

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NCR010224

**RESOLUCIÓN de 18 de junio de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de Nules n.º 1, por razón de no cumplirse con los requisitos de transparencia material, en un contrato de hipoteca en garantía de un aval concedido por una sociedad de garantía recíproca.**

*(BOE de 3 de agosto de 2020)***SUMARIO:**

**Registro de la Propiedad. Hipoteca sobre inmueble residencial, perteneciente a un hipotecante persona física, constituida en garantía de aval concedido por una Sociedad de Garantía Recíproca a su vez otorgado en garantía de un crédito a una mercantil de la que es socio el hipotecante. Aplicación de la Ley 5/2019.**

La cuestión que se plantea en el presente recurso es si los **requisitos establecidos en la Ley 5/2019 de 15 de marzo, reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario** (entre ellos el acta notarial de comprobación de la transparencia material) son aplicables al supuesto de una hipoteca constituida en garantía de aval concedido por una Sociedad de Garantía Recíproca, que grava un inmueble de uso residencial perteneciente a un hipotecante que es una persona física; siendo que ese aval se otorgó en garantía, a su vez, de un préstamo concedido por una entidad de crédito a una sociedad de capital con una finalidad exclusivamente mercantil, de cuya sociedad es socio el hipotecante.

Las **sociedades de garantía recíproca** son entidades financieras 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. De la normativa 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 esta**. Este Centro Directivo 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), 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.

**La Ley 5/2019 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 particular, con el posible efecto de que el garante quede obligado a menos que el deudor principal.

Será determinante 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).

Constituye un **presupuesto de la Ley 5/2019 la formalización de un contrato de préstamo** y la misma protección dispensada al prestatario es extensible a fiadores y garantes que sean personas físicas, 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.

#### PRECEPTOS:

Directiva 93/13/CEE (Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores), arts. 6 y 7.  
Directiva 2014/17/UE (contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial), art. 28.3.  
Código Civil, arts. 1.255 y 1.826.  
Ley Hipotecaria de 1946, arts. 12, 18, 21, 114, 129 bis, 153 bis, 258, 324 y 326.  
Ley 1/1994 (Sociedades de Garantía Recíproca), arts. 1, 2, 3, 6, 10, 14 y 18.  
Ley 7/1998 (Condiciones Generales de la Contratación), arts. 5, 7, 11, 23 y 24.  
RDLeg. 1/2007 (TRLGDCU), art. 83.  
RDLeg. 1/2010 (TRLSC), art. 12 y ss.  
Ley 10/2014 (ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito), art. 1.1.  
Decreto de 2 de junio de 1944 (Rgto. Notarial), art. 147.  
RD 1784/1996 (Rgto. Registro Mercantil), art. 326.2.  
Orden EHA/2899/2011 (transparencia y protección del cliente de servicios bancarios), arts. 26, 29 y 30.

En el recurso por doña M.T.M.M., en representación de la Sociedad de Garantía Recíproca de la Comunitat Valenciana, contra la nota de calificación, registrador de la propiedad titular del Registro de la propiedad de Nules n.º 1, don Guillermo José Dronat Jarque, por razón de no cumplirse con los requisitos de transparencia material que impone la Ley 5/2019 de regulación de los contratos de crédito hipotecario en un contrato de hipoteca en garantía de un aval concedido por una sociedad de garantía recíproca.

#### Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el notario de Valencia, don Alfonso Maldonado Rubio, el día 18 de Diciembre de 2019, número 7577/2019 de protocolo, la persona física don J.C.E.M. constituyó una hipoteca sobre la nuda propiedad de la finca registral 32238 (Urbana, tierra siembra con casa alquería) de Burriana, localidad perteneciente al Registro de Nules número 1, en garantía de aval otorgado por la «Sociedad de Garantía Recíproca de la Comunitat Valenciana» en garantía, a su vez, de un préstamo concedido por el «Institut Valencià de Finances (IVF)» a favor de la mercantil «Throne of House S.L.» por un importe de treinta y tres mil doscientos cincuenta euros, siendo su destino la refinanciación de deudas de la sociedad mercantil. En la indicada escritura de hipoteca en garantía de aval, el hipotecante don J.C.E.M., que es socio de la entidad prestataria, se constituyó también como avalista solidario de la obligación de ésta.

II

La citada escritura de hipoteca fue presentada en este Registro de la Propiedad de Nules número 1 el día 18 de diciembre de 2019 bajo el asiento de presentación número 388 del tomo 170 del Libro Diario, la cual, una vez recibida la copia papel liquidado el impuesto el día 16 de enero de 2020, y se calificó negativamente con fecha 30 de enero de 2020 por don Guillermo José Dronat Jarque, registrador de la propiedad titular del citado registro de la propiedad, con base en los siguientes Hechos y Fundamentos de Derecho: «Hechos: "Se suspende la práctica del asiento por los siguientes defectos: 1) Tratándose de una escritura de hipoteca de fecha 26 de agosto de 2019 sobre un inmueble de uso residencial y siendo el hipotecante una persona física (don J.C.E.M.), la presente hipoteca debe reunir todos los requisitos establecidos en la Ley 5/2019 de 15 de marzo reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario, entre las que se encuentra el acta notarial de comprobación del principio de transparencia material. Lo anterior se desprende de la citada Ley 5/2019 de 15 de marzo reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario, así como de la Instrucción de DGRN de fecha 13 de junio de 2019 y la Instrucción de DGRN 20 de fecha 20 de diciembre de 2019. Calificación del defecto: Tiene carácter subsanable, y no se toma anotación por no solicitarse.

2) (...). 3) (...). Contra la anterior calificación, podrá (...). Nules, a 30 de enero de 2020.-El registrador. Fdo. Guillermo José Dronat Jarque».

### III

Contra esta nota de calificación, doña M.T.M.M., en representación de la «Sociedad de Garantía Recíproca de la Comunitat Valenciana», interpuso recurso gubernativo el día 27 de febrero de 2020 ante la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, que tuvo entrada en el Registro de la Propiedad de Nules número 1 el día 26 de marzo de 2020, con base a los siguientes argumentos: «1) [.....]. 2) 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. Regula, según la exposición de motivos, tres aspectos diferenciados: Normas de transparencia y de conducta que imponen obligaciones a los prestamistas e intermediarios de crédito, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios. Regula el régimen jurídico de los intermediarios de crédito inmobiliario y los prestamistas inmobiliarios. Establece el régimen sancionador respecto a los mismos. Seguidamente, se delimita el objeto de la ley en su artículo 1 de la siguiente forma: "Artículo 1. Objeto. 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" 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): presentar u ofrecer a los prestatarios dichos contratos de préstamo; asistir a los prestatarios realizando los trámites previos u otra gestión precontractual respecto de dichos contratos de préstamo; 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 a la vista de la exposición de motivos, el objeto y las partes afectadas por 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 como 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. 2.1.-Carácter especial de las Sociedades de Garantía Recíproca (en adelante SGRs). 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 Afín SGR 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 AFÍNSGR, 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 los tres 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, como garante. Cuando la garantía sea un derecho real de hipoteca, la PYME o un tercero serán hipotecantes. La Contragarantía 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 tendrán la consideración de entidades financieras y no de entidades de crédito. 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 del público depósitos u otros fondos reembolsables y en conceder créditos por cuenta propia. Igualmente, el artículo 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: Los bancos. Las cajas de ahorros. Las cooperativas de crédito. 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 9.ª 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. En conclusión, según se extrae de todo lo expuesto las SGRs no son entidades de crédito o entidades prestamistas, sino entidades financieras que sólo conceden avales a empresarios o empresas siempre dentro de su actividad comercial. 2.2.-Ámbito de aplicación de la Ley de Contratos del Crédito Inmobiliario (en adelante LCCI). La LCCI, como ya se ha mencionado anteriormente, 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 casa 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 contragarantía 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: 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 un fiador persona física, 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 el IVF no lleva aparejada ninguna garantía hipotecaria, si no 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.” El préstamo concedido por el IVF tenía como finalidad la refinanciación de deudas, por lo tanto tampoco tiene cabida este precepto al no constituir el fin del préstamo la adquisición o conservación de ningún derecho real ni tampoco por no encontrarnos 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 más adelante expondremos. 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.

### 2.3.-Carácter mercantil de la operación.

Como ya se ha adelantado en los apartados anteriores 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). La operación que nos ocupa tiene como finalidad la refinanciación de deudas ostentadas por la mercantil THRONE OF HOUSE S.L en el marco de su actividad. Es cierto que la póliza de afianzamiento cuenta con un avalista persona física, don J. C. E. M., que además resulta ser el hipotecante de la garantía real prestada a favor de AFÍNSGR, no obstante el Sr. E. figura como socio al 50% de la mercantil titular de la operación junto a doña. L. C. T. según consta en dicho documento. Con ello, la operación objeto de este recurso se enmarca en su integridad en el ámbito mercantil, no siendo aplicable la legislación y normativa existente en defensa de los consumidores y usuarios.

### 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: 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. 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 establece: "La 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 del IVF no existen fiadores o garantes personas físicas (solo consta como fiadora AFINSGR) y sí que consta fiador persona física en la póliza de fianzamiento, ¿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. 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 construidos 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: Que el prestatario se encuentre en mora en el pago de una parte del capital del préstamo o de los intereses. Que la cuantía de las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al menos: 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. 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. b) 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." De nuevo, debe analizarse literalmente el precepto señalado. En primer lugar, habla de "contratos de préstamo", por lo que no debería ser de aplicación al contrato de fianzamiento que es la operación objeto de este escrito. En segundo lugar, dice "cuyo prestatario, fiador o garante sea una persona física". La póliza de préstamo está suscrita entre la entidad prestamista (IVF), la mercantil Throne of House S.L., y la avalista AFÍNSGR, de manera que no existe persona física alguna en el "contrato de préstamo". En tercer lugar, se añade "y 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 cumple 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 refinanciación de deudas de la empresa). 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 fianzamiento otorgado por AFINSGR 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 (IVF), estaría en disposición de declarar vencido el préstamo si la mercantil titular, Throne of House S.L, impaga, dos, cuatro o seis cuotas solicitando el pago de las mismas y del todo capital pendiente a AFINSGR, quién lo atenderá 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). ¿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 solucionarse una 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 (entendiendo al IVF como tal), ¿Debería AFÍNSGR exigir a la entidad de crédito que lo acredite? ¿IVF tendría esa obligación? 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? En base a todo lo expuesto, cabe analizar si realmente el ámbito de la LCCI aplica a una entidad tan especial 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. Por todo ello, Solicito, se tenga por presentado este recurso gubernativo contra la nota de calificación desfavorable de 30 de enero de 2020 del Registrador de la Propiedad n.º 1 de Nules, declarando que no procede la misma, y acordando la inscripción pretendida.»

#### IV

Que en fecha 31 de marzo de 2020 se dio traslado del recurso al notario autorizante y asimismo a J. C. E. M., como titular de la nuda propiedad de la finca, objeto de la hipoteca, al objeto de que en el plazo de cinco días siguientes a su recepción puedan efectuar las alegaciones que estimen oportunas. Traslado que tuvo lugar mediante correo certificado con acuse de recibo, y cuya recepción según resulta del localizador de envíos de correos se ha producido los días 8 y 9 de abril de 2020 por lo que respecta al Notario y al titular de la nuda propiedad, respectivamente. En fecha 13 de abril de 2020, ha sido presentado un escrito de alegaciones suscrito en fecha 8 de abril de 2020 por el Notario autorizante de la escritura que nos ocupa. Dicho escrito de alegaciones se presentó con número de entrada 2662 y en él, el notario autorizante afirma que La ley 5/2019 no es aplicable en el supuesto recogido en la escritura porque: «[...] aun cuando la misma concede la misma protección dispensada al prestatario sea extensible a fiadores y garantes que sean personas físicas (v.gr. artículos 1, 2 y especialmente 15.4), lo anterior no debe llevar a la equivocada conclusión de que éstos deben gozar de la protección de forma independiente cuando la hipoteca se constituye en garantía de obligaciones derivadas de un contrato distinto del de préstamo. Cuestión distinta es que el contrato de préstamo sea definido en términos amplios y, en esta línea, el artículo 4 lo define en su apartado 3) como aquél “mediante el cual un prestamista concede o se compromete a conceder un préstamo a un prestatario incluido en el ámbito de aplicación del artículo 2, en forma de pago aplazado, crédito u otra facilidad de pago similar”. A la vista de esta definición cobra sentido la referencia de la Instrucción de 20 de diciembre de 2019 a la posible aplicación de la ley puesto que, en la medida en que se contengan aplazamientos o facilidades de pago al regular la cuenta especial en la que se anotan los importes debidos por el beneficiario del aval, sería aplicable la ley ya que nos encontraríamos con una hipoteca constituida en garantía de un préstamo en los términos en que éste se define por la ley. Pero si las cantidades que se anotan en la cuenta existente entre las partes se declaran en el contrato vencidas, líquidas y exigibles, no puede hablarse de préstamo y, por tanto, la hipoteca constituida queda fuera del ámbito de aplicación de la ley, sin que convierta el contrato en préstamo la previsión de que las cantidades deben ser satisfechas en un plazo a contar desde el requerimiento fehaciente de pago, puesto que se trata de un término de gracia previo a la ejecución hipotecaria que no supone ni el aplazamiento ni facilidad de pago. Y todo ello sin perjuicio, además, de la prohibición que el artículo 3 de la Ley 1/1994, de 11 de marzo, sobre el Régimen Jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca, establece para las mismas para la concesión de crédito por lo que difícilmente podrán llegar a tener, en negocios como los que son objeto de la escritura calificada, como beneficiarias de una garantía real inmobiliaria, la condición jurídica de un prestamista inmobiliario profesional del artículo 4 de la Ley 5/2019».

#### V

El registrador de la propiedad emitió su informe con fecha 23 de abril de 2020, mantuvo su calificación y procedió a remitir el expediente a esta Dirección General.

### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 1.255 y 1.826 del Código Civil: los artículos 12, 18, 21, 114, 129 bis, 153 bis, 258, 324 y 326 de la Ley Hipotecaria; los artículos 1 a 25 de la Ley 5/2019 de 15 de marzo, de regulación de los contratos de crédito inmobiliario; el artículo 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; los artículos 12 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital; los artículos 5, 7, 11, 23 y 24 de la Ley 7/1998, sobre condiciones generales de la contratación; los artículos 1, 2, 3, 6, 10, 14 y 18 de Ley 1/1994, de 11 de marzo, sobre el Régimen Jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca; el artículo 1.1 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito; el artículo 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; los artículos 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; el artículo 326.2 del Reglamento del Registro Mercantil; el artículo 147 del Reglamento Notarial; los artículos 26, 29 y 30 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios; la Instrucción 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; la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de diciembre de 2019 sobre actuación notarial y registral ante diversas dudas en la aplicación de la Ley 5/2019; 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); los autos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de noviembre de 2015, C-74/15 (asunto Tarcau) y de 14 de septiembre de 2016, C-534/15 (asunto Dumitras); 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, de 28 de mayo de 2018, y de 27 de enero de 2020; las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de julio y 31 de octubre de 2017, 13 y 27 de junio y 5 y 20 de 2019 sobre la aplicación de la Ley 5/2019 al fiador o avalista o hipotecante cuando éste se trata de una persona física; las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de junio de 2012 y de 2 de enero y 19 de diciembre de 2013, respecto de la garantía hipotecaria del aval de Sociedad de Garantía Recíproca sobre una pluralidad de obligaciones; las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de junio, 18, 26 y 27 de julio de 2012, sobre hipoteca flotante y sociedades de garantía recíproca; las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de septiembre de 2014 y de 4 de febrero, 28 de abril y de 13 de julio de 2015 sobre cuestiones diversas en materia de protección de los consumidores; las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de febrero de 2005, 5, 17 y 18 de marzo de 2008, y 1 de agosto de 2014.

1. Cuestión de fondo. De conformidad con los artículos 324 y 326 de la Ley Hipotecaria y la doctrina de este Centro Directivo (cfr. resoluciones de 16 de febrero de 2005, 5, 17 y 18 de marzo de 2008 y 1 de agosto de 2014), el objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la propiedad y mercantil es exclusivamente la determinación de si la calificación negativa realizada por el registrador titular del Registro en que debe inscribirse el negocio celebrado es o no ajustada a Derecho tanto formal como sustantivamente; no pudiendo entrar a valorar otros posibles defectos que pudiera contener la escritura, ni tampoco aquellos defectos puestos de manifiesto en el nota de calificación que no hubieran sido objeto de impugnación o cuyo recurso hubiere admitido el registrador calificante con ocasión de la confección de su informe.

En consecuencia, la única cuestión que se plantea en el presente recurso es si los requisitos establecidos en la Ley 5/2019 de 15 de marzo, reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario (entre ellos el acta notarial de comprobación de la transparencia material) son aplicables al supuesto de una hipoteca constituida en garantía aval concedido por una Sociedad de Garantía Recíproca, que grava un inmueble de uso residencial perteneciente a un hipotecante que es una persona física; siendo que ese aval se otorgó en garantía, a su vez, de un préstamo concedido por una entidad de crédito a una sociedad de capital con una finalidad exclusivamente mercantil, de cuya sociedad es socio el hipotecante.

El registrador de la propiedad considera que es aplicable la citada Ley 5/2019 de 15 de marzo, por concurrir los requisitos que para su aplicación establece su artículo 2.1.a): prestamista profesional, garantía de un inmueble de uso residencial y persona física hipotecante no deudor propietaria de la finca gravada; y porque así lo declara expresamente la Instrucción de Dirección General de Registros y del Notariado de 20 de diciembre de 2019, a cuyo contenido, que luego expondremos, se remite.

Por su parte, la Sociedad de Garantía Recíproca, avalista y recurrente, argumenta en extenso en contra de esa aplicación de la Ley 5/2019 a las hipotecas constituidas en garantía de avales mercantiles, siendo sintéticamente sus alegaciones principales las siguientes:

a) La Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, regula el 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 esos contratos de préstamo para evitar la pérdida de la vivienda. Por su parte, la Ley 1/1994 de 11 de marzo, sobre régimen jurídico de las sociedades de garantía recíproca, tiene por finalidad facilitar el derecho al crédito por parte de las pymes y autónomos, consiguiendo a través de su aval, que las entidades prestamistas les concedan financiación con unas mejores condiciones, para lo que habitualmente exige la constitución a su favor de contragarantías.

b) Las sociedades de garantía recíproca no son prestamistas ni intermediarios de crédito inmobiliario, ni entidades de crédito, ni tampoco inversores, siquiera ocasionales, en préstamos o créditos, cuyas obligaciones de transparencia son las que se regulan específicamente en la Ley 5/2019. Las sociedades de garantía recíproca son



entidades financieras que tienen como actividad propia la concesión de avales mercantiles a sus socios, que no son citadas en la Ley 5/2019 en ningún momento, y las cuales se encuentran envueltas en unas circunstancias específicas en las que no encajan las formalidades exigidas por la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

c) Las hipotecas otorgadas en garantía del afianzamiento concedido por una sociedad de garantía recíproca, no se encuentra incluida dentro del ámbito de aplicación de la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, que se circunscribe a los préstamos recogidos expresamente en su artículo 2.1, letras a) y b), cuyas circunstancias no concurren en los préstamos avalados por la sociedad de garantía recíproca. La operación objeto de este recurso se enmarca en su integridad en el ámbito mercantil, no siendo aplicable la legislación y normativa existente en defensa de los consumidores y usuarios.

d) Las exigencias formales o de transparencia de la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario en la mayoría de los casos son difícilmente asumibles y ejecutables por las sociedades de garantía recíproca; porque la información a suministrar según las fichas oficiales (FEIN, FIAE, acta notarial), no encaja con las características de la contragarantía. Tales fichas 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.

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 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. Identificación de la concreta obligación garantizada con la hipoteca. No figuran en el expediente ni la póliza de préstamo que constituye la obligación subyacente, ni la póliza de aval, cuyo saldo se garantiza con la hipoteca, no obstante lo cual, de la escritura de constitución de hipoteca resulta que la obligación garantizada con la misma es el afianzamiento concedido por la Sociedad de Garantía Recíproca de la Comunitat Valenciana, renunciado expresamente a los beneficios de división, orden y excusión, a su socio participe «Throne of House SL» frente al Institut Valencià de Finances (IVF), en garantía de todas las obligaciones dimanantes del préstamo concedido a aquél por esta última entidad, por importe de 33.250 euros, con un interés del Euribor más un diferencial de 2,2 puntos, con vencimiento a los quince (15) años de su formalización y amortizable mediante cuotas trimestrales, comprensivas de capital e intereses, sin carencia. En la escritura de constitución de hipoteca se identifica la póliza de aval garantizada con su número y se dice que se incorpora a la matriz, pero no consta incorporada a la copia de la misma que se aporta al expediente.

A tales efectos la Sociedad de Garantía Recíproca de la Comunitat Valenciana ha abierto una cuenta a nombre de su afianzada que se identifica y que ampara la cuantía del préstamo original de treinta y tres mil doscientos cincuenta euros (33.250 €) de principal, «cuenta en la que se recogerán todas las partidas de abono y cargo dimanantes de la relación jurídica y económica establecida entre ambos y regulada en la póliza a que antes se ha hecho referencia, de la que resulta el modo de llevar y liquidar esta cuenta especial interesando resaltar que el aval o afianzamiento prestado está configurado "a primer requerimiento", puesto que la Sociedad de Garantía Recíproca de la Comunitat Valenciana está facultada, según lo pactado, para entregar las cantidades que le sean requeridas por el Institut Valencià de Finances (IVF), siempre dentro del límite del afianzamiento, al primer requerimiento que reciba para ello, sin necesidad de obtener la previa conformidad del afianzado y sin tener que entrar a considerar la procedencia o improcedencia del requerimiento de pago de la acreedora, y sin que tampoco quede afectada por las vicisitudes o incidencias judiciales o extrajudiciales que pueda presentar la relación comercial

entre la Sociedad de Garantía Recíproca de la Comunitat Valenciana, y el afianzado ni tampoco la propia garantía por ella prestada».

«El saldo deudor que presente día a día la cuenta especial abierta por la Sociedad de Garantía Recíproca de la Comunitat Valenciana devengará en su favor un interés anual igual al interés legal del dinero vigente en cada momento incrementado en dos puntos, que se liquidará y abonará, según está establecido en la póliza de afianzamiento. El saldo deudor que presente esa cuenta especial desde el día de su cierre hasta que quede íntegramente cubierto, devengará también el mismo tipo de interés, devengado y liquidado por días, pues el interés será moratorio por cuanto que necesariamente derivará de algún incumplimiento del afianzado.»

Se pacta expresamente que «la Sociedad de Garantía Recíproca de la Comunitat Valenciana una vez haya surgido ya su obligación de pagar como fiadora solidaria, cargará en la cuenta especial abierta a su afianzado las cantidades de que deba responder por cuenta de la fianza prestada, cerrando la cuenta en el momento en que se produzca el incumplimiento del afianzado frente a ella o frente a la acreedora de la obligación principal, certificando el saldo deudor resultante al cierre con eficacia ejecutiva conforme a lo establecido en el artículo 572 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que resulta aplicable por cuanto que las Sociedades de Garantía Recíproca tienen reconocida legalmente la calificación de entidades financieras según el artículo 1, párrafo 3.º de la Ley 1/1994, de 11 de marzo, sobre el Régimen Jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca debiendo cumplir dicha certificación los requisitos formales y de fondo que aquel precepto establece, y con aplicación, en su caso, de lo que establecen los últimos cuatro párrafos del artículo 153 de la Ley Hipotecaria».

Se conviene que la hipoteca constituida garantice a la Sociedad de Garantía Recíproca de la Comunitat Valenciana, hasta donde alcance el valor de la finca hipotecada, “de 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”; y hasta la cantidad máxima de treinta y cuatro mil novecientos doce euros y cincuenta céntimos (34.912,50 €) por principal. La responsabilidad máxima por principal de esta hipoteca se indica que “supera el importe del principal del préstamo, pues se cubre con ella no sólo el importe de la cantidad afianzada sino el saldo deudor que pueda presentar la cuenta al cierre tras anotar en ella todos los demás cargos, pagos y gastos referidos, incluidos los costes del propio afianzamiento.”

Respecto del plazo de duración de la hipoteca constan los siguientes pactos: «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 Comunitat Valenciana, venciendo en cualquier caso el 18 de diciembre de 2035»; y que la hipoteca vence, y podrá ser ejecutada: «Cuando venza, resultando incumplida en todo o en parte, la obligación principal afianzada por la Sociedad de Garantía Recíproca de la Comunitat Valenciana, tanto por expiración del plazo final, con incumplimiento del deudor, como por producirse la resolución anticipada ante la concurrencia de cualquiera de las causas que facultan a la Sociedad de Garantía Recíproca de la Comunitat Valenciana, para ello, siempre que la acreedora de la obligación principal quede en posición de entablar contra su deudor, y por consiguiente también contra su fiadora solidaria, cualquier acción para reclamar lo que se le adeude por razón del préstamo vencido, por principal, intereses, comisiones, gastos u otros conceptos».

Por último, se señala en la escritura que «la hipoteca en este acto se constituye lo es 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 de la Comunitat Valenciana tenga establecidas 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».

La finca hipoteca se indica que constituye el domicilio habitual de la persona física hipotecante don J.C.E.M., quien, a su vez, tiene la condición de socio de la entidad mercantil prestataria antes citada; y no se establece plazo o sistema de amortización gradual del crédito garantizado -el saldo de la cuenta-, sino su ejecutividad inmediata.

5. 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).

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 1.826 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 1.255 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 el registrador 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 el Instituto Valenciano de Finanzas, 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 dicha 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 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.

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.

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.

8. 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 obligaciones presentes 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 1.825 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».

9. 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, 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 cargará 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 5/2019- si los hipotecantes no deudores carecen de vinculación funcional con la empresa, a que se destina la operación crediticia garantizada por el aval asegurado con la hipoteca constituida.

Atendiendo a las circunstancias de hecho y a los Fundamentos de Derecho expuestos, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de calificación.

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, 18 de junio de 2020. La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.