

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

11094 *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 Sagunto n.º 2, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo con garantía hipotecaria.*

En el recurso interpuesto por doña Cristina Marqués Mosquera, notaria de Fuenlabrada, contra la calificación del registrador de la Propiedad de Sagunto número 2, don Fernando Ortega Gironés, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo con garantía hipotecaria.

Hechos

I

Mediante escritura otorgada el día 8 de julio de 2019 ante la notaria de Fuenlabrada, doña Cristina Marqués Mosquera, con el número 1.135 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 dicha finca.

En tal escritura la notaria autorizante expresaba lo siguiente:

«Depósito de las condiciones generales de la contatación [sic].—Yo Notario, de conformidad con la Instrucción de la DGRN de 13 de junio de 2019, advierto que: a) el presente contrato contiene condiciones generales de contratación, b) que he comprobado que están depositadas e inscritas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación; c) y que las contenidas en la presente escritura coinciden con las depositadas por la Entidad prestamista.»

«Tercero.—Acta previa de información precontractual.—Yo el Notario hago constar:

a) Que el día uno de Julio de dos mil diecinueve autoricé el Acta previa del artículo 15 de la LCCI, con el número 1076 de protocolo, en la que comparecieron la parte prestataria, de la que resulta que se entregó toda la documentación legalmente exigida y que los comparecientes recibieron el asesoramiento e información previstos en ese artículo. Reitera la parte prestataria que soy el Notario de su elección.

b) Que, según resulta del Acta, ha transcurrido el plazo de diez días naturales exigido en el artículo 14.1 de la Ley, para poder otorgar la presente escritura de préstamo hipotecario.»

II

Presentada copia autorizada de la citada escritura en el Registro de la Propiedad de Sagunto número 2, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«1. No es posible comprobar el Depósito Previo del modelo o formulario del préstamo al no incorporarse a la escritura el Código Identificador correspondiente acreditativo de su depósito en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, ni existir otros datos que permitan comprobar la efectividad de su depósito con anterioridad a la comercialización del préstamo.

El artículo 11.2 de la LCGC, que ha sido objeto de modificación expresa por la disposición final 4.^a de la LCI, los modelos de contratos de préstamo y crédito hipotecario en que se contengan condiciones generales establece expresamente “el depósito

obligatorio de sus formularios para el prestamista en el Registro antes de empezar su comercialización”.

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

La necesidad de comprobación del depósito previo resulta también de la Instrucción de 13 de junio de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre el depósito de condiciones generales de la contratación, la cual, en su párrafo último resume que “en el contrato de préstamo debe hacerse constar que las condiciones generales han sido objeto de depósito, y comprobarse por el notario y el registrador que dicho depósito se ha practicado”.

2. El documento relacionado es incompleto, habida cuenta que, de acuerdo con el escenario creado por la Ley 5/2019 de 15 de marzo reguladora de los Contratos de Créditos Inmobiliarios, falta la aseveración por el Notario de la coincidencia entre las estipulaciones de la escritura y las condiciones de la Oferta Vinculante, ni se acompaña la FEIN -Ficha Europea de Información Normalizada-, al objeto de poder realizar dicha comprobación. Lo que resulta de los siguientes preceptos: El artículo 29 de la Orden EHA 2899/11: “las cláusulas de los documentos contractuales no podrán, en perjuicio del cliente, desvirtuar el contenido de la FEIN”; añadiendo su artículo 30.3.a que “el notario debe comprobar y advertir antes de autorizar la escritura si existen discrepancias entre las condiciones de la oferta vinculante y el documento contractual finalmente suscrito”, por lo que la falta de dicha constancia 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.

Con arreglo a lo expuesto, se exige la calificación registral de la concordancia entre el contenido de la escritura y el de la FEIN. De esta forma se ha pronunciado la DGRN en diferentes Resoluciones de 28 de abril y 25 de septiembre de 2015, 19 de octubre de 2016 y de 19 de mayo de 2017, de las que resulta que el control de transparencia material por parte del registrador se ha de hacer de forma mediata a través de las manifestaciones que hace el Notario de cumplirse la normativa vigente, adecuarse el contenido de la escritura al de la oferta, de coincidencias con el contenido de la FEIN y de las advertencias que se han de hacer por tratarse de condiciones generales de los contratos. Por tanto, en este caso en el que el Notario no hace manifestación a este respecto, debe exigirse o bien complementar la escritura a través de dicha manifestación o bien aportar la FEIN, como hasta ahora se venía haciendo con la FIPER, a la escritura de préstamo hipotecario.

Siendo los defectos subsanables se suspende la inscripción solicitada.

2. No se van a consignar en la inscripción las siguientes cláusulas y pactos, por carecer de trascendencia real inmobiliaria y sin prejuzgar su eficacia obligacional entre las partes, puesto que en nada afectan al derecho inscribible, conforme a los arts. 2, 12 y 98 LH, 9 y 51.6 RH:

A. Las referencia a las fórmulas matemáticas del pacto Tercero; Tabla de Pagos del Pacto cuarto Bis; Depósito Asociado del Pacto Séptimo y Compensación Pacto Séptimo Bis; y los pactos duodécimo “Reclamación limitada a la parte de capital o de los intereses”, decimotercero “Otras Garantías” y decimocuarto “Seguro de Daños de la finca

hipotecada” y del Decimoquinto hasta el final, si bien se ha reseñado el porcentaje de la TAE pero no todo aquello relativo a efectos informativos como la Definición v supuestos utilizados para su cálculo, Gestes de la operación incluirlos y Normativa aplicable; por carecer de trascendencia real inmobiliaria y sin prejuzgar su eficacia obligacional y/o personal entre las partes, puesto que en nada afectan al derecho inscribible, conforme a los arts. 2, 12 y 98 LH, 9 y 51.6 RH:

Se hace constar expresamente que el plazo de vigencia del asiento de presentación relacionado, ha quedado automáticamente prorrogado (...)

Sagunto, a 4 de septiembre de 2019. El Registrador de la Propiedad (firma ilegible)
Fdo. Fernando Ortega Gironés.»

III

Contra la anterior nota de calificación, doña Cristina Marqués Mosquera, notaria de Fuenlabrada, interpuso recurso el día 8 de octubre de 2019 mediante escrito con los siguientes fundamentos jurídicos:

«A) En cuanto al primero de los defectos alegados, relativo a la necesidad de incorporar a la escritura el Código Identificador correspondiente acreditativo del depósito del modelo o formulario de préstamo en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación u otros datos que permitan comprobar la efectividad de su depósito, el registrador basa su calificación en:

1.º) El art. 11.2 LCGC que establece la obligatoriedad del depósito de sus formularios por el prestamista en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación antes de su comercialización en relación con el art. 7 LCCI que ratifica dicha obligatoriedad configurándola como “una obligación de transparencia de los contratos” para concluir con apoyo en el art. 83 LGDCU (a cuyo tenor: “las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho”) que no es posible la inscripción del préstamo sin el previo depósito en el RGCC del modelo contractual que sirve de soporte; y 2.º) Reproduciendo -de forma parcial- la Instrucción de la DGRN de 13 de junio de 2019 en su último párrafo a cuyo tenor: “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”.

Vista la calificación registral, la notaria que suscribe no está conforme con la argumentación esgrimida basándome en los siguientes hechos y fundamentos de derecho:

i. En la escritura objeto de calificación consta la siguiente cláusula que reproduzco literalmente: “Depósito de las condiciones generales de la contratación.-Yo Notario, de conformidad con la Instrucción de la DGRN de 13 de junio de 2019, advierto que: a) el presente contrato contiene condiciones generales de contratación, b) que he comprobado que están depositadas e inscritas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación; c) y que las contenidas en la presente escritura coinciden con las depositadas por la Entidad prestamista”, con lo cual se cumple debidamente con la obligación impuesta a los notarios en la citada Instrucción de 13 de junio de 2019, que no es otra que comprobar el depósito del modelo de contrato de préstamo en el RGCC por parte del notario autorizante, pues nada dice la DGRN acerca de que deba constar además el Código Identificador correspondiente ni ningún otro dato adicional, obligación que no resulta tampoco ni de la LCGC ni de la LCCI. Se acompaña al presente recurso copia autorizada de la escritura en cuestión.

ii. Olvida el señor registrador que la misma obligación que compete a los notarios compete a los registradores. Así resulta claramente de la propia Instrucción de 13 de junio de 2019 que habla de “control notarial y registral”, “el notario deberá controlar -en referencia a la existencia del depósito- al autorizar la escritura de préstamo hipotecario, y

el registrador de la propiedad al inscribirla”, de “carga o deber de diligencia del notario y del registrador” etc. Por tanto, no estamos ante un supuesto en que el registrador deba entrar a calificar si el notario ha hecho o no bien su trabajo, sino en el que el registrador tiene la misma carga o responsabilidad que el notario autorizante pues debe realizar también la comprobación por sí mismo. Y en ambos casos, tanto el notario como el registrador deberán hacerlo constar en la escritura -como así se ha hecho- o inscripción, respectivamente. Lo que no cabe es que el registrador deniegue la inscripción alegando que no puede comprobar el depósito al no existir ni el Código Identificador ni “existir otros datos que permitan comprobar la efectividad de su depósito”, pues dicha comprobación, como ya se ha reiterado, compete al registrador como una obligación independiente de la que compete al notario autorizante y tiene los mismos medios que el notario para poder efectuarla. De ahí que, si la notaria autorizante que suscribe la presente ha podido encontrar y comprobar el depósito de las condiciones generales en cuestión, estoy segura de que el registrador que califica la escritura objeto de recurso también es capaz de hacerlo.

B) En cuanto al segundo de los defectos alegados, relativo la omisión en la escritura la aseveración por el Notario autorizante de la coincidencia entre las estipulaciones de la escritura y las condiciones de la Oferta Vinculante o a la falta de unión de la FEIN a la escritura al objeto de poder realizar el registrador dicha comprobación, el registrador, para fundamentar su calificación cita la Orden EHA 2899/11, concretamente sus artículos 29 y 30.3 en unión con el ya citado art. 83 LGDCU. Según el señor registrador, en base a los preceptos anteriores “se exige la calificación registral de la concordancia entre el contenido de la escritura y el de la FEIN”, citando para apoyar su postura las Resoluciones DGRN de 28 de abril y 25 de septiembre de 2015, 19 de octubre de 2016 y de 19 de mayo de 2017.

Una vez expuestos los argumentos del señor registrador, en contra de la calificación registral cabe señalar lo siguiente:

i. El registrador cita dos preceptos de la Orden EHA 2899/11:

– el art. 29 que, según él, dice: “las cláusulas de los documentos contractuales no podrán, en perjuicio del cliente, desvirtuar el contenido de la FEIN”, lo cual no es cierto pues la referida norma se refiere expresamente a la “Ficha de Información Personalizada” y no a la “FEIN” y no se pueden equiparar ambos documentos pues son distintos.

– El art. 30.3, del cual el señor registrador solo reproduce una parte: “el notario debe comprobar y advertir antes de autorizar la escritura si existen discrepancias entre las condiciones de la oferta vinculante y el documento contractual finalmente suscrito” y es que el precepto en cuestión en su letra a) lo que dice en su integridad es lo siguiente: “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 tanto de la obligación de la entidad de poner a su disposición la Ficha de Información Personalizada, como de aceptar finalmente las condiciones ofrecidas al cliente en la oferta vinculante dentro del plazo de su vigencia.”

ii. La calificación registral plantea una cuestión interesante y es cómo conciliar los vigentes artículos 29 y 30 de la Orden EHA 2899/11 -que no han sido derogados o modificados por la Orden ECE/482/2019, de 26 de abril que, sin embargo, sí que ha reformado otros preceptos de la misma con posterioridad a la publicación de la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario pero antes de su entrada en vigor- con la propia LCCI. Y es que el legislador, a la hora de reformar la citada Orden EHA 2899/11 ha incurrido en

una serie de incoherencias de difícil solución como no sea por la vía de la interpretación sistemática. A saber:

– La Orden ECE/482/2019 reforma la propia rúbrica del capítulo II del título III de la Orden EHA 2899/11 para declarar su aplicación a los créditos y préstamos inmobiliarios regulados por la LCCI, de ahí que, en principio, los art. 29 y 30 de la Orden EHA 2899/11 serían de aplicación a los contratos de crédito inmobiliario y no a otro tipo de préstamos.

– Sin embargo, el art. 29 Orden EHA 2899/11 no ha sido objeto de reforma y sigue hablando de Ficha de Información Personalizada cuando, como sabemos, en este ámbito la misma ha quedado sustituida por la FEIN. Además, desde la entrada en vigor de la LCCI este artículo no deja de ser superfluo a la vista de LCCI y de las obligaciones que impone la misma en materia de transparencia. Y así, resulta evidente que el contenido de la escritura pública ha de adecuarse a la FEIN pues, tal y como establece el art. 14.1.d) LCCI, el proyecto de contrato ha de ajustarse al resto de la documentación entregada y obviamente la escritura ha de ajustarse al proyecto de contrato. De lo contrario, los deberes de información y asesoramiento tanto a cargo de la entidad prestamista como del Notario al autorizar el acta previa establecidos por la LCCI quedarían vulnerados, todo ello sin perjuicio, claro está, de las posibles modificaciones que en beneficio del deudor pudieran introducirse con ocasión del otorgamiento de la escritura. Por lo tanto, el notario habrá de controlar que la escritura se ajuste al proyecto de contrato y la FEIN pues así se infiere necesariamente de la LCCI, resultando redundante en este sentido el citado art. 29 Orden EHA 2899/11. Y es que el contenido de este art. 29 Orden EHA 2899/11 se ha visto desplazado totalmente por la LCCI que establece una [sic] contenido mínimo de la FEIN que va mucho más allá que el de la antigua FIPER a que sigue aludiendo este artículo, además de establecer unos controles de transparencia mucho mayores, los cuales quedan a cargo del Notario y fuera de la calificación registral. Es por ello que la exigencia por parte del señor registrador de que en la escritura conste expresamente que la misma coincide con la FEIN no procede. Claro que la escritura ha de coincidir con la FEIN, y con el proyecto de contrato, pero dicha coincidencia es algo que entra dentro de la responsabilidad del notario pues, de lo contrario, no podrá autorizar la escritura. Pero eso no significa que la constancia de dicha coincidencia sea requisito sine qua non para la inscripción de la hipoteca. Como establece claramente el art. 15.7 LCCI lo único que puede controlar el registrador es la existencia en la escritura de la reseña del acta.

– Algo semejante ocurre con el art. 30 Orden EHA 2899/11. En primer lugar, se recoge el derecho de examinar el proyecto de escritura con una antelación mínima de 3 días hábiles, plazo que ha quedado ampliado por la LCCI pues entre la recepción de la documentación y la firma de la escritura han de transcurrir al menos 10 días, debiendo firmarse el acta notarial previa entre medias, y siendo obligatorio entregar al cliente el proyecto de contrato o escritura con dicha antelación, lo cual ha de ser objeto de comprobación por el Notario. Por lo tanto, no solo ya nos estamos ante un derecho del prestatario sino que se trata de una obligación del Banco y que se ha de cumplir con una mayor antelación. Por lo tanto, este inciso del art. 30 Orden EHA 2899/11 también debe entenderse superado y desplazado por la LCCI.

¿Y qué decir del resto del art. 30 Orden EHA 2899/11 que estable el deber por parte del Notario de advertir al cliente de toda una serie de circunstancias tales como la existencia de límites a la variación de tipo interés? Pues que dicho artículo ha quedado totalmente desplazado y superado, al igual que el art.29, por la LCCI la cual no solo ha ampliado los extremos y circunstancias sobre los que la entidad prestamista ha de informar al cliente, sino que, además, ha introducido el acta notarial previa a la formalización del préstamo hipotecario como un vehículo en el que el Notario ha de verificar: 1.º Que el Banco ha cumplido con sus deberes de información. 2.º Que el cliente ha sido debidamente informado de las circunstancias principales de la operación, obligaciones derivadas de la misma y consecuencias en caso de incumplimiento. 3.º Que el prestatario ha recibido toda la información necesaria con la antelación suficiente. 4.º Que el préstamo que finalmente se firme se adecúe a lo informado al cliente. ¿Y de

qué forma cumple el notario con su cometido? Con la autorización del acta previa y posterior autorización del préstamo hipotecario en los términos exigidos por la LCCI. Pero, ¿tiene que hacer constar expresamente el notario autorizante en la escritura de préstamo hipotecario que ha cumplido con estas obligaciones de verificación? No, los términos del art. 15.7 LCCI con claros: basta con que en la escritura de préstamo hipotecario se reseñe el acta.

Pues bien, en la escritura que nos ocupa consta la siguiente reseña que reproduzco literalmente: “Tercero.–Acta previa de información precontractual.–Yo el Notario hago constar:

a) Que el día uno de Julio de dos mil diecinueve autoricé el Acta previa del artículo 15 de la LCCI, con el número 1076 de protocolo, en la que comparecieron la parte prestataria, de la que resulta que se entregó toda la documentación legalmente exigida y que los comparecientes recibieron el asesoramiento e información previstos en ese artículo. Reitera la parte prestataria que soy el Notario de su elección.

b) Que, según resulta del Acta, ha transcurrido el plazo de diez días naturales exigido en el artículo 14.1 de la Ley, para poder otorgar la presente escritura de préstamo hipotecario”.

Por lo tanto, el notario que suscribe ha cumplido en los términos que exige la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario en cuanto a las circunstancias que necesariamente se han de hacer constar en la escritura, únicas que pueden ser objeto de la calificación registral, sin que la misma pueda extenderse a otros extremos. Y ello porque, según lo expuesto, la comprobación de la coincidencia de la FEIN con la escritura de préstamo es algo que compete exclusivamente al notario autorizante sin que sea necesaria dejar constancia expresa en la escritura de que se ha cumplido con esta verificación, por lo que el registrador de la propiedad no puede denegar la inscripción porque falte en la escritura una afirmación en este sentido. No debe por tanto ni figurar una aseveración como la que exige el señor registrador ni acompañarse la FEIN.

iii. A mayor abundamiento, resulta llamativo que de todas las obligaciones que imponen los arts. 29 y 30 Orden EHA 2899/11 el señor registrador solo exija que conste en la escritura la coincidencia de la escritura con la FEIN cuando el art. 29 ni siquiera habla de FEIN. Y es que, si entendemos que este precepto y el art. 30 resultan de aplicación, deberían hacerse constar en la escritura todas las advertencias que se ponían antes de la entrada de la LCCI y que actualmente no parece que tengan sentido, al haberse reforzado enormemente los deberes en materia de transparencia material a través de las obligaciones de información y verificación a cargo de las entidades financieras y de control e información a cargo de los notarios a través del acta previa. En cuanto a las Resoluciones de la DGRN que el registrador cita en apoyo de su calificación, las mismas no valen como argumento pues se refieren a los deberes que habían de cumplirse con ocasión del otorgamiento de las escrituras de préstamo hipotecario antes de la entrada en vigor de la LCCI.

En definitiva, la contradicción evidente entre los arts. 29 y 30 Orden EHA 2899/11 y la LCCI debe resolverse necesariamente en favor de esta última por ser norma de rango legal y por ser la consecuencia necesaria de una interpretación sistemática de la normativa vigente en esta materia.

En conclusión, la exigencia por parte del señor registrador de la constancia en la escritura tanto del Código Identificador correspondiente acreditativo del depósito del modelo o formulario de préstamo en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación u otros datos que permitan comprobar la efectividad de su depósito, como de la aseveración por el Notario autorizante de la coincidencia entre las estipulaciones de la escritura y las condiciones de la Oferta Vinculante (o el hecho de acompañar la FEIN al objeto de poder realizar dicha comprobación el señor Registrador) carece de justificación.»

IV

El registrador de la Propiedad de Sagunto número 2, don Fernando Ortega Gironés, emitió informe mediante escrito de fecha 18 de octubre de 2019 y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 18 y 21 de la Ley Hipotecaria; 3, 7, 14 y 15 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; 1, 17 bis y 24 de la Ley del Notariado; 5, 7, 11, 23 y 24 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación; 28.3 de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de febrero de 2014 sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n.º 1093/2010; 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; 147 del Reglamento Notarial; 29 y 30 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios; las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de junio de 2009 (As. C-243/08), 14 de marzo de 2013 (As. C-415/11) y 26 de marzo de 2019 (Ass. C-70/17 y C-179/17); las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2001, 4 de julio y 12 de diciembre de 2008, 16 de diciembre de 2009, 9 de mayo, 13 de septiembre y 18 de noviembre de 2013 y 26 de mayo, 30 de junio y 8 de septiembre de 2014; la Instrucción de 13 de junio de 2019 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre el depósito de condiciones generales de la contratación, y el reflejo del mismo en las escrituras de préstamo y en el Registro de la Propiedad, desde la entrada en vigor de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario; 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, 29 de noviembre y 5, 11, 12 y 20 de diciembre 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 constituye hipoteca sobre dicha finca.

En tal escritura la notaria autorizante expresa lo siguiente:

«Depósito de las condiciones generales de la contatación [sic].—Yo Notario, de conformidad con la Instrucción de la DGRN de 13 de junio de 2019, advierto que: a) el presente contrato contiene condiciones generales de contratación, b) que he comprobado que están depositadas e inscritas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación; c) y que las contenidas en la presente escritura coinciden con las depositadas por la Entidad prestamista.»

«Tercero.—Acta previa de información precontractual.—Yo el Notario hago constar:

a) Que el día uno de Julio de dos mil diecinueve autoricé el Acta previa del artículo 15 de la LCCI, con el número 1076 de protocolo, en la que comparecieron la parte prestataria, de la que resulta que se entregó toda la documentación legalmente

exigida y que los comparecientes recibieron el asesoramiento e información previstos en ese artículo. Reitera la parte prestataria que soy el Notario de su elección.

b) Que, según resulta del Acta, ha transcurrido el plazo de diez días naturales exigido en el artículo 14.1 de la Ley, para poder otorgar la presente escritura de préstamo hipotecario».

2. Según el primero de los defectos expresados en la calificación impugnada, el registrador suspende la inscripción solicitada porque, a su juicio, «no es posible comprobar el Depósito Previo del modelo o formulario del préstamo al no incorporarse a la escritura el Código Identificador correspondiente acreditativo de su depósito en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, ni existir otros datos que permitan comprobar la efectividad de su depósito con anterioridad a la comercialización del préstamo».

La notaria recurrente alega que en la escritura objeto de calificación consta que el contrato contiene condiciones generales de contratación, que ha comprobado que están depositadas e inscritas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación; y que las contenidas en la escritura coinciden con las depositadas por la entidad prestamista, con lo cual se cumple debidamente con la obligación impuesta a los notarios en la Instrucción de esta Dirección General de 13 de junio de 2019, que no es otra que comprobar el depósito del modelo de contrato de préstamo en el referido Registro por parte del notario autorizante.

3. 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 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, sobre condiciones generales de la contratación, según el cual: «La falta de inscripción de las condiciones generales de la contratación en el Registro regulado en el capítulo III cuando sea obligatoria o la persistencia en la utilización o recomendación de condiciones generales respecto de las que ha prosperado una acción de cesación o retractación, será sancionada con multa del tanto al duplo de la cuantía de cada contrato por la Administración del Estado, a través del Ministerio de Justicia, en los términos que reglamentariamente se determinen (...)».

En el presente caso la notaria expresa en la escritura que el contrato contiene condiciones generales de la contratación y que ha comprobado que están depositadas e inscritas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación. Por ello, el referido defecto expresado en la calificación impugnada no puede ser mantenido.

4. Según el segundo de los defectos expresados en la calificación impugnada, el registrador suspende la inscripción solicitada porque, a su juicio, falta la aseveración por la notaria de la coincidencia entre las estipulaciones de la escritura y las condiciones de la oferta vinculante, y no se acompaña la «FEIN» -Ficha Europea de Información Normalizada-, al objeto de poder realizar dicha comprobación.

La notaria recurrente sostiene que no es necesaria la aseveración notarial que se solicita en la calificación registral, ya que dicha coincidencia es algo que entra dentro de la responsabilidad del notario pues, de lo contrario, no podrá autorizar la escritura, y, como establece claramente el artículo 15.7 de la 5/2019, lo único que puede controlar el registrador es la existencia en la escritura de la reseña del acta.

5. La cuestión planteada por este extremo de la calificación impugnada 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 -como se pretende en la calificación impugnada en este expediente- exigir que se acompañe la Ficha Europea de Información Normalizada -FEIN- al objeto de poder realizar una comprobación que es responsabilidad -consecuente con la competencia- del notario autorizante.

6. En el presente caso, la notaria autorizante de la escritura calificada manifiesta en la misma, bajo su responsabilidad, que del acta por ella autorizada conforme al artículo 15 de la Ley 5/2019 el día 1 de julio de 2019, número 1.076 de protocolo, resulta que se entregó a los prestatarios toda la documentación legalmente exigida y que recibieron el asesoramiento e información previstos en dicho artículo. Por ello, debe entenderse que la escritura es conforme con la FEIN y este defecto impugnado tampoco 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.