

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

6393 *Resolución de 28 de enero de 2020, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad de Madrid n.º 17, por la que se suspende la inscripción de una escritura de novación de préstamo con garantía hipotecaria.*

En el recurso interpuesto por don Luis-Amaro Núñez-Villaveirán Óvilo, notario de Coslada, contra la calificación del registrador de la Propiedad de Madrid número 17, don José Luis Lacruz Bescós, por la que se suspende la inscripción de una escritura de novación de préstamo con garantía hipotecaria.

Hechos

I

Mediante escritura otorgada el 28 de agosto de 2019 ante el notario de Coslada don Luis-Amaro Núñez-Villaveirán Óvilo, con número 1.595 de protocolo, se formalizó la novación de un préstamo concedido –mediante otra escritura de 5 de marzo de 2018– por «Caixabank, S.A.» a una persona física garantizado con hipoteca sobre una vivienda del prestatario. La novación afecta a las cláusulas relativas a: tipo de interés, amortización anticipada, causas de resolución anticipada, pacto relativo a la transmisión de la finca y subrogación en la deuda personal hipotecaria, comunicaciones a la parte deudora y gastos correspondientes a la novación.

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 21 de agosto de 2019, número 1567 de mi protocolo, se formalizó por el prestatario 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 al principio citado, lo que corroboran en este acto los otorgantes».

II

Presentada el mismo día 28 de agosto de 2019 copia autorizada de la escritura en el Registro de la Propiedad de Madrid número 17, fue objeto de calificación negativa por el registrador, don José Luis Lacruz Bescós, que a continuación se transcribe:

«Conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria y 98 y siguientes del Reglamento Hipotecario:

El Registrador de la Propiedad que suscribe, previo examen y calificación del documento presentado por Gestarnal SA. el día 28/08/2019 bajo el asiento número 1128 del Libro Diario 110 y número de entrada 6594, que corresponde al documento autorizado por el Notario Don Luis Amaro Núñez de Villaveirán y Ovilo con el número 1595/2019 de su protocolo de fecha 28/08/2019, ha resuelto suspender el asiento solicitado en base a los siguientes:

Hechos.

I. En el documento que precede no se incorpora 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.

No se manifiesta por el Notario autorizante 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.

Fundamentos de Derecho.

I. 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 Indas 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.

II. 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.0 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 debería 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 reseña del acta, en la cual tal comprobación no ha podido hacerse al ser previa.

Los defectos son subsanables, entendiéndose prorrogado automáticamente el asiento de presentación por un plazo de sesenta días contados desde la fecha de la última notificación a que se refiere el artículo 323.

Contra la calificación negativa puede (...)

Madrid, veintitrés de septiembre del año dos mil diecinueve».

III

Solicitada calificación conforme al cuadro de sustituciones, le correspondió a la registradora de la Propiedad de Móstoles número 4, doña Ana María Gómez García, quien el 8 de octubre de 2019 confirmó la calificación del registrador sustituido en idénticos términos respecto de los fundamentos jurídicos expresados por éste.

IV

El 22 de octubre de 2019, por escrito que causó entrada en el referido Registro de la Propiedad el día 30 de octubre de 2019, el notario autorizante de la escritura, don Luis-

Amaro Núñez-Villaveirán Óvilo, interpuso recurso contra la calificación del registrador sustituido con los siguientes fundamentos jurídicos:

«(...) En relación al punto I de los Hechos, apoya su calificación el Sr. registrador en el correlativo de los Fundamentos de Derecho en los artículos que cita y no se reiteran, pero lo cierto es que tanto la totalidad de los preceptos indicados como 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, (en adelante Ley 5/2019), se refieren a los contratos de préstamo o crédito inmobiliario y en ningún caso a las novaciones modificativas de [os mismos que, por definición, se entienden pactadas de modo particular por prestatarios y prestamista (son modificación de un contrato precedente), como igualmente podría suceder con aquellas otras cláusulas insertadas en los propios contratos de préstamo o crédito hipotecario que se apartan de las condiciones generales que no se han depositado, precisamente porque su especialidad propia no constituyen condiciones generales, tal como menciona, en cuanto a esto último, la citada Instrucción.

En cualquier caso, la ausencia de depósito (lo que acontece en el presente caso de novación) no impide ni al notario autorizar ni al registrador de la propiedad inscribir, y conlleva para ambos funcionarios la obligación de notificarlo al Ministerio de Justicia para que este proceda en la forma establecida en el artículo 24 de la Ley 7/1998, de Condiciones Generales de Contratación.

En relación al punto II de la calificación procede determinar, si tras la entrada en vigor de la 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».

V

El registrador de la Propiedad emitió informe el 12 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 la novación de un préstamo concedido –mediante otra escritura de 5 de marzo de 2018–

por «Caixabank, S.A.» a una persona física garantizado con hipoteca sobre una vivienda del prestatario.

2. Según el primero de los defectos expresados por el registrador en su calificación, suspende la inscripción solicitada porque en la escritura calificada «no se incorpora 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 recurrente alega que tanto la totalidad de los preceptos indicados por el registrador como la Instrucción de 13 de junio de 2019 de esta Dirección General se refieren a los contratos de préstamo o crédito inmobiliario y en ningún caso a las novaciones modificativas de los mismos que, por definición, se entienden pactadas de modo particular por prestatarios y prestamista, al ser modificación de un contrato precedente. Añade que la ausencia de depósito no impide al notario autorizar ni al registrador de la propiedad inscribir, y conlleva para ambos funcionarios la obligación de notificarlo al Ministerio de Justicia para que este proceda en la forma establecida en el artículo 24 de la Ley 7/1998, sobre condiciones generales de contratación.

En la referida 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 se remite la reciente Instrucción de este 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 (...)».

Expresadas las anteriores consideraciones debe ahora debe analizarse si son trasladables a la novación de los préstamos hipotecarios. Y para responder a esta cuestión debe tenerse en cuenta que tanto la disposición transitoria primera, como la disposición adicional sexta de la Ley 5/2019, establecen literalmente la aplicabilidad de dicha Ley a los préstamos suscritos antes de su entrada en vigor cuando tras la misma sean objeto de novación, como ocurre en el presente caso.

La disposición transitoria primera de esta ley establece en su segundo párrafo que «el prestamista deberá informar al prestatario en los términos señalados en el artículo 14 de aquellos contenidos que hayan sido objeto de modificación respecto de lo contratado inicialmente». Y, según Instrucción de este Centro Directivo de 20 de diciembre de 2019, la remisión no debe entenderse limitada al artículo 14.1 de la Ley 5/2019, excluyendo los otros preceptos de su articulado. Más bien, parece tener carácter puramente aclaratorio, en el sentido de que el legislador quiere resaltar que los deberes de información se

limitan a “aquellas cláusulas del préstamo o crédito que son objeto de modificación”, que serían aquellas que serían objeto específico del acta prevista en el artículo 15. De manera que el deber de información del artículo 14.1, y por consiguiente el deber de información y asesoramiento mediante el acta del artículo 15, se limitan a aquellos extremos o cláusulas “que hayan sido objeto de modificación”. Y, teniendo en cuenta que la Ley 5/2019 ha dado lugar a la aplicación de ciertos preceptos que establecen imperativamente contenidos del préstamo sin necesidad de una novación expresa de los mismos, como resulta por ejemplo de los apartados 3 y 4 de la disposición transitoria primera en materia de cláusulas de vencimiento anticipado (artículo 24) o derecho al reembolso anticipado (artículo 23), la información de la entidad al deudor sobre la novación, y en particular la información que el notario le debe dar en el acta previa, deberán también hacer referencia a estas nuevas condiciones de su préstamo, imperativamente impuestas por la ley desde su entrada en vigor.

Por otra parte, entre la información a suministrar conforme al artículo 14.1 de la Ley 5/2019, se incluye el apartado g) de dicho artículo 14.1, que expresamente recoge “la advertencia al prestatario de la obligación de recibir asesoramiento personalizado y gratuito del notario que elija el prestatario para la autorización de la escritura pública del contrato de préstamo, sobre el contenido y las consecuencias de la información contenida en la documentación que se entrega conforme a este apartado”. Los dos párrafos que integran el apartado g) del artículo 14.1, y la finalidad protectora del consumidor de esta institución, llevan implícita la autorización del acta del artículo 15 de la Ley 5/2019, con todos los requisitos para su eficacia informativa, aunque dicha acta tenga un contenido bastante más limitado en el ámbito concreto de las “novaciones”.

Por lo que se refiere a la cuestión concretamente planteada en este recurso sobre la comprobación del depósito de las condiciones generales de la contratación, no puede entenderse que no sea exigible porque la novación se entiende pactada de modo particular por prestatario y prestamista. Debe tenerse en cuenta que en la escritura calificada se modifican las cláusulas relativas a: tipo de interés, amortización anticipada, causas de resolución anticipada, pacto relativo a la transmisión de la finca y subrogación en la deuda personal hipotecaria, comunicaciones a la parte deudora y gastos correspondientes a la novación. Por ello, si como ha quedado expuesto, la Ley 5/2019 es aplicable a los préstamos suscritos antes de su entrada en vigor cuando tras la misma sean objeto de novación, debe concluirse que es requisito ineludible para la autorización de la escritura novación del préstamo hipotecario que el notario haya comprobado que se ha producido el previo depósito de las condiciones generales de la contratación empleadas para la novación por la entidad prestamista. Lo que ocurre es que no es este el defecto que el registrador opone para suspender la inscripción sino la falta de incorporación del código identificador del modelo de contrato de préstamo utilizado, algo que aun cuando se hubiera incorporado no es equivalente a la constancia, en la escritura calificada, del cumplimiento del deber que incumbe al notario de realizar la comprobación del previo depósito de las condiciones generales.

Por todo ello, ese defecto, en los términos en que se ha expresado en la calificación impugnada, no puede ser mantenido.

3. La segunda de las objeciones que expresa el registrador en la nota de calificación recurrida es que «No se manifiesta por el Notario autorizante 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».

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.

Esta cuestión ha sido ya resuelta por esta Dirección General en Resoluciones de 29 de noviembre de 2019 y 7, 15 y 16 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 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 –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.

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.