

### III. OTRAS DISPOSICIONES

## MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA Y RELACIONES CON LAS CORTES

**5578** *Resolución de 29 de febrero de 2024, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de Illescas n.º 1, por la que se califica negativamente una escritura de novación de préstamo hipotecario.*

En el recurso interpuesto por don Ricardo Cabanas Trejo, notario de Fuenlabrada, contra la nota de calificación del registrador de la Propiedad de Illescas número 1, don José Ernesto García-Trevijano Nestares, por la que se califica negativamente una escritura de novación de préstamo hipotecario.

#### Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 8 de noviembre de 2023 por el notario de Fuenlabrada, don Ricardo Cabanas Trejo, con el número 2.811 de protocolo, se formalizó una escritura de novación de préstamo hipotecario.

II

Presentada la indicada escritura en el Registro de la Propiedad de Illescas número 1, fue objeto de la siguiente nota:

«El documento calificado se encuentra pendiente de despacho por los siguientes motivos:

– Es necesario expresar el diferencial aplicable para el cálculo de la pérdida financiera (art. 28 de la orden EHA/2899/2011 de 28 de octubre, modificado por la orden ECE/482/2019 de 26 de abril).

Puede solicitarse la inscripción parcial del documento con exclusión del apartado “Compensación por reembolso anticipado”, sin perjuicio de la ulterior inscripción, una vez subsanado, o solicitud de nota de calificación.

Observaciones: Formulada consulta a la comisión de Consultas Doctrinales del Colegio de Registradores, dicho órgano emitió con fecha 3 de abril de 2020 el “Informe 8/2020 sobre una consulta sobre hipoteca sujeta Ley 5/2019 y diferencial del I.R.S./Pérdida financiera”, en la que:

– confirma la necesidad de que en las escrituras de préstamo hipotecario se exprese en forma numérica el diferencial aplicable al tipo de referencia IRS, al amparo de los artículos 23 de la Ley 5/2019 y 28 de la Orden EHA/2899/2011 de 28 de octubre, modificado por la orden ECE/482/2019 de 26 de abril;

– y confirma asimismo la necesidad de expresar dicho diferencial en la inscripción de constitución de hipoteca, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 12.2 y 258.2 de la Ley Hipotecaria (...).

En cualquier momento podrá solicitar la conversión de esta comunicación en Nota de Calificación, a efectos de interponer, en su caso, el oportuno recurso (...).

Este documento ha sido firmado con firma electrónica cualificada por José Ernesto García-Trevijano Nestares registrador/a de Registro de la Propiedad de Illescas 1 a día veintiocho de noviembre de dos mil veintitrés.»

### III

Contra la anterior nota, don Ricardo Cabanas Trejo, notario de Fuenlabrada, interpuso recurso mediante escrito de fecha 29 de noviembre de 2023 alegando, resumidamente, lo siguiente:

«Como primera cuestión previa, debe destacarse que desde la reforma por Ley 24/2001, de 27 de diciembre, nuestra legislación hipotecaria desconoce las calificaciones informales y, por ello, cualquier comunicación de defectos debe ajustarse a las disposiciones de los arts. 322 y ss LH. Desconozco de dónde se saca el RP este pretendido trámite de audiencia que permite comunicar “defectos/obstáculos registrales”, pero, según parece, todavía no es calificación, pues el interesado ha de pedir para ello “la conversión de esta comunicación en Nota de calificación, a efectos de interponer, en su caso, el oportuno recurso”. El RP me ha comunicado, como interesado, un defecto en la escritura que he autorizado, y como legitimado para recurrir interpongo el correspondiente recurso gubernativo sobre la base de tal comunicación que ya he recibido, aunque no tenga pie de recursos, sin que deba esperar a que el RP me comunique, de nuevo, otra nota de calificación.

Por cierto, a pesar de su carácter informal, sí que desata el efecto de prórroga del asiento del art. 323 LH, según se indica al final en “Observación”, lo que me lleva a preguntar qué habría pasado si, hipotéticamente, por mí solicitud se hubiera notificado posteriormente una nueva nota de calificación en forma ¿otra prórroga ulterior? De no ser así ¿está corriendo ya el plazo para interponer el recurso? ¿se cumple con ella el plazo de 15 días para calificar y evitar, en su caso, la rebaja arancelaria prevista en el art 18.IV LH? Estas comunicaciones informales que, a la vez, son y no son una nota de calificación, pueden desorientar al interesado y generar serias dudas en cuanto al cómputo del plazo de interposición del recurso, o lo que es peor, sobre la vigencia temporal del asiento.

El Centro Directivo ante el que se interpone este recurso ya sabrá qué consecuencias debe derivar de este curioso proceder.

Esta circunstancia ya fue denunciada por mí en otro recurso anterior contra el mismo RP que, en relación con este punto, motivó la siguiente declaración del centro Directivo en su Res. de 20/12/2022, que transcribo: “(...)”.

No parece que el RP haga mucho caso de las directrices de esta Dirección General.

Como segunda cuestión previa, hay que destacar la falta de motivación de la calificación, pues los informes de la Comisión de Consultas Doctrinales del Colegio de Registradores no constituyen fuente de derecho, ni obligan a los usuarios del servicio registral. En todo caso, serán sus acertadas reflexiones las que podrán reproducirse por el RP en su calificación, ahorrándole el esfuerzo de argumentar por sí mismo, pero lo que el RP no puede hacer es, simplemente, remitir a un documento cuyo contenido él conoce, pero que no ha de conocer necesariamente quien puede recurrir su calificación.

Como esas razones no las conozco, tampoco puedo argumentar contra ellas, fuera de destacar que la escritura ya destaca que el diferencial se fijará “considerando el dato último publicado por el Banco de España a la fecha que más se aproxime a la contratación del préstamo”. Al tratarse de un dato histórico, su determinación no ofrecería mayor problema.»

### IV

El registrador de la Propiedad emitió informe y elevó el expediente a este Centro Directivo.

### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 12, 19 bis, 258 y 322 de la Ley Hipotecaria; 23 de la 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; 28 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, modificado por la Orden ECE/482/2019, de 26 de abril, por la que se modifican la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios, y 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 14 de junio de 2012, asunto C-618/10, Banco Español de Crédito, y de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, Kasler; la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2019; la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 31 de enero de 2007, y la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 20 de diciembre de 2022.

1. La presente Resolución tiene por objeto una escritura de novación de préstamo hipotecario sujeta a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

Según el registrador la escritura adolece del siguiente defecto: «Es necesario expresar el diferencial aplicable para el cálculo de la pérdida financiera (Art. 28 de la orden EHA/2899/2011 de 28 de octubre, modificado por la orden ECE/482/2019 de 26 de abril)».

Según el notario autorizante y recurrente, por lo que se refiere al fondo del asunto, «(...) la escritura ya destaca que el diferencial se fijará “considerando el dato último publicado por el Banco de España a la fecha que más se aproxime a la contratación del préstamo”. Al tratarse de un dato histórico, su determinación no ofrecería mayor problema».

2. Como cuestión de procedimiento y en relación con la nota de defectos, que no de calificación, esta Dirección General en Resolución de fecha 20 de diciembre de 2022, en relación con este mismo registrador, manifestó lo siguiente:

«2. Respecto del escrito de “Comunicación de defectos/obstáculos registrales. Trámite de Audiencia” emitido por el registrador, hay que recordar que, según reiterada doctrina de este Centro Directivo las normas reguladoras del procedimiento de calificación registral excluyen inequívocamente la posibilidad de una calificación verbal o con formalidades menores que las legalmente establecidas y la pretendida existencia de una fase previa de calificación material no sujeta a tales formalidades. Así resulta no sólo de la letra del artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria –introducido por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre–, al exigir en todo caso que la “calificación negativa” deba ser firmada por el registrador y tenga el contenido formal en dicha norma establecido (de modo que, además, es esa calificación la que ha de ser objeto de la notificación impuesta por el artículo 322 de la Ley Hipotecaria), sino también de la interpretación sistemática y finalista de dicha normativa, dirigida como está al aumento de las garantías del interesado en la inscripción y al incremento de la celeridad del procedimiento registral. Por lo demás, esta interpretación resulta confirmada por lo establecido en el párrafo segundo del artículo 18 de la Ley Hipotecaria, según fue redactado por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, al prevenir que el plazo máximo para inscribir el documento será de quince días contados desde la fecha del asiento de presentación. Y de todo ello se deriva que, de proceder de otro modo, ha de entenderse que se trata de una calificación incompleta, con las consecuencias que se derivan de tal circunstancia (vid. las

Resoluciones de 26 de mayo de 2006, 31 de enero de 2007, 17 de octubre de 2008 y 9 de marzo de 2009).

Y, en Resolución de 31 de enero de 2007, ha afirmado lo siguiente:

“Además, el carácter unitario que ha de tener la calificación (cfr. artículo 258.5 de la Ley Hipotecaria y 127 de su Reglamento), según la doctrina reiterada de esta Dirección General, exige que se incluyan en ella todos los defectos existentes en el documento, por lo que no es admisible someter dicho título a sucesivas calificaciones parciales, de suerte que apreciado un defecto (...) no se entre en el examen de la posible existencia de otros en tanto aquel no sea subsanado.

Como han recordado las recientes Resoluciones de 10 y 13 de noviembre de 2006, una de las razones de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, y de la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, fue inyectar en el sistema registral garantías propias de un procedimiento administrativo –cfr., por todas, Resolución de 20 de enero de 2006, y las que se citan en su Vistos–, como son la necesidad de que exista en todo caso calificación por escrito, haciendo desaparecer las calificaciones verbales; que no existan calificaciones sucesivas; que no se traslade la calificación a un momento posterior a ella misma, como sucedía con la hipertrofia del informe del registrador (que, con la motivación de la calificación, se emitía cuando recurría el interesado y sin que éste tuviera noticia de su contenido, pues no se le notificaba); que esa calificación se sujete a una estructura propia de acto administrativo –así, que se exprese ordenada en hechos y fundamentos de derecho y con pie de recurso (párrafo segundo, del artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria)–; que esa calificación se motive cuando es negativa, de modo igual al que, para los actos administrativos, dispone el artículo 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; que se notifique en los términos de lo dispuesto en la este Ley (artículos 58 y 59); y, en suma, que con su proceder el Registrador se sujete a un procedimiento cuyo cumplimiento pueda serle exigible”.

Así, como sostiene el recurrente, desde la reforma por Ley 24/2001, de 7 de diciembre, nuestra legislación hipotecaria desconoce las calificaciones informales; por ello, cualquier comunicación de defectos debe ajustarse a las disposiciones de los artículos 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria.»

3. El artículo 23.4 de la Ley 5/2019 dispone que «el prestamista no podrá cobrar compensación o comisión por reembolso o amortización anticipada total o parcial en los préstamos en supuestos distintos de los previstos en los tres apartados siguientes»:

«En los contratos de préstamo a tipo de interés variable, o en aquellos tramos variables de cualquier otro préstamo, las partes podrán establecer contractualmente una compensación o comisión a favor del prestamista para alguno de los dos siguientes supuestos que serán excluyentes entre sí: a) en caso de reembolso o amortización anticipada total o parcial del préstamo durante los 5 primeros años de vigencia del contrato de préstamo, se podrá establecer una compensación o comisión a favor del prestamista que no podrá exceder del importe de la pérdida financiera que pudiera sufrir el prestamista, de conformidad con la forma de cálculo prevista en el apartado 8 de este artículo, con el límite del 0,15 por ciento del capital reembolsado anticipadamente; o b) en caso de reembolso o amortización anticipada total o parcial del préstamo durante los 3 primeros años de vigencia del contrato de préstamo, se podrá establecer una compensación o comisión a favor del prestamista que no podrá exceder del importe de la pérdida financiera que pudiera sufrir el prestamista, de conformidad con la forma de cálculo prevista en el apartado 8 de este artículo, con el límite del 0,25 por ciento del capital reembolsado anticipadamente» (artículo 23.5 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo).

«En los contratos de préstamo a tipo de interés fijo o en aquellos tramos fijos de cualquier otro préstamo, podrá establecerse contractualmente una compensación o comisión a favor del prestamista que tendrá los siguientes límites: a) en caso de

reembolso o amortización anticipada total o parcial del préstamo durante los 10 primeros años de vigencia del contrato de préstamo o desde el día que resulta aplicable el tipo fijo, se podrá establecer una compensación o comisión a favor del prestamista que no podrá exceder del importe de la pérdida financiera que pudiera sufrir el prestamista, de conformidad con la forma de cálculo prevista en el apartado siguiente, con el límite del 2 por ciento del capital reembolsado anticipadamente; y b) en caso de reembolso o amortización anticipada total o parcial del préstamo desde el fin del período señalado en la letra a) hasta el final de la vida del préstamo, se podrá establecer una compensación o comisión a favor del prestamista que no podrá exceder del importe de la pérdida financiera que pudiera sufrir el prestamista, de conformidad con la forma de cálculo prevista en el apartado siguiente, con el límite del 1,5 por ciento del capital reembolsado anticipadamente» (artículo 23.7 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo).

A su vez, el artículo 23.8 determina la forma de cálculo de la pérdida financiera, disponiendo lo siguiente: «La pérdida financiera sufrida por el prestamista a la que se alude en los apartados 5, 6 y 7 anteriores se calculará, proporcionalmente al capital reembolsado, por diferencia negativa entre el capital pendiente en el momento del reembolso anticipado y el valor presente de mercado del préstamo. El valor presente de mercado del préstamo se calculará como la suma del valor actual de las cuotas pendientes de pago hasta la siguiente revisión del tipo de interés y del valor actual del capital pendiente que quedaría en el momento de la revisión de no producirse la cancelación anticipada. El tipo de interés de actualización será el de mercado aplicable al plazo restante hasta la siguiente revisión. El contrato de préstamo especificará el índice o tipo de interés de referencia que se empleará para calcular el valor de mercado de entre los que determine la persona titular del Ministerio de Economía y Empresa».

Mediante la Orden EC 482/2019 de 26 de abril, de regulación y control de publicidad de servicios y productos bancarios, se modificó la normativa sobre transparencia y protección del cliente de dichos servicios.

En concreto, determina la fórmula de cálculo de la pérdida financiera en el artículo 28 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, que señala:

«1. A los efectos del cálculo del valor de mercado de los préstamos hipotecarios y la consiguiente compensación por riesgo de tipo de interés a los que se refiere el artículo 9.2 de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria, así como del cálculo de la pérdida financiera señalada en el artículo 23.8 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, se considerarán índices o tipos de interés de referencia, los tipos Interest Rate Swap (IRS) a los plazos de 2, 3, 4, 5, 7, 10, 15, 20 y 30 años que publicará el Banco de España y a los que se añadirá un diferencial. Este diferencial se fijará como la diferencia existente, en el momento de contratación de la operación, entre el tipo de interés de la operación y el IRS al plazo que más se aproxime, en ese momento, hasta la siguiente fecha de revisión del tipo de interés o hasta la fecha de su vencimiento. 2. Se aplicará el tipo de interés de referencia de los anteriores que más se aproxime al plazo del préstamo que reste desde la cancelación anticipada hasta la próxima fecha de revisión del tipo de interés o hasta la fecha de su vencimiento. El diferencial así calculado se incorporará al documento contractual en todos aquellos préstamos sujetos a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.»

Por ello, las entidades prestamistas deben incorporar el diferencial que corresponde aplicar al tipo de referencia –Interest Rate Swap (IRS)– según plazo del préstamo que reste y el momento de la contratación.

Es una consecuencia de la obligación de los prestamistas establecida en el artículo 9 de la Ley 5/2019 de dar al cliente información clara y comprensible sobre «las

condiciones relacionadas directamente con el reembolso anticipado», sin la cual no podría cobrar comisiones o compensaciones en los casos del citado artículo 23 de la ley.

4. Conforme a la exigencia del artículo 12.2 de la Ley Hipotecaria: «Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por la hipoteca, cualquiera que sea la entidad acreedora, en caso de calificación registral favorable de las mismas y de las demás cláusulas de trascendencia real, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización».

Como el diferencial sirve para determinar «el importe de la pérdida financiera» que pudiera sufrir el prestamista, que a su vez determina la cantidad máxima de la que no podrán exceder las comisiones o compensaciones ordinarias aplicables en el tráfico hipotecario (reembolso anticipado del préstamo, subrogación activa en el mismo o novación del tipo de interés variable a interés fijo), la cláusula que lo debe contener tiene la consideración de cláusula financiera.

Pues bien, esa cláusula financiera, o parte de ella, que se refiere a las comisiones por reembolso anticipado y asimiladas, debe calificarse e inscribirse, con base en el citado artículo 12 de la Ley Hipotecaria y en la doctrina de esta Dirección General, incluso cuando tales comisiones no se encuentren garantizadas con un concepto de la responsabilidad hipotecaria específico, siendo, además, su contenido y límites de indudable interés para los futuros subrogantes, tanto activos como pasivos, en el préstamo o crédito hipotecario de que se trate.

En cuanto a la cuestión de si la falta de ese diferencial en la escritura de préstamo hipotecario constituye un defecto que impide la inscripción de la hipoteca o solo la denegación de la cláusula, o parte de la misma, que recoja las comisiones por reembolso anticipado y asimiladas, no cabe duda que debe aplicarse este último efecto en virtud del principio de conservación del contrato que impone la normativa comunitaria de protección de los consumidores en caso de existencia de cláusulas abusivas.

Este principio de conservación del contrato viene recogido en el artículo 6 de Directiva 93/13/CEE de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, según el cual «no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas», y ha sido ratificado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha declarado la imposibilidad de aplicación, en tal caso, de una norma supletoria nacional, salvo en caso de que el contrato no pueda subsistir sin la cláusula anulada y ello resulte perjudicial para el consumidor (vid., por todas, las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de junio de 2012, asunto C-618/10, Banco Español de Crédito, y de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, Kasler).

Pues bien, esta normativa y jurisprudencia comunitaria ha sido recogida por nuestro derecho nacional y, así, el artículo 83 de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios tras la reforma llevada a cabo por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, dispone que en caso de nulidad de una cláusula del contrato por abusividad el contrato seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas (sin permitir ya aplicación supletoria).

En congruencia con ello, el artículo 258 de la Ley Hipotecaria establece, tras la reforma llevada a cabo por la Ley 5/2019 de regulación de la contratación de los créditos hipotecarios, que 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», no que «no inscribirá la hipoteca» porque alguna cláusula fuere abusiva o contraria a ley; lo cual solo tendrá lugar cuando tal cláusula determinara el objeto principal del contrato o fuere esencial, por cualquier otra razón, bien del contrato de préstamo o crédito, bien de la garantía hipotecaria, ya que

ambos contratos conforman una unidad comercial como ha declarado la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2019.

5. En el presente caso, el defecto debe ser confirmado.

En la escritura que motiva el presente recurso se ha estipulado lo siguiente:

«La pérdida financiera sufrida por el Banco se calculará, proporcionalmente al capital reembolsado, por diferencia negativa entre el capital pendiente en el momento del reembolso anticipado y el valor presente de mercado del préstamo.

El valor presente de mercado del préstamo se calculará como la suma del valor actual de las cuotas pendientes de pago hasta la fecha de su vencimiento. El tipo de interés de actualización será el resultado de sumar: (i) el tipo Interest Rate Swap (IRS) al plazo de 2, 3, 4, 5, 7, 10, 15, 20 o 30 años que publicará el Banco de España y que más se aproxime al plazo que reste desde la fecha de amortización anticipada hasta la fecha de su vencimiento y (ii) el diferencial que resulte de restar al tipo de interés de la operación el valor del tipo Interest Rate Swap (IRS) a que se refiere el apartado anterior considerando el dato último publicado por el Banco de España a la fecha que más se aproxime a la contratación del préstamo.»

Es decir, se ha omitido la expresión numérica del diferencial, que de acuerdo con lo expuesto en los anteriores fundamentos de Derecho debe constar en la inscripción.

De acuerdo con lo expuesto en los anteriores fundamentos de Derecho, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación.

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, 29 de febrero de 2024.—La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, María Ester Pérez Jerez.