

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

6391 *Resolución de 28 de enero de 2020, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad de San Fernando de Henares, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo con garantía hipotecaria.*

En el recurso interpuesto por don Luis Amaro Núñez-Villaveirán Óvilo, notario de Coslada, contra la calificación de la registradora de la Propiedad de San Fernando de Henares, doña María de las Mercedes Bereincua Gandarias, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo con garantía hipotecaria.

Hechos

I

Mediante escritura otorgada el día 24 de julio de 2019 ante el notario de Coslada, don Luis-Amaro Núñez-Villaveirán Óvilo, con el número 1.498 de protocolo, se formalizó un préstamo, concedido por «Kutxabank, S.A.», a dos personas físicas para adquisición de vivienda habitual; y en garantía del mismo se constituyó hipoteca sobre dicha vivienda.

En tal escritura el notario expresaba lo siguiente:

«Acta Ley 5/2019, de 15 de marzo. A efecto de lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, yo, el Notario, hago constar que con fecha 5 de julio de 2019, número 1337 de mi protocolo, se formalizó por los prestatarios el acta prevenida en dicho precepto y, de acuerdo con la misma, hago constar asimismo bajo mi responsabilidad, que los prestatarios han recibido en plazo la documentación y el asesoramiento previsto en el artículo 15 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo».

II

Presentada el mismo día 23 de agosto de 2019 copia autorizada de la citada escritura en el Registro de la Propiedad de San Fernando de Henares, fue objeto de la de la siguiente nota de calificación:

«Mercedes Bereincua Gandarias, Registradora de la Propiedad de San Fernando de Henares, previo examen y calificación, de conformidad con el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, he resuelto suspender la inscripción solicitada por defecto, conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho:

Hechos:

Diario/Asiento: 52/1398.

Fecha de presentación: 23/08/2019.

Fecha de última incidencia: 06/09/2019.

Entrada: 1357.

Título: Escritura pública.

Contenido: Hipoteca.

Autorizante: Don Luis-Amaro Núñez-Villaveirán Óvilo.

Protocolo: 1498/2019.

Fecha de autorización: 24/07/2019.

Fundamentos de Derecho:

Se suspende la inscripción del documento presentado ya que el Notario autorizante no manifiesta en el mismo que no existen discrepancias entre las condiciones de la oferta vinculante y las estipulaciones de la escritura, ni se acompaña la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) al objeto de poder realizar dicha comprobación. De conformidad con el artículo 29 de la orden EHA 2899/11, según el cual “las cláusulas de los documentos contractuales no podrán, en perjuicio del cliente, desvirtuar el contenido de la FEIN”, añadiendo el artículo 30.3 que “el notario debe comprobar y advertir antes de autorizar la escritura si existen discrepancias entre las condiciones de la oferta vinculante y el documento contractual finalmente suscrito.” (...)

La anterior nota de calificación negativa podrá (...)

Este documento ha sido firmado con firma electrónica cualificada por Mercedes Bereincua Gandarias registrador/a de Registro Propiedad de San Fernando de Henares a día veintiséis de Septiembre del año dos mil diecinueve».

III

Contra la anterior nota de calificación, don Luis Amaro NúñezVillaveirán Óvilo, notario de Coslada, interpuso recurso el día 30 de octubre de 2019 mediante escrito con los siguientes fundamentos jurídicos:

«Procede determinar, si tras la entrada en vigor de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (se citará en adelante como Ley 5/2019), se hace o no necesario la constancia en la escritura de los extremos indicados por la Sra. registradora, que por otro lado tampoco se contemplaba en la Orden citada.

Si bien es cierto que con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 5/2019, tal criterio fue mantenido por la Dirección General de los Registros y del Notariado en algunas de sus resoluciones, en base como es lógico a la legislación entonces vigente, lo cierto es, que a mi juicio, publicada la Ley 5/2019, tal circunstancia deviene innecesaria, en primer lugar, porque hoy estamos ante una Ley no una Orden; de una Ley que entra en vigor en el año 2019; de una ley cuya finalidad primordial es la de potenciar la transparencia y comprensión de los contratos de préstamo incluidos en su ámbito de aplicación más omnicomprendiva que la citada orden.

Señala la Ley 5/2019 en su Preámbulo lo siguiente “La Ley regula tres aspectos diferenciados. En primer lugar, contiene normas de transparencia y de conducta que imponen obligaciones a los prestamistas e intermediarios de crédito, así como a sus representantes designados, completando y mejorando el actual marco existente de la referida Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre...” (...)

La Ley cuyo contenido se sobrepaja a la Orden mencionada, regula con detalle en sus artículos 14 (Normas de transparencia en la comercialización de préstamos hipotecarios) y 15 (Comprobación del cumplimiento de transparencia material), la función del notario que, con carácter previo a la formalización de la escritura y tras comprobar y analizar con el prestatario, hipotecante y demás interesados la documentación facilitada por el prestamista (especialmente el contenido de la FEIN y la FIAE), comprobar el cumplimiento de los plazos y responder a cuantas cuestiones pueden serle planteadas por los interesados, culmina con la autorización del acta (inexistente en la Orden que se invoca) prevenida en el punto 7 del mencionado artículo 15. Señala la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en consulta sobre la interpretación de determinados aspectos de la Ley 5/2019 y del Real Decreto 309/2019, en el ejercicio de funciones notariales de comprobación del cumplimiento del control material de transparencia, en punto I. Consideraciones generales lo siguiente “5. En efecto, en relación con los préstamos garantizados con hipoteca sobre bienes inmuebles de uso residencial, el artículo 15 de la ley establece en su párrafo 1.º que:... Con ello hace del acta notarial que, de forma, obligatoria y gratuita ha de autorizar el notario elegido por el

consumidor o persona física, la piedra de toque sobre la que ha de girar la concertación de préstamos hipotecarios sobre bienes inmuebles en España...”.

En el punto 7 del artículo 15 de la Ley 5/2019, antes referido, se señala con claridad la reseña, y no otra, que el notario debe hacer constar en la escritura, lo que conecta con el artículo 22.2 del mismo texto legal que, de una parte, imposibilita al notario a autorizar y, de otra, al registrador de la propiedad a inscribir, si no consta la reseña mencionada.

La Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, no contemplaba el acta antes citada en la que recogen todos los pasos seguidos para garantizar el principio de transparencia, como si contempla la Ley 5/2019, señalando en el punto 5 del repetido artículo 15 que “Si no quedara acreditado documentalmente el cumplimiento en tiempo y forma de las obligaciones previstas en el artículo 14.1 o si no se compareciese para recibir el asesoramiento en el plazo señalado en el apartado 3, el notario expresará en el acta esta circunstancia. En este caso, no podrá autorizarse la escritura pública de préstamo” (...).

Por todo lo señalado resulta a mi juicio claro que, de acuerdo con la Ley 5/2019, lo único que se exige al notario autorizante, una vez cumplido todo el proceso previo de comprobación y control de transparencia al que me he referido (especialmente el contenido en sus artículos 14 y 15), es hacer constar en la escritura la reseña citada en el punto 7 del artículo 15 que subsume todo lo anterior sin necesidad de añadir ninguna otra circunstancia, indicando el artículo 22.2, como ya se ha señalado, que el registrador de la propiedad no inscribirá ninguna escritura que se refiera a los préstamos regulados por la ley en la que no conste la mencionada reseña».

IV

La registradora de la Propiedad emitió informe el día 7 de noviembre de 2019 y, por mantener su calificación, elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 18 y 21 de la Ley Hipotecaria; 14 y 15 de Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario; 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias; 1, 17 bis y 24 de la Ley del Notariado; la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n.º 1093/2010; 147 del Reglamento Notarial; 29 y 30 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios; las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de junio de 2009 (As. C-243/08) y 14 de marzo de 2013 (As. C-415/11); 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; la Instrucción de 20 de diciembre de 2019 de la Dirección General de los Registros y del Notariado ante diversas dudas en la aplicación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de enero y 8 de junio de 2011, 23 de enero, 16 y 27 de febrero, 20 y 28 de junio y 18, 26 y 27 de julio de 2012, 2 de enero, 2 de marzo, 1 de junio, 1 y 11 de julio y 6 y 13 de septiembre de 2013, 5 de febrero, 23 de julio y 29 de septiembre de 2014, 22 de enero y 12 de marzo de 2015, 19 de julio de 2018, 13 y 27 de junio y 29 de noviembre de 2019 y 7, 15, 16 y 22 de enero de 2020.

1. Mediante la escritura que es objeto de la calificación impugnada se formalizó un préstamo, concedido por «Kutxabank, S.A.», a dos personas físicas para adquisición de vivienda habitual; y en garantía del mismo se constituyó hipoteca sobre dicha vivienda.

En tal escritura el notario expresa lo siguiente:

«Acta Ley 5/2019, de 15 de marzo. A efecto de lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, yo, el Notario, hago constar que con fecha 5 de julio de 2019, número 1337 de mi protocolo, se formalizó por los prestatarios el acta prevenida en dicho precepto y, de acuerdo con la misma, hago constar asimismo bajo mi responsabilidad, que los prestatarios han recibido en plazo la documentación y el asesoramiento previsto en el artículo 15 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo».

La registradora suspende la inscripción de dicha escritura porque «el Notario autorizante no manifiesta en el mismo que no existen discrepancias entre las condiciones de la oferta vinculante y las estipulaciones de la escritura, ni se acompaña la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) al objeto de poder realizar dicha comprobación».

El recurrente sostiene que, conforme a la Ley 5/2019, lo único que se exige al notario autorizante, una vez cumplido todo el proceso previo de comprobación y control de transparencia, es hacer constar en la escritura la reseña citada en el apartado 7 del artículo 15 que subsume todo lo anterior sin necesidad de añadir ninguna otra circunstancia.

2. La cuestión planteada ha sido ya resuelta por esta Dirección General en Resoluciones de 29 de noviembre de 2019 y 7, 15, 16 y 22 de enero de 2020, cuyo criterio (también expresado en la reciente Instrucción de este Centro Directivo de 20 de diciembre de 2019) debe ahora reiterarse.

La Ley 5/2019 impone a los notarios unos amplios deberes de control de la legalidad y la transparencia material del contrato de préstamo, cuyo centro de gravedad se sitúa en el acta de información que se debe firmar al menos un día antes del otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario, pero que incluye también otros aspectos adicionales: el control del transcurso del plazo de 10 días desde la entrega de la documentación informativa hasta la firma de la escritura, del cumplimiento en su clausulado de las limitaciones que con carácter imperativo se imponen en los artículos 20 al 25, del depósito de las condiciones generales del contrato en el correspondiente Registro, etc. Como se expresa en el apartado IV del Preámbulo de dicha ley, se atribuye al notario «la función de asesorar imparcialmente al prestatario, aclarando todas aquellas dudas que le pudiera suscitar el contrato, y de comprobar que tanto los plazos como los demás requisitos que permiten considerar cumplido el citado principio de transparencia material, especialmente los relacionados con las cláusulas contractuales de mayor complejidad o relevancia en el contrato, concurren al tiempo de autorizar en escritura pública el contrato de préstamo o crédito hipotecario».

Tanta importancia tiene la realización de estos controles, y en particular del acta de información previa, que el artículo 15.7 de la Ley 5/2019 ordena que en la escritura pública del préstamo el notario autorizante de ésta inserte una reseña identificativa del acta de transparencia, con expresión de número de protocolo, notario autorizante y su fecha de autorización, así como la afirmación del notario bajo su responsabilidad, de acuerdo con el acta, de que el prestatario ha recibido en plazo la documentación y el asesoramiento previsto en ese artículo. A ello se añade la disposición final sexta, que modifica la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, para calificar como infracción muy grave el incumplimiento por el notario de sus deberes de controlar el período de información precontractual obligatorio previo a la autorización de la escritura y de levantar el acta previa a su formalización en los términos previstos en la ley.

Por su parte, la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, en sus artículos 29 y 30, que continúan vigentes, establece que «las escrituras públicas en las que se formalicen los préstamos contendrán, debidamente separadas de las restantes, cláusulas financieras cuyo contenido mínimo se ajustará a la información personalizada prevista en la Ficha de

Información Personalizada», e impone a los notarios, en «su condición de funcionarios públicos y derivado de su deber genérico de control de legalidad de los actos y negocios que autorizan, los notarios denegarán la autorización del préstamo cuando el mismo no cumpla lo previsto en esta orden y la legalidad vigente», de comprobar «si el cliente ha recibido adecuadamente y con la suficiente antelación la Ficha de Información Personalizada y, en su caso, si existen discrepancias entre las condiciones de la oferta vinculante y el documento contractual finalmente suscrito», e informar al cliente, entre otros extremos, de los efectos que el incumplimiento de esas obligaciones informativas pueda tener.

Pues bien, son varios datos que, de forma reiterada y cumulativa, presuponen y por tanto implican necesariamente que si el notario ha autorizado la escritura de préstamo hipotecario, ello es porque previamente ha controlado la coincidencia de las condiciones del mismo con las comunicadas por la entidad a efectos informativos mediante la Ficha Europea de Información Normalizada:

a) El notario, en el acta, ha debido informar y asesorar individualizadamente sobre las cláusulas específicas recogidas en la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) y en la Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE), con referencia expresa a cada una -artículo 15.2.c)-. Ese asesoramiento sólo puede referirse a la FEIN del préstamo, no a otra diferente, como es evidente; es decir, a la FEIN cuyas condiciones coinciden precisamente con las del préstamo hipotecario.

b) De acuerdo con el mismo artículo 15.2, el notario sólo procederá a la autorización del acta previa a la formalización del préstamo hipotecario cuando haya verificado la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 14.1, entre los cuáles se encuentra la FEIN del préstamo, junto a otros elementos imprescindibles, como la FiAE y demás documentación informativa, el transcurso del plazo (cuyo control se realiza al autorizar la escritura, no el acta, que es previa) etc.

c) Si no se acredita que se han cumplido todas esas obligaciones a las que se refiere el artículo 14.1, no podrá autorizarse la escritura pública de préstamo, por prohibirlo expresamente el artículo 15.5.

d) Al reseñar el acta en la escritura se debe hacer constar de forma expresa, como se ha indicado, «la afirmación del notario bajo su responsabilidad, de acuerdo con el acta, de que el prestatario ha recibido en plazo la documentación y el asesoramiento previsto en este artículo». Esa afirmación se contrae, entre otras cosas, al hecho de que el prestatario haya recibido la FEIN, y, de nuevo, ello sólo puede hacer referencia a la FEIN del préstamo que se formaliza en dicha escritura, no a otra diferente.

En otras palabras, si el notario hace constar que el prestatario ha recibido la documentación y ha sido informado sobre ella por la entidad y por el propio notario en el acta, necesariamente ha debido comprobar que esa documentación es correcta y completa, y por consiguiente, entre otros varios aspectos, que la FEIN es la que corresponde al préstamo y a sus condiciones. Si no se han cumplido correctamente todas las obligaciones informativas que garantizan la transparencia material en la operación crediticia, y también, más en concreto, si la FEIN no se correspondiera con el préstamo, por diferir alguna de esas condiciones financieras, el notario deberá por tanto denegar la autorización de la escritura. Esa falta de correspondencia debe, no obstante, interpretarse correctamente: si las condiciones del préstamo son indiscutiblemente mejores (por ejemplo, si el diferencial del préstamo fuera inferior), o si existe una diferencia no en las condiciones propiamente dichas sino en los cálculos subsiguientes (por ejemplo, si por firmarse el préstamo en una mensualidad posterior a la inicialmente prevista la TAE resulta diferente, o el cuadro de amortización se modifica) ello no implica unas condiciones financieras diferentes, y por tanto no impide la autorización de la escritura de préstamo.

Sin duda, la buena técnica notarial exige que se motive expresa y adecuadamente la decisión de proceder a la autorización de la escritura de préstamo, reseñando, al menos

de forma genérica pero clara, los controles sobre la transparencia material que el notario ha realizado con carácter previo a dicha autorización. Ahora bien, ello no significa que se deba exigir, como si de fórmulas rituales se tratara, la mención expresa del cumplimiento de cada uno de los detalles que en su conjunto configuran esa imprescindible transparencia, entre ellos la coincidencia de las condiciones del préstamo con las comunicadas en la FEIN.

Lo habitual será que las eventuales discrepancias entre la FEIN y los datos entregados para la preparación de la posterior escritura se hayan advertido por el notario en la fase de preparación del acta, notificándolo a la entidad para que subsane esos defectos de la FEIN con el fin de poder autorizar el acta y, transcurridos además diez días desde la subsanación, la escritura. En el supuesto de que tras la autorización del acta el notario advirtiera discrepancias sustanciales sobrevenidas entre la FEIN y las condiciones que finalmente haya de tener la escritura, deberá denegar la autorización de dicha escritura, requiriendo a la entidad para que lo subsane, y con el reinicio del plazo de los diez días, tras lo cual se autorizará una nueva acta o se diligenciará la preexistente, al menos un día antes del otorgamiento de la escritura.

Si las discrepancias no son sustanciales, porque simplemente dieran lugar a unas condiciones objetivamente más favorables para la parte prestataria, o por su falta de entidad no afectaran a las condiciones financieras del préstamo en los términos que arriba se han indicado, el notario autorizante habrá informado de ello según proceda en cada caso al prestatario o garante, normalmente haciéndolo constar en el lugar donde se debe cumplir con la transparencia, tanto formal como material, que es el acta previa, si las observó en la fase de su autorización, o bien incluso en la escritura si se observaron en ese momento posterior y dicha constancia se estima procedente. Por consiguiente, en todos los casos el notario, asumiendo su responsabilidad, podrá autorizar la escritura con base en su afirmación, en la reseña del acta, de que el prestatario ha recibido en plazo la documentación y el asesoramiento previsto en el artículo 15 de la ley.

Por otra parte, de la referida normativa resulta inequívocamente que no es el registrador sino el notario a quien corresponde comprobar el cumplimiento del principio de transparencia material mediante la verificación de la documentación acreditativa de que se han observado los requisitos previstos en el artículo 14.1, lo que hará constar en la referida acta notarial previa a la formalización de la escritura; y la función del registrador es calificar la existencia de la reseña de dicha acta (con el contenido expresamente establecido en la ley -número de protocolo, notario autorizante y su fecha de autorización-), así como la afirmación del notario bajo su responsabilidad, de acuerdo con el acta, de que el prestatario ha recibido en plazo la documentación y el asesoramiento previsto en el artículo 15 de la ley.

Este control notarial del cumplimiento del principio de transparencia material no puede ser revisado por el registrador, de modo que éste deberá limitarse en su función calificadora a comprobar que, por lo que se expresa en el título presentado, el notario haya ejercido ese control que la ley le encomienda. Por ello, si el notario afirma que ha realizado dicho control (o, lo que es lo mismo, si afirma que el prestatario ha recibido la documentación y el asesoramiento en la forma prevista en la ley) es porque han sido correctamente cumplidas las obligaciones informativas que garantizan la transparencia material en la operación crediticia, y, por ende, no existe entre las estipulaciones del préstamo y las condiciones de la oferta vinculante discrepancia alguna que, como se ha indicado, obligue al notario a denegar la autorización de la escritura. Y en ningún caso podrá el registrador exigir que se acompañe la Ficha Europea de Información Normalizada o -como se pretende en la calificación impugnada en este expediente- al objeto de poder realizar una comprobación que es responsabilidad -consecuente con la competencia- del notario autorizante.

3. En el presente caso, el notario autorizante de la escritura calificada ha hecho constar en la misma, bajo su responsabilidad, que mediante el acta que reseña, por él autorizada, los prestatarios han recibido en plazo la documentación y el asesoramiento previsto en el artículo 15 de la Ley 5/2019. Por ello, debe entenderse que la escritura es

conforme con la FEIN y con el acta previa, por lo que la calificación impugnada no puede ser mantenida.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la calificación impugnada.

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, 28 de enero de 2020.—El Director General de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.