

RIESGOS DE LA ACEPTACIÓN A DISTANCIA Y ANTE NOTARIO DE LA OFERTA DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO

Ana I. Mendoza Losana

Profesora contratada doctora de Derecho Civil

Centro de Estudios de Consumo

Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 29 de abril de 2015

1. Objeto de la consulta

Se plantea ante el Centro de Estudios de Consumo de la Universidad de Castilla-La Mancha (CESCO) consulta sobre una práctica que empieza a ser utilizada por algunas entidades bancarias y que se caracteriza por ofrecer al cliente la posibilidad de aceptar a distancia y ante el notario de su localidad la oferta vinculante de préstamo hipotecario formulada ante notario de otra localidad. El deudor hipotecario aporta a CESCO sendas escrituras de oferta y aceptación y cuestiona si esta práctica es legal y en su caso, qué consecuencias podrían derivarse para él de esta forma de proceder.

2. Descripción de la práctica notarial cuestionada

- 1º. Comparecen ante el notario de cierta localidad (en adelante, notario de la oferta) los apoderados de una entidad bancaria y en escritura pública se documenta la oferta vinculante de préstamo hipotecario;
- 2º. El notario autorizante de la escritura de oferta cumple los deberes que la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (Orden de Transparencia) impone al notario autorizante de la escritura de otorgamiento del préstamo hipotecario, tales como comprobar que se han facilitado las fichas correspondientes y que la parte deudora ha sido debidamente informada del contenido del contrato de préstamo con garantía hipotecaria.
- 3º. En esa misma escritura de oferta se fija la fecha y la forma de aceptación de la oferta: comparecencia y aceptación por la parte deudora mediante escritura pública otorgada ante notario de la localidad en la que se encuentra el bien y

tiene su domicilio la parte deudora (en adelante, notario de la aceptación). El notario asume la obligación de recibir la copia electrónica de la escritura de aceptación y notificar al banco la aceptación para que proceda a la entrega del capital prestado.

- 4º. En la misma fecha, comparece la parte deudora ante un notario de la localidad en la que tiene su domicilio y allí se otorga la escritura pública de aceptación del préstamo hipotecario. Por petición expresa de la parte deudora, la escritura de oferta no queda incorporada a la escritura de aceptación. La parte compareciente no lee en el acto de aceptación la escritura de oferta y tampoco el notario lee y explica su contenido. La compareciente recibe copia, “manifestando conocer en su integridad, así como los efectos jurídicos por ella derivados y las obligaciones y derechos que para la compareciente, según interviene, se derivan de la misma”. La parte compareciente declara ante el notario conocer el contenido de la oferta pero el notario ni lee la escritura, ni comprueba si la parte deudora ha recibido la información en la forma a la que se refiere la Orden de Transparencia.
- 5º. Según manifiestan los representantes del banco en la escritura de oferta, la parte deudora ha renunciado expresamente a su derecho a disponer del proyecto de escritura de préstamo hipotecario tres días hábiles antes de la aceptación.

3. Objeciones ante la práctica notarial descrita

- 1ª. *Incumplimiento de las obligaciones que la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (Orden de Transparencia) impone al notario. Se incumple particularmente el artículo 30.3 de la Orden de Transparencia. Ninguno de los notarios está en condiciones de comprobar si la parte deudora ha sido realmente informada en los términos exigidos por la Orden: el notario que otorga la escritura de oferta y que según declara en la misma escritura es el que cumple los deberes impuestos en esta orden, no puede comprobarlo realmente porque ante él no comparece la parte deudora. Se “fía” de lo que manifiestan los representantes del banco.*

Se acude a una especie de ficción jurídica: el notario declara comprobar algo que por la propia naturaleza del acto es imposible de corroborar. Se aprecia esto en varias declaraciones de la escritura de oferta. Ponemos algunos ejemplos:

- “A los efectos de formalización de la presente Escritura pública otorgada ante mí, yo, el Notario, doy fe de la entrega por el BANCO a los demás intervinientes de la información precontractual (FIPRE), la ficha de información personalizada

(FIPER), que sobre la operación resultan exigibles según las normas de transparencia aplicable a la misma”. Sin embargo, ante él sólo comparecen los representantes del banco pero no la parte deudora, ¿cómo puede dar fe de la entrega de las fichas informativas?

- “... a mi juicio, el contrato formalizado en la presente escritura cumple lo previsto en la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, y la legalidad vigente. Asimismo la parte deudora se considera informada del valor y alcance de las obligaciones que asume y, en especial:...” La escritura otorgada no formaliza el contrato, sino sólo la oferta. En la medida en la que la aceptación queda diferida, esta oferta podría modificarse. ¿Cómo puede el notario manifestar por adelantado que “el contrato” (que aún no se ha perfeccionado) cumple con lo previsto en la legalidad vigente? Por otra parte, sólo dispone del testimonio del banco como único elemento para comprobar que la parte deudora ha sido informada.
- El notario de la oferta declara “he informado a la parte deudora de los costes de mi intervención”, como exige el artículo 30.3,h de la Orden de Transparencia. Sin embargo, este notario no ha podido cumplir con ese deber porque la parte deudora no comparece ante él. El notario de la aceptación informa de los costes de esta escritura pero nada dice de los costes de la escritura de oferta, ni de los gastos del contrato en su conjunto.

Tampoco el notario que otorga la escritura de aceptación puede cumplir los deberes impuestos por la Orden de Transparencia al notario porque ni lee, ni comprueba el contenido de la escritura, se “fía” de la parte deudora que recibe copia y dice que conoce el contenido y efectos. La parte deudora firma la aceptación sin que ningún notario haya comprobado que realmente conoce el contenido de las obligaciones que está asumiendo.

En la escritura de oferta, el notario difiere la comprobación de la información facilitada al deudor al momento de la aceptación. Así, afirma que “dado que la operación es a tipo de interés variable, los comparecientes, según intervienen, aseguran que la parte deudora –y así lo confirmará ésta al tiempo de la aceptación de esta oferta unilateral- ha recibido la información prevista en los artículos 24, 25 y 26 de la citada Orden, advirtiéndole expresamente que la parte deudora con la aceptación que formulará en el día de hoy queda enterada y advertida expresamente de los extremos regulados en la letra b) del artículo 30 de la repetida Orden, ...”. En el momento de la aceptación, el aceptante se limita a declarar formalmente que ha sido informado, pero en ninguno de los actos notariales se le informa del contenido de esos preceptos. El artículo 30.3, b,3º de la Orden de Transparencia exige que se advierta expresamente si se han establecido límites a la variación del tipo de interés, como cláusulas suelo o

techo. En este último caso, “... el notario consignará en la escritura esa circunstancia, advirtiendo expresamente de ello al cliente e informándole, en todo caso, sobre...”. Independientemente de que un contrato de préstamo hipotecario en particular contenga o no cláusulas suelo o techo, si se valora en abstracto la práctica notarial cuestionada, se observa que ninguno de los notarios podría advertir al cliente de las repercusiones de la inclusión de una cláusula suelo o techo.

- 2ª. *No incorporación de la escritura de oferta a la escritura de aceptación por expresa solicitud de la parte deudora.* Esta práctica resulta de dudosa compatibilidad con el artículo 7.3 de la Orden de Transparencia, que exige que los documentos contractuales relativos a créditos recojan de “forma explícita y clara” los extremos que detalla. En este caso, el documento de aceptación que perfecciona el contrato no recoge de forma explícita los contenidos exigidos por la Orden, sino que incluye una simple remisión a la escritura de oferta.

Probablemente, la razón por la que la parte deudora renuncia expresamente a la incorporación es el ahorro de costes notariales. Sin embargo esta práctica puede ser arriesgada para el usuario pero también para el banco. El usuario puede tener un interés estratégico en que la escritura no quede incorporada a la escritura de aceptación. Es verdad que a primera vista nos puede parecer que el consumidor es la parte desprotegida porque no queda acreditado que haya sido informado de todos los elementos que exige la Orden de 2011 y por tanto “está echado en brazos” del contenido que el banco haya querido dar a la oferta, sin que el notario otorgante haya tenido ocasión ni de informar al cliente ni de comprobar que ha sido informado de los contenidos requeridos por la Orden. Como se ha dicho, ninguno de los notarios está en condiciones de verificar que esto ha sido así. Correlativamente, suscitado un eventual conflicto sobre las condiciones del préstamo hipotecario, el primer argumento de la parte deudora para oponerse a la aplicación de la condición discutida será la falta de información real. Teóricamente y según manifiestan los representantes del banco y acepta el prestatario, se han cumplido los deberes informativos pero por la propia configuración del mecanismo contractual de oferta y aceptación a distancia y no incorporación de la escritura de oferta, es obvio que, materialmente, tales deberes no se han cumplido. A la luz de la jurisprudencia reinante sobre el control de transparencia, es muy probable que prospere el argumento del cliente invocando la no incorporación de las condiciones no conocidas.

- 3ª. *Renuncia del deudor hipotecario a disponer del borrador de la escritura con carácter previo al otorgamiento.* Como es sabido, conforme a la Orden de Transparencia, el cliente puede renunciar expresamente, *ante el notario*

autorizante, al señalado plazo, “siempre que el acto de *otorgamiento de la escritura pública tenga lugar en la propia notaría*” (art. 30.2). Ante la práctica notarial descrita, surge la duda, ¿se cumplen los requisitos para que la renuncia sea válida?

Es obvio que en la práctica descrita, “el acto de otorgamiento” que en este caso sería la aceptación (declaración de voluntad que perfecciona el contrato de préstamo) no tiene lugar en la propia notaría, sino en otra que puede estar ubicada a cientos de kilómetros de distancia. El cliente no ha tenido acceso al borrador de escritura antes de consentir. En el mismo acto de aceptación se le entrega copia pero no parece que lea y sea informado del contenido de la escritura antes de la firma. De nuevo, es la entidad bancaria que acepta esta práctica la que pone en bandeja de plata al cliente la posibilidad de invocar la no incorporación de las condiciones contractuales, que en un momento puedan resultar adversas, por ineficacia de la renuncia a disponer del borrador de la escritura tres días hábiles antes del otorgamiento.

- 4^a. *Distribución de la responsabilidad notarial frente al deudor hipotecario*. La práctica analizada presupone que ha sido el notario otorgante de la escritura de aceptación el que ha realizado el control notarial del contrato de crédito hipotecario (información precontractual, información sobre el contenido del contrato...). El notario ante el que se otorga la escritura de aceptación, realmente se limita a “tomar manifestación” a quien comparece. En este contexto, si el notario de la oferta no hubiera realizado adecuadamente ese control, ¿se distribuye la responsabilidad entre ambos notarios? ¿es el primero el responsable exclusivo? o ¿lo es el segundo por dejación de sus funciones?

4. Conclusión

La práctica descrita (aceptación a distancia y ante notario de una oferta de préstamo hipotecario) es una práctica arriesgada que puede generar consecuencias negativas para todos los agentes implicados: notarios, deudores hipotecarios y entidades bancarias.

- 1º) Desde la *perspectiva notarial*, la práctica descrita supone el incumplimiento por los notarios otorgantes de las escrituras de oferta y aceptación de los deberes que la Orden de Transparencia impone al notario que otorga la escritura de préstamo con garantía hipotecaria. Ninguno de los notarios intervinientes comprueba realmente que el deudor hipotecario ha sido informado adecuadamente por la entidad bancaria y ninguno de ellos le informa antes de contraer de las obligaciones derivadas del

contrato de préstamo hipotecario que está firmando, así como tampoco de los costes íntegros del contrato (escritura de oferta y de aceptación).

Además, como se ha expuesto, la práctica descrita genera inseguridad jurídica por las dificultades de distribución de la responsabilidad notarial en relación con el contrato de préstamo hipotecario considerado en su conjunto.

- 2º) Es una práctica *arriesgada para el deudor hipotecario* pues este modo de proceder no garantiza que conozca y sea consciente de las condiciones del préstamo y de las obligaciones asumidas. Firma la aceptación de la oferta sin que ningún notario haya comprobado que realmente conoce el contenido de las obligaciones que está asumiendo. Es obvio que esta “firma a ciegas” es contraproducente para el cliente, pues, al margen del nivel de formación subjetivo de cada cliente, para el consumidor tipo, esta práctica supone “echarse en brazos de la entidad bancaria”.
- 3º) Pero también es una práctica *arriesgada para la entidad financiera*. Suscitado un eventual conflicto sobre las condiciones del préstamo hipotecario, el primer argumento de la parte deudora para oponerse a la aplicación de la condición discutida será la falta de información real. A la luz de la jurisprudencia reinante sobre el control de transparencia, es muy probable que prospere el argumento del cliente invocando la no incorporación de las condiciones no conocidas.

Además, la práctica descrita convierte en ineficaz la renuncia del cliente a disponer del borrador de la escritura tres días hábiles antes de su otorgamiento.