

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

9288 *Resolución de 27 de julio de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad interina de Albocàsser-Morella a inscribir una escritura de constitución de hipoteca.*

En el recurso interpuesto por doña M. C. A. M., representación de la «Sociedad de Garantía Recíproca de la Comunitat Valenciana» (AFÍNSGR), contra la calificación de la registradora de la Propiedad interina de Albocàsser-Morella, doña Carmen Montesinos Barrachina, a inscribir una escritura de constitución de hipoteca.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el notario de Valencia don Jorge Milz Ramón el 12 de diciembre de 2019 (n.º de protocolo 3676), don D. A. G., como parte deudora y don S. A. S. y doña M. P. G. C., como hipotecantes no deudores, constituyeron hipoteca a favor de Sociedad de Garantía Recíproca de la Comunitat Valenciana (AFÍNSGR), sobre la finca de su propiedad número 4.300 del Registro de la Propiedad de Morella (una casa sita en dicha localidad). La citada hipoteca se constituyó para garantizar el afianzamiento prestado por «Sociedad de Garantía Recíproca de la Comunitat Valenciana» (AFÍNSGR) en un préstamo concedido por Bankia a favor de don D. A. G. por un plazo de amortización de 12 años.

El destino de dicho préstamo es la inversión y así se indica en una de las dos pólizas incorporadas a la escritura calificada (una recogía el préstamo concedido por Bankia y la otra regulaba las relaciones entre el deudor, sus fiadores y la citada Sociedad de Garantía Recíproca). En el texto del recurso se indica, además, que, con base en la solicitud de aval presentada a la Sociedad de Garantía Recíproca por el socio don D. A. G., dicha finalidad inversora consistía en la adquisición de una licencia de estanco y lotería.

II

Presentada, el 12 de diciembre de 2019, copia autorizada de la escritura en el Registro de la Propiedad de Albocàsser-Morella, fue objeto de calificación negativa por la registradora interina, doña Carmen Montesinos Barrachina, que se transcribe únicamente respecto del defecto objeto de impugnación en los siguientes términos:

«El Registrador que suscribe, previo examen y calificación del precedente documento, en uso de las facultades atribuidas por la legislación vigente y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 18, 19 y 19 bis LH y sus concordantes legales y reglamentarios, emite la siguiente nota de calificación por la que se suspende la práctica del asiento solicitado basándose en los siguientes hechos y fundamentos jurídicos:

Se suspende la inscripción del documento presentado por concurrir causas impositivas basadas en los siguientes hechos y fundamentos de derecho:

Hechos

Primero. La escritura de constitución de hipoteca inmobiliaria en garantía de aval, no se ajusta a los requisitos de la Ley 5/2019 reguladora de los contratos del Crédito

Inmobiliario, siendo esta aplicable cuando se trate de garantes personas físicas y la hipoteca recaiga sobre un inmueble de uso residencial. En el presente caso nos encontramos ante dos hipotecantes no deudores personas físicas (D. S. A. S. y D.ª M. P. G. C.), que hipotecan una vivienda sita en Morella, enmarcándose por tanto el supuesto, tanto en el ámbito subjetivo como objetivo de la citada ley, debiendo aplicarse en consecuencia la normativa de la misma. La necesidad de aplicación de la Ley 5/2019, arrastra consigo la necesidad de que la hipoteca (y no el aval) se ajuste a lo dispuesto por la citada ley en materia de acta notarial previa, vencimiento anticipado, intereses de demora, y gastos.

Segundo. La cláusula 10.ª Acciones extrajudiciales, no puede inscribirse por ser la hipoteca que nos ocupa, una hipoteca de máximo. Asimismo se recoge en dicho pacto que el valor de tasación, para que sirva de tipo en la subasta, es el mismo que para el procedimiento judicial, siendo este de 115.125,51 euros. No obstante, dicho valor de tasación es inferior al 100% del valor de tasación que resulta del certificado de tasación aportado, que es de 143.906,89 euros.

Fundamentos de derecho.

Primero.

La Instrucción de 20 de diciembre de 2019, recoge expresamente la necesidad de aplicación de la ley 5/2019 a los supuestos de hipotecas en garantía de aval a favor de una Sociedad de Garantía Recíproca, cuando quién hipoteque sea una persona física y lo que se hipoteque sea un inmueble de uso residencial. La citada instrucción dispone en su apartado tercero en sus dos últimos párrafos lo siguiente: “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.

El artículo 1 de la Ley 5/2019 dispone “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.”

El artículo 2 de la ley 5/2019, recoge el ámbito de aplicación de la misma disponiendo en su apartado primero: “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. (...)”.

Asimismo el apartado tercero de dicho artículo 2, dispone que “Las referencias que se realizan en esta ley a los préstamos se entenderán realizadas indistintamente a préstamos y créditos”.

Segundo. (...)

Contra esta decisión, sin perjuicio de que los interesados puedan acudir a los Tribunales de Justicia para contender entre si sobre la validez o nulidad del título, cabe (...)

Este documento ha sido firmado con firma electrónica cualificada por Carmen Montesinos Barrachina registrador/a de Registro Propiedad de Chelva a día seis de febrero del año dos mil veinte.»

III

Doña M. C. A. M., representación de la «Sociedad de Garantía Recíproca de la Comunitat Valenciana» (AFÍNSGR), interpuso recurso (con entrada en la sede electrónica del Ministerio de Justicia el 5 de marzo de 2020 y después trasladado por el Centro Directivo, y recibido por el Registro de la Propiedad de Albocàsser-Morella el 25 del mismo mes), contra el primer defecto expresado en la calificación, en los siguientes términos:

«Hechos:

Primero.–Antecedentes.

Mediante escritura de hipoteca otorgada por el Notario de Valencia, D. Jorge Milz Ramón en fecha 12 de diciembre de 2019, Protocolo 3676, D. D. A. G., como parte deudora y DON S. A. S. y D.ª M. P. G. C. como hipotecantes no deudores, constituyeron hipoteca a favor de Sociedad de Garantía Recíproca de la Comunitat Valenciana (AFÍNSGR), sobre la finca de su propiedad número 4.300 del Registro de la Propiedad de Morella. La finca hipotecada consiste en una casa sita en Morella.

La citada hipoteca se constituyó para garantizar el afianzamiento prestado por Sociedad de Garantía Recíproca de la Comunitat Valenciana (AFÍNSGR) en un préstamo concedido por BANKIA a favor de D. D. A. G. por un importe de 340.000€ y un plazo de amortización de 12 años. El destino del préstamo era la inversión, en concreto la adquisición de una licencia de estanco y lotería. Se adjunta como documento dos solicitudes iniciales de aval donde consta la finalidad de la operación.

Con ello, Sociedad de Garantía Recíproca de la Comunitat Valenciana (AFÍNSGR) se constituyó como fiadora en la póliza de préstamo concedida por BANKIA a favor de D. D. A. G. en fecha 12 de diciembre de 2019 y en el mismo acto, al objeto de regular las condiciones del afianzamiento prestado por esta entidad, se formalizó póliza de contragarantía entre Sociedad de Garantía Recíproca de la Comunitat Valenciana (AFÍNSGR) y D. D. A. G. como titular y D. J. A. G. y J. A. A. G. como avalistas solidarios de la operación. Como garante adicional por el aval prestado, se otorgó la garantía real descrita en el párrafo anterior a favor de la Sociedad de Garantía Recíproca de la Comunitat Valenciana (AFÍNSGR).

Se adjunta como documento tres la escritura de hipoteca.

Presentada la documentación relacionada con la hipoteca en el Registro de la Propiedad Albocàsser-Morella la Sra. Registradora nos ha comunicado la siguiente calificación desfavorable por la que se suspende la práctica del asiento: (...)

Se adjunta la nota del Registro como documento cuatro.

Respecto al punto segundo se va a proceder a subsanar por esta sociedad y el punto primero va a configurar el objeto del presente recurso.

La nota de Registro hace referencia a la Instrucción de DGRN de 20 de diciembre de 2019, manifestando que recoge expresamente la necesidad de aplicación de la Ley 5/2019 a los supuestos de hipotecas en garantía de aval a favor de una Sociedad de Garantía Recíproca, cuando quien hipoteque sea una persona física y lo que se hipoteque sea un inmueble de uso residencial. Esta sociedad no está de acuerdo con esa interpretación de acuerdo a lo siguiente.

En el interior de dicho texto (de un total de 51 páginas), se hace una sola referencia a las Sociedades de Garantía Recíproca, en concreto en su página 15, donde dice:

"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, puedan 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."

Esta redacción, más bien ambigua, en la que se hace referencia (una sola vez) a las SGRs, ha provocado serias dudas en la concesión de hipotecas otorgadas a favor de las estas sociedades, pero lo cierto es que no se afirma ni razona cuándo aplica ni cómo, ya que a pesar de que en un primer momento afirma que "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 ", en cambio luego menciona que "podrá dar lugar a la aplicabilidad de la misma", en un sentido dispositivo y nada imperativo, sin establecer unas pautas o requisitos a cumplir. En consecuencia, esta interpretación, bastante confusa, provoca una grave indefensión a las sociedades avalistas (SGRs), quienes, a pesar de que no se menciona en ninguna parte que la LCCI les sea de aplicación, se les considera entidades prestamistas, cuando no lo son, y se ven altamente perjudicadas, al encontrarse que no se inscriben sus hipotecas teniendo en cuenta además que, en su peculiar operativa, es muy difícil aplicar las exigencias de la LCCI. En los fundamentos siguientes razonaremos la no aplicabilidad de dicha norma a las sociedades de garantía recíproca. Con todo ello, no estando conformes con dicha calificación procedemos a recurrir la misma por los motivos que a continuación se exponen.

Segundo.—No aplicabilidad de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (LCCI).

La LCCI, en su exposición de motivos refiere al régimen de concesión de préstamos y créditos con garantía hipotecaria inmobiliaria en torno a la protección de familias españolas para la adquisición de viviendas con el objeto de potenciar la seguridad jurídica la transparencia y la comprensión de los contratos y las cláusulas que los componen así como el justo equilibrio entre las partes. Mediante la misma se exige a la parte que domina la relación (prestamista) tenga un plus de responsabilidad en su comportamiento ante el prestatario.

Esta ley tiene como objeto la trasposición 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 y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n.º 1093/2010.

Si examinamos el texto de la Directiva, podremos comprobar que en su ámbito primero se delimita el objeto de la misma en los siguientes términos: "La presente Directiva establece un marco común en relación con ciertos aspectos de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros aplicables a aquellos contratos relativos a créditos al consumo que estén garantizados mediante hipoteca u otro tipo de garantía, en relación con bienes inmuebles de uso residencial.... Es decir, la Directiva y, en consecuencia, la norma nacional que la transpone tienen por objeto los contratos relativos a "crédito al consumo", por lo que quedan expresamente excluidos de su objeto todos aquellos créditos vinculados a la actividad comercial o profesional de las personas físicas o jurídicas que sean titulares de los mismos.

La Directiva europea de la que trae causa la norma nacional es una regulación complementaria de la Directiva 2008/48/C relativa, igualmente, a los créditos al consumo y, por ello, en su apartado 17 establece taxativamente que: "La presente Directiva no es aplicable a otros segmentos del mercado de crédito expresamente determinados, que difieran, por su naturaleza y riesgos, de los créditos hipotecarios estándar... ". Como expondremos más adelante, las sociedades de garantía recíproca tienen vedado avalar operaciones de crédito al consumo, resulta por ello evidente que, conforme al objeto de la norma, la misma resultaría inaplicable a las SGRs.

2.1 Artículo 1. Objeto de la Ley.

La LCCI regula en su artículo 1 el objeto de la misma y 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.

A estos efectos se establecen las normas de transparencia que han de regir dichos contratos, el régimen jurídico de los prestamistas e intermediarios de crédito inmobiliario, incluida la obligación de llevar a cabo una evaluación de la solvencia antes de conceder el crédito, estableciéndose un régimen de supervisión y de sanción, así como las normas de conducta aplicables a la actividad de prestamistas, intermediarios de crédito inmobiliario, representantes designados y asesores".

Es decir, desde un principio parece que la ley va dirigida a "préstamos" y a "prestamistas".

Igualmente cabe hacer referencia a las definiciones que constan en el artículo 4 de la LCCI y en las que, adelantamos que, en ninguna tiene cabida un ente como las Sociedades de Garantía Recíproca según fundamentaremos a lo largo del presente recurso. Resaltamos las siguientes:

"Prestatario": toda persona física que sea deudor de préstamos que estén garantizados mediante hipoteca sobre bienes inmuebles de uso residencial o cuya finalidad sea la adquisición o conservación de terrenos o inmuebles construidos o por construir.

"Prestamista inmobiliario": toda persona física o jurídica que, de manera profesional, realice la actividad de concesión de los préstamos a los que se refiere el artículo 2.1, letras a) y b). "Contrato de préstamo": el contrato mediante el cual un prestamista concede o se compromete a conceder un préstamo a un prestatario incluido en el ámbito de aplicación del artículo 2, en forma de pago aplazado, crédito u otra facilidad de pago similar.

'Intermediario de crédito inmobiliario': toda persona física o jurídica que, no actuando como prestamista, ni fedatario público, desarrolla una actividad comercial o profesional, a cambio de una remuneración, pecuniaria o de cualquier otra forma de beneficio económico acordado, consistente en poner en contacto, directa o indirectamente, a una persona física con un prestamista y en realizar además alguna de las siguientes funciones con respecto a los contratos de préstamo a que se refiere el artículo 2.1, letras a) y b):

- a) presentar u ofrecer a los prestatarios dichos contratos de préstamo;
- b) asistir a los prestatarios realizando los trámites previos u otra gestión precontractual respecto de dichos contratos de préstamo;
- c) celebrar los contratos de préstamo con un prestatario en nombre del prestamista."

Cabe decir, para disipar posibles dudas, que no puede entenderse aplicable a la SGR la figura del intermediario de crédito inmobiliario, al no corresponder ninguna de las funciones definidas en la ley para éstos. Las SGRs cuentan con su actividad propia, que es la concesión de avales, y no actúan como intermediarios que ponen en contacto al prestatario y al prestamista, siendo además una parte fundamental en la operación en la que actúan como fiadores.

Con todo ello, solo atendiendo a la redacción del objeto de la ley entendemos que la misma está dirigida a las relaciones entre entidades prestamistas y personas físicas (prestatarios) que actúan dentro de un ámbito personal y cuya finalidad es reforzar las garantías en el proceso contratación hipotecaria en materia de vivienda para evitar, en última instancia la pérdida la misma, y por tanto, no puede ser de aplicación a entidades avalistas cómo las sociedades de garantía recíproca, por no ser entidades prestamistas ni intermediarias de crédito, no operar en el ámbito personal o de consumidores y por no encajar su regulación en la operativa y procesos de concesión de avales de las mismas, cuya fundamentación vamos a exponer a continuación.

2.2 Carácter especial de las Sociedades de Garantía Recíproca (en adelante SGRs). No son entidades de crédito.

Las sociedades de garantía recíproca (SGRs) son entidades financieras sin ánimo de lucro, supervisadas por el Banco de España. A través de ellas se facilita el derecho al crédito a pymes y autónomos consiguiendo a través de su aval, que las entidades prestamistas les concedan financiación con unas mejores condiciones.

Las SGRs se rigen por sus propios estatutos y se encuentran reguladas en la Ley 1/1994, de 11 de marzo, sobre régimen jurídico de las sociedades de garantía recíproca.

Según el artículo 2 de dicha Ley, el objeto de las Sociedades de Garantía Recíproca es "el otorgamiento de garantías personales, por aval o por cualquier otro medio admitido en derecho distinto del seguro de caución, a favor de sus socios para las operaciones que éstos realicen dentro del giro o tráfico de las empresas de que sean titulares".

A los efectos de este recurso, es de gran importancia poner de relieve la prohibición legal que contiene el artículo 3 de la Ley, que dispone que "las sociedades de garantía recíproca no pueden conceder ninguna clase de créditos a sus socios".

Dada esta prohibición legal respecto a las SGRs, dichas entidades no son entidades prestamistas en ningún caso, dado que no se les está permitido conceder crédito alguno.

De este modo, se puede afirmar que la actividad propia y típica de las sociedades de garantía recíproca, tal y como reza la exposición de motivos de la Ley SGRs, es la de "conceder avales que permitan a la(s) PYME(s) acceder a la financiación bancaria" con el objetivo de "facilitar el acceso de las empresas avaladas a líneas de financiación privilegiada y obtener mejores condiciones en sus créditos que los que conseguirían por sí solas en el mercado."

La operativa habitual de AFÍNSGR se centra en la concesión de avales a primer requerimiento a las PYMEs o empresarios valencianos que necesiten financiación bancaria con la finalidad, como se ha dicho antes, de acceder a la misma o de obtener mejores condiciones. En garantía del aval prestado por una SGR, esta última suele exigir contragarantías a la PYME o empresario deudor, que pueden ser garantías reales sobre bienes inmuebles, o bien otras garantías personales o reales que recaigan sobre bienes no inmuebles.

Podemos diferenciar con claridad varios negocios jurídicos existentes en esta operativa:

– Contrato de préstamo: es el contrato celebrado entre la PYME o empresario como deudor y la entidad de crédito, como acreedora, en cuya virtud esta última concede a la PYME financiación, mediante la concesión de un crédito o préstamo.

– Aval: es el contrato celebrado entre la SGR, como avalista, y la PYME o empresario, como avalado, en beneficio de la entidad de crédito acreedora (el Aval de la SGR).

– Contragarantía del aval: es el contrato de garantía celebrado entre la SGR, como beneficiaria de la garantía y la propia PYME o empresario. Cuando la garantía sea un derecho real de hipoteca, la PYME o un tercero serán hipotecantes. La Contra garantía tiene por objeto principal asegurar a la SGR su total indemnidad económica por razón del Aval prestado ante la entidad prestamista, de modo que queden cubiertos todos los pagos o prestaciones económicas de cualquier naturaleza que la SGR llegue a realizar en cualquier momento.

Por ello, a los efectos de la LCCI, las sociedades de garantía recíproca deben tener la consideración de entidades financieras y no de entidades de crédito, debiendo tener presente que el préstamo y el afianzamiento o contragarantía son negocios jurídicos totalmente distintos.

El concepto de "entidad de crédito" se define en el Reglamento (UE) n.º 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión, y por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 648/2012, apartado 1 punto 1) del artículo 4 del citado Reglamento (UE): 'Entidad de crédito': una empresa cuya actividad consista en recibir público depósitos u otros fondos reembolsables y en conceder créditos por cuenta propia.

Igualmente, el art. 1 de la Ley 10/2014 de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito dispone que:

"1. Son entidades de crédito las empresas autorizadas cuya actividad consiste en recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables y en conceder créditos por cuenta propia.

2. Tienen la consideración de entidades de crédito:

- a) Los bancos.
- b) Las cajas de ahorros.
- c) Las cooperativas de crédito.
- d) El Instituto de Crédito Oficial."

Dentro de dicha definición, como puede observarse, no forman parte las SGRs.

Además de dicha ley de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito se extrae que las SGR no están incluidas en el ámbito de aplicación de las obligaciones de transparencia, información precontractual etc. del artículo quinto de esta ya que la disposición final duodécima de la LCCI modifica las obligaciones de transparencia, información precontractual etc. de las entidades de crédito en su artículo quinto, pero dicho artículo no es de aplicación a las SGR puesto que, la propia ley de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito en la Disposición adicional 9ª establece específicamente un Régimen de ordenación y disciplina de las

sociedades de garantía recíproca, indicando que se considerarán normas de ordenación y disciplina los preceptos de obligada observancia para las mismas contenidos en la Ley 1/1994, de 11 de marzo, sobre el Régimen Jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca, y en sus normas de desarrollo.

Por otro lado, debe quedar claro el carácter mercantil de las operaciones de las SGRs. Como ya se ha expuesto anteriormente, las SGRs solo pueden operar con PYMES o empresarios en el ámbito de su actividad empresarial (nos remitimos de nuevo a los artículos 2 y 6 de la Ley de SGRs), no pudiendo operar con consumidores.

La operación que nos ocupa tiene como finalidad, como ya hemos dicho, la inversión, y en concreto la adquisición de licencia y negocio de estanco y lotería en Mislata, según consta en la póliza de contragarantía de AFÍNSGR junto a la pignoración de la licencia de estanco las cuales aportamos como documentos cinco y seis.

En conclusión, según se extrae de todo lo expuesto las SGRs no son entidades de crédito o entidades prestamistas, sino entidades financieras que conceden avales a empresarios o empresas siempre dentro de su actividad comercial.

2.3 Ámbito de aplicación de la Ley de Contratos del Crédito Inmobiliario (en adelante LCCI). La LCCI, como ya se ha mencionado, pivota entorno a la actividad de concesión de préstamos y créditos a favor de personas físicas donde conste una garantía real sobre un inmueble de uso residencial. El artículo 2 de la LCCI establece el ámbito de aplicación de la misma al cual se va a hacer referencia por tramos, analizando la aplicabilidad en cada caso a las SGRs:

En el artículo 2, apartado 1 se estipula:

"Esta Ley será de aplicación a los contratos de préstamo concedidos por personas físicas o jurídicas que realicen dicha actividad de manera profesional."

En primer lugar, no estamos ante un contrato de préstamo si no ante un contrato de contra garantía o afianzamiento con hipoteca, descartando por tanto que estemos ante una entidad de crédito "que realice dicha actividad de manera profesional". Recordemos que en el punto anterior se ha hecho referencia al artículo 3 de la Ley 1/1994, de 11 de marzo, sobre régimen jurídico de las sociedades de garantía recíproca, el cual prohíbe expresamente que las SGRs concedan crédito alguno.

A continuación, se indica:

Apartado a):

"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."

En el presente caso, a pesar de encontrarnos ante personas físicas, y ante una hipoteca sobre un inmueble de uso residencial, NO estamos ante un préstamo con garantía real sobre un inmueble de uso residencial ya que el préstamo concedido por BANKIA no lleva aparejada ninguna garantía hipotecaria, sino únicamente la garantía personal prestada por AFÍNSGR. Con ello no puede considerarse que la hipoteca que nos ocupa, la cual se otorgó en garantía del afianzamiento y no del préstamo, quede amparada por el artículo 2.1a) de la LCCI.

Apartado b):

"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".

La operación que nos ocupa tiene como finalidad la adquisición de licencia y negocio de estanco y lotería en Mislata, por lo que el fin del préstamo es la inversión. Por tanto, tampoco tiene cabida este precepto al no constituir el fin del préstamo la adquisición o conservación de ningún derecho real sobre inmuebles ni tampoco por no encontramos ante un consumidor.

Continuando analizando el artículo 2 de la LCCI también se indica:

"Se entenderá que la actividad de concesión de préstamos hipotecarios se desarrolla con carácter profesional cuando el prestamista, sea persona física o jurídica, intervenga en el mercado de servicios financieros con carácter empresarial o profesional o, aún de forma ocasional, con una finalidad exclusivamente inversora."

Tampoco podemos considerar que ese párrafo afecte a las SGRs ya que se menciona la "concesión de préstamos", "prestamista", "finalidad inversora", y nada de ello aplica a este tipo de sociedades.

La LCCI en el resto de su articulado, refiere a determinados requisitos y obligaciones que difícilmente pueden ser aplicables a las SGRs como a continuación vamos a exponer.

En definitiva, consideramos que la LCCI está pensada y redactada para regular obligaciones de prestamistas profesionales, y no de avalistas profesionales, como las SGRs, las cuales se encuentran envueltas en unas circunstancias específicas en las que no encajan las formalidades exigidas por la LCCI.

2.4 Imposibilidad de aplicar las obligaciones previstas en la LCCI a las SGR.

Las exigencias de la LCCI en la mayoría de los casos son difícilmente aplicables respecto a las SGRs:

2.4.1 Art. 7 LCCI. Obligaciones de transparencia en relación con los contratos. Este precepto obliga a los "prestamistas" a la inscripción en el Registro de las Condiciones Generales de la Contratación de las cláusulas contractuales utilizadas en los contratos de préstamo inmobiliario y deberán estar además disponibles en la página web de los prestamistas.

A las SGRs nunca se les ha exigido esta obligación al no ser consideradas entidades de crédito entendiendo que esta obligación no es extensible en ningún caso a las pólizas de afianzamiento o contragarantía suscritas por las SGRs al carecer éstas de la condición de "prestamistas" y no realizar "préstamos y/o créditos hipotecarios comprendidos en el ámbito de aplicación de la LCCI". No obstante, si se considera que la Ley aplica, ¿debemos entonces dar de alta en el Registro de Condiciones Generales de Contratación el texto de los contratos que regulan la contragarantía o también el texto de las hipotecas a favor de las SGRs?

2.4.2 Art.14 LCCI. Normas de transparencia en la comercialización de préstamos inmobiliarios.

El mencionado precepto establece la necesidad de cumplimentar determinada documentación la cual no encaja en la operativa de las SGRs como por ejemplo es el caso las fichas FEIN o FIAE.

La Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) cuyas instrucciones de cumplimentación constan en el Anexo I de la LCCI, establece apartados tales como características principales del préstamo, tipo de interés, importe de cada cuota periodicidad y número de pagos, tabla de reembolso... relacionados con la financiación a obtener, financiación que no ofrece AFÍNSGR sino la entidad prestamista, en este caso, el IVF.

Respecto a la Ficha de Advertencias Estandarizadas (FIAE), ocurre algo similar, se debe informar el tipo de interés, variaciones del mismo, vencimiento anticipado, etc., circunstancias que afectan al préstamo y no al afianzamiento.

Recordemos en este punto, que las SGRs no establecen tipo de interés ordinario en sus operaciones (sí de demora), ni tabla de amortización, ni determinan cuotas, ni declaran el vencimiento anticipado de la operación, esto lo hace la entidad de crédito. La

SGRs, en su póliza de afianzamiento, regulan únicamente las condiciones relativas a su aval las cuales son el devengo de una comisión de estudio al inicio, el devengo de una comisión anual que será un porcentaje a calcular sobre el riesgo pendiente, establece un tipo de interés moratorio en caso de que tenga que proceder al pago por parte del titular y exige la suscripción de capital social, que podrá ser reintegrado cuando venza la operación.

Por tanto, hay apartados que son difícilmente aplicables a la actividad de las SGRs, surgiendo muchas dudas para las mismas sobre si esto se nos exige y de qué manera debe cumplimentarse.

Con todo ello, cabe plantearse las siguientes dudas:

¿Debe la sociedad avalista (no prestamista), AFÍNSGR, rellenar las fichas mencionadas? Si la respuesta fuera afirmativa:

¿Qué información debe dar AFÍNSGR a la persona física afectada, únicamente la información de las condiciones económicas del aval o también la información relativa al préstamo (teniendo en cuenta que para ello existirá un gestor de la entidad prestamista)?

¿Debe existir una única ficha FEIN y una única ficha FIAE por cada operación, o una para informar del préstamo y otra del aval?

¿Debe AFÍNSGR preparar la ficha FEIN y FIAE en cuanto a la información del préstamo, siendo que no es entidad de crédito, o deberá ser la entidad de crédito quien la prepare (aunque no sea la que formalice la garantía real)?

¿Cuál debe ser el contenido exacto respecto del aval que debe incluir esas fichas? Téngase en cuenta que las fichas FEIN y FIAE son de un contenido expreso y tasado referente a operaciones de préstamo, no de afianzamiento y la actual redacción legal no contempla qué información debe darse de una operación de este tipo.

¿Debemos adaptar libremente estas fichas a la operativa de afianzamiento? ¿se aceptarían por Notarios, Registradores o incluso por los Jueces a pesar de no cumplir con lo delimitado por la LCCI?

Dejando de lado la problemática respecto a las fichas FEIN y FIAE, ¿deben las SGRs elaborar el resto de documentos exigidos en el art. 14 LCCI: ¿Documento sobre gastos, sobre el seguro, copia del proyecto del contrato, manifestación firmada por el "prestatario" en la que declara que ha recibido la documentación y se le ha explicado su contenido...?

Cabe dejar constancia que las SGRs son entidades pequeñas, de ámbito autonómico, no comparables con las entidades de crédito que rigen a nivel estatal, y que las mismas actúan en un ámbito muy concreto (únicamente en el sector empresarial) por lo que la operación adquiere un cáliz muy concreto y muy próximo para con el cliente (empresa o empresario), con quién se está en contacto durante toda la fase precontractual atendiendo sus dudas y explicándole la concreta operativa de la entidad, la cual va a avalar su operación de crédito (con la misma responsabilidades y riesgos que él) manteniendo además el contacto con el gestor de la entidad de crédito que es quién ofrece la financiación (y quién también trata con el cliente en cuanto a su operación), para gestionar la firma de la misma. En conclusión, no es comparable la actividad inversora de las entidades prestamistas con la actividad avalística de las SGRs.

2.4.3 Artículo 15 LCCI. Comprobación del cumplimiento del principio de transparencia material.

En relación con el apartado anterior, este artículo establece que el Notario verificará la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previstos en el art. 14.1 LCCI elaborando un Acta Notarial Previa a la formalización del préstamo hipotecario.

Es importante resaltar que el apartado 4 de este artículo establecerá obligación de comparecencia y las normas de protección al prestatario previstas en la presente Ley se extenderán a toda persona física que sea fiadora o garante del préstamo". Por lo que teniendo en cuenta que en el préstamo concedido por BANKIA no existen fiadores o garantes personas físicas (solo consta como fiadora AFÍNSGR), ¿es de aplicación toda esta exigencia documental y la emisión de acta en nuestro caso?

El artículo 22.2 de dicha ley dice que el Notario no autorizará la escritura si no se hubiere otorgado el acta previa. En este caso, el propio Notario otorgante consideró no necesaria la misma al no considerar de aplicación la LCCI a las SGRs.

2.4.4 Artículo 24 LCCI. Vencimiento anticipado. En cuanto al vencimiento anticipado la ley establece unos requisitos muy concretos:

"1. En los contratos de préstamo cuyo prestatario, fiador o garante sea una persona física y que estén garantizados mediante hipoteca o por otra garantía real sobre bienes inmuebles de uso residencial o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidas o por construir para uso residencial el prestatario perderá el derecho al plazo y se producirá el vencimiento anticipado del contrato si concurren conjuntamente los siguientes requisitos:

a) Que el prestatario se encuentre en mora en el pago de una parte del capital del préstamo o de los intereses.

b) Que la cuantía de las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al menos:

i. Al tres por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la primera mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de doce plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a doce meses.

ii. Al siete por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la segunda mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de quince plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a quince meses.

c) Que el prestamista haya requerido el pago al prestatario concediéndole un plazo de al menos un mes para su cumplimiento y advirtiéndole de que, de no ser atendido, reclamará el reembolso total adeudado del préstamo."

Debemos tener en cuenta de nuevo que literalmente se refiere a "los contratos de préstamo", por lo que solo con esto debería descartarse ya la aplicación de este precepto.

Además, exige que estos "estén garantizados mediante hipoteca o por otra garantía real 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, Tampoco se cumpliría este requisito en el contrato de préstamo que nos ocupa ya que NO está garantizado por hipoteca (sino que está garantizado con la garantía personal de AFÍNSGR) y su finalidad no es adquirir o conservar derechos de propiedad en inmuebles de uso residencial (sino la inversión en un negocio).

Por lo tanto, si se considera aplicable la LCCI a las SGRs, ¿regiría este precepto?

Debe tenerse en cuenta además, que la peculiar operativa del afianzamiento otorgado por AFÍNSGR en el préstamo, en su calidad de avalista, no le permite dirigir ni decidir sobre el vencimiento anticipado que se puede declarar, es decir, la entidad prestamista (BANKIA), estaría en disposición de declarar vencido el préstamo si el prestatario, impaga, dos, cuatro o seis cuotas solicitando el pago de las mismas y del todo capital pendiente a AFÍNSGR, quién lo deberá atender a primer requerimiento, como así ocurre en la práctica habitual (recordemos que la póliza de préstamo no está garantizada por hipoteca de manera que no tiene por qué cumplir los plazos reflejados en el artículo 24 LCCI). Cuando la SGR responde frente a la entidad de crédito tiene derecho a reclamar el importe total a su socio más los intereses de demora que correspondan. ¿Qué pasaría entonces si AFÍNSGR quisiera ejecutar la hipoteca? ¿se podría alegar que no se ha cumplido con los requisitos de espera estipulados en dicho artículo para el vencimiento anticipado? AFÍNSGR no ostenta la capacidad de decidir sobre el vencimiento total o no del préstamo por lo que podría encontrarse en una

delicada situación que le impediría ejecutar la garantía real que ostenta. ¿Cómo entonces puede darse solución a esta situación en la cual la futura ejecutante (AFÍNSGR) no tiene el control de la operación?

Por otro lado, en lo que refiere el apartado b) respecto al requerimiento previo por parte del prestamista (entiendo a BANKIA como tal), ¿Debería AFÍNSGR exigir a la entidad de crédito que lo acredite? ¿BANKIA tendría esa obligación?

2.4.5 Art. 25 LCCI. El interés de demora que exige la LCCI en los préstamos o créditos concluidos por una persona física que esté garantizado mediante hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial, será el interés remuneratorio más tres puntos porcentuales (artículo 25 LCCI). ¿aplica este precepto a las SGRs si el préstamo no está garantizado por hipoteca?

AFINSGR establece en sus operaciones un tipo de interés de demora del interés legal del dinero vigente en cada momento más 2 puntos, ¿se consideraría entonces que no cumple con lo establecido en la Ley a pesar de ser un tipo de interés menor al pactado en la norma?

Si aplica la LCCI en las operaciones donde interviene una SGR, ¿aplica la ley en toda su extensión (especialmente en cuanto a las obligaciones de información) o solo en cuanto a las cláusulas obligacionales (vencimiento anticipado, gastos, intereses de demora...)?

Tercero.–Conclusión.

Para finalizar, a modo de resumen, se indica:

– La Instrucción de 20 de diciembre de 2019, de la Dirección General de Registros y del Notariado, sobre la actuación notarial y registral ante diversas dudas en aplicación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario establece que "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 misma Instrucción indica que "la constitución de hipotecas de máximo sobre inmuebles de uso residencial por personas físicas para asegurar la cuenta de crédito en la que se cargarán las responsabilidades de esa operación financiera si podrá dar lugar a la aplicabilidad" de la LCCI" sin especificar qué casos.

– Las SGRs aceptan hipotecas a su favor para garantizar las obligaciones de los avalados-prestatarios frente a las SGRs y no de los avalados-prestatarios frente a los bancos prestamistas.

– Las hipotecas que se constituyen a favor de las SGRs no se constituyen en garantía de una "cuenta de crédito". (Los posibles saldos deudores se recogen normalmente en una cuenta contable del socio que no es una "cuenta de crédito").

– El propio socio partícipe de una SGR (avalado-prestatario), y en su caso, el bien hipotecado, responden por incumplimiento del avalado-prestatario de sus obligaciones en cuanto al préstamo (por derecho de repetición o de subrogación según los casos), pero también de las obligaciones económicas del aval (tipo de interés de demora, comisión de estudio, comisión de mantenimiento, gastos, etc.).

– La Ley 1/1994, de 11 de marzo, sobre el Régimen Jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca prohíbe a estas sociedades en su artículo 3 "conceder ninguna clase de créditos a sus socios".

– Conforme a los artículos 2 y 6 de la Ley 1/1394, el objeto social de las SGRs es "el otorgamiento de garantías personales, por aval o por cualquier otro medio admitido en derecho distinto del seguro de caución, a favor de sus socios para las operaciones que éstos realicen dentro del giro o tráfico de las empresas de que sean titulares" y sus socios "habrán de pertenecer al sector o sectores de actividad económica mencionados en los estatutos sociales".

– Las definiciones 2, 3, 4, 5 y 9 del art. 4 LCCI no contemplan a las SGRs.

– La LCCI está pensada y redactada para regular obligaciones de prestamistas profesionales, no de avalistas profesionales, como las SGRs.

En base a todo lo expuesto, cabe analizar si realmente el ámbito de la LCCI aplica a una entidad tan específica como las sociedades de garantía recíproca (tal y como se exige en la calificación desfavorable que se recurre), ya que, en sentido literal la ley no se dirige a este tipo de sociedades (si no solo a entidades prestamistas en relación a sus contratos de préstamo). Ahora bien, si se mantiene la creencia por cualquier motivo (fundamentado), de que las SGRs deben de estar sometidas a la LCCI, debería indicarse expresamente que preceptos son aplicables y que requisitos se les exige como entidades de afianzamiento que exigen una contragarantía para salvaguardar su riesgo en relación a su operativa en la concesión de avales y ello dada toda la problemática expuesta respecto a los requisitos exigidos en la LCCI, difícilmente adaptables a estas sociedades.»

IV

El 27 de marzo de 2020 la registradora dio traslado del recurso al notario autorizante de la escritura para que formulara alegaciones, las cuales, remitidas electrónicamente a este Centro Directivo el 31 de marzo de 2020, son del siguiente tenor:

«1) Que el negocio jurídico recogido en la escritura por mi autorizada el día 12 de diciembre de 2019, número 3.676 de protocolo, no es un préstamo/crédito hipotecario sino hipoteca en garantía de aval, aun cuando recae sobre un inmueble de uso residencial titularidad de persona física. Dicho aval fue prestado por una Sociedad de Garantía Recíproca y documentado en póliza también por mi intervenida, de la que consta unida testimonio a la citada escritura.

2) Que cierto es que la Instrucción de la DDGRN de 20 de diciembre de 2019 señala que "... si bien los avales u otras operaciones financieras constituidas en este ámbito, normalmente con sociedades mercantiles, quedan indudablemente fuera del ámbito de aplicación de la Ley 5/2019, la constitución de hipotecas de máximo sobre inmuebles de uso residencial por personas físicas para asegurar la cuenta de crédito en la que se cargarán las responsabilidades derivadas de esa operación financiera con el empresario sí podrá dar lugar a la aplicabilidad de la misma, no al aval empresarial o a las condiciones del aval,... 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 y como se desarrolla en esta Instrucción".

3) Que, a la vista de ello, deberemos deslindar los distintos contratos que comprende este tipo de operaciones, como las que nos atañe: por una parte, un préstamo personal concedido por una entidad acreedora al empresario, documentado en póliza por intervenida el mismo día con número de asiento 1096 de mi Libro Registro de Operaciones mercantiles Sección A, a su vez avalado por la Sociedad de Garantía Recíproca, reconociéndose la contragarantía en póliza por mi intervenida en igual día con el asiento número 1.097 de mi citado Libro Registro, tal y como constan como anexo de la escritura de constitución de hipoteca; y de otra parte, la propia escritura de hipoteca en garantía del aval prestado.

Es claro que los dos primeros contratos, el de préstamo personal y el de contragarantía, quedarán fuera de la Ley 5/2019.

En cuanto al tercero, esto es, la propia escritura de hipoteca en garantía de aval, respecto de la cual se señala por la Registradora la necesidad de cumplir con las exigencias de la citada Ley y por tanto la necesidad del acta previa de transparencia material, al intervenir persona física y ser vivienda el objeto hipotecado, es cierto que – dada la amplia definición que del contrato de préstamo recoge el apartado 3 del artículo 4 de la Ley– si en el contrato de contragarantía, al regular la cuenta especial que se prevé en este tipo de contratos para anotar las cantidades adeudadas por el beneficiario del aval, se conviniere aplazamientos o facilidades de pago, le sería

plenamente aplicable la Ley 5/2019 en cuanto estaríamos ante una hipoteca en garantía de préstamo, en los términos que el concepto de préstamo se define por la Ley como hemos visto. Pero si no se ha previsto dicho aplazamiento, sino que las cantidades que se anotan en la cuenta lo serán en calidad de vencidas, líquidas y exigibles, no podrá hablarse en ningún caso de préstamo debiendo por tanto quedar su hipoteca fuera del ámbito de aplicación de la Ley, como ocurre en el supuesto que nos ocupa».

V

La registradora de la propiedad informó y elevó el expediente a esta Dirección General mediante escrito de 1 de abril de 2020.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 1255 y 1826 del Código Civil; 18, 21, 114, 129 bis y 153 bis de la Ley Hipotecaria; 1, 2, 3, 4, 7, 14, 15, 20, 21, 23, 24, 25 y 45 de Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario; 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias; 12 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital; 5, 7, 11, 23 y 24 de la Ley 7/1998, sobre condiciones generales de la contratación; 2, 3 y 6 de Ley 1/1994, de 11 de marzo, sobre el Régimen Jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca; 1.1 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito; 28.3 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 y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n.º 1093/2010; 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; 326.2 del Reglamento del Registro Mercantil; 147 del Reglamento Notarial; 26, 29 y 30 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios; las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de junio de 2009 (As. C-243/08), 14 de marzo de 2013 (As. C-415/11) y 26 de marzo de 2019 (Ass. C-70/17 y C-179/17); las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2001, 4 de julio y 12 de diciembre de 2008, 16 de diciembre de 2009, 9 de mayo, 13 de septiembre y 18 de noviembre de 2013 y 26 de mayo, 30 de junio y 8 de septiembre de 2014; las Instrucciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de junio de 2019, sobre el depósito de condiciones generales de la contratación, y el reflejo del mismo en las escrituras de préstamo y en el Registro de la Propiedad, desde la entrada en vigor de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, y la de 20 de diciembre de 2019 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; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de enero y 8 de junio de 2011, 23 de enero, 16 y 27 de febrero, 20 y 28 de junio y 18, 26 y 27 de julio de 2012, 2 de enero, 2 de marzo, 1 de junio, 1 y 11 de julio y 6 y 13 de septiembre de 2013, 5 de febrero, 23 de julio y 29 de septiembre de 2014, 22 de enero y 12 de marzo de 2015, 19 de julio de 2018 y 13 y 27 de junio, 29 de noviembre y 5, 11, 12 y 20 de diciembre de 2019 y 23 de enero de 2020; y la Resolución de esta Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

1. Son hechos relevantes para la resolución de este recurso los siguientes:

a) Mediante la escritura que es objeto de la calificación impugnada un deudor por un préstamo personal concedido por Bankia, S.A. y dos hipotecantes no deudores, personas físicas, constituyeron hipoteca sobre una vivienda propiedad de éstas a favor de "Sociedad de Garantía Recíproca de la Comunitat Valenciana" (AFÍNSGR). La

hipoteca se constituyó para garantizar el afianzamiento prestado por Sociedad de Garantía Recíproca de la Comunitat Valenciana (AFÍNSGR) en el referido préstamo.

El destino de dicho préstamo es la inversión, y así se indica en una de las dos pólizas incorporadas a la escritura calificada (una recogía el préstamo concedido por Bankia, S.A., y la otra regulaba las relaciones entre el deudor, sus fiadores y la citada sociedad de garantía recíproca). En el texto del recurso se aclara, además, que, con base en la solicitud de aval presentada a la sociedad de garantía recíproca por su socio partícipe, dicha finalidad inversora consistía en la adquisición de una licencia de estanco y lotería.

b) La registradora suspende la inscripción calificada porque, a su juicio: «La escritura de constitución de hipoteca inmobiliaria en garantía de aval, no se ajusta a los requisitos de la Ley 5/2019 reguladora de los contratos del Crédito Inmobiliario, siendo esta aplicable cuando se trate de garantes personas físicas y la hipoteca recaiga sobre un inmueble de uso residencial. En el presente caso nos encontramos ante dos hipotecantes no deudores personas físicas (...) que hipotecan una vivienda sita en Morella, enmarcándose por tanto el supuesto, tanto en el ámbito subjetivo como objetivo de la citada ley, debiendo aplicarse en consecuencia la normativa de la misma. La necesidad de aplicación de la Ley 5/2019, arrastra consigo la necesidad de que la hipoteca (y no el aval) se ajuste a lo dispuesto por la citada ley en materia de acta notarial previa, vencimiento anticipado, intereses de demora, y gastos».

c) La recurrente alega, en síntesis, lo siguiente:

La Instrucción de 20 de diciembre de 2019, de esta Dirección General, sobre la actuación notarial y registral ante diversas dudas en aplicación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, establece que «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 misma Instrucción indica que «la constitución de hipotecas de máximo sobre inmuebles de uso residencial por personas físicas para asegurar la cuenta de crédito en la que se cargarán las responsabilidades de esa operación financiera sí podrá dar lugar a la aplicabilidad» de la Ley 5/2019 sin especificar qué casos.

Las sociedades de garantía recíproca aceptan hipotecas a su favor para garantizar las obligaciones de los avalados-prestatarios frente a aquellas y no de los avalados-prestatarios frente a los bancos prestamistas.

Las hipotecas que se constituyen a favor de las sociedades de garantía recíproca no se constituyen en garantía de una «cuenta de crédito», sino que los posibles saldos deudores se recogen normalmente en una cuenta contable del socio que no es una «cuenta de crédito».

El propio socio partícipe de una sociedad de garantía recíproca (avalado-prestatario), y en su caso, el bien hipotecado, responden por incumplimiento del avalado-prestatario de sus obligaciones en cuanto al préstamo (por derecho de repetición o de subrogación según los casos), pero también de las obligaciones económicas del aval (tipo de interés de demora, comisión de estudio, comisión de mantenimiento, gastos, etc.).

La Ley 1/1994, de 11 de marzo, sobre el Régimen Jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca prohíbe a estas sociedades en su artículo 3 «conceder ninguna clase de créditos a sus socios». Y según los artículos 2 y 6 de la citada Ley 1/1994, el objeto social de las sociedades de garantía recíproca es «el otorgamiento de garantías personales, por aval o por cualquier otro medio admitido en derecho distinto del seguro de caución, a favor de sus socios para las operaciones que éstos realicen dentro del giro o tráfico de las empresas de que sean titulares» y sus socios «habrán de pertenecer al sector o sectores de actividad económica mencionados en los estatutos sociales».

Las definiciones 2, 3, 4, 5 y 9 del artículo 4 de la Ley 5/2019 no contemplan a las sociedades de garantía recíproca.

La Ley 5/2019 tiene por objeto regular obligaciones de prestamistas profesionales, no de avalistas profesionales, como las sociedades de garantía recíproca. En sentido literal

la Ley no se dirige a este tipo de sociedades sino solo a entidades prestamistas en relación con sus contratos de préstamo. Si se mantiene la creencia por cualquier motivo (fundamentado), de que las sociedades de garantía recíproca deben de estar sometidas a la Ley 5/2019, debería indicarse expresamente qué preceptos son aplicables y qué requisitos se les exige como entidades de afianzamiento que exigen una contragarantía para salvaguardar su riesgo en relación a su operativa en la concesión de avales y ello dada toda la problemática expuesta respecto a los requisitos exigidos en dicha Ley, difícilmente adaptables a estas sociedades.

d) El notario autorizante de la escritura calificada, en sus alegaciones, concluye que «...–dada la amplia definición que del contrato de préstamo recoge el apartado 3 del artículo 4 de la Ley– si en el contrato de contragarantía, al regular la cuenta especial que se prevé en este tipo de contratos para anotar las cantidades adeudadas por el beneficiario del aval, se convinieran aplazamientos o facilidades de pago, le sería plenamente aplicable la Ley 5/2019 en cuanto estaríamos ante una hipoteca en garantía de préstamo, en los términos que el concepto de préstamo se define por la Ley como hemos visto. Pero si no se ha previsto dicho aplazamiento, sino que las cantidades que se anotan en la cuenta lo serán en calidad de vencidas, líquidas y exigibles, no podrá hablarse en ningún caso de préstamo debiendo por tanto quedar su hipoteca fuera del ámbito de aplicación de la Ley, como ocurre en el supuesto que nos ocupa».

2. El núcleo del presente recurso se circunscribe a dilucidar si son o no aplicables determinadas prescripciones de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, a la hipoteca constituida a favor de una determinada sociedad de garantía recíproca.

Antes de examinar el fondo de la cuestión, deben precisarse algunas de las notas más características de las sociedades de garantía recíproca, al ser una entidad de este tipo la beneficiaria de la hipoteca. Así, este tipo de sociedad, regulado por la Ley 1/1994, de 11 de marzo, sobre el Régimen Jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca, tiene como rasgos esenciales los siguientes:

- a) Ser una sociedad mercantil sin ánimo de lucro y capital variable.
- b) Estar formada por pequeñas y medianas empresas, pues al menos las cuatro quintas partes de los socios deben ser este tipo de empresas (para la ley reguladora, lo son aquellas que no tengan un número de trabajadores superior a doscientos cincuenta).
- c) El objeto de la sociedad de garantía recíproca es el otorgamiento de las garantías personales para sus socios, a fin de que éstos puedan llevar a cabo actividades dentro del giro o tráfico de sus empresas; esto es, facilitar a sus socios el acceso a créditos y servicios conexos y mejorar las condiciones financieras. Precisamente, facilitar el acceso a créditos es el motivo principal de la creación de las sociedades de garantía recíproca.
- d) Les está prohibido conceder ningún tipo de crédito a sus socios (art. 3); y las garantías que pueden prestar a sus socios (y a sociedades que estén integradas exclusivamente por sus socios) serán de tipo personal, por medio de aval u otro medio admitido en derecho distinto del seguro de caución.
- e) La sociedad de garantía recíproca tiene personalidad propia y responde a sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros, de modo que los socios no responderán de las deudas sociales. Por lo demás, la Administración Pública supervisa la creación, funcionamiento y desarrollo de estas sociedades.

En resumen, las sociedades de garantía recíproca son entidades financieras para cuyo registro, control e inspección es competencia del Banco de España, sin ánimo de lucro y ámbito de actuación específico (por Autonomías o sectores), y cuyo objeto principal es procurar el acceso al crédito de las pequeñas y medianas empresas, y mejorar sus condiciones de financiación, a través de la prestación de avales ante las entidades financieras.

Tampoco puede obviarse que el artículo 326.2 del Reglamento del Registro Mercantil («Sección 2.ª De la inscripción de medidas administrativas respecto de entidades financieras y otras personas jurídicas»), en la redacción (vigente desde el 1 de julio de 2020, para incluir «los establecimientos financieros de crédito») que le ha dado el Real Decreto 309/2020, de 11 de febrero, sobre el régimen jurídico de los establecimientos financieros de crédito y por el que se modifica el Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por el Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, y el Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, establece: «2. A efectos de lo dispuesto en esta sección, serán consideradas entidades financieras las entidades de crédito, los establecimientos financieros de crédito, las de seguro, las entidades gestoras de fondos de pensiones, los planes y fondos de pensiones y las que ejerzan en el ámbito del mercado de valores que se hallen inscritas en los correspondientes Registros especiales a cargo del Banco de España, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones y de la Comisión Nacional del Mercado de Valores».

Finalmente, según el artículo 1.1 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, «Son entidades de crédito las empresas autorizadas cuya actividad consiste en recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables y en conceder créditos por cuenta propia»; y el apartado 2 del mismo artículo añade que «Tienen la consideración de entidades de crédito: a) Los bancos. b) Las cajas de ahorros. c) Las cooperativas de crédito. d) El Instituto de Crédito Oficial».

3. De la normativa referida en el apartado anterior resulta claro que una sociedad de garantía recíproca ni es una entidad de crédito (tampoco un establecimiento financiero de crédito), ni puede conceder créditos; razón por la que no quedaría, sin más, sujeta a la aplicación de la Ley 5/2019, pues no puede entenderse incluida en el ámbito subjetivo de ésta, como posteriormente se indicará.

Siguiendo con la adecuada caracterización y encuadramiento de este tipo de sociedades (si bien el actual marco regulador de los establecimientos financieros de crédito lo constituye el título II de la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial, y el reciente Real Decreto 309/2020, de 11 de febrero, sobre el régimen jurídico de los establecimientos financieros de crédito), cabe recordar que este Centro Directivo, en la Resolución de 27 de julio de 2012 (entre otras, como las de 28 de junio y 18 y 26 de julio de 2012) ha entendido que las sociedades de garantía recíproca no se encuentran incluidas entre de las entidades financieras a las que se refiere el artículo 153 bis a) de la Ley Hipotecaria (las referidas en el artículo 2 de la Ley 2/1981):

«Las entidades financieras a que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, que son las que pueden otorgar préstamos y créditos y emitir los títulos que se regulan en dicha Ley, en las condiciones que reglamentariamente se determinan, son las siguientes: a) los bancos y, cuando así lo permitan sus respectivos estatutos, las entidades oficiales de créditos; b) las cajas de ahorro y la Confederación Española de Cajas de Ahorros; c) las cooperativas de créditos; y, d) los establecimientos financieros de crédito.

Es evidente que las sociedades de garantía recíproca no son ninguna de las entidades que se mencionan en dicho precepto, planteándose alguna duda respecto a si pueden o no incluirse entre los “establecimientos financieros de crédito” a que se refiere el apartado d) de dicho artículo 2, pero tampoco pueden incluirse en dicho concepto.

(...) 4. En cuanto a las sociedades de garantía recíproca se rigen por la Ley 1/1994, de 11 de marzo, que en su artículo 1, apartado 3, las considera, a los efectos de esa Ley, como entidades financieras, pero no como establecimientos financieros de crédito.

Para ser establecimiento financiero de crédito no es suficiente el ejercicio de una actividad que pudiera considerarse similar a la de los establecimientos de esa clase, sino que es necesario que cumplan los requisitos establecidos en la citada Ley que los regula y en su Reglamento (...)

Por otra parte, el artículo 2 de la Ley 2/1981, de Regulación del Mercado Hipotecario se refiere a entidades que pueden conceder préstamos y créditos y emitir títulos regulados por la legislación del mercado hipotecario, nada de lo cual tiene que ver con las sociedades de garantía recíproca (...)

Consecuentemente, la hipoteca global y flotante del artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria no puede constituirse a favor de un acreedor distinto de aquellos a los que se refiere el precepto y por tanto, no cabe dicha hipoteca a favor de la sociedad "Avalmadrid, S.G.R." (...).

4. A la posible aplicación de la Ley 5/2019 a las sociedades de garantía recíproca también se ha referido este Centro en la Instrucción de 20 de diciembre de 2019, sobre la actuación notarial y registral ante diversas dudas en aplicación de dicha Ley:

«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».

Según estas consideraciones serán determinantes para la aplicación de la Ley 5/2019 analizar cada caso concreto, bajo la premisa de que habrá de tratarse supuestos en que personas físicas constituyan la garantía en favor de determinada sociedad de garantía recíproca, por lo que en el presente caso debe trasladarse dicho examen a la escritura de hipoteca, no a la operación crediticia avalada por tal sociedad que se documentó en póliza. Ahora bien, en este concreto caso, la hipoteca únicamente constituye una superposición de garantía, pues tiene por objeto reforzar la contragarantía (aval documentado en póliza) que prestaron el deudor y sus avalistas (también hipotecantes).

5. Interesa precisar algunos de los aspectos tanto de la operación crediticia concertada, como de las garantías prestadas a favor de la sociedad de garantía recíproca, tal y como resulta de las dos pólizas y de la escritura de hipoteca calificada en la que copias de aquellas se incorporan.

Así, respecto de la garantía prestada por la «Sociedad de Garantía Recíproca de la Comunitat Valenciana» se indica en la póliza de préstamo concedido al socio lo siguiente: «13.—... Sin perjuicio de la responsabilidad personal ilimitada del cliente, el Garante/cada uno de los Garantes garantiza en favor de BANKIA, de forma expresa, irrevocable, incondicional, a primer requerimiento y solidariamente con el Cliente y entre ellos y el íntegro y puntual cumplimiento de todas las obligaciones de pago del Cliente derivadas de este Contrato (las obligaciones Garantizadas). BANKIA acepta en este acto la Garantía Personal otorgada por el/los garantes.... La garantía Personal se configura como una garantía abstracta, autónoma, independiente y exigible a primer requerimiento no como una fianza de las reguladas en los artículos 1.822 y siguientes del código Civil

en consecuencia: ...El/los garantes no podrán oponerse al cumplimiento por parte de ellos de las Obligaciones Garantizadas, sin que sea necesario justificar el incumplimiento...En ningún caso serán de aplicación los beneficios de orden, división y excusión, a los que de forma expresa e irrevocable renuncian los Garantes... Los Garantes vendrán obligados a devolver a BANKIA cualquier cantidad que este hubiera debido reintegrar al Cliente en virtud de cualesquiera acciones de reintegración o rescisión. El alcance de la Garantía Personal no se verá modificada por cualquier actuación que BANKIA pudiera llevar a cabo en relación con la homologación judicial de cualquier eventual acuerdo de refinanciación... El/los Garantes acepta/n el sistema de determinación de las cantidades adeudadas por el Cliente que se recogen en el presente Contrato. Los pagos que realice/n el/los Garante/s en cumplimiento de su obligación bajo la Garantía Personal no le/s conferirá derecho a subrogarse en los derechos de BANKIA contra el Cliente mientras no se hayan cumplido íntegramente las Obligaciones Garantizadas. El/los Garantes tampoco podrá/n ejercer ningún derecho de reembolso frente al Cliente por los pagos realizados a BANKIA en virtud de la Garantía Personal mientras no se hayan cumplido íntegramente las Obligaciones Garantizadas. 4. Duración de la Garantía Personal. Sin perjuicio de la duración de este Contrato, la Garantía Personal permanecerá vigente hasta que se hayan cumplido íntegramente las Obligaciones Garantizadas...».

Por lo que se refiere a la otra póliza suscrita (de contragarantía), que regula las relaciones entre el deudor, sus fiadores (que son también los dos hipotecantes) y la citada sociedad de garantía recíproca, se expresa en la misma: «... 1.º Que don D. A. G., socio partícipe de AFÍN SGR, ha concertado con BANKIA una operación de préstamo por importe de trescientos cuarenta mil euros (euros 340.000,00), con destino a inversión, con un plazo de amortización de 12 años y en las condiciones que figuren en la póliza de préstamo número..., cuyo contenido manifiestan conocer y aceptar todos los firmantes de la presente póliza. 2.º Que AFÍN SGR ha adoptado el acuerdo de afianzar solidariamente a su socio partícipe, frente a la Entidad prestamista, la referida operación de préstamo, por importe de trescientos cuarenta mil euros (euros 340.000,00), suscribiendo la correspondiente póliza.... Undécima. – Los avalistas indicados en el encabezamiento manifiestan que se constituyen en avalistas solidarios entre sí y para con AFÍN SGR, con renuncia expresa a los beneficios de exclusión, orden, división y cualquier otro que pudiera corresponderles, en los mismos términos y condiciones que el socio partícipe, comprometiéndose a cumplir todas y cada una de las obligaciones asumidas por el mismo, relevando a AFÍN SGR de toda obligación de notificar el incumplimiento de las obligaciones garantizadas, salvo las legalmente impuestas y reiterando su conocimiento y aceptación del contenido de la presente póliza. La presente garantía se constituye sin perjuicio de cualquier otra de carácter real o personal establecida a favor de AFÍN SGR por la presente operación...».

Finalmente, en la hipoteca constituida en garantía de la prestación de aval, objeto de calificación negativa, se indica que la «Sociedad de Garantía Recíproca de la Comunitat Valenciana» (AFÍNSGR) había afianzado solidariamente a su socio partícipe don D. A. G. frente a BANKIA por todas las obligaciones del préstamo que dicha entidad había concedido a aquel. Que en la escritura se procedía a garantizar hipotecariamente a dicha sociedad de garantía recíproca el reintegro o resarcimiento de todo cuanto por cualquier concepto pueda tener que pagar por razón del aval prestado, y que se constituía hipoteca sobre la finca registral 4300 del Registro de la Propiedad de Morella, a fin de garantizar a la citada sociedad de garantía recíproca «su total indemnidad económica por razón del afianzamiento prestado frente a BANKIA en la póliza referenciada, de modo que quedan cubiertos hipotecariamente, hasta donde alcance el valor de la finca hipotecada, todos los pagos o prestaciones económicas de cualquier naturaleza que la Sociedad de Garantía Recíproca de la Comunitat Valenciana tenga que llegar a realizar en cualquier momento como consecuencia del aval o afianzamiento prestado, así como el pago de todo cuanto se adeude a la propia fiadora por precio, costes y gastos del propio afianzamiento».

Se añadía, también, que, a tales efectos, la sociedad de garantía recíproca había abierto una cuenta a nombre de la afianzada, en la que se recogerían todas las partidas de abono y cargo dimanantes de la relación jurídica y económica establecida entre ambos y regulada en la póliza antes mencionada, y de la que resulta el modo de llevar y liquidar esta cuenta especial. Se añadía que el saldo deudor que presentara día a día la citada cuenta especial devengaría en su favor un interés anual igual al interés legal del dinero vigente en cada momento incrementado en dos puntos. Y que dicho saldo deudor, desde el día del cierre de la cuenta hasta que quede íntegramente cubierto, devengaría desde el día de su cierre hasta que quede íntegramente cubierto el mismo tipo de interés a devengar por días, en tanto que sería moratorio al derivar de algún incumplimiento del afianzado.

Por último, se expresaba que la hipoteca se constituía «por vía de superposición de garantía, de modo que en ningún caso supone novación, limitación, ni modificación de otras garantías personales o reales que la Sociedad de Garantía Recíproca... tenga establecidos en su favor, o pueda tener en lo sucesivo, en contragarantía de la misma operación de aval o afianzamiento que aquí se garantiza, ni tampoco disminuye ni perjudica la eficacia del título o títulos de crédito que sirvan para justificar la obligación principal garantizada, de modo que en cuanto fiadora o avalista puede ejercitar en base a dichos títulos las acciones de todo orden que le asistan contra la avalada o afianzada».

6. Respecto del ámbito de aplicación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, el artículo 1, en su primer inciso, establece que: «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 apartado 1 del artículo 2 de la misma dispone lo siguiente:

«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. (...)».

Y, según el artículo 4, apartado 3), a los efectos de dicha Ley, se entenderá por «Contrato de préstamo»: el contrato mediante el cual un prestamista concede o se compromete a conceder un préstamo a un prestatario incluido en el ámbito de aplicación del artículo 2, en forma de pago aplazado, crédito u otra facilidad de pago similar».

De tales normas resulta que esta Ley se aplica, entre otros supuestos, a los contratos de préstamo con garantía hipotecaria –concedidos por prestamistas como actividad profesional– cuando el hipotecante sea una persona física y la hipoteca se constituya sobre un inmueble de uso residencial, y ello aunque el prestatario.

Debe tenerse en cuenta que, como se expresa en el preámbulo de dicha Ley (cfr. apartado III), la Directiva 2014/17/UE –que mediante la misma se transpone– 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 se añade que la normativa europea se refiere a los créditos celebrados con consumidores que estén

garantizados mediante hipoteca u otro tipo de garantía, en relación con bienes inmuebles de uso residencial, es decir, su objeto es la protección de los consumidores, entendiéndose por tales las personas físicas que no actúan en el ámbito de su actividad profesional o empresarial, pero también permite que por parte de los Estados miembros se adopten disposiciones más estrictas en materia de protección de las personas consumidoras, incluyendo también la posibilidad de ampliar el ámbito de aplicación a no consumidores. En este sentido, la Ley 5/2019 «extiende su régimen jurídico a todas las personas físicas, con independencia de que sean o no consumidores. Esta ampliación de la esfera subjetiva de protección de la Ley frente a la Directiva sigue la línea tradicional de nuestro ordenamiento jurídico de ampliar el ámbito de protección a colectivos como los trabajadores autónomos (...)».

Por lo demás, 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 misma Ley respecto de «(...) toda persona física que sea fiadora o garante del préstamo» –vid. apartado 4–. Por ello, aunque la ley no sería aplicable a una persona jurídica prestataria, esa protección se extendería, por disposición legal expresa, 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), y 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. Pero repárese en que 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 artículos 14.1 y 15 de la Ley 5/2019; esto es, 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 esta Dirección General 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.

Como ha puesto de relieve este Centro Directivo en Resoluciones de 5 y 20 de diciembre de 2019 y en la referida Instrucción de esta última fecha, 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 (artículo 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 (artículo 15.4 de la Ley 5/2019). Pero no es ese el verdadero problema: teniendo en cuenta que la persona jurídica no está incluida en el ámbito subjetivo de la citada Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, 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). También se plantea 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 fiador 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).

Se afirma asimismo en tales Resoluciones e Instrucción que «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 con claridad 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».

7. Si, como sostiene la registradora en la calificación impugnada, se aplican las consideraciones expresadas en el apartado anterior a la hipoteca, aunque no al aval que con la misma se pretende garantizar, debería concluirse que dicha hipoteca debe ajustarse a lo establecido por la Ley 5/2019 en materia de acta notarial previa, vencimiento anticipado, intereses de demora, y gastos.

Lo que ocurre es que, en el presente caso, la operación crediticia subyacente consiste en un préstamo, con finalidad inversora, y su contragarantía en favor de la sociedad de garantía recíproca que ha avalado aquel. Esta avalista, según resulta del expediente de este recurso, no ha desplegado, ni intermediado, actividad crediticia alguna; ni siquiera dentro la amplitud conceptual que emplea el citado artículo 4 de la Ley 5/2019, por lo que ni entraría en el ámbito de aplicación de la misma, ni requeriría la previa formalización del acta notarial de cumplimiento del principio de transparencia material.

Por ello, teniendo en cuenta que el préstamo (el único existente en este caso) lo concedió y formalizó en póliza determinada entidad de crédito (BANKIA), y que la sociedad de garantía recíproca tan solo lo avaló, debe recordarse para despejar cualquier duda otro de los apartados de la citada Instrucción de este Centro Directivo de 20 de diciembre de 2019, en el que se expresa lo siguiente, en relación con la posible exigencia del acta previa respecto de préstamos personales: «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.»

Es la concreta operación de financiación realizada por la entidad crediticia (articulada mediante las dos pólizas incorporadas a la escritura) la que muestra la real y verdadera naturaleza de la intervención de la sociedad de garantía recíproca (a cuyo favor se constituyó ulteriormente la hipoteca) pues la concesión del crédito, y por ende la posición de acreedor, es ajena a ella por completo. Y siendo la hipoteca constituida –como ya se ha indicado– de superposición de garantía, dados los términos en que se concertó y a la vista de la citada Instrucción, no puede entenderse incluida en el ámbito de la Ley de 5/2019, pues ni se ha obligado la sociedad de garantía recíproca a menos que el deudor principal, ni ha concedido facilidades crediticias al socio, y por ello carece de fundamento la exigencia contenida en la calificación impugnada.

Como indica acertadamente el notario autorizante de la escritura en sus alegaciones, si en el contrato de contragarantía, al regular la cuenta especial que se abre normalmente en este tipo de contratos para anotar las cantidades adeudadas por el beneficiario del aval, se convinieran aplazamientos o facilidades de pago, le sería plenamente aplicable la Ley 5/2019, pues se trataría de una hipoteca en garantía de préstamo, en los términos que el concepto de préstamo se define por dicha Ley; pero si no se ha previsto dicho aplazamiento, sino que en la cuenta se anotan cantidades en calidad de vencidas, líquidas y exigibles, no podrá calificarse de préstamo, debiendo por tanto quedar su hipoteca fuera del ámbito de aplicación de la Ley, como ocurre en el presente supuesto.

La operativa de cuenta corriente pactada en la escritura no se puede equiparar a lo que propiamente sería una cuenta de crédito, ni encaja en alguno de los supuestos que el citado artículo 4., apartado 3), de la Ley 5/2019 asimila a una operación crediticia, pues la función que realiza es meramente liquidataria, al tratarse de una hipoteca en garantía del saldo de una cuenta especial, abierta contablemente con una finalidad ajena a la de financiación. Por ello, la hipoteca constituida se encuadra en la categoría hipotecas de seguridad o de máximo, al garantizar una obligación futura, algo que resulta también del tenor de la escritura: «Plazo.–La duración de la fase de seguridad de esta hipoteca perdurará mientras esté vigente el contrato de afianzamiento prestado por la Sociedad de Garantía Recíproca de la Comunidad Valenciana, venciendo en cualquier caso el treinta y uno de diciembre de 2032».

Respecto de tal categoría de hipoteca, cabe traer a colación lo que, concluyendo en la imposibilidad de que las sociedades de garantía recíproca pudieran servirse del artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria, afirmó esta Dirección General en la citada Resolución de 27 de julio de 2012, entre otras:

«En realidad existen, entre otras, en la legislación vigente, tres clases de hipotecas de máximo: las que se constituyen en garantía de obligación futura (artículos 142 y 143 de la Ley Hipotecaria, y 238 del Reglamento Hipotecario); las hipotecas en garantía del saldo de apertura de cuenta corriente de crédito (artículo 153 de la Ley Hipotecaria); y las hipotecas globales y flotantes del artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria.

Centrándonos en la hipoteca en garantía de obligación futura, dentro de ella cabe la que se constituye en garantía del fiador o avalista, pues se trata de la obligación futura de reembolsar al fiador lo que éste haya pagado en virtud del contrato de afianzamiento o aval. La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17 de enero de 1994 no admitió la hipoteca en garantía de avales a favor de una sociedad de garantía recíproca porque al no existir todavía la deuda, se podría crear una reserva de rango carente de un legítimo interés actual y porque exigía la existencia de una relación jurídica básica que vincule ya al deudor. Pero en el presente caso, existen intereses legítimos tanto en la sociedad deudora como en la sociedad de garantía recíproca en que se constituya la hipoteca y no puede considerarse que hay una simple reserva de rango, pues se cumplen los requisitos de la hipoteca en garantía de obligación futura establecidos en los artículos 142 y 143 de la Ley Hipotecaria.

6. En este caso, no se puede considerar estrictamente, la hipoteca constituida como global y flotante en el sentido del artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria, pudiendo tener cobertura si se configura expresamente como hipoteca en garantía de obligación

futura, pues el acto básico es único y consiste en el contrato de afianzamiento entre las partes, no tratándose de cualesquiera obligación presente y/o futura, sino de las obligaciones derivadas de ese único contrato de afianzamiento.

El único obstáculo lo podría representar la expresión «en garantía de obligación futura» que emplea en singular el artículo 142 de la Ley Hipotecaria, pero en este caso, el acto básico del que surgen las obligaciones es unitario, al existir un solo contrato de afianzamiento y referirse la hipoteca únicamente a las obligaciones derivadas de la fianza.

A estos efectos, también es procedente considerar que cabe la «fianza en garantía de deudas futuras» conforme al artículo 1.825 del Código Civil, al establecer que «puede también prestarse fianza en garantía de deudas futuras, cuyo importe no sea aún conocido; pero no se podrá reclamar contra el fiador hasta que la deuda sea líquida». La Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2002, con cita de la Sentencia de 23 de febrero de 2000, admite que estos afianzamientos han sido reconocidos «tanto por la doctrina científica como por la jurisprudencia, como aquellos afianzamientos que se contraen para asegurar el cumplimiento de obligaciones no nacidas en el momento de constituirse el contrato de fianza, pero sí son previsibles o determinables en el momento de constituirse el contrato, haciendo innecesario a raíz del nacimiento de la deuda, un nuevo contrato de fianza, concretándose esa determinación en que estén fijadas las partes cuyas relaciones jurídicas hagan nacer las obligaciones que se garantizan y el importe máximo de las mismas». La Sentencia de 30 de octubre de 2006 también recuerda que «la jurisprudencia ha exigido, además y de acuerdo con el propio artículo 1825 del Código Civil, que la obligación futura «quede determinada en este acto o sea susceptible de serlo en el futuro sin necesidad de un nuevo consentimiento entre fiador y quien con él hubiere contratado», citando en el mismo sentido las Sentencias de 27 de septiembre de 1993, 23 de febrero de 2000 y 13 de octubre de 2005.»

8. Debe concluirse que constituye un presupuesto de la Ley 5/2019 la formalización de un contrato de préstamo y que la misma protección dispensada al prestatario es extensible a fiadores y garantes que sean personas físicas (cfr. artículos 1, 2 y especialmente el 15.4), siempre que se trate de uno de los dos supuestos que contempla el artículo 2.1, apartados a) y b), algo que no sucede en el caso de este recurso. Y es que tales garantes, necesariamente y de forma independiente, no deben gozar de esa protección cuando la hipoteca se constituya en garantía de obligaciones derivadas de un contrato distinto al de préstamo, que es precisamente lo que ha sucedido en este supuesto.

Por tanto, en casos como el presente, solamente sería de aplicación la Ley 5/2019 cuando se concedieran por el beneficiario de la hipoteca aplazamientos o facilidades de pago respecto del saldo deudor de la cuenta especial (una vez anotados los importes debidos a la sociedad de garantía recíproca por el beneficiario del aval), pues entonces sí que se trataría de una hipoteca constituida en garantía de un préstamo (vistos los amplios términos con que éste se define por la Ley). Pero si las cantidades que se anotan en la cuenta resultan, sin más, vencidas, líquidas y exigibles (se pasaría de la fase de seguridad a la ejecutiva), no cabe hablar de préstamo, por lo que la hipoteca constituida quedará fuera del ámbito de aplicación de la mencionada ley. Y tampoco se convierte el contrato en préstamo por la eventual previsión de que el saldo final hubiera de ser satisfecho en un plazo a contar desde el requerimiento fehaciente de pago, puesto ello sería un simple término de gracia previo a la ejecución hipotecaria, sin implicar propiamente aplazamiento ni facilidad de pago.

Además, tal y como ha sido puesto de relieve por destacados autores, el acta notarial a que se refiere el artículo 15 de la Ley 5/2019 no es una exigencia de forma del contrato de hipoteca como título inscribible, sino un requisito ineludible del proceso de contratación de hipotecas en garantía de préstamos sujetos a la citada ley. Pero la hipoteca constituida en este caso mediante la escritura calificada no está, en modo alguno, sujeta al proceso de contratación de hipotecas reguladas a la Ley 5/2019 (no

encaja en ese *iter* contractual previo), pues opera «a posteriori» y queda por completo al margen del curso seguido para obtener financiación (prestada mediante póliza por determinada entidad de crédito), siendo el único papel de la sociedad de garantía recíproca facilitarla (no resulta tampoco que haya intermediado), pero en su posición de garante (fiador) y en el desempeño de una actividad que es la propia de su objeto, no en alguna de las –amplias– formas de préstamo que recoge el artículo 4 de la Ley 4/2019.

Por ello, en la fase ejecutiva de la hipoteca constituida, se prevé que una vez haya surgido en la sociedad de garantía recíproca su obligación de pagar como fiadora solidaria, aquella cargaría en la cuenta especial abierta al afianzado las cantidades de las que respondería por cuenta de la fianza prestada; cerrándola en el momento en que se produjera el incumplimiento del afianzado frente a ella o frente a la acreedora de la obligación principal; certificando el saldo deudor resultante, conforme a lo determinado por el artículo 572 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y aplicando, en su caso, las prescripciones de los últimos cuatro párrafos del artículo 153 de la Ley Hipotecaria. Nada más.

Por tanto, carece de justificación la exigencia que respecto de la hipoteca constituida contiene la nota recurrida, pues como se ha razonado anteriormente la Ley 5/2019 no es aplicable en el supuesto a que se refiere este recurso.

Cuestión distinta es que deban cumplirse normas establecidas en favor del hipotecante, como las relativas a los intereses de demora (artículo 114, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria) o las causas de vencimiento anticipado (artículo 129 bis de la misma Ley), así como en general la normativa de protección de consumidores –extramuros de la Ley 57/2019– si los hipotecantes no deudores carecen de vinculación funcional con la empresa –estanco y lotería– a que se destina la operación crediticia garantizada por el aval aS.do con la hipoteca constituida.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la calificación impugnada, en los términos que resultan de los anteriores fundamentos jurídicos.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 27 de julio de 2020.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.