

TRASCENDENCIA JURÍDICA DE LA CONSTANCIA EXPRESA DE LAS CUESTIONES PLANTEADAS EN EL ACTA DE INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL

Dice el preámbulo de la Ley 5/2019 de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, que para “reforzar el equilibrio que debe existir entre las partes en toda relación jurídica contractual, se atribuye al notario la función de asesorar imparcialmente al prestatario, aclarando todas aquellas dudas que le pudiera suscitar el contrato y comprobando tanto los plazos como los demás requisitos que permiten considerar cumplido el citado principio de transparencia material”.

Esta Ley ha colocado al notario como el eje vertebrador en todo el procedimiento hipotecario, más aun teniendo en cuenta que ejerce su profesión en libre competencia con los demás notarios y que la Ley también dedica varios de sus preceptos al derecho a la libre elección de notario. Por todo ello, pretendo defender que la actuación profesional del notario en relación con el acta de información precontractual debe ser exquisita, exigiendo la mayor diligencia profesional en su redacción y explicación, lo cual en mi opinión conlleva necesariamente el hacer constar expresamente las cuestiones planteadas por el prestatario en dicha acta de información precontractual. No considero suficiente reflejar que no ha habido cuestiones planteadas u otras cláusulas de estilo en las que simplemente se recoge que las cuestiones han sido planteadas y respondidas en ese acto. Considero que deben hacerse constar las concretas cuestiones planteadas y el concreto asesoramiento prestado al respecto (es decir: lo que el cliente ha preguntado y lo que el notario le ha respondido).

El epicentro de la Ley es sin duda la transparencia en la contratación con los consumidores y, más en concreto, la fase de información precontractual (que es precisamente en la que se ha modificado de forma sustancial el papel del notario tras esta reforma). El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ya se refirió en su Sentencia de 21 marzo de 2013 al control de transparencia también en la fase precontractual: “En efecto, reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información” (asunto C- 92/11, caso *RWE Vertrieb*). Deficiencias en esta fase precontractual han llevado, en opinión del mismo Tribunal, a diversas crisis en materia de transparencia e información a

los consumidores en cuestiones en las que el notario estaba directamente relacionado: cláusulas suelo, cláusula gastos, índice IRPH,...; solucionadas en mayor o menor medida y que sin duda constituyen uno de los gérmenes de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, transpuesta al Derecho Español por medio de la Ley 5/2019 de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

Por su parte, el Tribunal Supremo español ha asumido en gran medida la jurisprudencia europea: “la información precontractual es la que permite realmente comparar ofertas y adoptar la decisión de contratar. Que el consumidor maneje diversas ofertas y conozca que en la finalmente aceptada se incluye una cláusula determinada, otorga la relevancia debida a la fase de información precontractual” (STS 9/2020 de 8 de enero).

Régimen legal y su desarrollo.

Dice el artículo 15.2.b) de la Ley 5/2019 lo siguiente: “El notario hará constar en el acta notarial previa a la formalización del préstamo hipotecario: b) Las cuestiones planteadas por el prestatario y el asesoramiento prestado por el notario.” El precepto lo establece como una obligación de rango legal, equiparándola a las restantes obligaciones en relación con el acta de información precontractual como son: el respeto de los plazos, la comparecencia de los interesados o la información individualizada de las cláusulas. La ley sitúa la constancia de las cuestiones planteadas al mismo nivel y en el mismo artículo.

Por su parte, la Circular de obligado cumplimiento 1/2019 de 24 de mayo, del Consejo General del Notariado, relativa a la ley 5/2019 de 15 de marzo, reguladora de los Contratos de crédito inmobiliario, también se refiere en su regla 29ª a la constancia expresa dichas cuestiones: “asesoramiento individualizado a cada uno de ellos, en donde se recojan las cuestiones planteadas por los mismos”. La norma no solo exige que se recojan las cuestiones planteadas (una expresión de esta naturaleza parece estar excluyendo las cláusulas de estilo o la posibilidad de que no se plantee ninguna cuestión por parte de los comparecientes, algo que analizaré más adelante), sino que también reitera el carácter individualizado del asesoramiento, lo cual viene a eliminar la posibilidad de modelos de acta previa generales a aplicar en cualquier procedimiento o la posibilidad de que dos actas sean iguales puesto que el concreto asesoramiento nunca va a ser idéntico en cada préstamo. Defiendo que estas especialidades deben quedar plasmadas también el documento (y no solo en la explicación verbal que realiza el notario).

Por último, la citada Circular entra también a valorar la propia forma del documento precisamente al tratar el asesoramiento individualizado y el deber de recoger las cuestiones planteadas. Lo hace también en la regla 29ª, que dice que la comparecencia de cada uno de los prestatarios o fiadores debe dar

lugar a diligencias separadas firmadas por cada uno de ellos. Incluso, la circular va más allá añadiendo adverbios como que estas diligencias deben ser “inexcusablemente” firmadas por cada compareciente o sacando la conclusión de que “no cabe una diligencia del notario extendida <<por sí y ante sí>>, ya que en la diligencia deberán recogerse las manifestaciones del prestatario, avalista o garante e hipotecante no deudor en presencia del notario”.

Teniendo en cuenta que el notario es el que redacta el documento (artículo 17 de la Ley del Notariado), siendo cierto que se trata de profesionales del Derecho e, incluso, que los notarios gozan de “plena autonomía e independencia en su función” (artículo 1 del Reglamento Notarial); un sector de la doctrina notarial ha entendido que el Consejo General del Notariado se está extralimitando al regular hasta tal punto estas obligaciones formales. Por el contrario, yo considero que la Circular deja bien claro no solo que la misma es de obligado cumplimiento sino que es “inexcusable” que el acta previa se haga por diligencias y también que no cabe una diligencia no firmada por los comparecientes (en lo que se refiere a las cuestiones planteadas, asesoramiento individualizado y contestación al test). Huelga recordar que los notarios dependen en su organización jerárquica del Consejo General del Notariado (artículo 307 del Reglamento Notarial) y que deben cumplir las “circulares de orden interno del Consejo General del Notariado que se refieran a aspectos de ordenación de la función pública notarial” (artículo 314.5 del Reglamento Notarial).

¿Cuál será el destino de las actas?

Teniendo en cuenta que la Ley 5/2019 entró en vigor el día 15 de junio de 2019 (D.F. 16ª), es muy prematuro todavía divagar sobre cuál será el destino de dichas actas. Al contrario que la regulación ya citada sobre constancia expresa de las cuestiones planteadas, que es clara y utiliza tanto verbos como adjetivos que no dejan lugar a dudas, la expedición de copias del acta de información precontractual ha sido tratada de formaba algo difusa por la normativa de desarrollo realizada por parte del Consejo General del Notariado. Aplicando las reglas generales, las actas con resultado positivo (la gran mayoría) se comunican a través del SIGNO y no es necesario incorporar copia simple.

Sin embargo, considero que el contenido de estas actas tiene un gran valor. Por todo ello, el notario debe dar importancia no solo a la explicación de la operación (algo de lo que no me cabe duda que los notarios realizan con gran meticulosidad, de lo que da fe la satisfacción de los clientes cuando salen de la notaría una vez terminada la fase precontractual), sino también dar importancia al documento en cuanto a su forma y contenido.

En mi opinión, que todas las actas de información precontractual de un mismo notario sean iguales o que sean redactadas directamente por el empleado o

sirviendo un mismo modelo para varias operaciones, es algo que no cabe teniendo en cuenta el régimen legal antes expuesto.

Tenemos que tener en cuenta que el día de mañana estas actas de información precontractual podrán ser solicitadas por los tribunales en hipotéticos casos en los que se cuestione la falta de transparencia (vertiente material) en los contratos de crédito inmobiliario. También se plantea la cuestión de si podrán ser solicitadas por los bancos ante eventuales reclamaciones de sus clientes, puesto que si el contenido del acta se presume veraz e íntegro [artículo 17 bis.2.b) de la Ley del Notariado y artículo 319 de la Ley de Enjuiciamiento Civil], a través de dicho contenido se podrá conocer, incluso años después, cuál fue el asesoramiento prestado, y esto llevará a una verdadera prueba de si el consumidor tenía o no conocimiento de lo que firmaba (siguiendo los criterios jurisprudenciales: que había tenido a su alcance todos los medios necesarios para estar informado).

Es por todo esto por lo que entiendo que los notarios deben guardar especial diligencia no solo en la explicación del contenido del acta sino también en la redacción personalizada del documento.

Modus operandi.

Me atrevo a exponer a continuación el modo de actuación que utilizo habitualmente en la notaría. Hay que tener en cuenta que todavía no ha transcurrido ni siquiera un año desde la entrada en vigor de la Ley 5/2019, que la normativa desarrollada por el Consejo tiene varias lagunas y que también faltan ciertos criterios uniformes que entiendo que deben salir de Colegios, Consejo, Congreso,... Me referiré únicamente al modo de actuación en lo relativo a la constancia expresa de las cuestiones planteadas.

Una vez que la operación ha sido asignada a mi notaría, comprobada la documentación, respetados los plazos, citado el cliente y explicado individualizadamente el contenido, hago constar en una hoja en blanco (o a veces directamente desde la aplicación informática del ordenador) las concretas preguntas que me ha hecho el cliente durante la explicación. Hago constar tanto las cuestiones que se refieren al préstamo como las que se refieren al título previo de compraventa o cualquier otra que me haga el interesado. Hago constar la pregunta entrecomillada y posteriormente la explicación que yo como notario he dado a esa pregunta. La explicación queda muchas veces resumida y otras muchas veces es la misma explicación que ya he dado a otros clientes a la misma pregunta (creo no equivocarme si digo que la pregunta sobre responsabilidad patrimonial universal es una de las más repetidas por nuestros clientes en esta clase de actas).

Leída por mí la parte inicial del acta en la que constan los trámites iniciales del procedimiento (citados *ut supra*), es firmada en ese acto por todos los

comparecientes y por mí. A continuación procedo a redactar las diligencias e imprimirlas, siguiendo los criterios de la Circular del Consejo y por lo tanto imprimiendo una para cada compareciente. En las diligencias hago constar como cláusula de estilo que el cliente ha contestado al test y, a continuación, transcribo los entrecomillados y explicaciones antes referidos. Cada cliente firma su diligencia y ya pueden marcharse. El cliente ya ha realizado el test en mi presencia y con anterioridad a la firma.

Lejos de ser un procedimiento lento ni farragoso, escasamente pierdo tiempo por la constancia expresa de las cuestiones planteadas. Muchas veces son cuestiones ya planteadas en otras actas, o repetidas, o explicaciones que he hecho muchas veces y no necesito pensar para volver a redactar. En la fase puramente mecánica, de transcripción y de impresión; cuento también con la ayuda de uno de los empleados, para evitar esperas desde que ha terminado la explicación y hasta que el cliente puede marcharse de la notaría.

Dice Forrest Gump que todos los seres humanos son diferentes porque, si Dios hubiese querido que fuéramos iguales, nos habría puesto a todos aparatos en las piernas. No hay un cliente igual que otro, ni en una hipoteca ni en ningún otro documento. Hay personas tímidas, personas que ya están acostumbradas a ir al notario, profesionales del Derecho, profesionales de otras materias que no entienden nada de Derecho, personas más o menos habladoras, más o menos condicionadas por la actitud de los restantes firmantes del documento,... La variedad es infinita. Es por esto por lo que adapto el sistema al cliente en cuestión. Si un cliente no pregunta mucho, suelo incluir como cuestiones planteadas aquellas dudas que el cliente me ha manifestado en el momento de rellenar el test (por ejemplo si dudan con la respuesta a una pregunta). No obstante, hay casos en los que si la persona absolutamente no ha articulado palabra en todo el procedimiento y se ha limitado a asentir y a aseverar que comprende todo, hago constar que no ha habido cuestiones planteadas. Es algo que hago de manera excepcional y humildemente considero que la cláusula de estilo "no ha habido cuestiones" debería eliminarse de cualquier acta de información precontractual.

Otras alternativas comentadas con compañeros son la de realizar la explicación y, en lugar de hacer constar expresamente las cuestiones planteadas, destacar mediante subrayado o negrita aquellas cuestiones en las que se ha incidido más ampliamente durante la explicación. Otros compañeros entienden que el test debe ser lo primordial del acta y que la misma debe tener un resultado negativo en caso de preguntas falladas (yo considero que es un error considerar este cuestionario como un test de idoneidad). Cualquier alternativa es buena siempre que a juicio del notario autorizante se esté respetando el régimen legal antes expuesto.

Me he referido antes a la constancia expresa también de las cuestiones que se refieren al título previo (normalmente, una compraventa). Es algo que me parece esencial por dos motivos:

- 1) Mejor asesoramiento al cliente: Gracias a la nueva Ley, el notario puede explicar al cliente tranquilamente y sin vendedores, gestorías ni entidades bancarias la operación en su conjunto. No tiene sentido explicar un préstamo sin hacer saber al prestatario por ejemplo los gastos que se van a derivar de la operación que financia ese préstamo, de los cuales el más elevado y relevante es el Impuesto de Trasmisiones Patrimoniales. También explico la descripción y datos de la finca que va a hipotecarse, su situación de cargas, eficiencia energética etcétera. Sé que no es obligación legal del notario hacerlo pero creo que de esta manera el cliente queda mejor asesorado, la explicación es más completa y ello agilizará la firma de las escrituras una vez transcurrido el plazo precontractual.
- 2) Negocio jurídico complejo: El préstamo hipotecario no tiene sentido sin el título previo de compraventa (o el que sea), del que además trae causa.

Régimen disciplinario.

Dice el artículo 43.Dos.2.A).h).e) de la Ley 14/2000 de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social; lo siguiente: “Son infracciones muy graves de los notarios: e) 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.”

Este precepto fue introducido precisamente por la Ley 5/2019 y no pasa por encima los requisitos formales, puesto que se refiere al incumplimiento del periodo de información precontractual pero también a levantar el acta previa y, cuando se refiere la misma, dice expresamente que debe formalizarse “en los términos previstos en la Ley”.

Es indudable que la Ley dice que el notario hará constar las cuestiones planteadas y el asesoramiento prestado, de manera que si estas circunstancias no se han hecho constar en el acta, la misma no está levantada conforme a la Ley y ello supone infracción.

Además, el legislador opta por tipificar esta clase de conductas no como una infracción más sino calificándolas de “muy graves”. Conocer esta tipificación es algo elemental porque podría ser tenida en cuenta indudablemente por un tribunal a la hora de enjuiciar un posible caso de responsabilidad civil del notario derivada de esta clase de actas (es también una incógnita a día de hoy

la relación de esta responsabilidad con el hecho de que el acta sea gratuita, uno de los principales errores del legislador al redactar la Ley en mi opinión).

Conclusión.

La trascendencia jurídica de la constancia expresa de las cuestiones planteadas en el acta de información precontractual es algo que si bien no tiene mucha relevancia en la actualidad, indudablemente lo va a tener cuando las actas de información precontractual empiecen a circular por juzgados, entidades bancarias, organismos de defensa de los consumidores, etcétera. Es por ello por lo que entiendo esencial (y obligatorio por Ley) el hacer constar expresamente estas cuestiones planteadas.

Ya decía Immanuel Kant (Königsberg, 1724) que: “la inteligencia de un individuo se mide por la cantidad de incertidumbres que es capaz de soportar”.

Fernando Ruiz Morollón.

Notario de Fuentes de Ebro y profesor de la Universidad de Zaragoza.