

Sobre la ley aplicable a la hipoteca «española» al consumo: contrato, situación de la finca y residencia habitual

Ángel Carrasco Perera

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

Una revisión crítica de los oscuros criterios contenidos en la instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de diciembre del 2019 sobre problemas de aplicación de la Ley 5/2019.

La Dirección General de los Registros y del Notariado acaba de hacer pública (el 20 de diciembre del 2019) la «Instrucción sobre la actuación notarial y registral ante ciertas dudas en la aplicación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario» (LCCI). El documento aborda diversos extremos de esta ley, pero aquí comentaré sólo el referido como número 10: «¿Es aplicable la ley española, concretamente, la Ley 5/2019, a los préstamos hipotecarios sujetos a derecho extranjero (máxime [sic] cuando el bien inmueble hipotecado se encuentra en territorio español)»?

Cierto es que la instrucción no vincula a los tribunales ni al resto de los operadores jurídicos no sujetos a la competencia sectorial de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Pero el punto que tratamos prácticamente no tiene otro destinatario que el registrador de la propiedad competente, y su *pendant* real —aunque la instrucción no lo dice— es un título público otorgado en el extranjero sobre finca sita en España y con prestatario consumidor *normalmente* residente en el extranjero. Si el título extranjero fuere privado y la finca estuviere sita en España, ni siquiera sería despachado el título para inscripción, por mucho que pudiera darse el caso que un préstamo hipotecario en documento privado fuera una opción legítima en alguna jurisdicción de la Unión Europea que haya transpuesto la Directiva 47/2014.

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

1. Consulta

El Consejo Nacional del Notariado solicitó de la Dirección General de los Registros y del Notariado aclaración sobre el punto de la ley aplicable al contrato de préstamo hipotecario a partir de las consideraciones que siguen. El Reglamento 593/2008 (UE) Roma I (el «reglamento») se aplica a las obligaciones contractuales y no exceptúa aquéllas para cuya garantía se haya pactado un contrato accesorio de hipoteca (art. 1 del reglamento). Por su parte, la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario se aplicaría a la hipoteca, como *lex rei sitae*, si el inmueble gravado (no el financiado) se encuentra en España (art. 10.1 del Código Civil —CC—). Según el Consejo, el «régimen de protección» del deudor forma parte del contexto obligacional del préstamo, no del de la garantía real. Aunque no entiendo bien el argumento que sigue, el Consejo añade e insiste especialmente en que las «normas de protección del deudor» en la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario no constituyen «requisitos formales» del contrato de préstamo hipotecario. No va más allá la reflexión, pero conforme al artículo 11.5 del reglamento parece claro que la forma del «contrato» sería la dispuesta en el país donde el inmueble esté sito. Finalmente, dado el punto de partida del Consejo (el régimen de protección pertenece al contrato y no a la garantía), no se aplicaría singularmente la exigencia del artículo 15 de la ley mencionada (acta notarial acreditativa del cumplimiento de la transparencia material) a los contratos de préstamo hipotecario sujetos a una ley *contractual* extranjera.

2. Contestación

La contestación de la Dirección General se resume en lo que importa como sigue:

Los «aspectos» contractuales se rigen por el Reglamento Roma I y, especialmente, por el punto de conexión elegido por las partes. Adicionalmente, se aplicará el artículo 6 del reglamento si el deudor es un consumidor y se dan el resto de las condiciones establecidas por esta norma especial. Si suponemos que la residencia habitual del deudor es España, no podrá renunciar a la protección que le deparan las normas contractuales consumeristas que rijan en este país.

Según la Dirección General, son de aplicación los artículos 11, 608 y 1875 del Código Civil y 145 de la Ley Hipotecaria, «que constituyen normas formales de aplicación necesaria». Parece que esto se dice a los efectos del artículo 11.5 del reglamento, en los términos a los que me referí antes. Respecto del estatuto jurídico real, la *lex rei sitae* (española) se aplicaría al modo de constitución o adquisición del derecho real, así como al momento de la constitución, al contenido del derecho real, a los límites de inatacabilidad del derecho y a su publicidad. Cuando el inmueble esté situado en terreno español, será la ley española, y no aquella a la que remita el acuerdo de las partes, la que determinará los requisitos para entender completado el proceso de constitución de la hipoteca. Dentro del proceso constitutivo se integra el documento notarial con la inscripción registral. Por lo que atañe a la forma documental de títulos públicos otorgados en el extranjero, rige el artículo 56 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia Civil. A efectos de «ser ejecutables» en España, «deberán tener al

menos la misma o equivalente eficacia que los expedidos o autorizados por autoridades españolas». Y, si fueran objeto de inscripción, se observaría también lo prescrito por el artículo 60 de esta ley, pudiendo ser inscritos en España «si cumplen los requisitos establecidos en la legislación específica aplicable y siempre que la autoridad extranjera haya intervenido en la confección del documento desarrollando funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas en la materia de que se trata y surta los mismos o más próximos efectos en el país de origen». Después de divagar un trecho por la cuestión de la equivalencia y el orden público español, la Dirección General concluye que el notario, sea español o extranjero, debe comprobar obligatoriamente si la escritura contiene condiciones generales de la contratación (!) y que han sido depositadas en el Registro (español, no hay otro) de Condiciones Generales de la Contratación (!), advertir de la aplicabilidad de la Ley de Condiciones Generales (!), así como en la de inscribir en aquel Registro los préstamos y créditos. También deberá comprobar mediante consulta telemática que la prestamista ha depositado en ese Registro las condiciones generales de la contratación. Hay que añadir que, conforme al artículo 258.2 de la Ley Hipotecaria, el registrador no inscribirá cláusulas declaradas nulas por abusivas por alguna sentencia del Tribunal Supremo o por otra sentencia, si está inscrita en el Registro citado.

Ingresando en el corazón del problema práctico, la Dirección General dictamina que «transciende al contrato y se incluye en el derecho real el efectivo cumplimiento de la normativa imperativa de la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario en lo relativo a cláusulas multdivisas, cláusula suelo, régimen del reembolso anticipado, validez y límites de cláusulas de vencimiento anticipado, intereses de demora y consecuentemente *el contenido y alcance del contrato y del acta de información*» [sic, el resalte no es del original]. La información y documentación que ha de suministrar la entidad prestamista y la actividad del notario deben comprender todo aquello que se refleja en los artículos 14.1 y 15 de la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario, «garantizando la transparencia material y el cumplimiento del contenido obligatorio del contrato de crédito inmobiliario ligado necesariamente al derecho real».

¿Y si el contrato de crédito inmobiliario está celebrado fuera de España? Estos títulos extranjeros deben cumplir la exigencia de equivalencia formal y material, la cual comprende el conjunto de las normas especiales de protección de consumidores (ley del lugar de residencia, art. 6 del reglamento), las normas imperativas de la Ley 5/2019 y, en especial, los artículos 14 y 15, «en cuanto trascienden de una actuación meramente formal a sustantiva». El acta notarial a que se refiere el artículo 15 es un «requisito de carácter sustancial», acta que, por cierto, debe ser autorizada por el mismo notario que otorgue la escritura y que requiere una estructura de interconexión de sistemas entre notarios y financiadores que también es imperativa en España, aunque, si el notario fuere extranjero, se podrían analizar «desde la óptica de la equivalencia de formas del acta autorizada». La obligada inscripción del prestamista en el Registro a que se refiere el artículo 42 es también una exigencia de orden público.

«Cabe por tanto concluir que tras la entrada en vigor de la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario la formación del derecho real de garantía hipotecaria presenta un *marcado contenido*

de carácter imperativo e irrenunciable, que limita, para los inmuebles situados en España, notablemente el contenido del contrato».

3. Comentario

Ni la argumentación ni la conclusión de la instrucción en el extremo ahora considerado son claras ni pretenden serlo —me parece— ni quieren comprometerse con decisiones concluyentes que podrían despertar recelos de estar fundadas en prejuicios corporativos obstaculizadores de un régimen de libertad intracomunitaria de prestación de servicios y juego libre y competitivo de las distintas normativas nacionales.

La instrucción es confusa porque cree estar refiriéndose a una cuestión, en principio menor, de si un contrato hipotecario sobre inmueble sito en España puede estar *sometido a una ley contractual extranjera*, cuando lo que verdaderamente importa es si resulta inscribible en España un contrato de préstamo hipotecario *otorgado en el extranjero y sujeto a una ley contractual distinta de la española* cuando la finca esté sita en España. Es también confusa porque no discrimina netamente si el estatuto jurídico de protección de la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario forma o no parte del «estatuto real» gobernado por la *lex rei sitae*. Es notorio, finalmente, que la Dirección General no ha sabido distinguir entre la aplicabilidad derivada de que una norma sea «imperativa» y la que se funda en que dicha norma forme parte del estatuto jurídico real del artículo 10.1 del Código Civil.

Parece que la siguiente descripción es un resumen sustancialmente correcto de lo que propone la Dirección General. A las hipotecas al consumo cuyos prestatarios estén domiciliados en España y que recaigan sobre inmuebles sitos en España se les aplicará imperativamente la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario, además de los requisitos de fondo y forma exigidos por la ley española para la constitución y efectos del derecho de hipoteca. El acta del artículo 15 de la citada ley es imperativa. Los notarios (no otros funcionarios) extranjeros podrán, con todo, actuar si su respectiva normativa establece unos procedimientos y controles que satisfagan formal y materialmente el requisito de equivalencia, tanto para la forma del contrato como para la satisfacción del contenido material imperativo de la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario.

Mas este último empeño parecería baldío. Primero, porque en ningún sistema europeo salvo el español se ha transpuesto la Directiva 47/2014 mediante la entronización de un procedimiento notarial de transparencia como el del artículo 15 de la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario. Segundo, porque, aunque el notario extranjero pudiera replicar un acta equivalente a dicho artículo 15 y esta replicación superase el test de equivalencia (objetivo difícilísimo de cumplir), habría de aplicar y embutir en el contrato todo el Derecho *contractual* español imperativo contenido en la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario. Sin contar con que las condiciones generales de la contratación empleada deberían estar depositadas en el Registro español de Condiciones Generales (el único que hay en Europa, por cierto).

En consecuencia, con los mimbres que aporta la Dirección General es de hecho imposible que un préstamo hipotecario sobre inmueble sito en España y con prestatario residente en España pueda ser válidamente otorgado en el extranjero, es decir, que pueda ser otorgado de una forma que supere el control del Registro de la Propiedad español. Y esto es así tanto si se trata de un préstamo otorgado en la Unión Europea con normativa que transponga la Directiva 47/2014 como si se trata de un préstamo otorgado fuera de la Unión.

La anterior conclusión no debería ser la misma, según creo, si el consumidor estuviera domiciliado en Estonia y quisiera adquirir en España un inmueble residencial mediante un préstamo hipotecario y las partes no hubieran optado (art. 3 del reglamento) por someterse a la ley contractual española. En contra de la confusión existente en la instrucción, la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario no podría pretender una eficacia imperativa en sus aspectos contractuales más allá de la que le confiere el artículo 6 del reglamento. Esta aplicación no sería factible, porque la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario no se aplica en Estonia, que es el país en que reside habitualmente el prestatario consumidor. Ciertamente es que podría pretenderse que dicha ley, con todo, constituya una norma de orden público y como tal aspirar a la limitadísima aplicación que le depara el artículo 9.3 del reglamento. Creo que estaríamos más bien ante este último (analizando el tema desde la perspectiva del registrador español y sin perjuicio de que sea muy discutible que ésta sea una ley de policía).

Básicamente (y sólo en esto nos importa), la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario es contenido contractual imperativo. No forma parte del estatuto conflictual de la hipoteca como derecho real ni regula la forma del contrato de préstamo hipotecario al consumo, entendiéndose que la regulación sobre la forma del contrato hipotecario está contenida en el artículo 1875 del Código Civil y sólo eventualmente replicada —sin espacio normativo propio— por la ley citada. En otros términos, dicha ley no se aplica *lege rei sitae*, sino que su aplicación resulta de los artículos 3, 4, 6 y 9 del Reglamento Roma I. Y entonces, se aplicará si el prestatario consumidor (no cualquier persona física) tiene su residencia en España, aunque la finca esté sita fuera.

Las prescripciones imperativas de la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario que se refieren al «préstamo hipotecario» han de ser abducidas al estatuto obligacional, no a la *lex rei sitae* de la hipoteca, que es «accesoria» del contrato. En consecuencia, las normas «estrella» relativas a intereses de demora, reembolso anticipado, cláusula suelo, multdivisas, cláusulas de vencimiento anticipado y evaluación de solvencia no pueden pretender aplicación necesaria en virtud del artículo 10.1 del Código Civil, sin perjuicio de que puedan aspirar a esta aplicación por el artículo 6 del reglamento si el consumidor reside en España.

Evidentemente, la «madre de todas las discordias» está hoy en el acta notarial (previa a la escritura) de comprobación del cumplimiento de las exigencias de transparencia material (art. 15 LCCI), cuyo contenido no glosaré en este lugar. La instrucción no deja claro si la «imperatividad» de este procedimiento le es asignada por ser la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario una norma «imperativa», por ser España (cuando lo sea) residencia habitual

del consumidor, por tratarse de un requisito constitutivo del préstamo hipotecario como derecho real sujeto al artículo 10.1 del Código Civil (art. 22.2 LCCL) o por ser la forma necesaria del acto en el sentido del artículo 11.5 del reglamento. Sostengo que el acta, su autorización, su contenido *forman parte del estatuto contractual, sujeto pues al Reglamento Roma I* y aplicable en España (sólo) mediante los instrumentos de aplicación del propio reglamento (arts. 3, 4, 6, 9, 11). En principio, un notario extranjero que no aplicara la ley española en virtud de los artículos 3, 4 y 6 del reglamento no tendría que confeccionar ni autorizar un acta de transparencia como la de la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario, al menos si es un notario sujeto a una jurisdicción en la que la Directiva 2014/47 esté implementada como Derecho propio.

En todo este debate, *casi carece de importancia* si la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario es o no una *norma imperativa*, salvo a los efectos de los artículos 6 y 9 del reglamento. La instrucción parece dar una excesiva importancia a que esta ley pueda tener contenidos imperativos de los que no se puedan hurtar las partes. Pero se equivoca. Primero, porque *toda la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario es imperativa*. Y, segundo, porque la imperatividad de la norma obligacional española sólo es de relevancia *cuando se aplique la ley obligacional española* conforme al Reglamento Roma I, y no es sin más aplicable universalmente por el hecho de ser (internamente para España) una norma imperativa ni porque la finca gravada esté en España y la ley sea una *norma imperativa para inmuebles sitos en España*.