

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

6667 *Resolución de 12 de febrero de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad de Alba de Tormes, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo con garantía hipotecaria.*

En el recurso interpuesto por don José Domínguez de Juan, notario de Guijuelo, contra la calificación del registrador de la Propiedad de Alba de Tormes, don Jorge María Gomeza Olarra, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo con garantía hipotecaria.

Hechos

I

Mediante escritura otorgada el día 6 de agosto de 2019 ante el notario de Guijuelo, don José Domínguez de Juan, con el número 685 de protocolo, se formalizó un préstamo concedido por «Banco Santander, S.A.» a dos personas físicas garantizado con hipoteca sobre una vivienda de los prestatarios.

En tal escritura el notario expresaba lo siguiente:

«En cumplimiento de lo prevenido en la Ley 5/2019 de 15 de marzo, yo, el Notario, hago constar los extremos siguientes:

– Que he autorizado el día 5 de agosto de 2019, y bajo el número 671 de mi protocolo, Acta de Información Precontractual de Contratación de Crédito Inmobiliario, a los efectos de dar cumplimiento al control material de transparencia, y de acuerdo con la misma, determino que los prestatarios han recibido en plazo la documentación exigida por la Ley, y el asesoramiento previsto en la misma.

– Que he comprobado el hecho de que la entidad acreedora ha depositado las condiciones generales de la contratación contenidas en el presente contrato de préstamo hipotecario, en el correspondiente Registro de Condiciones Generales de Contratación».

II

Presentada el día 7 de agosto de 2019 copia autorizada de dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Alba de Tormes, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Calificada la precedente escritura autorizada el 06/08/2019 en Guijuelo por el Notario don José Domínguez de Juan bajo el número 685/2019 de su protocolo, que fue presentada el día 07/08/2019 bajo el número 1502 del Diario 114, el registrador que suscribe ha acordado suspender la inscripción solicitada en base a los siguientes hechos y fundamentos de derecho:

Hechos

En la escritura presentada se formaliza un préstamo hipotecario al que resulta de aplicación lo dispuesto en la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. En dicha escritura no consta aseveración notarial sobre la inexistencia de discrepancia entre las cláusulas de la misma y las condiciones de la oferta vinculante contenidas en la Ficha Europea de Información Normalizada –conocida como FEIN–, sin que tampoco figure incorporada esta última.

Tampoco se hace constar el identificador de depósito de las cláusulas generales de dicha entidad bancaria.

Fundamentos de Derecho

1. No consta aseveración notarial sobre la inexistencia de discrepancia entre las cláusulas de la misma y las condiciones de la oferta vinculante contenidas en la Ficha Europea de Información Normalizada.

El artículo 29 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios dispone que los documentos contractuales y 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 –la información personalizada se suministra actualmente a través de la FEIN, según se desprende del artículo 10 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario–. Continúa señalando el artículo que las demás cláusulas de tales documentos contractuales no podrán, en perjuicio del cliente, desvirtuar el contenido de aquellas. Es cierto que desde la entrada en vigor de la referida Ley 5/2019 y respecto a aquellos préstamos hipotecarios que recaen dentro de su ámbito de aplicación no existe ya obligación de incorporar a la escritura la ficha de información personalizada –antigua FIPER, actual FEIN–. Ahora bien, subsiste la citada norma imperativa de que las cláusulas de la escritura no desvirtúen en perjuicio del prestatario el contenido de dicha información previa. Las consecuencias de la vulneración de tal norma son de extrema gravedad, pues conforme al artículo 83 de la Ley General de defensa de los Consumidores y Usuarios son nulas las cláusulas incorporadas de modo no transparente en perjuicio de los consumidores. Por ello el ajuste de las condiciones de la FEIN a la escritura de préstamo debe sujetarse a calificación registral conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria. Dado que como norma general no figura incorporada la mencionada FEIN a las escrituras al haber desaparecido la obligación legal de tal incorporación, se considera necesario que el notario manifieste que ha procedido a la comprobación que al efecto el artículo 30.3 letra a- de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, expresando en la escritura que no existen discrepancias entre las estipulaciones consagradas en ésta y las condiciones de la oferta vinculante recogidas en la FEIN. Debe tenerse en cuenta que la exigencia de concordancia con la oferta vinculante establecida por la mencionada Orden Ministerial se refiere expresamente a las escrituras públicas en que se formalicen los préstamos, por lo que no puede por definición quedar cumplida al tiempo de autorizarse el acta previa de regulada en el artículo 15 de la Ley 5/2019. No exonera de la necesidad de la referida advertencia el hecho de que la prestataria sea una empleada de la entidad acreedora, pues no queda acreditado que sea aplicable la excepción recogida en el artículo 2.4 de la Ley 5/2019, la cual excluye de su aplicación a o los contratos de préstamo concedidos por un empleador a sus empleados, a título accesorio y sin intereses o cuya Tasa Anual Equivalente sea inferior a la del mercado, y que no se ofrezcan al público en general. Por lo general el requisito de que el préstamo se conceda “a título accesorio” es difícilmente predicable de las entidades bancarias; pero más allá de tal cuestión, incluso en el caso de apreciarse tal excepción no por ello el prestatario perdería su carácter de consumidor, y aunque no fuera aplicable la citada Ley 5/2019 sí que lo sería la Orden antes citada y la Ley general de defensa de los Consumidores y Usuarios.

2. Tampoco se hace constar el identificador de depósito de las cláusulas generales de dicha entidad bancaria.

En relación con las Condiciones Generales de la Contratación, debemos tener en cuenta los artículos 5, 7, 8, 11 y 23 de la Ley 7/1998 de 13 de abril; 83 y 84 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 16 de noviembre de 2007; 7 de la Ley 5/2019; 258.2 de la Ley Hipotecaria; así como la Instrucción DGRN de 13 de junio de 2019, de donde podemos extraer la conclusiones:

1. La inscripción en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación de las condiciones generales de los contratos de préstamo/crédito hipotecario tiene carácter

obligatorio para el predisponente (el acreedor hipotecario) “antes de empezar la comercialización” de los contratos de préstamo/crédito hipotecario.

2. En la escritura pública de préstamo hipotecario, el Notario deberá hacer constar que CGC han sido inscritas en el Registro de CGC, identificando sus datos de inscripción.

3. Y que el Registrador debe comprobar que han sido efectivamente inscritas, y hacerlo constar así en la inscripción de hipoteca y en la nota de despacho.

Y no constando el número identificador de depósito en la escritura, no es posible cumplir con esta obligación previa a la inscripción.

Se hace constar que no todo el clausulado de la escritura, se recogerá en el asiento de inscripción que se practique una vez subsanados los defectos expuestos, a la luz de los siguientes:

Hechos: En la inscripción se han hecho constar, de conformidad con lo previsto en el artículo 12 de la Ley Hipotecaria, las circunstancias que identifican la obligación garantizada y su duración, y las que determinan la extensión y contenido de la garantía hipotecaria, con expresión de las cláusulas de vencimiento anticipado y demás financieras, a excepción de las que se indicarán a continuación. Igualmente, se han dejado fuera de la inscripción las cláusulas de contenido ajeno a la garantía hipotecaria que se constituye y aquellas de carácter meramente informativo. En concreto no han sido objeto de inscripción las siguientes cláusulas: (...)

Conforme a lo previsto en el artículo 323 de la Ley Hipotecaria, queda prorrogado el asiento de presentación por plazo de 60 días hábiles contados desde la fecha de la última notificación de la calificación.

A la vista de la presente nota, el interesado puede optar por (...)

Parte dispositiva

Vistos los artículos citados y demás disposiciones de pertinente Aplicación Jorge María Gomeza Olarra Registrador titular del Registro de la Propiedad de Alba de Tormes, acuerda:

1.º Calificar el referido documento presentado, en los términos que resultan de los fundamentos jurídicos antes expresados.

2.º Suspender la inscripción del documento.

3.º Notificar esta calificación en el plazo de diez días hábiles desde su fecha al presentante del documento y/o a la autoridad que lo autoriza, de conformidad con lo previsto en los artículos 322 de la Ley Hipotecaria y 40 y 42 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Esta nota de calificación, de acuerdo con lo ordenado en el artículo 323 de la Ley Hipotecaria, lleva consigo la prórroga automática del asiento de presentación expresado, por un plazo de sesenta días contados desde la fecha de la última notificación a que se refiere el párrafo precedente.

Contra esta calificación negativa, cabe lo siguiente: (...)

En Alba de Tormes a tres de octubre del año dos mil diecinueve El registrador. Jorge-María Gomeza Olarra».

III

Solicitada calificación conforme al cuadro de sustituciones, le correspondió la misma al Registrador de la Propiedad de Béjar, don Francisco Javier Martínez Colmenarejo, quien, el día 23 de octubre de 2019, confirmó la calificación negativa del registrador sustituido en los siguientes términos:

«Fundamentos de Derecho

Defecto primero.–No consta aseveración notarial sobre la inexistencia de discrepancia entre las cláusulas de la misma y las condiciones de la oferta vinculante contenidas en la Ficha Europea de Información Normalizada.

Conforme a la Ley 5/2019 no se puede exigir que se aporte el acta previa ni la FEIN al presentar la escritura pública de constitución de hipoteca, pero conforme al art. 14.2 el

Notario autorizante debe manifestar al otorgar el instrumento público y bajo su responsabilidad que una y otra coinciden. Pues de nada sirve arbitrar un sistema de información precontractual y con las máximas garantías, si luego la información previa y los acuerdos adoptados en la escritura no coinciden.

Art. 18 LH, Art. 29 Orden EHA/2899/2011, Art. 10 Ley 5/2019.

Segundo defecto.—No se hace constar el identificador de depósito de las cláusulas generales de dicha entidad bancaria.

En relación con las Condiciones Generales de la Contratación, debemos tener en cuenta los artículos 5, 7, 8, 11 y 23 de la Ley 7/1998; los artículos 83 y 84 de la Ley General de Defensa de Consumidores 16 noviembre 2007; artículos 7 de la Ley 5/2019; 258.2 LH y la Instrucción 13 junio 2019 DGRN, de donde podemos sacar las siguientes conclusiones:

– La inscripción en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación de las condiciones generales de los contratos de préstamo hipotecario tiene carácter obligatorio para el predisponente.

– En la escritura pública de préstamo hipotecario, el Notario deberá hacer constar que las cláusulas del contrato que constituyen condiciones generales de la contratación han sido inscritas en el Registro de CGC, identificando sus datos de inscripción.

Acuerdo

Se ratifican los acuerdos adoptados por el Registrador de Alba de Tormes, objeto de la calificación sustitutoria.

Contra la calificación del Registrador sustituido podrá (...)».

IV

Contra la nota de calificación sustituida, don José Domínguez de Juan, notario de Guijuelo, interpuso recurso el día 15 de noviembre de 2019 mediante escrito con los siguientes fundamentos jurídicos:

«I. Debemos mostrar nuestra absoluta disconformidad con la nota de calificación extendida por el Sr. Registrador de la Propiedad de Alba de Tormes.

A) En lo relativo al primer defecto, esto es, el no constar aseveración notarial sobre la inexistencia de discrepancia entre las cláusulas de la misma y las condiciones de la oferta vinculante contenidas en la Ficha Europea de Información Normalizada, señalamos lo siguiente:

Dicho defecto, no puede ser sostenido, se piense como se piense en términos de “lege ferenda”, lo cierto, claro y terminante es que ningún precepto de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (en adelante LCCI), exige hacer constar y mucho menos “acreditar” la triple coincidencia entre el contenido de la escritura, el proyecto de contrato y la FEIN, ni tener que incorporar ésta a la escritura. El contenido de la reseña del acta se recoge en el artículo 15.7 de la LCCI y en el mismo no se incluye la exigencia de la constancia de dicha coincidencia.

El tenor literal del citado precepto dice: “7. En la escritura pública del préstamo el notario autorizante insertará una reseña identificativa del acta a la que se refieren los apartados anteriores. En dicha reseña se expresará el 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 este artículo”.

Y exactamente esos propios términos literalmente se emplean en la escritura calificada así: “- Que he autorizado el día 5 de agosto de 2019, y bajo el número 671 de mi protocolo, Acta de Información Precontractual de Contratación de Crédito Inmobiliario, a los efectos de dar cumplimiento al control material de transparencia, y de acuerdo con la misma, determino que los prestatarios han recibido en plazo la documentación exigida por la Ley, y el asesoramiento previsto en la misma.”

Sin embargo, tras resaltar la necesidad, importancia y exigencia, que nadie niega, de la coincidencia del contenido de la información precontractual con la escritura de

préstamo hipotecario, y sin amparo legal alguno, en la nota de calificación, con vulneración clara de los Arts. 14 y 15 de la LCCI, se deniega la inscripción diciendo "...se considera necesario que el notario... exprese en la escritura que no existen discrepancias entre las estipulaciones consagradas en ésta y las condiciones de la oferta vinculante recogidas en la FEIN".

¿Quién considera necesario que el notario exprese en la escritura esa circunstancia?. ¿El Registrador sin norma que lo exija?. La Ley determina específicamente, como ya hemos indicado en su artículo 15.7 lo que debe constar en la escritura y así se ha hecho precisamente en la escritura calificada. Si no coincidieran las condiciones señaladas en todo el contenido precontractual que ha sido objeto del acta reseñado, con las del préstamo, el notario deberá denegar la autorización de la correspondiente escritura y ésta es su responsabilidad y la competencia que le marca la Ley, la autorización presupone dicha coincidencia.

La Ley 5/2019 ha atribuido en exclusiva el control preventivo de la transparencia material al notario, mediante la autorización del acta y las actuaciones que la misma conlleva. El acta positiva presupone el juicio por el notario del cumplimiento de los requisitos de transparencia material, juicio que no es revisable por el registrador cuya calificación se limita a comprobar la inclusión en la escritura de una reseña en los términos previstos en el artículo 15.

Efectivamente, el control de transparencia material corresponde en exclusiva al notario, como expresamente señala el artículo 15.2 de la Ley, cuando literalmente dispone que "...El notario verificará la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 14.1. En caso de que quede acreditado su cumplimiento hará constar en un acta notarial previa a la formalización del préstamo hipotecario:

a) El cumplimiento de los plazos legalmente previstos de puesta a disposición del prestatario de los documentos descritos en el artículo 14.1.

b) Las cuestiones planteadas por el prestatario y el asesoramiento prestado por el notario.

c) En todo caso, el notario deberá informar individualizadamente haciéndolo constar en el acta, que ha prestado asesoramiento relativo a las cláusulas específicas recogidas en la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) y en la Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE), de manera individualizada y con referencia expresa a cada una, sin que sea suficiente una afirmación genérica. Igualmente, y en presencia del notario, el prestatario responderá a un test que tendrá por objeto concretar la documentación entregada y la información suministrada."

No puede tener acogida la pretensión del Registrador: El contenido de la escritura viene claramente definido, en cuanto al contenido de la reseña, en el párrafo segundo del citado Art. 15.7 de la LCCI y se circunscribe a expresar respecto del acta (i) número de protocolo; (ii) notario autorizante; (iii) fecha de autorización y, (iv) la afirmación del notario bajo su responsabilidad de que el prestatario ha recibido en plazo la documentación y el asesoramiento a que se refiere aquel precepto.

Es más, el Art. 22.2 in fine de la Ley señala de forma terminante la única causa de denegación de la inscripción, y que no es el supuesto que nos ocupa: "Los registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles no inscribirán ninguna escritura que se refiera a préstamos regulados por esta Ley en la que no conste la reseña del acta conforme al Art. 15.7."

Por tanto, es contrario a la literalidad de la ley y a su espíritu exigir la inclusión de menciones adicionales para pretender un control para el cual se carece de competencia. La calificación registral debe limitarse como ocurre en sede de poderes (tal y como ha fijado el TS en sentencias de 20 y 22 de noviembre de 2018) a la comprobación formal de la existencia de la reseña.

Por otra parte la referencia, en la nota de calificación, idéntica a otras muchas procedentes del mismo Registro, a que la prestataria sea una empleada de la entidad acreedora, sólo se explica por la simple transcripción descuidada de alguna otra

calificación, puesto que no se da tal circunstancia en el caso que nos ocupa, ni en ninguna de las otras por mí autorizadas y que han recibido similares calificaciones.

Por todo ello no puede estimarse fundado el criterio sostenido por el Sr. Registrador en la nota de calificación que se impugna, en lo relativo al defecto señalado como con el número 1.

B) En cuanto al defecto número 2, concretado en no hacer constar el identificador de depósito de las cláusulas generales de dicha entidad bancaria, se manifiesta lo siguiente:

La nota de calificación expresa que la inscripción en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación de los contratos de préstamo/crédito hipotecario tiene carácter obligatorio para el acreedor hipotecario, que el notario debe hacer constar que están inscritos en dicho Registro "identificando sus datos de inscripción" y que el registrador debe comprobarlo y hacerlo constar en su inscripción, y que no constando el número identificador no se posible cumplir con este obligación previa a la inscripción.

Entendemos que dicho defecto no puede ser sostenido, ya que, entre otras cuestiones que se abordarán, parte de una afirmación totalmente incierta.

La expresión de dicho número identificador facilitará su búsqueda, pero en modo alguna la imposibilita, precisamente la web a cargo del Colegio de Registradores, registradores.org, y registro on-line, permite, dedicando un mínimo de tiempo y un examen somero del préstamo, su comprobación. Así, entrando a través de dicha aplicación informática en el Registro de Condiciones Generales de Contratación, bastará en vez de realizar la búsqueda por número de identificador, realizarlo por predisponente y del catálogo que se extrae, y habiendo previamente analizado si estamos ante un préstamo a persona física o jurídica, si es de tipo fijo o variable, con o sin carencia, bonificado o no, comprobar sin dificultad si está o no registrado, así lo ha realizado el notario y lo ha hecho constar cómo dice la norma, y no se ve la razón de que haciéndolo éste no lo pueda hacer el registrador, cuando además ese repertorio consta en la página web de su propia Corporación.

El notario ha cumplido su obligación legal en la escritura calificado y lo ha hecho constar en los siguiente términos: "Que he comprobado el Hecho de que la entidad acreedora ha depositado las condiciones generales de la contratación contenidas en el presente contrato de préstamo hipotecario, en el correspondiente Registro de Condiciones Generales de Contratación."

La nota de calificación que se recurre pretende la obligatoria mención del Código Identificador del modelo de préstamo o crédito utilizado en la escritura de préstamo hipotecario, y ello con fundamento en el Art. 7 de la LCCI, que ratifica esa obligatoriedad del depósito de los modelos de condiciones generales, configurándolo como una obligación de transparencia de los contratos", en relación con el Art. 83 de la LGDCU (modificado por la disposición final 8.^a de la LCI), que dice que "las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho", y fundamentalmente con lo establecido en la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado en adelante DGRN), de 13 de junio, 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, de 15 de marzo, reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario.

La calificación es contraria a la Instrucción de 13 de junio de 2019, de la DGRN, ya que ésta expresamente dice, entre otras cosas, que "...ocurrirá con frecuencia, y ello no debe ser obstáculo para la formalización e inscripción del contrato de préstamo hipotecario, que entre las cláusulas del mismo se encuentren insertadas algunas que se apartan de las condiciones generales que se han depositado, precisamente porque por su especialidad propia no constituyen condiciones generales, sino condiciones particulares, o bien pactos que han sido objeto de negociación individual... La consecuencia de lo anterior es que el previo depósito de las condiciones generales empleadas por la entidad en su contratación no debe impedir la autorización y posterior

inscripción de la escritura de préstamo hipotecario por el hecho de que del cotejo de la misma con las condiciones generales depositadas resulte alguna diferencia, ya que por hipótesis esa diferencia, especialmente en la medida en que sea relevante, constituiría en principio una condición particular, y no general... En el supuesto de que se haya producido alguna discordancia entre una cláusula contractual y la condición general depositada, ello se deberá en principio a que esa estipulación tiene el carácter de condición particular, negociada individualmente. También será posible, y en todo caso recomendable, que las partes de forma más o menos detallada hayan establecido alguna diferenciación entre las condiciones particulares y generales, o que el notario, en cuanto redactor del documento, haya precisado la forma en que ha redactado finalmente alguna de dichas cláusulas... En este sentido, se constata que dicho control es adicional y diferente al que debe llevarse a cabo también por los registradores, de acuerdo con el artículo 258.2 de la Ley Hipotecaria. En el supuesto de que se compruebe, por el notario o por el Registrador, que una condición general no ha sido depositada, deberán notificárselo al Ministerio de Justicia, en cumplimiento de su deber general de colaboración con la administración, para que éste proceda en la forma establecida en el artículo 24 de la Ley 7/1998, de Condiciones Generales de la Contratación...”.

La Instrucción transcrita está reconociendo que la falta de depósito de una condición general puede ser constitutiva de una infracción (lo que deberá ser apreciado en el correspondiente procedimiento sancionador), y, por ello, impone el deber de notificar (deber de colaboración), pero simultáneamente reconoce que dicha discrepancia no es susceptible, por sí sola, de impedir la inscripción solicitada, al poder tratarse de una condición negociada individualmente, lo que queda fuera del ámbito del poder calificador del Sr. Registrador por quedar fuera del ámbito de aplicación del artículo 258.2 de la Ley Hipotecaria (“2. El registrador de la propiedad denegará la inscripción de aquellas cláusulas de los contratos que sean contrarias a normas imperativas o prohibitivas o hubieran sido declaradas nulas por abusivas por sentencia del Tribunal Supremo con valor de jurisprudencia o por sentencia firme inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación”). Ese control no puede ser ejercido por el Sr. Registrador en su calificación, en cuanto excede de sus facultades calificadoras.

Es evidente la indiscutible obligatoriedad del depósito de los modelos de condiciones generales en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, estableciendo la citada Instrucción de la DGRN de 13 de junio del 2019 que “el notario deberá controlar al autorizar la escritura de préstamo hipotecario y el registrador de la propiedad al inscribirla, el mero hecho de que efectivamente la entidad financiera haya procedido previamente a practicar ese depósito”, pero en ningún momento exige, como ya hemos dicho, que se haga constar en la escritura el código identificado, y asimismo, que “en el contrato de préstamo debe hacerse constar que las condiciones generales han sido objeto de depósito, y comprobarse por el notario y el registrador que dicho depósito se ha practicado”, pero ni siquiera prevé que la falta de comprobación por parte del notario traiga como consecuencia la denegación de la inscripción.

De hecho de la Instrucción establece que se trata de un control de legalidad “que el notario y el registrador de la propiedad están obligados a realizar, como ocurre con otros supuestos de obligaciones legales cuyo cumplimiento, con independencia de si afectan o no a la validez y eficacia del negocio, debe resultar de la escritura y en su caso hacerse constar al practicar su inscripción: ocurre así con la entrega del certificado energético, la declaración del movimiento de metálico, la justificación de los medios de pago, la obtención de una licencia urbanística, etc.”... “la legislación no precisa la eventual consecuencia de la falta de depósito sobre la validez de la condición general, sin que el control formal que deben desempeñar notarios y registradores sobre el cumplimiento de dicha obligación suponga atribuir a su inobservancia una nulidad patente y de pleno derecho de la misma.”

En definitiva, no sólo no se exige hacer constar en la escritura el código identificador del depósito, y por tanto no puede ser motivo de denegación de la inscripción en el Registro, sino que la propia Instrucción de 13 de junio de la DGRN, contempla que ni

siquiera la falta de depósito de una condición, es motivo de denegación de la inscripción, señalando que el notario “comprobará” dicho depósito, pero la falta del mismo no impedirá la autorización ni la inscripción, y desde luego, la Instrucción deja claro que la falta de concordancia entre el clausulado depositado y el contenido de una concreta escritura no permite al notario ni al registrador denegar la autorización e inscripción de la misma, lo que por extensión debería ser aplicable a la falta completa del depósito, en el caso en que tuviese lugar.

Por todo ello tampoco puede estimarse fundado el criterio sostenido por el Sr. Registrador en la nota de calificación que se impugna, en lo relativo al defecto señalado con el número 2».

V

El registrador de la Propiedad emitió informe el día 19 de noviembre de 2019 y, por mantener su calificación, elevó el expediente a la Dirección General de los Registros y del Notariado.

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; 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, y las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 3 y 6 de febrero de 2020.

1. Mediante la escritura que es objeto de la calificación impugnada se formalizó un préstamo concedido por «Banco Santander, S.A.» a dos personas físicas garantizado con hipoteca sobre una vivienda de los prestatarios.

En tal escritura el notario expresa lo siguiente:

«En cumplimiento de lo prevenido en la Ley 5/2019 de 15 de marzo, yo, el Notario, hago constar los extremos siguientes:

– Que he autorizado el día 5 de agosto de 2019, y bajo el número 671 de mi protocolo, Acta de Información Precontractual de Contratación de Crédito Inmobiliario, a los efectos de dar cumplimiento al control material de transparencia, y de acuerdo con la

misma, determino que los prestatarios han recibido en plazo la documentación exigida por la Ley, y el asesoramiento previsto en la misma.

– Que he comprobado el hecho de que la entidad acreedora ha depositado las condiciones generales de la contratación contenidas en el presente contrato de préstamo hipotecario, en el correspondiente Registro de Condiciones Generales de Contratación».

2. Según el primero de los defectos expresados por el registrador en su calificación, se suspende la inscripción solicitada porque en la escritura calificada «no consta aseveración notarial sobre la inexistencia de discrepancia entre las cláusulas de la misma y las condiciones de la oferta vinculante contenidas en la Ficha Europea de Información Normalizada –conocida como FEIN–, sin que tampoco figure incorporada esta última».

El recurrente sostiene que la Ley 5/2019 ha atribuido en exclusiva el control preventivo de la transparencia material al notario, mediante la autorización del acta y las actuaciones que la misma conlleva. Añade que el contenido de la escritura viene claramente definido, en cuanto al contenido de la reseña, en el párrafo segundo del artículo 15.7 de dicha ley y se circunscribe a expresar respecto del acta el número de protocolo, notario autorizante, fecha de autorización y la afirmación del notario bajo su responsabilidad de que el prestatario ha recibido en plazo la documentación y el asesoramiento a que se refiere aquel precepto.

La cuestión planteada ha sido ya resuelta por la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resoluciones de 29 de noviembre de 2019 y 7, 15, 16, 22 y 28 de enero de 2020, con criterio (también expresado en la reciente Instrucción de ese Centro Directivo de 20 de diciembre de 2019) que se ha mantenido por esta Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública en Resoluciones de 3 y 6 de febrero de 2020 y 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 calificador 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– que se incorpore a la escritura de formalización del préstamo al objeto de poder realizar una comprobación que es responsabilidad –consecuente con la competencia– del notario autorizante.

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 exigida por la Ley y el asesoramiento previsto en la misma, a los efectos de cumplir con el control material de transparencia. Por ello, debe entenderse que la escritura es conforme con la FEIN y con el acta previa, por lo que el defecto impugnado no puede ser mantenido.

3. La segunda de las objeciones que expresa el registrador en la nota de calificación recurrida es que «Tampoco se hace constar el identificador de depósito de las cláusulas generales de dicha entidad bancaria».

El notario recurrente alega, entre otros argumentos, que –como consta en la escritura– ha cumplido su obligación legal de comprobar el hecho de que la de que la entidad acreedora ha depositado las condiciones generales de la contratación contenidas en el presente contrato de préstamo hipotecario, en el correspondiente Registro de Condiciones Generales de Contratación; que la calificación es contraria a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de junio de 2019, que no exige hacer constar en la escritura el código identificador del depósito, y según dicha Instrucción la falta del depósito de las condiciones generales de la contratación en el referido Registro no constituye un defecto que impida la inscripción en el Registro de la Propiedad de una escritura de préstamo hipotecario.

En la referida Instrucción 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 –a la que se remite la reciente Instrucción del mismo Centro Directivo de 20 de diciembre de 2019–, se analizan tres cuestiones en relación con todo el conjunto normativo examinado: la necesidad, o no, de que en cualquier escritura pública de préstamo hipotecario, así como en su inscripción registral, se controle y haga constar que se ha producido el previo depósito de las condiciones generales de la contratación empleadas en la misma; la forma o contenido que debe tener ese depósito; y el tratamiento que debe darse al hecho de que en una cláusula contenida en el contrato de préstamo formalizado en escritura pública exista alguna diferencia con la cláusula que fue depositada en el Registro de Condiciones Generales.

Respecto de la primera cuestión, que es la que interesa en este expediente, dicha Instrucción ya estableció con toda claridad que, al imponerse en el artículo 11 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, a todas las entidades la obligación concreta y terminante de depositar los formularios de los préstamos y créditos hipotecarios comprendidos en el ámbito de aplicación de la propia ley antes de empezar su comercialización, es indudable que «el notario deberá controlar al autorizar la escritura de préstamo hipotecario, y el registrador de la propiedad al inscribirla, el mero hecho de que efectivamente la entidad financiera haya procedido previamente a practicar dicho depósito». Añade que: «Se trata de un control de cumplimiento de la legalidad que el notario y el registrador de la propiedad están obligados a realizar, como ocurre con otros supuestos de obligaciones legales cuyo cumplimiento, con independencia de si afectan o no a la validez y eficacia del negocio, debe resultar de la escritura y en su caso hacerse constar al practicar su inscripción: ocurre así con la entrega del certificado energético, la declaración del movimiento de metálico, la justificación de los medios de pago, la obtención de una licencia urbanística, etc.». Y termina insistiendo en «la carga o deber de diligencia del notario y del registrador, quienes, en cuanto autoridades, podrán acceder al citado Registro de forma inmediata y gratuita, y realizar de esta forma la comprobación del previo depósito de las condiciones generales». Cuestión distinta es la relativa a la actuación que hayan de seguir el notario y el registrador cuando en una cláusula contenida en el contrato de préstamo formalizado en escritura pública exista alguna diferencia con la cláusula que fue depositada en el Registro de Condiciones Generales, cuestión que, como se ha indicado anteriormente, también es analizada en dicha Instrucción, teniendo en cuenta que la flexibilidad que requiere el tráfico jurídico debe permitir la adaptación a las necesidades que se planteen en cada supuesto concreto (por especialidades en relación

con la finalidad del préstamo, el objeto, los sujetos, la relación entre los sujetos, los pactos especiales que se hayan alcanzado, etc.), y la inclusión en el contrato de cláusulas especiales que se aparten de las condiciones generales que se han depositado, precisamente porque por su especialidad propia no constituyen condiciones generales, sino condiciones particulares o pactos que han sido objeto de negociación individual. Por ello concluye que «si bien en el contrato de préstamo debe hacerse constar que las condiciones generales han sido objeto de depósito, y comprobarse por el notario y el registrador que dicho depósito se ha practicado, ello no impide que en la configuración del contrato se hayan acordado modificaciones respecto de esas condiciones generales, lo que es una exigencia de la flexibilidad que la contratación y el tráfico inmobiliario deben tener para adecuarse a las necesidades de las partes en cada caso particular».

En cualquier caso, las entidades financieras con frecuencia suelen indicar en sus modelos o minutas los números de identificación de las cláusulas depositadas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, lo que tiene la finalidad de que dichos números aparezcan también reseñados en las escrituras de préstamo, para facilitar en su día la comprobación de ese depósito. En tales supuestos, parece claro que, en la facultad de configuración del contrato que tienen las partes, siempre dentro de los límites legales, se debe entender incluida la de la reseña de ese número identificador, con la finalidad de facilitar la comprobación de la efectividad del depósito al notario, al registrador y eventualmente al juez que debiera pronunciarse sobre los efectos del negocio documentado. En consecuencia, en los supuestos en que ese número sea indicado por la entidad financiera, el notario respetando su voluntad negocial, deberá consignarlos en la escritura. No obstante, la carencia de ese reflejo por la entidad financiera no impide la autorización de la escritura ni su inscripción registral, puesto que siempre es posible el cotejo de la escritura con el conjunto de cláusulas depositadas por la entidad financiera, algo que, por lo demás, las modernas herramientas digitales facilitan sobremanera.

Ahora bien, de todos los razonamientos anteriores se desprende inequívocamente que es requisito ineludible para la autorización de la escritura del préstamo hipotecario que el notario haya comprobado que se ha producido el previo depósito de las condiciones generales de la contratación empleadas en la misma, de modo que, como establece la mencionada Instrucción, en el supuesto de que se compruebe, por el notario o por el registrador, que una condición general no ha sido depositada, deberán notificárselo al Ministerio de Justicia, en cumplimiento de su deber general de colaboración con la Administración, para que éste proceda en la forma establecida en el artículo 24 de la Ley 7/1998, de Condiciones Generales de la Contratación, según el cual: «La falta de inscripción de las condiciones generales de la contratación en el Registro regulado en el capítulo III cuando sea obligatoria o la persistencia en la utilización o recomendación de condiciones generales respecto de las que ha prosperado una acción de cesación o retractación, será sancionada con multa del tanto al duplo de la cuantía de cada contrato por la Administración del Estado, a través del Ministerio de Justicia, en los términos que reglamentariamente se determinen (...)».

En el presente caso el notario expresa que ha comprobado que la entidad prestamista tiene depositadas las condiciones generales del contrato de préstamo en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación. Por ello, no puede mantenerse la calificación recurrida tampoco en este extremo.

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, 12 de febrero de 2020.—La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.