneda mayoritaria.

Hay que cobrar conciencia de que son dos momentos distintos, la calificación y la conversión. No cabe la conversión si no se da la primera. De entrada, el préstamo debe haber sido calificado en moneda extranjera, cuando compete, artículo 4 de la Ley, al tiempo de su concesión. Si no se dan las circunstancias necesarias, por más que éstas sobrevengan con posterioridad, el préstamo no pasa a ser en moneda extranjera ni ha lugar a la conversión.

En conclusión, serían tan sólo préstamos en moneda extranjera;

Los otorgados a un residente en un Estado miembro con otra moneda distinta de la prestada.

Cualquiera que fuere la residencia, así los otorgados a un residente en un Estado no miembro para el solo caso de que no tengan denominados en la misma moneda los activos o ingresos susceptibles de destinarse al reembolso del crédito.

En cambio, el artículo 20 no es aplicable:

a) Si no se da ninguna de las circunstancias expresadas al tiempo (artículo 4 de La Ley) de la formalización del préstamo. Por tanto:

- aa) Si se reside en un Estado no miembro, y
- ab) Cuenta en la misma moneda prestada con algunos activos e ingresos.

La modificación de estas circunstancias posteriormente a la formalización no transmuta la naturaleza originaria del crédito que no pasa a ser en moneda extranjera.

Finalmente, la denominación de los ingresos y activos en moneda distinta tiene -en nuestra opinión- que ser originaria, no derivativa o a consecuencia de la conversión de divisas o de la inversión en acciones o fondos extranjeros nominados en otra moneda, que no deben computarse a estos efectos como activos o ingresos en moneda distinta.

Contestación.

A) Contexto y ratio de la norma.

Una adecuada respuesta exige analizar la ratio de la norma

Punto de partida es la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n.º 1093/2010.

Su considerando cuarto señala, entre los problemas detectados por la Comisión que motivan la acción de ésta, los créditos suscritos en moneda extranjera por los consumidores, en razón del tipo de interés ventajoso ofrecido, sin una información o comprensión adecuada del riesgo de tipo de cambio que conllevaban.

Y en su artículo 4 dedicado a definiciones, apartado 28) define el «préstamo denominado en moneda extranjera» como: «Todo contrato de crédito en el que el crédito está denominado en una moneda: a) en que el consumidor no tenga los activos o no reciba los ingresos con los que ha de reembolsar el crédito, o b) distinta a la del Estado miembro en que resida el consumidor.

La Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, traspone y en parte amplía, la protección del prestatario en base al nivel de armonización previsto en el artículo 2.1 de la Directiva (La presente Directiva no será óbice para que los Estados miembros mantengan o adopten disposiciones más estrictas en materia de protección del consumidor, siempre y cuando tales disposiciones sean compatibles con las obligaciones que el Derecho de la Unión impone a los Estados miembros).

Así, el artículo 4.28 de la Ley 5/2015 define el «Préstamo denominado en moneda extranjera» como todo contrato de préstamo inmobiliario denominado en una moneda distinta de la del Estado miembro en que resida el prestatario, o de aquella en la que el prestatario en el momento de formalización del contrato tenga los activos o reciba los ingresos con los que reembolsar el préstamo.

Su régimen se establece en el artículo 20 de la Ley 5/2015, préstamos inmobiliarios en moneda extranjera, que tiene su ubicación sistemática en el Capítulo II de la ley, bajo la rúbrica, Normas de protección del prestatario y más concretamente en su sección 2.ª, Normas de conducta.

Se dirige, por ello, y de acuerdo con la Directiva, a proteger al prestatario de las fluctuaciones monetarias durante la vida del préstamo y por tanto a facilitar el reintegro del préstamo.

Alcanza todo contrato incluido en el ámbito de la ley –no solo préstamos o créditos garantizados con un derecho real de hipoteca- y obliga al profesional a garantizar, en toda su extensión, la conversión a una moneda alternativa en los términos que establece el precepto.

Por lo demás, mientras que la directiva se dirige solo a consumidores personas físicas, la ley española amplía el ámbito de aplicación a personas físicas no consumidoras, aunque solo en el supuesto del artículo 2 1 a), si bien el régimen legal de protección que establece la Ley presenta ciertas diferencias, con una mayor flexibilización, en el supuesto de que el prestatario no sea consumidor (art. 20.2).

B) Derechos del prestatario.

Aunque la delimitación de los supuestos de hecho a los que es aplicable este régimen especial es independiente de los derechos que al prestatario se le reconocen, la regulación de éstos puede afectar a la interpretación sobre la extensión de los supuestos de hecho.

El artículo 20 de la Ley 5/2019, traspone y amplía el artículo 23 de la directiva que dice:

«1. En lo que respecta a los contratos de crédito que se refieren a préstamos en moneda extranjera, los Estados miembros se asegurarán de que exista, en el momento de la celebración del contrato de crédito, un marco reglamentario que garantice, como mínimo:

- a) que el consumidor tenga derecho a convertir el préstamo a una moneda alternativa en condiciones especificadas, o
- b) que se hayan implantado otras disposiciones que limiten el riesgo de tipo de cambio al que está expuesto el consumidor en virtud del contrato de crédito.

2. La moneda alternativa indicada en el apartado 1, letra a), será:

- a) la moneda en que el consumidor perciba la mayor parte de los ingresos o tenga la mayoría de los activos con los que ha de reembolsar el crédito, según lo indicado en el momento en que se realizó la evaluación de la solvencia más reciente relativa al contrato de crédito, o
- b) la moneda del Estado miembro en el que el consumidor fuera residente en la fecha de celebración del contrato de crédito o sea residente en la actualidad.

Los Estados miembros podrán especificar si el consumidor puede acogerse a las dos opciones a que se hace referencia en el párrafo primero, letras a) y b), o únicamente a una de ellas, o podrán autorizar a los prestamistas para que especifiquen si el consumidor puede acogerse a las dos opciones a que se hace referencia en el párrafo primero, letras a) y b), o únicamente a una de ellas».

El artículo 20 de la ley 5/2019 dice: en relación a los préstamos inmobiliarios en moneda extranjera asegura el derecho a la conversión:

«En los contratos de préstamo inmobiliario que se denominen en moneda extranjera el prestatario tendrá derecho a convertir el préstamo a una moneda alternativa conforme a lo dispuesto en este artículo.»

Al tiempo define la moneda alternativa que será: la moneda en que el prestatario perciba la mayor parte de los ingresos o tenga la mayoría de los activos con los que ha de reembolsar el préstamo, según lo indicado en el momento en que se realizó la evaluación de la solvencia más reciente relativa al contrato de préstamo o, la moneda del Estado miembro en el que el prestatario fuera residente en la fecha de celebración del contrato de préstamo o sea residente en el momento en que se solicita la conversión.

Pues bien, en atención a sus antecedentes, ratio y técnica elegida para la transposición dentro del nivel de armonización previsto en la directiva, ha de considerarse,

que basta uno de los criterios señalados en la norma para considerar aplicable el precepto, es decir:

- Que el prestatario perciba los ingresos o tenga los activos con los que ha de reembolsar el préstamo, en el momento de la formalización del contrato, en moneda diferente a la del préstamo, o bien
- Que el prestatario fuera residente en otro Estado miembro cuya moneda sea diferente a la del préstamo.

De ello se deducen varias conclusiones claras:

1. No es necesario que se den ambas circunstancias cumulativamente, sino alternativamente, como se desprende con claridad del uso reiterado de la conjunción «o», en los citados artículos 4.28 y 23 de la Directiva, y 4.27 y 20 de la Ley.

2. No será un préstamo en moneda extranjera, a los efectos de la Ley, aquel que se conceda a un residente en un tercer país, no Estado miembro, salvo que se den los requisitos de la primera hipótesis (ingresos o activos con los que reembolsar el préstamo en moneda distinta).

3. En cuanto al supuesto de los ingresos o activos para la devolución del préstamo en moneda distinta de la denominación de éste, una primera cuestión es si el hecho de que una parte de esos ingresos o activos estén denominados en la misma moneda del préstamo, y el resto en otra diferente, daría o no lugar a la aplicación de este régimen de protección. Afirma el Consejo General del Notariado que el argumento literal podría apoyar la conclusión negativa, es decir que si sólo una parte de los activos o ingresos están denominados en otra moneda ello no da lugar a la sujeción del préstamo a la Ley 5/2019, puesto que tanto la Ley como la Directiva hablan de «los activos o los ingresos con los que ha de reembolsar el crédito».

Parece, no obstante, que la interpretación debe ser otra: dada la finalidad protectora de la norma, la ratio de la misma y de su aplicación se dan igualmente cuando la mayor parte de esos activos o ingresos están denominados en una moneda distinta a la del préstamo, y así resulte del análisis de solvencia por la entidad financiera. A ello se añade que el argumento literal más bien apoya la interpretación positiva, puesto que si una parte de esos ingresos o activos están denominados en otra moneda, ya no puede afirmarse que el préstamo está denominado en la misma moneda.

Esta interpretación encuentra además un claro apoyo en el dato de que el art. 20.1.a contempla la eventualidad de que los activos o ingresos estén en más de una moneda en el momento de la última evaluación de la solvencia (pudiendo ser una de ellas la de la denominación del préstamo, y la otra una diferente). En tal caso, además, habrá que estar exclusivamente a la moneda de la mayoría de esos ingresos o activos en el mismo momento de la evaluación, ya que la conversión sólo se puede realizar a la misma. No obstante, se ha de observar que en este supuesto el prestatario podrá también optar a la conversión a la moneda de su domicilio en el momento en que presente su solicitud.

Debe por último señalarse que corresponde a la Entidad en el momento de la formalización del préstamo, y según la información que bajo su responsabilidad le haya suministrado el prestatario para la más reciente evaluación de la solvencia, el análisis de estas circunstancias de hecho, la determinación de la aplicabilidad o no al préstamo de este régimen especial por razón de los ingresos o activos del prestatario, y por consiguiente la constitución del mismo bajo esta modalidad.

4. Finalmente, se plantea si, concedido el préstamo en la moneda correspondiente al país de residencia del prestatario (y sin que se dé el supuesto de hecho de los activos o ingresos denominados en otra moneda), en el caso de que éste llegara a ser residente en un Estado miembro distinto resultaría aplicable el art. 20 de la Ley, con los derechos en él reconocidos al prestatario.

Ciertamente, ni la Ley ni la Directiva hacen referencia alguna al momento en que se ha de dar la residencia en un estado miembro distinto al de la moneda del préstamo, y permiten además que la moneda a la que el mismo se deba convertir si lo pide el

prestatario sea la de la residencia en la fecha de celebración del contrato o la de la fecha de la conversión, lo que podría conducir a la conclusión de que un cambio de residencia a otro estado miembro con una moneda diferente a la del préstamo permitiría exigir la conversión a esta nueva moneda.

Frente a ello, parece más correcto interpretar que el cambio de domicilio no atribuye al prestatario un derecho ex novo de conversión, por varios argumentos: que esa eventualidad futura e incierta resultaría de imposible valoración en el momento de la concertación del préstamo, por lo que en aras de la seguridad jurídica la norma sólo debe ser aplicable si ha sido prevista ab initio y evaluada por el prestamista en la concesión del préstamo; que por la misma razón un cambio de la moneda de los ingresos o activos para el pago del préstamo no atribuye el derecho a exigir la conversión a la nueva moneda (cfr., art. 20.1.a); que cuando el art. 4.28 de la Directiva y el 4.27 de la Ley hablan del préstamo «denominado» en una determinada moneda parecen estar haciendo referencia a su calificación, o atribución del *nomen* de la moneda, al definir el contrato, es decir en el momento de su formalización; y que si esas eventuales modificaciones de las circunstancias de hecho del prestatario le atribuyeran unos nuevos derechos de conversión, la Ley habría previsto en el Anexo I, al definir el contenido de la FEIN, la información sobre esos eventuales derechos a todos los prestatarios, y no sólo en aquellos casos en que la situación de hecho se da ab initio. A ello se añade la consideración de que la opción por la moneda del nuevo lugar de residencia del prestatario reconocida por el art. 20.1b puede perfectamente interpretarse, ser coherente, y acorde con la finalidad de la norma, como referida únicamente al contenido del derecho del prestatario en aquellos supuestos en que dicho derecho haya nacido previamente, desde la formalización del préstamo.

En cualquier caso, no es ésta una cuestión a plantear en el momento de la constitución del préstamo, mediante el otorgamiento de la escritura y su inscripción, sino en el de la solicitud de la conversión, por lo que la interpretación de la misma excede del objeto de esta Instrucción, y quedará sujeta finalmente al criterio de los tribunales.

10. ¿Es aplicable la ley española, concretamente la Ley 5/2019, a los préstamos hipotecarios sujetos a derecho extranjero (máxime cuando el bien inmueble hipotecado se encuentra en territorio español)?

El Consejo General del Notariado, partiendo de lo establecido por el Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008 (Roma 1), en materia de determinación de la ley aplicable a las obligaciones contractuales, plantea si la Ley 5/2019 es aplicable a los préstamos que con arreglo al Reglamento queden sujetos a una legislación extranjera, si se garantizan con hipoteca constituida sobre un inmueble residencial situado en España por la vía del artículo 11.5 del Reglamento, señala lo siguiente:

«Al respecto conviene partir de una premisa fundamental: las normas de protección del deudor, fiador o garante introducidas por la Ley 5/2019 no constituyen requisitos formales del contrato de préstamo hipotecario. Estamos ante la determinación de los requisitos de transparencia y equidad que debe tener el contrato y los mecanismos para asegurar su cumplimiento.

Más allá del reflejo documental del cumplimiento de estos requisitos (la autorización de un acta notarial y la reseña de ésta en la escritura), la Ley 5/2019 no altera los requisitos formales para la constitución de las hipotecas sobre bienes inmuebles en territorio español ni su régimen sustantivo, puesto que el régimen de protección dispuesto por la misma, dentro del cual está situada la intervención notarial en la fase precontractual, se refiere al préstamo no a su garantía que sigue rigiéndose por las normas generales civiles y la ley Hipotecaria.

Por tanto, si conforme al Reglamento n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, el contrato de préstamo hipotecario queda sujeto a una legislación extranjera, no serán aplicables los mecanismos de protección de la Ley 5/2019 y, singularmente, no

será exigible el acta notarial de información precontractual por el hecho de que la hipoteca recaiga sobre un bien inmueble situado en territorio español».

Contestación.

Una correcta respuesta exige distinguir los aspectos contractuales de los jurídicos-reales en los contratos de crédito inmobiliario para posteriormente analizar la posible incidencia de la Ley 5/2019.

A) Los aspectos contractuales aluden al negocio, generalmente un contrato de financiación o garantía o ambos y se rigen por el Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008 (Roma I), relativo a la ley aplicable a las obligaciones contractuales.

El Reglamento señala como conexión principal la ley elegida por las partes, Art. 3.1, aunque no fuera la de un Estado miembro, dado su carácter universal, artículo 2.

Adicionalmente a esta regla general, el contrato celebrado por una persona física consumidora, con las matizaciones que establece el art. 6 del Reglamento, se regirá por la ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual, siempre que el profesional: a) ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual, o b) por cualquier medio dirija estas actividades a ese país o a distintos países, incluido ese país, y el contrato estuviera comprendido en el ámbito de dichas actividades.

El consumidor no puede renunciar a la protección que le proporcionen aquellas disposiciones de la ley de su residencia sobre protección de consumidores, si no son susceptibles de exclusión mediante acuerdo o renuncia del mismo (art. 6.2).

La medida de protección viene determinada, por tanto, por la residencia habitual del consumidor con independencia de que en el Estado de situación del inmueble que sirve de garantía pueda existir una mayor protección.

El Reglamento (CE) n.º 593/2008, en su determinación de las normas de conflicto aplicables a la obligación contractual, no resuelve la totalidad de las cuestiones relevantes.

Por una parte, el artículo 1.2 a) excluye de su ámbito de aplicación la capacidad de las personas físicas, salvo lo dispuesto en su artículo 13.

Por otra, también resulta excluida de su ámbito la representación voluntaria, es decir, la posibilidad para un intermediario de obligar frente a terceros a la persona por cuya cuenta pretende actuar, o para un órgano de obligar a una sociedad, asociación o persona (art. 1.2 g).

Ambas cuestiones como ha tenido ocasión de señalar esta Dirección General en diversas ocasiones (vid Resolución de 31 de octubre de 2013 o de 18 de diciembre de 2018) se regulan por la ley nacional, de acuerdo con sus propias normas de conflicto (para la capacidad, en nuestro ordenamiento, art. 9.1 y para la representación, art. 10, 11, ambos del Código Civil)

Y, en cuanto a la forma, el art. 11 del Reglamento (CE) n.º 593/2008, en su contexto, establece que todo contrato que tenga por objeto un derecho real sobre un bien inmueble o el arrendamiento de un bien inmueble estará sometido, en cuanto a la forma, a las normas de la ley del país en que el inmueble esté sito, siempre y cuando, en virtud de dicha ley: a) la aplicación de dichas normas sea independiente del país donde se celebre el contrato y de la ley que rija el contrato, y b) dichas normas no puedan excluirse mediante acuerdo.

En nuestro Derecho, son de aplicación los art. 11, 608 y 1875 del Código Civil y 145 de la Ley Hipotecaria, que constituyen normas formales de aplicación necesaria.

B) Sin embargo, para los aspectos jurídico-reales, no existe una norma europea o convencional aplicable.

A falta de éstas, el Derecho español, aplica su propia norma de conflicto: el artículo 10.1 del Código Civil:

«La posesión, la propiedad y los demás derechos sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, se regirán por la ley del lugar donde se hallen. La misma ley será aplicable a los bienes muebles»

Desde la perspectiva de la competencia procesal internacional, se refuerza esta regla por el Art. 24 del Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

El criterio de la *lex rei sitae* queda así establecido en una regla de competencia jurisdiccional exclusiva y directa que conduce a los Tribunales del Estado –miembro- en que se sitúa el inmueble, señalando el Tribunal del específico lugar en que este se encuentre.

«Son exclusivamente competentes, sin consideración del domicilio de las partes, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros que se indican a continuación...1) en materia de derechos reales inmobiliarios y de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde el inmueble se halle sito».

Por lo tanto, todo litigio relativo al derecho real, deberá entenderse ante los Tribunales del Estado miembro en que se sitúe el inmueble, en materias tales como su interpretación, validez, conservación de la garantía, extinción (ligada al cumplimiento de la obligación) prescripción o ejecución.

Concretamente como señalaran las resoluciones de 22 de febrero de 2012 y de 31 de octubre de 2013, la ley del lugar de situación del inmueble se aplicará tanto al modo de constitución o adquisición de los derechos reales, como al momento de la constitución del derecho de hipoteca; al contenido de este derecho real; los derechos subjetivos de su titular, los bienes sujetos al derecho real, la posibilidad y condiciones de inatacabilidad del derecho real, así como su publicidad.

Desde la perspectiva registral las exigencias para el acceso al Registro, se regirán por el ordenamiento del país de situación del inmueble.

Cuando el inmueble objeto del gravamen hipotecario se ubica en España, será el ordenamiento español, y no aquel a cuya ley remita el acuerdo de las partes, el que determinará los requisitos para entender completado el proceso de constitución de la hipoteca.

La eficacia jurídico-real y su publicidad registral se rige por tanto por la ley española y su eficacia real queda supeditada a los requisitos exigidos por el Derecho español para que opere el proceso de constitutivo de la hipoteca.

Dentro del proceso constitutivo, se integra el documento notarial con la inscripción registral (artículos 608, 1.875 del Código Civil y arts. 3. 4 y 145 de la Ley Hipotecaria).

El documento público es título formal inscribible, regulado en los artículos 3 y 4 de la Ley Hipotecaria, para los documentos otorgados en España o en país extranjero.

El otorgamiento de un contrato en el que se constituya un derecho real sobre un inmueble en España en el ámbito de la Ley 5/2015, deberá someterse al criterio del artículo 56 de la Ley de 29/2015, de 30 de junio, de cooperación jurídica internacional en materia civil.

A su tenor,

«1. Los documentos públicos expedidos o autorizados por autoridades extranjeras serán ejecutables en España si lo son en su país de origen y no resultan contrarios al orden público.

2. A efectos de su ejecutabilidad en España deberán tener al menos la misma o equivalente eficacia que los expedidos o autorizados por autoridades españolas».

Y si fueren objeto de inscripción, como ocurre en la constitución de un derecho real inmobiliario, además es de aplicación el artículo 60 de la ley 29/2015 conforme al cual «Los documentos públicos extranjeros extrajudiciales podrán ser inscritos en los registros públicos españoles si cumplen los requisitos establecidos en la legislación específica aplicable y siempre que la autoridad extranjera haya intervenido en la confección del documento desarrollando funciones equivalentes a las que desempeñan

las autoridades españolas en la materia de que se trate y surta los mismos o más próximos efectos en el país de origen»

Sin olvidar que la Disposición Final 1.^a limita la consideración de normas especiales de la normativa registral, en cuanto a los efectos del artículo 2.º de la ley son normas especiales y por lo tanto de aplicación preferente:

«f) Las normas de la Ley y Reglamento Hipotecarios, así como del Código de Comercio y del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, reguladoras de la inscripción de documentos extranjeros en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta ley.

De la ley 29/2015, resulta por tanto la necesaria aplicación del principio de equivalencia material y formal del documento extranjero en relación al español.

La equivalencia será especialmente relevante para la aplicación de la teoría del título y el modo (solo si en el país de origen presenta esta función será equivalente en España) y lo es respecto de las funciones que respecto al cumplimiento del principio de transparencia material corresponde al funcionario autorizante.

Por tanto, debería ser analizada esta equivalencia, tanto por aplicación del criterio de orden público (de estricta y por lo tanto escasa aplicación práctica, aunque posible en este ámbito) como por tratarse de normas de obligado cumplimiento e imperativas, en relación a la función notarial que deben ser observadas.

Así, el art. 3 de la Ley 5/2019 dispone que «Las disposiciones de esta Ley y las contenidas en sus normas de desarrollo tendrán carácter imperativo, no siendo disponibles para las partes contratantes salvo que la norma expresamente establezca lo contrario. Serán nulos de pleno derecho los actos realizados en fraude de lo dispuesto en esta Ley, de conformidad con lo previsto en el artículo 6 del Código Civil, y en particular la renuncia previa de los derechos que esta Ley reconoce al deudor, fiador, garante o hipotecante no deudor».

En el Derecho español, el doble requisito constitutivo de escritura pública e inscripción, ligado a los respectivos controles de legalidad de las Autoridades intervinientes se incardina en el cumplimiento de los principios de transparencia y su control; el control de inserción y el control de abusividad de las cláusulas predispuestas (art. 83 del TRLCYU modificada por la Ley 5/2015) cláusulas que, además según establece el art. 11 de la ley 7/1998, en su actual redacción, deben ser depositadas en el Registro de condiciones generales, como elemento imperativo.

Por ello, el notario –sea o no español– debe comprobar obligatoriamente si la escritura contiene condiciones generales de contratación y que han sido depositadas en el Registro de Registro de Condiciones Generales de la Contratación; advertir de la aplicabilidad de la citada Ley 7/1998, de 13 de abril, así como de la obligación de inscribir en dicho Registro los formularios de los préstamos y créditos. Asimismo, deberá comprobar, mediante consulta telemática, que la entidad prestamista ha depositado en ese Registro las condiciones generales de la contratación que sean de aplicación, según el artículo 23 y concordantes de la citada Ley 7/1998, de condiciones generales de contratación (Resolución de este Centro Directivo de 5 de diciembre de 2019)

Y en coherencia, el apartado 2 del artículo 258 de la Ley Hipotecaria, en la nueva redacción que le ofrece al disposición final primera de la ley 5/2019: establece que el registrador de la propiedad denegará la inscripción de aquellas cláusulas de los contratos que sean contrarias a normas imperativas o prohibitivas o hubieran sido declaradas nulas por abusivas por sentencia del Tribunal Supremo con valor de jurisprudencia o por sentencia firme inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

C) Por otra parte, trasciende al contrato y se incluye en el derecho real, el efectivo cumplimiento de la normativa imperativa de la Ley 5/2019 en lo prevenido en los artículos 20 (préstamos inmobiliarios en moneda extranjera), 21 (cláusulas suelo), 23 (reembolso anticipado), 24 (vencimiento anticipado) y 25 (intereses de demora), y consecuentemente, el contenido y alcance del contrato y del acta de información.

(Resolución de 5 diciembre 2019, 1.^a), respecto de persona física garante de préstamo titularidad de una persona jurídica)

Tanto la información y documentación a suministrar por la entidad prestamista como la actividad del notario, aunque limitada como se ha dicho a los supuestos de otorgamiento por personas físicas en los términos del art. 2.1 de la Ley, debe comprender todo aquello que –relativo al préstamo o crédito– se expresa en los artículos 14.1 y 15 de la Ley 5/2019 garantizando la transparencia material y el cumplimiento del contenido obligatorio del contrato de crédito inmobiliario ligado necesariamente al derecho real.

El cumplimiento imperativo de la Ley 5/2015, como consecuencia, se integra en la creación de una acción ejecutiva.

La ley procesal nacional (art. 319, 323, 517; 618 y 685 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento civil junto con los artículos 129 y 130 de la Ley Hipotecaria) perfila los documentos necesarios para el inicio de la acción procesal.

D) ¿Varía en la práctica de la aplicación de la Ley 5/2019 los requisitos exigibles a contratos sobre crédito inmobiliario celebrados fuera de España?

La Ley 5/2019, de 15 de marzo de 2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, presenta un ámbito de aplicación concreto, en términos interpretados por la presente Instrucción.

En base al mismo, no se limita a los contratos celebrados con consumidores sino, en determinados supuestos, se extiende, más allá de lo exigido en la Directiva 2014/17/UE, que traspone, a los contratos inmobiliarios celebrados con personas físicas no consumidoras.

El carácter imperativo de las normas de la Ley 5/2019, como impone su art. 3, hace indisponible para las partes contratantes, en gran medida, su contenido esencial.

En consecuencia, la ley 5/2015 debe ser estrictamente observada por los notarios y registradores de la Propiedad españoles, los primeros en los contratos que autoricen, con el carácter constitutivo del derecho real (art. 145 de la Ley Hipotecaria) y los segundos en la calificación previa a la inscripción.

Para los títulos otorgados fuera de España la equivalencia formal y material debe abarcar, además de las normas especiales sobre protección del consumidor de la ley del lugar de residencia de éste (en los términos del arriba citado art. 6 del Reglamento de Roma I), las normas imperativas de la Ley 5/2019, y en particular sus arts. 14 y 15 en cuanto trascienden de una actuación meramente formal a sustantiva.

Constituye requisito de carácter sustancial no solo la autorización de escritura pública de constitución de la hipoteca, título hábil equivalente para la inscripción de la misma en el Registro de la Propiedad, sino también la existencia de un documento notarial previo equivalente al acta prevista en el art. 15. Este precepto se refiere reiteradamente al «acta notarial previa a la formalización del préstamo hipotecario», y la reseña identificativa del acta que el notario autorizante debe insertar en «la escritura pública del préstamo», añadiéndose en el art. 22.2 establece que «en la contratación de préstamos regulados por esta Ley, el Notario no autorizará la escritura pública si no se hubiere otorgado el acta prevista en el artículo 15.3», y en el art. 14.1 g) al imponer la obligación de dar al prestatario el asesoramiento personalizado y gratuito del notario en el supuesto de que «esté previsto que el préstamo se formalice en escritura pública» y que el asesoramiento lo preste el notario «que elija el prestatario para la autorización de la escritura pública contrato de préstamo», así como en la disposición final sexta, que añade un supuesto de infracción muy grave por los notarios concretado en «el incumplimiento del período de información precontractual obligatorio previo a la autorización de la escritura en los préstamos y créditos hipotecarios sobre vivienda residencial y de levantar el acta previa a su formalización en los términos previstos en la Ley».

Esta actuación imperativa, aunque parece dirigida a la protección de los consumidores, no se limita a ellos, ya que resulta igualmente aplicable en ciertos supuestos en que el prestatario o garante sea persona física aun no actuando como consumidora.

E) En conclusión, si bien es cierto que las partes pueden acordar válidamente la sujeción del contrato a la ley de otro país, y que se deberán además respetar el específico régimen de protección que la normativa de consumo del país de la residencia habitual del prestatario pueda imponer, debe entenderse que los requisitos que con carácter imperativo se establecen en la Ley 5/2019, en la medida en que lo son para la constitución de la hipoteca, en particular el acta notarial del art. 15, (o su equivalente) así como toda la documentación e información cuya entrega y contenido constituyen el objeto del control en este acta, debe imperativamente ser cumplidos, en cuanto ligados al derecho de garantía y por tanto a su inscripción y en su caso a su ejecución.

El acta notarial previa de control del cumplimiento de requisitos de obligado cumplimiento ligados al principio de transparencia material (incluso en supuestos en que el prestatario o garante es una persona física no consumidora), queda ligada a la escritura pública, en cuanto debe ser autorizada por el mismo notario (con sujeción a las normas de sustitución de la legislación Notarial) como forma esencial, en la que se crea un derecho real de garantía que deberá ser inscrito en el Registro de la propiedad competente.

Desde otra perspectiva, esta vez regulatoria o administrativa, los contratos inmobiliarios sujetos a la Ley 5/2019 presentan características singulares en relación con el prestamista profesional (incluso ocasional) conceptuado en la Ley (art. 4.2), a quien, con las excepciones que en dicha norma se establecen, se obliga a la previa inscripción en el registro previsto en el art. 42 de la Ley. A ello se añade la obligación, ya indicada, del propio prestamista de inscribir las condiciones generales del contrato en el registro de condiciones generales, con el alcance establecido la Instrucción de esta Dirección general de 13 de junio de 2019.

Por último, debe observarse cómo la autorización del acta notarial previa que compruebe los elementos expresados en el artículo 14 de la misma ley, adicionalmente, presenta un importante elemento tecnológico, al basarse en la interconexión de la plataforma digital de la entidad financiera con los notarios y su sede electrónica, cuyo uso es imperativo en España para estos en lo que constituya ejercicio de la función notarial, pero que tratándose de otorgamientos formalizados en otros países se deberá analizar desde la óptica de la equivalencia de formas del acta autorizada.

Cabe por tanto concluir que tras la entrada en vigor de la Ley 5/2019, la formación del derecho real de garantía hipotecaria, presenta un marcado contenido de carácter imperativo e irrenunciable, que limita, para los inmuebles situados en España, notablemente el contenido del contrato.

Este ámbito indisponible supone desde la perspectiva del título una agravación formal y material que debe ser analizada cuidadosamente a fin de verificar su correcta equivalencia formal y material, con trascendencia en los ámbitos procesal y registral.

Los Tribunales españoles, tras la actuación notarial y la registral competente en el lugar de situación del inmueble, serán en última instancia los encargados de verificar el efectivo cumplimiento de las reglas relativas al control de transparencia, inserción de condiciones generales así como de interdicción de cláusulas abusivas en el título que causa inscripción además del restante contenido imperativo del mismo.

Otras cuestiones que se plantean sobre la interpretación de la Ley 5/2019:

11. Importe mínimo del reembolso anticipado.

El artículo 23 establece el derecho, sin límite ni condicionamiento alguno, del prestatario, en cualquier momento anterior al plazo pactado, de reembolsar de forma total o parcialmente anticipada la cantidad adeudada. Únicamente se admite el pacto sobre un plazo de comunicación previa, que no podrá exceder de un mes. Y la compensación que, eventualmente puede reclamar el banco se encuentra regulada, y sometida a limitaciones imperativas, que resultan claras.

Se plantea sin embargo una cuestión, como es la posibilidad de pactar un importe mínimo para la cancelación anticipada, que tradicionalmente se ha incluido en los

contratos, y que suele consistir en una cantidad fija (frecuentemente, de 300 euros), o en un determinado porcentaje del capital pendiente. Ese pacto tiene un fundamento económico incontestable, por cuanto para el prestamista la tramitación de la cancelación anticipada tiene un coste que no es desdeñable, no sólo por el recálculo que hay que hacer de la operación, sino también, muy especialmente, por la información que en tal supuesto debe remitir al prestatario (art. 23.2), por la eventual revisión que puede tener que hacer de los contratos de seguro accesorios al del préstamo, etc. En tales condiciones, una exigencia reiterada de realización de pequeñas cancelaciones anticipadas de importes ínfimos puede constituir un abuso del derecho del prestatario, puesto que realmente la oposición a la misma por el prestamista no le impide cancelar su deuda, sino simplemente reestructurarla una y otra vez con un impacto mínimo para el prestatario y con un coste desproporcionado para el prestamista.

En consecuencia, la limitación de tal actuación potencialmente abusiva, del prestatario mediante un pacto razonable y proporcionado, sin afectar realmente a la posibilidad de amortizar anticipadamente de forma efectiva la deuda, parece estar justificada, y no contravendría el derecho del prestatario de reembolsar anticipadamente, de forma parcial, su préstamo, tal como lo configura el art. 23.1 de la Ley 5/2019.

Por otra parte, la determinación de la proporcionalidad del pacto y del eventual carácter abusivo de las solicitudes de reembolso que pretendieran realizarse en contradicción con el mismo requeriría una valoración de las circunstancias concretas del caso y momento en que ello se plantee, correspondiendo la competencia para realizarla al juez, y no al notario ni al registrador al evaluar o calificar los pactos del contrato, por lo que parece que esa clase de cláusulas deberían ser admitidas.

Y, en cualquier caso, no existirá duda alguna del ajuste a la legalidad de los pactos sobre el vencimiento anticipado cuando la cláusula limitativa de pequeñas amortizaciones se combine con el pacto sobre comunicación previa, por ejemplo acordando que todas las solicitudes de amortización anticipada por debajo de cierto umbral se deben solicitar con un mes de antelación, y que todas las solicitudes que se presenten dentro de ese mes se deben ejecutar de forma conjunta, mediante un único pago y amortización por su suma total.

12. La aplicabilidad de la Ley 5/2019 a las operaciones de reestructuración en aplicación del Código de Buenas Prácticas (RDL 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos).

Otra cuestión que se plantea es la eventual aplicabilidad de la Ley 5/2019 a las operaciones de reestructuración de deudas formalizadas por las entidades adheridas al Código de Buenas prácticas, en relación con deudores que padezcan extraordinarias dificultades para atender su pago o situados en el umbral de exclusión, a los que se refiere el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos.

Debe señalarse que esas operaciones se formalizan sobre préstamos hipotecarios preexistentes, que frecuentemente estará constituidos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 5/2019, y no ajustados por tanto a la misma. Ahora bien, la reestructuración consiste únicamente en la modificación de algunos de los efectos de dichos contratos determinados en la ley: la moderación del tipo de demora (al 2 %, de acuerdo con el art. 4 del Real Decreto-Ley), el establecimiento de una carencia en la amortización de capital de cinco años, la ampliación del plazo de amortización hasta un total de 40 años a contar desde la concesión del préstamo, la reducción del tipo de interés aplicable a Euribor + 0,25 por cien durante el plazo de carencia, la supresión de las cláusulas suelo que se hubieran pactado, la eliminación de la compensación por amortización anticipada durante los diez años posteriores a la reestructuración, o incluso la concesión de una quita.

La simple aplicación de estas concretas medidas, legalmente predeterminadas, a un contrato de préstamo constituido con anterioridad, no parece constituir por sí una novación del mismo para sujetarlo a un nuevo clausulado y condiciones que debiera dar

lugar a la aplicación de la Ley 5/2019, tanto en relación con las formalidades informativas y el acta previa como con las limitaciones sustantivas a su alcance. Cuestión distinta será el supuesto en que junto a la aplicación de las medidas de reestructuración se pacten otras modificaciones en las condiciones del préstamo, o cuando se acuerde reunificar el conjunto de las deudas contraídas por el deudor, como se prevé también en el anexo del Real Decreto Ley, en cuyo caso la formalización de un contrato nuevo sí exigirá el cumplimiento de dichas normas.

Madrid, 20 de diciembre de 2019.–El Director General de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.