

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

2696 *Resolución de 5 de diciembre de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad de Alcobendas n.º 2, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo con garantía hipotecaria.*

En el recurso interpuesto por don Norberto González Sobrino, notario de Madrid, contra la calificación del registrador de la Propiedad de Alcobendas número 2, don José Antonio Jordana de Pozas Gonzálbez, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo con garantía hipotecaria.

Hechos

I

Mediante escritura otorgada el día 17 de julio de 2019 ante el notario de Madrid, don Norberto González Sobrino, con número 1.376 de protocolo, se formalizó un préstamo para financiar la adquisición de una vivienda habitual de la parte prestataria; y en garantía del mismo se constituyó hipoteca sobre dicha finca.

En tal escritura el notario expresaba que el contrato contiene condiciones generales de contratación que habían sido depositadas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, y que había comprobado mediante consulta telemática que la entidad prestamista había depositado en ese Registro las condiciones generales de la contratación.

II

Presentada el día 1 de julio de 2019 copia autorizada de dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Alcobendas número 2, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«El Registrador de la Propiedad que suscribe, previo examen y calificación del documento presentado el día 17/07/2019, bajo el asiento número 1257 del Diario 81 y número de entrada 4803, que corresponde al documento otorgado por el Notario de Madrid Norberto González Sobrino, número 1376/2019 de su protocolo, de fecha 17/07/2019, ha resuelto no practicar el asiento solicitado en base a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho:

Comprobación del depósito previo.

– Imposibilidad de comprobación del depósito previo del modelo o formulario del préstamo o crédito. No se incorpora en la escritura adjunta el Código Identificador del modelo de contrato de préstamo o crédito que se ha utilizado, acreditativo de su depósito en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, ni otros datos que permitan comprobar la efectividad de su depósito con anterioridad a la comercialización del préstamo.

Fundamento de Derecho. El artículo 11.2 de la LCGC, que ha sido objeto de modificación expresa por la disposición final 4.ª de la LCI, los modelos de contratos de préstamo y crédito hipotecario en que se contengan condiciones generales establece expresamente “el depósito obligatorio de sus formularios para el prestamista en el Registro antes de empezar su comercialización”.

Por su parte, el artículo 7 de la LCI que ratifica esa obligatoriedad del depósito de los modelos de condiciones generales, lo configura expresamente en su título como “una obligación de transparencia de los contratos”, por lo que, de conformidad con el artículo 83 de la LGDCU (modificado por la disposición final 8.ª de la LCI), que ahora dice: “las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho”, no es posible la inscripción de un préstamo o crédito hipotecario sin el previo depósito en el RCGC del modelo contractual que le sirve de soporte.

La necesidad de comprobación del depósito previo resulta también de la Instrucción de 13 de junio de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre el depósito de condiciones generales de la contratación, la cual, en su párrafo último resume 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”.

– Falta de aseveración por el notario de la coincidencia entre las estipulaciones de la escritura y las condiciones de la oferta vinculante. El notario autorizante no manifiesta que no existen discrepancias entre las condiciones de la oferta vinculante y las estipulaciones de la adjunta escritura, ni se acompaña la Ficha Europea de Información Normalizada –FEIN– al objeto de poder realizar dicha comprobación.

Fundamento de derecho. Según el artículo 29 de la Orden EHA 2899/11: “las cláusulas de los documentos contractuales no podrán, en perjuicio del cliente, desvirtuar el contenido de la FEIN”; añadiendo su artículo 30.3.ª 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”, por lo que la falta de dicha constancia deberla implicar la suspensión del despacho ya que conforme al artículo 83 de la LGDCU son nulas las cláusulas incorporadas de modo no transparente en perjuicio de los consumidores.

El hecho que el artículo 15.7 de la LCI, al hablar del contenido del acta notarial de transparencia, no exija que se indique esa concordancia, no es óbice para que se haga constar en la escritura de préstamo hipotecario porque los antes citados artículos se refieren a la escritura de formalización del crédito no a la resurja del acta, en la cual tal comprobación no ha podido hacerse al ser previa.

Y por considerarlo un defecto subsanable se procede a la suspensión del asiento solicitado del documento mencionado.

No se toma anotación preventiva por defectos subsanables por no haberse solicitado (...)

La anterior nota de calificación negativa podrá

Alcobendas, veintiuno de agosto del año dos mil diecinueve. El Registrador. Fdo: José Antonio Jordana de Pozas Gonzalbez.»

III

Contra la anterior nota de calificación, don Norberto González Sobrino, notario de Madrid, interpuso recurso día 9 de septiembre de 2019 mediante escrito con los siguientes fundamentos jurídicos:

«Primero.–En la escritura calificada se constituye una hipoteca sobre una finca en garantía de un préstamo que concede un Banco y, según la calificación registral, la escritura es defectuosa y no puede inscribirse en el Registro de la Propiedad porque no se hace constar en ella el Código Identificador del depósito registral de las Condiciones Generales de la Contratación.

Antes de la entrada en vigor de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, no se exigía para la inscripción de una hipoteca que se expresara en la escritura ese Código Identificador.

Si la Ley 5/2019, de 15 de marzo, hubiera introducido en nuestro Derecho positivo el requisito de que en las escrituras de préstamo hipotecario se consigne ese Código

Identificador al que se refiere la calificación registral lo lógico es que la ley lo hubiera establecido de una forma expresa, clara y terminante, tal como se hace al exigir la reseña del acta notarial de comprobación del cumplimiento del principio de transparencia material.

El artículo 15.7 de la LCCI establece que “en la escritura pública de préstamo el notario autorizante insertará una reseña identificativa del acta a la que se refieren los apartados anteriores”. Es decir, cuando se introduce un nuevo requisito de las escrituras de préstamo hipotecario la ley lo establece de una manera expresa, clara y terminante.

Sin embargo, la Ley 5/2019, de 15 de marzo, no establece la exigencia de que se consigne en la escritura de préstamo hipotecario el Código Identificador al que se refiere la calificación registral.

Ninguno de los preceptos legales que cita la Registradora como fundamento de derecho de su calificación negativa exige que en la escritura de préstamo hipotecario se exprese ese Código Identificador.

Segundo.—La calificación registral recaída cita también la Instrucción de la DGRN de 13 de junio de 2019 como un fundamento de derecho que impide la inscripción de la escritura de préstamo hipotecario.

Sin embargo, a juicio de este Notario, de una lectura desapasionada de esa instrucción del centro directivo resulta, más bien, que la falta del depósito de las condiciones generales de la contratación en el Registro de Bienes Muebles no constituye un defecto que impida la inscripción en el Registro de la Propiedad de una escritura de préstamo hipotecario. Tampoco parece que sea obstáculo para la autorización de la escritura de préstamo y para la inscripción registral de la hipoteca el hecho de que existan discrepancias entre las estipulaciones del contrato celebrado y las condiciones generales depositadas en el Registro de Bienes Muebles, ya que tales cláusulas pueden ser válidas como condiciones particulares del contrato o como pactos objeto de negociación individual.

Tercero.—El Registrador de la Propiedad dice que la escritura es defectuosa porque no se expresa por el Notario la coincidencia entre las estipulaciones de la escritura y las de las condiciones de la oferta vinculante.

Este hecho al que hace referencia la nota de calificación recaída no es exacto, ya que en la parte final de la escritura, concretamente en el apartado del otorgamiento, el Notario autorizante hace consta de una manera expresa que no existen discrepancias entre las condiciones contenidas en la FEIN entregada por la entidad prestamista y las que constan en la escritura de préstamo hipotecario. Todo ello consta en el apartado del “otorgamiento” de la escritura de préstamo hipotecario donde se dice literalmente lo siguiente:

“De conformidad con lo previsto en el artículo 30 de la Orden EHA/2899/2011, de fecha veintiocho de octubre, yo, el Notario, he informado al cliente del valor y alcance de las obligaciones que asume en virtud de las cláusulas contenidas en esta escritura. He hecho todas las comprobaciones prevenidas en la normativa reguladora de la transparencia de las condiciones financieras de los préstamos y he hecho al cliente todas las advertencias a las que se refiere el artículo 30 de la Orden EHA/2899/2011, de fecha veintiocho de octubre, haciéndose constar que el otorgamiento de esta escritura tiene lugar en el despacho del Notario autorizante y que el cliente ha tenido ocasión de examinar en mi Notaría, tal como resulta del acta autorizada conforme al artículo 15 de la Ley de fecha quince de marzo de dos mil diecinueve, el proyecto de esta escritura antes de la fecha de su otorgamiento, sin que existan discrepancias entre las condiciones contenidas en la FEIN entregada por la entidad prestamista y las que constan en esta escritura. También hago constar que he comprobado que ninguna de las cláusulas no financieras del contrato implica para el cliente comisiones o gastos que debieran haberse incluido en las cláusulas financieras.

Advierto de que el tipo de interés de referencia pactado es uno de los tipos oficiales a los que se refiere la expresada Orden, así como de que el tipo de interés aplicable durante el periodo inicial es superior al que resultaría de aplicar a dicho periodo inicial el

tipo de interés variable pactado. Yo, el Notario, hago constar que no se han fijado límites a la variación del tipo de interés (Cláusulas suelo o techo), aunque, conforme a la Ley, el interés remuneratorio del préstamo no podrá ser negativo.”

Por ello, se niega la realidad del hecho en que se funda este supuesto segundo defecto de la escritura de préstamo hipotecario que, por ello, no adolece de este defecto que expresa el Registrador en su nota de calificación negativa de dicha escritura.»

IV

El registrador de la Propiedad de Alcobendas número 2, don José Antonio Jordana de Pozas González, emitió informe y elevó el expediente a este Centro Directivo. En dicho informe expresaba lo siguiente: «En cuanto al segundo de los defectos señalados en la nota de calificación, en concreto el relativo a la falta de aseveración por el Notario de la coincidencia entre las estipulaciones de la escritura y las de la oferta vinculante, el Registrador que informa acepta las manifestaciones realizadas por el Notario recurrente y rectifica la calificación en el sentido señalado por el citado Notario autorizante, dejándola sin efecto exclusivamente en cuanto al citado defecto».

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 18, 21 y 114 de la Ley Hipotecaria; 3, 7, 14, 15, 25 y 45 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; 5, 7, 11, 23 y 24 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación; 28.3 de 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; 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; 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), 14 de marzo de 2013 (As. C-415/11) y 26 de marzo de 2019 (Ass. C-70/17 y C-179/17); 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 13 de junio de 2019 de la Dirección General de los Registros y del Notariado 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, 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 y 13 y 27 de junio de 2019.

1. Mediante la escritura que es objeto de la calificación impugnada se formaliza un préstamo para financiar la adquisición de una vivienda habitual de los prestatarios; y en garantía del mismo se constituye hipoteca sobre dicha finca.

En tal escritura el notario expresa que el contrato contiene condiciones generales de contratación que han sido depositadas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, y que ha comprobado mediante consulta telemática que la entidad prestamista ha depositado en ese Registro condiciones generales de la contratación.

2. Según el único de los dos defectos expresados en la nota impugnada que es mantenido por el registrador, éste suspende la inscripción solicitada porque «no se incorpora en la escritura adjunta el Código Identificador del modelo de contrato de préstamo o crédito que se ha utilizado, acreditativo de su depósito en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, ni otros datos que permitan comprobar la efectividad de su depósito con anterioridad a la comercialización del préstamo».

El notario recurrente alega que ni en la Ley 5/2019, de 15 de marzo, ni en los preceptos legales que cita el registrador como fundamento de su calificación negativa exigen que en la escritura de préstamo hipotecario se exprese ese código identificador del modelo del contrato de préstamo que se ha utilizado, acreditativo del depósito en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación; y añade que, según la Instrucción de esta Dirección General de 13 de junio de 2019, 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.

3. En la Instrucción de 13 de junio de 2019, de esta Dirección General, 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 procede remitirse por la presente, 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 la escritura contiene condiciones generales de contratación que han sido depositadas en el Registro de Registro de Condiciones Generales de la Contratación, advierte de la aplicabilidad de la citada Ley 7/1998, de 13 de abril, así como de la obligación de inscribir en dicho Registro los formularios de los préstamos y créditos; asimismo, añade que ha comprobado, mediante consulta telemática, que la entidad prestamista ha depositado en ese Registro condiciones generales de la contratación, habiendo cumplido dicho notario, según afirma, todas las obligaciones que, respecto de dichas condiciones generales, establece el artículo 23 y demás concordantes de la Ley 7/1998. Por todo ello, el defecto expresado en la calificación impugnada no puede ser mantenido.

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, 5 de diciembre de 2019.—El Director General de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.