

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

11096 *Resolución de 7 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 Vélez-Málaga n.º 3, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo con garantía hipotecaria.*

En el recurso interpuesto por don Joaquín Mateo Estévez, notario de Málaga, contra la calificación del registrador de la Propiedad de Vélez-Málaga número 3, don Joaquín Delgado Ramos, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo con garantía hipotecaria.

Hechos

I

Mediante escritura otorgada el día 19 de julio de 2019 ante el notario de Málaga, don Joaquín Mateo Estévez, con el número 1.977 de protocolo, se formalizó un préstamo para financiar la adquisición por los prestatarios de una vivienda; y en garantía del mismo se constituyó hipoteca sobre dichas fincas.

En tal escritura el notario expresaba lo siguiente:

«Aseveración notarial en cumplimiento de las normas de transparencia de la Ley 5/2019:

Yo, (...), notario autorizante de la presente escritura, de conformidad con los artículos 10, 14 y 15 de la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, hago constar:

1. Reseña identificativa del acta de transparencia/información contractual de los artículos 14 y 15 Ley 5/2019: Que doy fe, bajo mi responsabilidad, de que, de acuerdo con el acta de transparencia/información contractual autorizada por mí el día diecisiete de Julio del año dos mil diecinueve, n.º 1.949 de protocolo, la parte prestataria, así como la hipotecante no deudora, la fiadora y/o la garante, en su caso, han recibido en plazo la documentación y el asesoramiento previstos en los artículos 14 y 15 de la Ley 5/2019. En dicha acta la parte prestataria, así como la hipotecante no deudora, la fiadora y/o la garante, en su caso, han manifestado “que comprende/n y acepta/n el contenido de los documentos descritos en el art.º 14.1 LCCI en los términos que figuran incorporados a esta acta, de que es/son concededor/es de la responsabilidad que asumen con la firma de la operación de préstamo proyectada y que le/s han quedado aclaradas cualquier duda sobre la misma y la documentación a ella referida.

2. Condiciones generales de la contratación: Que esta escritura ha sido redactada de acuerdo con proyecto de contrato facilitado por la parte acreedora y contiene condiciones generales de contratación que han sido depositadas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, de conformidad con el art. 11.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, con el n.º (...), lo que he comprobado (...).»

II

Presentada el día 19 de julio de 2019 copia autorizada de la referida escritura en el Registro de la Propiedad de Vélez-Málaga número 3, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«(...) III.–Datos relevantes:

1. En la cláusula Octava.–Ejecución de la Hipoteca. Procedimientos Judiciales., así como en la Novena. Venta Extrajudicial, (...)
2. El notario autorizante no manifiesta que el contenido de la escritura se corresponde con el del acta notarial autorizada por él mismo.

Fundamentos jurídicos:

El documento presentado bajo el número de entrada arriba indicado ha sido calificado por el registrador de la propiedad de conformidad con el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, en relación con la normativa vigente y con el contenido de los libros registrales a mi cargo, resultando lo siguiente:

Primero: Hipoteca: Constitución: Transparencia: Ley 5/2019: falta acreditar la triple coincidencia entre el contenido de la escritura, el proyecto de contrato y la FEIN.:

El préstamo/crédito hipotecario se formaliza tras la entrada en vigor de la ley 5/2019 (entrada en vigor el 16/6/2019) y se encuentra dentro del ámbito de aplicación definido en su artículo 2. Las disposiciones de dicha ley tienen carácter imperativo, conforme a su artículo 3.

En particular, el artículo 14, titulado “Normas de transparencia en la comercialización de préstamos inmobiliarios.” establece que “El prestamista, intermediario de crédito o su representante designado, en su caso, deberá entregar al prestatario o potencial prestatario, con una antelación mínima de diez días naturales respecto al momento de la firma del contrato, la siguiente documentación:

- a) La Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN), contenida en el Anexo I de esta Ley, que tendrá la consideración de oferta vinculante para la entidad durante el plazo pactado hasta la firma del contrato que, como mínimo, deberá de ser de diez días.
- b) Una Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE) (...)
- c) (...)
- d) Una copia del proyecto de contrato, cuyo contenido deberá ajustarse al contenido de los documentos referidos en las letras anteriores e incluirá, de forma desglosada, la totalidad de los gastos asociados a la firma del contrato. (...)

El artículo 15, titulado “Comprobación del cumplimiento del principio de transparencia material.” establece 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 (...).”

“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”.

El artículo 22.2 LCCI establece que “En la contratación de préstamos regulados por esta Ley, el Notario no autorizará la escritura pública si no se hubiere otorgado el acta prevista en el artículo 15.3. 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 artículo 15.7”.

La Disposición final cuarta de la Ley 5/2019, titulada “Modificación de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación”, establece que se modifica el apartado 5 del artículo 5, que queda redactado como sigue: “La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez. Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho”.

Y conforme a la disposición adicional primera de la Ley 5/2019, El apartado 2 del artículo 258 queda redactado de la siguiente forma: “El registrador de la propiedad denegará la inscripción de aquellas cláusulas de los contratos que sean contrarias a normas imperativas o prohibitivas (...)”

De lo anteriormente reseñado se deduce que es evidente que sólo se cumple el requisito de transparencia si la escritura de préstamo hipotecario finalmente otorgada coincide en su contenido con el del proyecto de contrato y con las condiciones contractuales ofertadas en la FEIN, pues en caso contrario, quedaría burlada la finalidad perseguida por la ley.

En el presente caso, por tratarse de un requisito imperativo, que además afecta al cumplimiento de los requisitos de transparencia, y por ello a la validez o nulidad de las condiciones incorporadas de modo no transparente, el notario autorizante de la escritura de préstamo hipotecario inserta una reseña identificativa de los datos del acta previa, pero no emite dación de fe notarial alguna sobre la coincidencia o no de su contenido, que es lo esencial, ni tampoco se aporta la referida acta para que tal extremo esencial pueda ser comprobado y calificado directamente por el registrador.

Por tanto, en el presente caso, falta acreditar la triple coincidencia entre el contenido de la escritura, el proyecto de contrato y la FEIN.

Posible subsanación:

Que el notario autorizante del acta previa y de la escritura de préstamo hipotecario de fe expresa de este extremo mediante diligencia complementaria.

Segundo: Hipoteca: Constitución: (...)

Acuerdo: En consecuencia, procede suspender la inscripción por los motivos expresados.

Posible anotación de suspensión: Dado el carácter subsanable de los defectos señalados, cabe la posibilidad de solicitar la anotación preventiva prevista en el art 42.9.º de la Ley Hipotecaria.

Prórroga del asiento de presentación: Conforme al art 323 de la Ley Hipotecaria, se entenderá prorrogado el asiento de presentación por plazo de sesenta días contado conforme a dicho precepto.

Contra la presente calificación (...)

Fecha de calificación: En Vélez-Málaga, a 03/09/2019 Firmado: Joaquín Delgado Ramos Registrador de la Propiedad de Vélez-Málaga 3.»

III

Contra la anterior nota de calificación, don Joaquín Mateo Estévez, notario de Málaga, interpuso recurso el día 8 de octubre de 2019 mediante escrito con los siguientes fundamentos jurídicos:

«Primero.—La calificación del Ilmo. Sr. Registrador de Vélez-Málaga que se recurre se basa en el/los hecho/s y fundamentos de derecho que han quedado reseñados en el apartado III antecedente de los hechos, todo lo cual se da aquí por reproducido.

El Ilmo. Sr. Registrador apoya la fundamentación jurídica de su calificación en los artículos 18 de la Ley Hipotecaria, 51, 98 a 100 de su Reglamento y en los arts.º 2, 3, 14, 15, 22.2 de la Ley de Contratos de Créditos Inmobiliarios (LCCI), así como en la disposición final cuarta y adicional primera de dicha Ley que relaciona en su escrito.

Segundo.—Entiende el Sr. Registrador que la reseña que se contiene en la escritura calificada a continuación de la estipulación vigésima, y que se transcribe seguidamente, no es suficiente para tener por cumplida la obligación impuesta al notario en el art.º 15.7 LCCI "...Aseveración notarial en cumplimiento de las normas de transparencia de la Ley 5/2019:

Yo, Joaquín Mateo Estévez, notario autorizante de la presente escritura, de conformidad con los artículos 10, 14 y 15 de la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, hago constar:

1. Reseña identificativa del acta de transparencia/información contractual de los artículos 14 y 15 Ley 5/2019: Que doy fe, bajo mi responsabilidad, de que, de acuerdo con el acta de transparencia/información contractual autorizada por mí el día diecisiete de Julio del año dos mil diecinueve, n.º 1.949 de protocolo, la parte prestataria, así como la hipotecante no deudora, la fiadora y/o la garante, en su caso, han recibido en plazo la documentación y el asesoramiento previstos en los artículos 14 y 15 de la Ley 5/2019. En dicha acta la parte prestataria, así como la hipotecante no deudora, la fiadora y/o la garante, en su caso, han manifestado 'que comprende/n y acepta/n el contenido de los documentos descritos en el art.º 14.1 LCCI en los términos que figuran incorporados a esta acta, de que es/son concededor/es de la responsabilidad que asumen con la firma de la operación de préstamo proyectada y que le/s han quedado aclaradas cualquier duda sobre la misma y la documentación a ella referida.

2. Condiciones generales de la contratación: Que esta escritura ha sido redactada de acuerdo con proyecto de contrato facilitado por la parte acreedora y contiene condiciones generales de contratación que han sido depositadas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, de conformidad con el art. 11.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, con el n.º 41021-20130015987-5, lo que he comprobado..." no es suficiente pues el notario "...no emite dación de fe notarial alguna sobre la coincidencia o no de su contenido, que es lo esencial, ni tampoco se aporta la referida acta para que tal extremo esencial pueda ser comprobado y calificado directamente por el registrador".

Por ello señala en su nota que "...Por tanto, en el presente caso, falta acreditar la triple coincidencia entre el contenido de la escritura, el proyecto de contrato y la FEIN..."

De su nota calificadora, relativa al defecto recurrido, parece desprenderse que el Sr. registrador sostiene que la escritura que se otorgare una vez superada la fase precontractual habría de ser un mero calco de la FEIN y del proyecto de contrato. Por ello asevera en su nota, por una parte, que es necesario acreditar la triple coincidencia entre el contenido de la escritura, el proyecto de contrato y la FEIN o aportar copia del acta previa, y, por otra, que tal coincidencia ha de darse para dar por cumplido el principio de transparencia.

Por nuestra parte, entendemos que dicha reseña va mucho más allá de lo que exige el art.º 15 LCCI "...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, por otra parte, el otorgamiento de la correspondiente acta previa de transparencia presupone que el notario ha verificado la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 14.1 LCCI, pues, de lo contrario, no debería haber otorgado tal acta. Tal otorgamiento presupone que se han cumplido los requisitos exigidos en la LCCI relativos al cumplimiento del principio de transparencia, por lo que el contenido del acta, a nuestro juicio, queda fuera del ámbito

de la facultad calificadora del Sr. registrador y en modo alguno ha de ser aportada al mismo para la inscripción de la escritura de préstamo hipotecario.

El otorgamiento de dicha acta en los términos previstos en la Ley 5/2019 es responsabilidad exclusiva del notario autorizante, quedando sometida a la decisión de los tribunales competentes caso de resultar contradicha por quien/es ostente/n la pertinente legitimación activa. La Ley 5/2019 impone (art.º 15 LCCI) al notario autorizante de la misma la obligación de consignar en la escritura de préstamo hipotecario la reseña relativa al acta señalada en dicho artículo y en los términos fijados en el mismo, lo que ha sido cumplido con la aseveración contenida en la escritura calificada y anteriormente transcrita. En modo alguno exige la Ley 5/2019 ni las normas que la han desarrollado que el notario emita una dación de fe notarial alguna sobre la coincidencia o no del contenido de la escritura con el de la FEIN y el proyecto de contrato ni tampoco que se aporte la referida acta para que tal coincidencia pueda ser comprobada y calificada directamente por el registrador a modo de una instancia prejudicial. La calificación del registrador ha de limitarse en este extremo a comprobar que tal reseña se ha recogido en la escritura en los estrictos términos fijados en el art.º 15 de la LCCI. En definitiva, que no es preciso acreditar al Sr. Registrador la triple coincidencia entre el contenido de la escritura, el proyecto de contrato y la FEIN.

Lo anterior no obsta para que podamos aceptar que la escritura deba de ajustarse en lo esencial a la FEIN y al proyecto de contrato. Ahora bien, a nivel teórico, ello no significa que no pudieren existir algunas diferencias de contenido entre la escritura otorgada y dichos documentos, diferencias que, sin desnaturalizar el contrato proyectado en lo esencial, la parte prestataria hubiere podido conseguir tras haberlas negociado con la parte prestamista durante el periodo de reflexión previsto en la Ley y tras haber recibido el asesoramiento notarial. Pensemos en una mejora del diferencial aplicable, de una comisión u otro extremo, que en nada afectarían a la transparencia contractual exigible legalmente. Lo contrario [sic] conduciría por una parte a privar a la parte prestataria, a la que la Ley pretende dotar de la mayor protección posible, del poder negociador de las condiciones inicialmente ofertadas y, por otra, a negar todo sentido y utilidad al asesoramiento notarial, pues resultaría superfluo. Tales diferencias, que no desvirtuaran en lo esencial el contrato proyectado, no justificarían, por economía procesal, que fuere necesario iniciar un nuevo procedimiento para la formalización de la escritura previo un nuevo otorgamiento de acta de transparencia.

Señala en su nota de calificación el Sr. registrador "...el notario... no emite dación de fe notarial alguna sobre la coincidencia o no de su contenido, que es lo esencial, ni tampoco se aporta la referida acta para que tal extremo esencial pueda ser comprobado y calificado directamente por el registrador..." Ahora bien, lo esencial para que se tenga por cumplido el principio de transparencia no es la pretendida triple coincidencia ni la dación de fe del notario autorizante que el señor registrador señala en su nota de calificación, sino que el prestamista, en cumplimiento del artículo 14 de la LCC, haga entrega al prestatario, fiador y/o garante, e hipotecante no deudor de la documentación reseñada en dicho artículo y en los términos en el mismo fijados; que el notario (art.º 15 LCCI) verifique la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos impuestos por el artículo 14.1 LCCI y que, verificado ese cumplimiento, otorgue la correspondiente acta de transparencia, en la que el notario hará constar la entrega de tal documentación precontractual en tiempo y forma; el obligado asesoramiento notarial prestado de forma personal e individualizada a la parte prestataria, fiadora, garante e/o hipotecante no deudora relativo a cada una de las cláusulas de la FEIN y FIAE; que se ha realizado en su presencia por tales interesados el test correspondiente; y que el notario ha respondido, en su caso, a las preguntas que hubieren realizado los mismos con reseña de dichas preguntas y respuestas. Eso es lo verdaderamente esencial para acreditar el cumplimiento de los requisitos de transparencia y lo exigido en la LCCI y normas que la han desarrollado.

Tercero.—Cabría preguntarse si es posible o no modificar el proyecto de contrato inicialmente entregado a la parte prestataria. La respuesta, a nuestro juicio, debe ser

positiva porque si no ¿qué sentido tendría el asesoramiento prestado por el notario? ¿solo cumplir con el principio de transparencia sin ayudar al prestatario a tomar las determinaciones que considere oportunas una vez recibido el asesoramiento? El sentido común y la inexistencia de una norma prohibitiva nos lleva a dar una respuesta positiva a la cuestión planteada y aceptar que el prestatario pudiere, una vez recibida la documentación precontractual y el obligatorio asesoramiento notarial, acudir al prestamista y negociar determinados extremos del contrato proyectado al objeto de mejorar las condiciones del préstamo que está negociando. No aceptar esta posibilidad supondría quitarle todo sentido y razón de ser al asesoramiento notarial que no solo tiene por objeto dar cumplimiento al principio de transparencia, sino informar al prestatario de la normativa reguladora del préstamo y facilitarle información y asesoramiento para poder obtener unas mejores condiciones.

Parece obvio que es posible modificar en sentido positivo el proyecto de contrato en tanto en cuanto beneficie y mejore la situación de la parte deudora. Igualmente parece obvio que no sería posible tal modificación en perjuicio de la parte deudora, modificación prejudicial que, por otro lado, resultaría impensable teniendo cuenta que lo normal sería que no fuera aceptada tal modificación prejudicial por la parte prestataria, quien puede exigir a la parte prestamista el cumplimiento de las condiciones reflejadas en la oferta vinculante dentro de su plazo de vigencia.

El artículo 14 LCCI impone entregar a la parte prestataria, entre otros documentos, la FEIN que, al tener el carácter de oferta vinculante, obliga a la parte prestamista durante su periodo de vigencia; y, asimismo, el proyecto de contrato. No podemos olvidar que lo que se ha de entregar es un “proyecto de contrato”. Y, al tratarse de un mero proyecto de contrato, será la posible de que pudiera concluirse bien en los términos establecidos en el mismo, bien en otros términos diferentes, por lo que la escritura de préstamo hipotecario que se otorgare podría no coincidir totalmente con el proyecto inicial de contrato con base en lo negociado durante la fase precontractual. De lo contrario no sería un mero proyecto, sino ya el contrato definitivo negociado y solo pendiente de formalización en la correspondiente escritura pública, lo que haría inútiles e innecesario tanto el periodo de reflexión como el obligado asesoramiento notarial a la parte prestataria.

Durante la fase precontractual se reconoce a la parte prestataria el derecho a reflexionar sobre la documentación recibida, se le obliga a recibir el correspondiente asesoramiento notarial, a realizar un test y el notario viene obligado a responder, dejando constancia de ello en el acta de transparencia, a las cuestiones que le hubiera planteado la parte interesada al recibir el asesoramiento. ¿Qué sentido tendría todo ello si el “proyecto de contrato” no pudiera negociarse durante ese periodo de reflexión y tras recibir el asesoramiento notarial? ¿Para que serviría el asesoramiento notarial si tras recibirlo y haber reflexionado los interesados, se niega a los mismos la posibilidad de modificar, sin desnaturalizar el contrato proyectado que se está negociando, e introducir determinadas modificaciones que, como decimos, no alteren su naturaleza y lo esencial del mismo? Negar esta posibilidad supone tanto como quitarle todo sentido a ese derecho de reflexión y a esa obligación de recibir asesoramiento previsto durante la fase precontractual.

Como se ha señalado anteriormente, el artículo 14.1.d LCCI exige que se entregue a la parte prestataria, garante e hipotecante no deudora durante la fase precontractual un “proyecto de contrato” cuyo contenido deberá “ajustarse” al contenido de los documentos contenidos en las letras anteriores de dicho artículo (FEIN, FIAE y documento relativo a diversos escenarios de evolución de tipo de interés, caso de tratarse de préstamo a interés variable). Ahora bien, dicho artículo ni ninguno otro de la LCCI establece que la escritura tenga que “coincidir” con la FEIN y la FIAE, si bien es obvio y elemental que debe de ajustarse a las mismas y debe recoger en esencia el contrato proyectado sin poder desnaturalizarlo, pues, de lo contrario, debería iniciarse un nuevo periodo o fase precontractual y otorgar nueva acta de transparencia.

Esa pretendida triple coincidencia que demanda el señor registrador supondría tanto como negar el principio de autonomía de voluntad de las partes contratantes reconocida en el artículo 1255 del código civil al tener que pasar por el Proyecto de contrato y no poder modificarlo. No se puede pretender que la escritura sea un mero calco de la FEIN y del Proyecto de contrato cuando se hubieran podido negociar durante el periodo de reflexión mejoras, no desvirtuadoras del contrato, en beneficio de prestatario, garante o hipotecante no deudor, obligando a dichos interesados a iniciar una nueva fase precontractual para incorporar tales mejoras a la escritura en la que se formalizara el contrato negociado.

En cuanto a lo reseñado por el señor registrador respecto de las condiciones generales de la contratación, baste recordar lo señalado por la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Instrucción de 13 de Junio de 2.019: “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. Ello, además, encuentra clara fundamentación en lo establecido por la normativa al principio transcrita, en particular el art. 23.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, cuando define el deber que en tal caso se impone al notario en los siguientes términos: ‘el notario hará constar en el contrato el carácter de condiciones generales de las cláusulas que tengan esta naturaleza y que figuren previamente inscritas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, o la manifestación en contrario de los contratantes’. Se está, por tanto, admitiendo expresamente que en la escritura se incluyan cláusulas que no hayan sido depositadas previamente, puesto que en tal caso lo que se recogerá será ‘la manifestación en contrario de los contratantes’. Sólo puede entenderse esta manifestación en el sentido de que las cláusulas que difieran de las condiciones generales depositadas no tienen ese carácter de condiciones generales, sino particulares, y son por ello admisibles.

Como corolario de lo señalado, procede remarcar que el control notarial y registral sobre el depósito de las condiciones generales se ciñe a comprobar que el mismo se ha producido formalmente respecto de las cláusulas contractuales que merezcan tal consideración. 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...”

De lo transcrito parece claro que son admisibles ciertas diferencias de contenido, nacidas de una posible negociación individual, entre la escritura, la FEIN y el proyecto de contrato.

Cuarto.—Por todo lo anterior, entendemos que no es preciso acreditar la triple coincidencia de contenido exigida por el Registrador, ni manifestar que el contenido de la escritura se corresponde con el acta notarial de transparencia ni aportar la misma por no venir tal exigencia impuesta en la Ley y porque entendemos que tal coincidencia no tiene por qué darse y que pueden existir ciertas diferencias, no desvirtuadoras de la esencia y naturaleza del contrato proyectado, que se hubieran podido introducir en la escritura tras negociación de las partes contratantes, mejorando y beneficiando la posición de la parte prestataria. Basta que, en lo esencial, la escritura se ajuste al contenido de la FEIN y el proyecto de contrato entregado como documentación precontractual.

Y, por ello, estimamos que, con relación al defecto recurrido, la escritura calificada cumple todos los requisitos exigidos para su inscripción en el Registro de la Propiedad.»

IV

El registrador de la Propiedad de Vélez-Málaga número 3, don Joaquín Delgado Ramos, emitió informe 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; los artículos 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 y 13 y 27 de junio y 29 de noviembre de 2019.

1. Mediante la escritura que es objeto de la calificación impugnada se formaliza un préstamo para financiar la adquisición por los prestatarios de una vivienda; y en garantía del mismo se constituyó hipoteca sobre dichas fincas.

En tal escritura el notario expresa, entre otros extremos, lo siguiente:

«Aseveración notarial en cumplimiento de las normas de transparencia de la Ley 5/2019:

Yo, (...), notario autorizante de la presente escritura, de conformidad con los artículos 10, 14 y 15 de la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, hago constar:

1. Reseña identificativa del acta de transparencia/información contractual de los artículos 14 y 15 Ley 5/2019: Que doy fe, bajo mi responsabilidad, de que, de acuerdo con el acta de transparencia/información contractual autorizada por mí el día diecisiete de Julio del año dos mil diecinueve, n.º 1.949 de protocolo, la parte prestataria, así como la hipotecante no deudora, la fiadora y/o la garante, en su caso, han recibido en plazo la documentación y el asesoramiento previstos en los artículos 14 y 15 de la Ley 5/2019. En dicha acta la parte prestataria, así como la hipotecante no deudora, la fiadora y/o la garante, en su caso, han manifestado “que comprende/n y acepta/n el contenido de los documentos descritos en el art.º 14.1 LCCI en los términos que figuran incorporados a esta acta, de que es/son concededor/es de la responsabilidad que asumen con la firma de la operación de préstamo proyectada y que le/s han quedado aclaradas cualquier duda sobre la misma y la documentación a ella referida.»

El registrador suspende la inscripción de dicha escritura porque, a su juicio, «el notario autorizante no manifiesta que el contenido de la escritura se corresponde con el del acta notarial autorizada por él mismo». Añade que «falta acreditar la triple coincidencia entre el contenido de la escritura, el proyecto de contrato y la FEIN»; y que «el notario autorizante de la escritura de préstamo hipotecario inserta una reseña identificativa de los datos del acta previa, pero no emite dación de fe notarial alguna sobre la coincidencia o no de su contenido, que es lo esencial, ni tampoco se aporta la referida acta para que tal extremo esencial pueda ser comprobado y calificado directamente por el registrador».

El notario recurrente sostiene que la reseña del acta que contiene la escritura calificada va mucho más allá de lo que exige el artículo 15 de la Ley 5/2019 y el otorgamiento de la correspondiente acta previa de transparencia presupone que el notario ha verificado la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 14.1 de la misma ley, pues, de lo contrario, no debería haber otorgado tal acta; que tal otorgamiento presupone que se han cumplido los requisitos exigidos en dicha Ley relativos al cumplimiento del principio de transparencia, por lo que el contenido del acta queda fuera del ámbito de la facultad calificadora del registrador y en modo alguno ha de ser aportada al mismo para la inscripción de la escritura de préstamo hipotecario. Y concluye que no es necesario acreditar la triple coincidencia de contenido exigida por el registrador, ni manifestar que el contenido de la escritura se corresponde con el acta notarial de transparencia ni aportar la misma por no venir tal exigencia impuesta en la Ley y porque tal coincidencia no tiene por qué darse, pues pueden existir ciertas diferencias, no desvirtuadoras de la esencia y naturaleza del contrato proyectado, que se hubieran podido introducir en la escritura tras negociación de las partes contratantes, mejorando y beneficiando la posición de la parte prestataria. Por ello, basta que, en lo esencial, la escritura se ajuste al contenido de la FEIN y el proyecto de contrato entregado como documentación precontractual.

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

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

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

sus deberes de controlar el período de información precontractual obligatorio previo a la autorización de la escritura y de levantar el acta previa a su formalización en los términos previstos en la ley.

Por su parte, la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, en sus artículos 29 y 30, que continúan vigentes, establece que «las escrituras públicas en las que se formalicen los préstamos contendrán, debidamente separadas de las restantes, cláusulas financieras cuyo contenido mínimo se ajustará a la información personalizada prevista en la Ficha de Información Personalizada», e impone a los notarios, en «su condición de funcionarios públicos y derivado de su deber genérico de control de legalidad de los actos y negocios que autorizan, los notarios denegarán la autorización del préstamo cuando el mismo no cumpla lo previsto en esta orden y la legalidad vigente», de comprobar «si el cliente ha recibido adecuadamente y con la suficiente antelación la Ficha de Información Personalizada y, en su caso, si existen discrepancias entre las condiciones de la oferta vinculante y el documento contractual finalmente suscrito», e informar al cliente, entre otros extremos, de los efectos que el incumplimiento de esas obligaciones informativas pueda tener.

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

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

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

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

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

En otras palabras, si el notario hace constar que el prestatario ha recibido la documentación y ha sido informado sobre ella por la entidad y por el propio notario en el acta, necesariamente ha debido comprobar que esa documentación es correcta y completa, y por consiguiente, entre otros varios aspectos, que la FEIN es la que corresponde al préstamo y a sus condiciones. Si no se han cumplido correctamente todas las obligaciones informativas que garantizan la transparencia material en la operación crediticia, y también, más en concreto, si la FEIN no se correspondiera con el préstamo, por diferir alguna de esas condiciones financieras, el notario deberá por tanto denegar la autorización de la escritura. Esa falta de correspondencia debe, no obstante, interpretarse correctamente: si las condiciones del préstamo son indiscutiblemente

mejores (por ejemplo, si el diferencial del préstamo fuera inferior), o si existe una diferencia no en las condiciones propiamente dichas sino en los cálculos subsiguientes (por ejemplo, si por firmarse el préstamo en una mensualidad posterior a la inicialmente prevista la TAE resulta diferente, o el cuadro de amortización se modifica) ello no implica unas condiciones financieras diferentes, y por tanto no impide la autorización de la escritura de préstamo.

Sin duda, la buena técnica notarial exige que se motive expresa y adecuadamente la decisión de proceder a la autorización de la escritura de préstamo, reseñando, al menos de forma genérica pero clara, los controles sobre la transparencia material que el notario ha realizado con carácter previo a dicha autorización. Ahora bien, ello no significa que se deba exigir, como si de fórmulas rituales se tratara, la mención expresa del cumplimiento de cada uno de los detalles que en su conjunto configuran esa imprescindible transparencia, entre ellos la coincidencia de las condiciones del préstamo con las comunicadas en la FEIN.

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

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

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

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

podrá el registrador exigir que se acompañe la Ficha Europea de Información Normalizada –FEIN– o –como se pretende en la calificación impugnada en este expediente– el acta previa al objeto de poder realizar una comprobación que es responsabilidad –consecuente con la competencia– del notario autorizante.

3. En el presente caso, el notario autorizante de la escritura calificada ha hecho constar en la misma, bajo su responsabilidad, que mediante acta por él autorizada el día 17 de julio de 2019, número 1949 de protocolo, ha comprobado el cumplimiento de las normas de transparencia conforme a los artículos 10, 14 y 15 de la Ley 5/2019 y la parte prestataria ha recibido en plazo la documentación y el asesoramiento previsto en dichos artículos. 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.

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