

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**6354** *Resolución de 16 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 Sitges, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo con garantía hipotecaria.*

En el recurso interpuesto por don Carlos José Sanz Izquierdo, notario de Vilanova i la Geltrú, contra la calificación del registrador de la Propiedad de Sitges, don Juan Luis Gimeno y Gómez-Lafuente, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo con garantía hipotecaria.

#### Hechos

I

Mediante escritura otorgada el día 31 de julio de 2019 ante el notario de Vilanova i la Geltrú, don Carlos José Sanz Izquierdo, con el número 990 de protocolo, se formalizó un préstamo, concedido por «Banco Santander, SA», garantizado con hipoteca sobre la vivienda habitual de los prestatarios, personas físicas.

En tal escritura el notario expresaba lo siguiente:

«Acta del artículo 15 de la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

Yo, el Notario, hago constar:

– Que tal y como consta en acta por mí autorizada el día 22 de julio de 2019, con el número 937 de protocolo, los prestatarios y, en su caso, los fiadores y garantes hipotecarios han recibido en plazo la documentación y el asesoramiento prescritos en los artículos 14 y 15 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario, a los efectos de cumplir con el principio de transparencia en la concesión de préstamos inmobiliarios, en su vertiente material.»

II

Presentada telemáticamente el mismo día 31 de julio de 2019 copia autorizada de dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Sitges, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«En la calificación de la escritura otorgada el 31/07/2019, ante el Notario de Vilanova i la Geltrú, Don Carlos José Sanz Izquierdo, con número de protocolo 990/2019, presentada telemáticamente copia autorizada electrónica el día 31/07/2019 a las 14:28 horas, asiento 10 del Diario 94, acreditándose el pago del impuesto con fecha treinta de agosto del año dos mil diecinueve por el presentante (...), junto con copia autorizada de la misma escritura.

Hechos.

I. Por la "Notaria" se presentó telemáticamente en este Registro de la Propiedad la referida escritura. En la citada escritura se constituye un derecho real de hipoteca sobre la finca registral número 5.368 de Sant Pere de Ribes en favor de la entidad "Banco Santander, SA".

II. Suspendida la inscripción del precedente documento por haberse observado el siguiente defecto: Es necesario que el notario exprese en la escritura de préstamo hipotecario sujeta a la Ley 5/2019 que ha cumplido con las exigencias de los artículos 29 y 30 de la Orden EHA 2899/2011 y que no existen discrepancias entre la Oferta Vinculante (FEIN) y las cláusulas de la escritura.

Vistos los Artículos 18, 130, 145 y 159 de la Ley Hipotecaria; 14 Ley 5/2019; 29 y 30 de la Orden EHA 2899/2011; 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007; 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo; 15.7 de la LCI; 6 y 17 bis de la Ley del Notariado y 117 del Reglamento para su ejecución; 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre; 682.3, 683, 685.2.2.º, 688.3 y 696 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y 1875 del Código Civil.

#### Fundamentos de Derecho.

Primero. Según el artículo 29 de la Orden EHA 2899/2011: "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", y también "informar al cliente de la obligación de la entidad... de aceptar finalmente las condiciones ofrecidas al cliente en la oferta vinculante dentro del plazo de su vigencia".

A este respecto, la doctrina actual de la DGRN (ver resoluciones de 13 de septiembre y 18 de noviembre de 2013, 5 de febrero de 2014, 12 de marzo, 9 de octubre y 10 de diciembre de 2015, 9 de marzo y 31 de mayo de 2016, y 19 de mayo y 14 de julio de 2017, entre otras), con fundamento en las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de mayo y 13 de septiembre de 2013, es que la nulidad que declara el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007 respecto de las condiciones generales abusivas, es una nulidad que opera ipso iure, y el mandato legal de tenerlas por no puestas va dirigido a todos los funcionarios que aplican la Ley, y entre ellos los registradores; mandato que, no queda subordinado a su previa declaración judicial, especialmente cuando se trata de algunas de las cláusulas incluidas en la llamada doctrinalmente lista negra, al no requerir una valoración de las circunstancias concurrentes en función de conceptos jurídicos indeterminados. Afirma también la DGRN en dichas resoluciones que esta misma doctrina resulta también aplicable a los controles previos de inclusión y de transparencia de los contratos con condiciones generales de la contratación, que «el registrador no sólo puede sino que debe ejercer, comprobando si se han sido cumplidos los requisitos de información establecidos en la normativa vigente, pues se trata de un criterio objetivo de valoración de dicha transparencia», lo que implicaba que constituían defectos que impedían la inscripción: la omisión de la expresión manuscrita a que se refería el artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, cuando fuera necesaria; la incorporación de la FIPER a las escrituras de préstamo hipotecario para la verificación de la inexistencia de concordancias; la adveración notarial de haber cumplido con las obligaciones que le impone la Orden EHA 2899/11 de 28 de octubre; o el cumplimiento de las obligaciones que el artículo 123-10, número 2, del Código de Consumo de Cataluña impone al notario en materia de información al consumidor en los préstamos hipotecarios.

Pues bien, los citados artículos 29 y 30 de la referida Orden, que no han sido objeto de modificación por la Orden ECE 482/2019 de 26 de abril, constituyen parte del proceso de formación de la voluntad contractual del prestatario y se incluyen entre los requisitos de incorporación y transparencia material de las cláusulas hipotecarias, ya que mal se puede entender incorporado o comprendido aquello de lo que no se ha informado por no estar incluido en la oferta vinculante o discrepar de lo contenido en ella. En definitiva, si los interesados no firman las mismas condiciones que se les ofrecieron, no estará bien formado el consentimiento contractual, y dado que conforme al artículo 83, párrafo 2.º, de la LGDCU (introducido expresamente por la Ley 5/2019) «son nulas las cláusulas incorporadas de modo no transparente en perjuicio de los consumidores», así lo serían aquellas cláusulas incorporadas que fueren discrepantes con el contenido de la indicada FEIN, salvo que favorezcan al consumidor y hayan sido negociadas con posterioridad.

Por ello, y dado que tras la reforma de la Ley 5/2019 ya no es necesario incorporar la oferta vinculante a la escritura de préstamo hipotecario, y la referida concordancia entre las condiciones y cláusulas respectivas no va a poder ser verificada por el Registrador de la Propiedad, se hace especialmente necesario que el notario de fe en la correspondiente escritura de dicha concordancia o, en caso de ser válidas, de la naturaleza de las posibles discrepancias, y la falta de la indicación de la concordancia debe implicar, como es la actual doctrina de la DGRN, la suspensión de la inscripción de la hipoteca.

El hecho que el artículo 15.7 de la LCI, al hablar de las circunstancias del acta notarial de transparencia que deben reflejarse en la escritura de préstamo hipotecario, no exija que se indique la citada concordancia entre la FEIN y las cláusulas de la escritura de préstamo hipotecario, no es óbice para que siga siendo necesaria tal indicación conforme a lo antes expuesto, porque los citados artículos 29 y 30 de la Orden EHA 2899/2011 se refieren a un ámbito distinto del propio de los trámites, requisitos y reseña de la citada acta, en la cual, por otra parte, tal comprobación no habrá podido verificarse dado su carácter previo a la firma de la escritura y, por tanto, la dicción de dicho artículo no puede considerarse que excluya el cumplimiento en la redacción de ésta de otros requisitos. El ámbito de los artículos 29 y 30 de la Orden EHA 2899/2011 es el de los requisitos de la formalización de la escritura de hipoteca, posterior al acta de transparencia, por lo que esa comprobación y advertencia de que habla el artículo 30.3.a de la misma, que como se ha indicado no ha sido modificado, son de constancia obligatoria en la escritura de conformidad con la reiterada doctrina de la DGRN, según la cual el registrador de la Propiedad debe comprobar el cumplimiento de la forma –normal o reforzada– que, en cada caso, el legislador haya elegido para proteger al consumidor y en los términos que precise en cada momento la Ley. Es cierto que el registrador ya no podrá exigir la incorporación de la suprimida expresión manuscrita, ni de la oferta vinculante, hoy subsumida en el acta notarial previa de transparencia, pero sí la inclusión de una adveración o reseña notarial del cumplimiento de las obligaciones del repetido artículo 30 de la Orden EHA 2899/2011, del mismo modo que se incorpora una reseña de la autorización de tal acta y de sus obligaciones anexas.

Se trata de dos momentos diferentes en el proceso de contratación de un préstamo diseñado por la LCI: la fase precontractual regulada en los artículos 14 y 15 de la LCI en los que el cumplimiento de los requisitos de transparencia se acreditan mediante la referida acta notarial y por otro lado la formalización definitiva del contrato con el otorgamiento de la escritura pública en la que ese requisito de transparencia exige la plena correspondencia entre las condiciones de la oferta vinculante contenidas en la FEIN y las contenidas en la escritura lo que podrá acreditarse por la aseveración del notario autorizante o por su incorporación a la escritura de préstamo de la referida Ficha Europea de Información Normalizada.

Además al acta precontractual ni se incorpora a la escritura de formalización del préstamo hipotecario, ni existe unidad de acto entre ambos documentos, por lo que es posible la existencia de discordancias. E incluso puede, y está sucediendo con frecuencia, que por imposibilidad del notario que autorizó el acta la escritura sea autorizada por diferente notario al amparo de lo dispuesto en los artículos 6 de la Ley del Notariado y 117 del Reglamento para su ejecución, por lo que el notario de la escritura no tendrá el necesario FEIN incorporado al acta de su compañero (distinto protocolo amparado por el secreto del mismo) para cotejarlo con el contenido de la escritura, a no ser que la reclame y revise (no es de su protocolo) y él haga constar que no existe discordancia entre ambas (la FEIN y la escritura).

Y no puede ni debe alegarse que el notario no autorizaría el acta si no coincidieran FEIN y clausulado de la escritura, pues de igual modo tampoco debe autorizar el notario las escrituras en que falta el juicio de suficiencia en los apoderamientos ex artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre. Por esa vía de presunción de legalidad al autorizar el notario una escritura sobraría cualquier otra intervención que es la que, vía artículo 18 de Ley Hipotecaria, impone al registrador para proteger a los terceros protegidos por la

inscripción que no fueron parte en el contrato (cfr. las Resoluciones de 25 de octubre de 2012 y 25 de mayo de 2017). De hecho el otorgamiento del acta no conlleva ningún tipo de presunción más allá de la acreditación de los hechos contenidos en la misma, por lo que no puede implicar ninguna conformidad de la FEIN con la escritura otorgada con posterioridad, y en coherencia con ello se suprimió el apartado quinto del artículo 13 del proyecto, que como exponía un reconocido autor "como señala el informe del Consejo General del Poder Judicial, esta norma (la del apartado 5 del antiguo artículo 13 del anteproyecto) producía una inversión de la carga de la prueba en contra de los intereses del consumidor, y suponía atribuir a un acta notarial efectos superiores a los propios de las escrituras, que generan, conforme al artículo 17 bis de la Ley del Notariado, presunción de exactitud y de integridad (efecto probatorio), pero no de cumplimiento de normas legales o principio jurídicos", habiéndose suprimido en la actual redacción la presunción legal de cumplimiento del principio de transparencia. Por tanto, el acta prueba que el notario ha realizado la labor de asesoramiento y que el prestatario ha realizado la manifestación de comprensión del contrato (pero no que realmente lo haya comprendido). Y también prueba que se han entregado al prestatario por parte del prestamista los documentos enumerados en el artículo 14 de la presente Ley".

Debe además matizarse que no es óbice para apreciar la conformidad el hecho de que la TAE a la que se refiere la FEIN sea diferente de la contenida en la escritura de formalización del préstamo como consecuencia del intervalo de tiempo transcurrido desde la autorización del acta, pues tampoco lo serán los intereses variables y nada hay que decir tampoco al respecto. Como será distinta la TAE al tiempo de la constitución de la hipoteca, que es cuando el registrador inscribe y firma el acta de inscripción (1875 del Código civil; 130, 145 y 159 de la Ley hipotecaria, 682.3, 683, 685.2.2.º, 688.3 y 696 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

La creación, por vía de los hechos, de una legalidad presunta del documento notarial que no establece la ley es, además de inexistente, contraria a la finalidad del Registro de la propiedad, que tiene por objeto la inscripción y constitución de derechos y dotarles de seguridad jurídica frente a todos. La seguridad jurídica que produce la inscripción precisa indefectiblemente que solo ingresen en el registro actos plenamente válidos y eficaces, al margen de que se haya producido con anterioridad, en la fase documental, una seguridad preventiva totalmente inocua para los terceros (artículo 1257 del Código civil). De admitir la tesis de ausencia de calificación de los documentos notariales ¿cómo podrían sustentarse las actuaciones registrales basadas en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria? ¿Qué habría de hacerse con los documentos judiciales y administrativos?. Los documentos administrativos gozan de presunción de legalidad (artículo 39.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), pero solo acceden al registro tras la calificación registral, pues, al igual que las sentencias de los tribunales, pueden ser impugnados y declarados ineficaces por la jurisdicción competente. Lo mismo cabe decir de las inscripciones que, una vez practicadas, solo pueden ser anuladas por los jueces y tribunales, pero habiendo producido antes de la anulación (salvo anotación preventiva de demanda) todos los efectos legales ex artículo 34 de la Ley Hipotecaria, que no puede actuar ante la falta de transparencia que supondría esa postura de que todo lo que hacen los notarios es legal (art. 1257 Cc citado).

Segundo. No tendrán acceso al Registro los pactos de la hipoteca obligacionales ni los contrarios a disposiciones legales.

Resolución: Por cuanto antecede el Registrador que suscribe acuerda suspender en fecha de hoy la práctica del asiento solicitado.

Anotación de suspensión: No se ha extendido anotación preventiva de suspensión por no haberse solicitado.

Prórroga del asiento de presentación: Conforme a lo dispuesto en el artículo 323 de la Ley Hipotecaria el asiento de presentación ha quedado prorrogado por el plazo de sesenta días y se ha practicado las notificaciones al Notario y al presentante.

La anterior nota de calificación podrá (...)

Sitges a dieciocho de septiembre de dos mil diecinueve.–El Registrador, Juan Luis Gimeno y Gómez-Lafuente.»

## III

Contra la anterior nota de calificación, don Carlos José Sanz Izquierdo, notario de Vilanova i la Geltrú, interpuso recurso el día 17 de octubre de 2019 mediante escrito con los siguientes fundamentos jurídicos:

«La cuestión esencial que se dirime es la subsistencia de la obligación establecida en la citada orden EHA 2899/2011, conforme a la interpretación dada por la Dirección General de los Registros y del Notariado, en los términos que afirma el Registrador.

La respuesta afirmativa es la primera que, aparentemente, se impone.

Efectivamente, la citada Orden, a pesar de haber sido modificada como consecuencia de la entrada en vigor de la ley 5/2019, no lo ha sido en los dos artículos invocados por el Registrador, esto es, el 29 y el 30.

La citada Orden, tras la entrada en vigor de la ley 5/2019 ha sido modificada, entre otras cuestiones, en lo relativo:

- Al objeto (artículo 1).
- Ámbito de aplicación (artículo 2).
- El Capítulo II, que de referir a Créditos, préstamos y servicios de pago, en su redacción original, pasa a denominarse «normas relativas a los créditos y préstamos inmobiliarios regulados por la Ley 5/2019 de 15 de marzo, modificando su ámbito de aplicación, acotándolo al ámbito contemplado en el artículo 2 de la Ley 5/2019 de 15 de marzo.
- El artículo 22, antes referido a la Ficha de Información Personalizada (FIPER) y ahora regulador de la Ficha de Advertencias estandarizadas (FIAE) - O la derogación del artículo 23, relativo a la Oferta Vinculante.

Deja sin embargo subsistente sin enmienda ni modificación alguna los artículos 29 y 30.

Dichos artículos, por su parte, fueron objeto de diversas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (resoluciones de 13 de septiembre y 18 noviembre 2013, 5 febrero 2014, 12 de marzo, 9 de octubre y 10 diciembre 2015 o 14 de julio 2017, entre otras) en los que se establece, en resumen, que quedan sujetos a calificación registral a efectos de comprobar si ha sido cumplido el principio de transparencia establecidos en la normativa vigente, entre otras, la incorporación de la cláusula manuscrita o la FIPER, para el caso de ser necesarias, o la aseveración notarial de haberse cumplido con las obligaciones establecidas por la Orden EHA 2899/11 de 28 de octubre.

Consecuentemente, se puede pensar, y es la tesis que subyace en la calificación registral, que si la citada Orden ha sido adaptada a la nueva legislación, entre otros puntos, en los apartados citados y sin embargo no lo ha sido en los artículos 29 y 30, éstos quedan plenamente vigentes y aplicables, tanto más cuando el epígrafe del Capítulo II, en el que se enmarcan dichos artículos, ha sido modificado y de ser «Normas relativas a los créditos y préstamos hipotecarios» ha pasado a «Normas relativas a los créditos y préstamos inmobiliarios regulados por la Ley 5/2019 de 15 de marzo» y haciendo coincidir el artículo 19 de la Orden, tras la reforma del 2019, su ámbito de aplicación con el de la Ley 5/2019 de 15 de marzo.

Derivativamente, manteniéndose intactos dichos artículos, parece ser plenamente aplicable y consecuentemente plenamente vigente la doctrina sentada respecto de los mismos por la Dirección General de los Registros y del Notariado en las Resoluciones citadas, entre otras.

Y sin embargo, esta interpretación supone desconocer el principio de jerarquía normativa.

La jerarquía normativa, consagrada como principio básico de un Estado de Derecho en el artículo 9.3 de la Constitución Española vigente supone que la normativa inferior no puede desconocer la normativa de rango superior y debe en consecuencia respetarla. Consecuentemente, la normativa inferior que contravenga una disposición superior se entiende tácitamente derogada, si no lo ha sido expresamente. Lógica consecuencia es que las interpretaciones al amparo de dicha normativa inferior tienen que decaer en la medida que contravengan la normativa superior.

La evidencia de lo expuesto exige en consecuencia, la reinterpretación de aquellos artículos de la Orden Ministerial que contravengan la normativa superior.

Y en este sentido, resultan cuando menos sorprendentes algunas afirmaciones de los citados artículos 29 y 30 de la meritada Orden Ministerial, reformada para adecuarla en algunas apartados a la Ley 5/2019 y que sin embargo se mantiene intacta en otros puntos que son contradictorios con la nueva legislación. Así, por ejemplo:

– Los artículos 29 y 30 siguen hablando de la FIPER (hoy inexistente en el ámbito de la Ley 5/2019 y sustituida por la FEIN. Sin embargo sigue manteniéndose en la dicción legal en dichos artículos que «hay que informar al cliente de la obligación de la entidad de poner a su disposición la Ficha de Información Personalizada», cuando esta obligación es imposible de cumplir en la medida en que, en el ámbito de la Ley de Créditos Inmobiliarios, dicho documento ha dejado de existir).

– El artículo 30 sigue diciendo, en los préstamos a interés variable, que hay que comprobar si el cliente ha recibido la información prevista en los artículos 24, 25 y 26 (de la Orden) cuando el artículo 25, referido a Cláusulas suelo y techo, ha sido dejado sin contenido.

– El mismo artículo sigue manteniendo que el notario debe advertir si se han establecido cláusulas suelo o techo, cuando éstas en el ámbito de la citada ley han sido prohibidas, según dispone el artículo 21.3 de la Ley 5/2019 («En las operaciones con tipo de interés variable no se podrá fijar un límite a la baja del tipo de interés»).

– El hablar de advertencias a realizar cuando el préstamo no esté denominado en euros cuando actualmente este criterio está superado y sustituido por cuando se trate de un préstamo en moneda extranjera, entendiendo préstamo por moneda extranjera con los criterios del artículo 29 de la Ley, y no porque el préstamo no esté denominado en euros, ya que un préstamo puede estar denominado en euros y ser moneda extranjera para el prestatario.

– O en general, el reconducir a la escritura el control de la legalidad respecto al principio de transparencia que debe realizar el notario, de donde deriva la necesidad de advertencias, comprobaciones e incorporación de documentos en dicha escritura, cuando actualmente el control de transparencia notarial se realiza por una doble vía: por un lado, por el otorgamiento del acta regulada en el artículo 15 de la Ley 5/2019 y por otro, por la constancia en la escritura de las menciones exigidas por la ley.

Los puntos citados se encuentra [sic] tácitamente derogados por la ley 5/2019.

Centrándonos en la calificación registral, todos los criterios y medios establecidos en el artículo 30 de la Orden Ministerial para asesorar, advertir al prestatario y cumplir en definitiva con el deber de transparencia e información se encuentran superados por los criterios establecidos por los artículos 14 y 15 de la Ley. Los plazos, documentación, asesoramiento, comprobaciones y demás actuaciones se enmarcan en el seno de la Ley 5/2019 y la Orden Ministerial, jerárquicamente, debe respetarla. El hecho de que los citados 29 y 30 no se encuentren expresamente derogados no implica que no deban respetarse los criterios jerárquicos y atenerse a la legislación vigente, que parte jerárquicamente de dicha Ley.

Así pues, si los documentos a facilitar, comprobaciones, advertencias, asesoramiento, etc. actualmente se conducen al acta y no a la escritura, los criterios establecidos por la Dirección General de los registros y del Notariado respecto de las menciones y documentos que deben reflejarse en la escritura seguirán vigentes en la medida en que no contravengan la normativa actualmente en vigor.

Y no siendo discutible que la calificación registral deba velar asimismo por el principio de transparencia y por tanto, que deba quedar constancia en la escritura de las menciones necesarias para que el registrador pueda cumplir con su labor, sí es discutible la vigencia de los criterios establecidos por La Dirección General respecto de las menciones que debe contener al [sic] escritura.

Actualmente el artículo 15 de la Ley 5/2019 apartado 7 establece las circunstancias que el notario debe indicar en la escritura y que son las únicas que quedan sujetas a la calificación registral, y que nos permitimos recordar: «En la escritura pública del préstamo el notario insertará una reseña identificativa del acta a 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 que el prestatario ha recibido en plazo la documentación y el asesoramiento previsto en este artículo».

La nueva legislación, a la que se subordina la legislación inferior y por ende, las interpretaciones realizadas al amparo de dicha normativa inferior, establece el contenido de lo que debe recoger la escritura y ello queda sujeto a la calificación registral. Única y exclusivamente.

El propio otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario implica que se ha dado cumplimiento a la labor de asesoramiento y transparencia mediante el otorgamiento del acta y no hay que hacer ninguna mención adicional, no exigida por la ley, tanto más cuanto en la exposición de Motivos de la citada Ley 5/2019 leemos: «... se complementa atribuyendo a 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»

La escritura que recoge las menciones exigidas por el artículo 15 implica que la escritura es conforme con la información suministrada. De lo contrario, si la información varía, el prestatario no habría recibido en plazo la documentación y asesoramiento previstos en la ley, en la medida en que, la documentación y el asesoramiento es de unas determinadas condiciones y si éstas han cambiado, siendo sustanciales, el asesoramiento para la escritura de préstamo hipotecario que se formaliza no ha sido realizado.

En consecuencia, habiendo entrado en vigor la Ley 5/2019, mantener los criterios establecidos por la doctrina de la Dirección general de los registros y del Notariado respecto de las menciones que debe contener la escritura o documentos que se deben incorporar, a efecto de que el Sr. Registrador califique el cumplimiento del principio de transparencia supone desconocer la nueva legislación.

Concluyendo: el Notario debe hacer constar en la escritura las circunstancias exigidas por el artículo 15 y la calificación registral debe limitarse a comprobar dicho extremo. La omisión de alguna de dichas circunstancias será defecto que impida la inscripción y la labor del Registrador se limita a comprobar si constan dichos extremos. El otorgamiento de la escritura implica que se ha respetado el principio de transparencia material, tanto relativo a plazos como a asesoramiento, así como la concordancia de la escritura con la información facilitada. Habiéndose respetado escrupulosamente en la escritura que ha determinado la calificación que ahora se recurre las menciones exigidas por el artículo 15, se solicita la revocación de la calificación realizada y se ordene la inscripción de la presente».

#### IV

El registrador de la Propiedad emitió informe 24 de octubre de 2019 y, por mantener su calificación, elevó el expediente a este Centro Directivo.

### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 18 y 21 de la Ley Hipotecaria; 14 y 15 de Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario; 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias; 1, 17 bis y 24 de la Ley del Notariado; la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n.º 1093/2010; 147 del Reglamento Notarial; 29 y 30 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios; las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de junio de 2009 (As. C-243/08) y 14 de marzo de 2013 (As. C-415/11); las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2001, 4 de julio y 12 de diciembre de 2008, 16 de diciembre de 2009, 9 de mayo, 13 de septiembre y 18 de noviembre de 2013 y 26 de mayo, 30 de junio y 8 de septiembre de 2014; la Instrucción de 20 de diciembre de 2019 de la Dirección General de los Registros y del Notariado ante diversas dudas en la aplicación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de enero y 8 de junio de 2011, 23 de enero, 16 y 27 de febrero, 20 y 28 de junio y 18, 26 y 27 de julio de 2012, 2 de enero, 2 de marzo, 1 de junio, 1 y 11 de julio y 6 y 13 de septiembre de 2013, 5 de febrero, 23 de julio y 29 de septiembre de 2014, 22 de enero y 12 de marzo de 2015, 19 de julio de 2018, 13 y 27 de junio y 29 de noviembre de 2019 y 7 de enero de 2020.

1. Mediante la escritura que es objeto de la calificación impugnada se formalizó un préstamo concedido por «Banco Santander, SA» y garantizado con hipoteca sobre la vivienda habitual de los prestatarios, personas físicas.

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

«Acta del artículo 15 de la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

Yo, el Notario, hago constar:

– Que tal y como consta en acta por mí autorizada el día 22 de julio de 2.019, con el número 937 de protocolo, los prestatarios y, en su caso, los fiadores y garantes hipotecarios han recibido en plazo la documentación y el asesoramiento prescritos en los artículos 14 y 15 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario, a los efectos de cumplir con el principio de transparencia en la concesión de préstamos inmobiliarios, en su vertiente material».

El registrador suspende la inscripción de dicha escritura porque, a su juicio, «es necesario que el notario exprese en la escritura de préstamo hipotecario sujeta a la Ley 5/2019 que ha cumplido con las exigencias de los artículos 29 y 30 de la Orden EHA 2899/2011 y que no existen discrepancias entre la Oferta Vinculante (FEIN) y las cláusulas de la escritura».

El recurrente sostiene que el notario debe hacer constar en la escritura las circunstancias exigidas por el artículo 15 de la Ley 5/2019 y la calificación registral debe limitarse a comprobar dicho extremo, de modo que la omisión de alguna de dichas circunstancias será defecto que impida la inscripción y la labor del registrador se limita a comprobar si constan dichos extremos. Y añade que el otorgamiento de la escritura implica que se ha respetado el principio de transparencia material así como la concordancia de la escritura con la información facilitada; y en la escritura calificada se han respetado las menciones exigidas por el citado artículo 15.

2. La cuestión planteada ha sido ya resuelta por esta Dirección General en Resoluciones de 29 de noviembre de 2019 y 7 de enero de 2020, cuyo criterio (también



expresado en la reciente Instrucción de este Centro Directivo de 20 de diciembre de 2019) debe ahora reiterarse.

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

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

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

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

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

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

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

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

En otras palabras, si el notario hace constar que el prestatario ha recibido la documentación y ha sido informado sobre ella por la entidad y por el propio notario en el acta, necesariamente ha debido comprobar que esa documentación es correcta y completa, y por consiguiente, entre otros varios aspectos, que la FEIN es la que corresponde al préstamo y a sus condiciones. Si no se han cumplido correctamente todas las obligaciones informativas que garantizan la transparencia material en la operación crediticia, y también, más en concreto, si la FEIN no se correspondiera con el préstamo, por diferir alguna de esas condiciones financieras, el notario deberá por tanto denegar la autorización de la escritura. Esa falta de correspondencia debe, no obstante, interpretarse correctamente: si las condiciones del préstamo son indiscutiblemente mejores (por ejemplo, si el diferencial del préstamo fuera inferior), o si existe una diferencia no en las condiciones propiamente dichas sino en los cálculos subsiguientes (por ejemplo, si por firmarse el préstamo en una mensualidad posterior a la inicialmente prevista la TAE resulta diferente, o el cuadro de amortización se modifica) ello no implica unas condiciones financieras diferentes, y por tanto no impide la autorización de la escritura de préstamo.

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

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

Si las discrepancias no son sustanciales, porque simplemente dieran lugar a unas condiciones objetivamente más favorables para la parte prestataria, o por su falta de entidad no afectaran a las condiciones financieras del préstamo en los términos que arriba se han indicado, el notario autorizante habrá informado de ello según proceda en cada caso al prestatario o garante, normalmente haciéndolo constar en el lugar donde se

debe cumplir con la transparencia, tanto formal como material, que es el acta previa, si las observó en la fase de su autorización, o bien incluso en la escritura si se observaron en ese momento posterior y dicha constancia se estima procedente. Por consiguiente, en todos los casos el notario, asumiendo su responsabilidad, podrá autorizar la escritura con base en su afirmación, en la reseña del acta, de que el prestatario ha recibido en plazo la documentación y el asesoramiento previsto en el artículo 15 de la ley.

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

Este control notarial del cumplimiento del principio de transparencia material no puede ser revisado por el registrador, de modo que éste deberá limitarse en su función 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 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 el acta que reseña, por él autorizada, los prestatarios han recibido en plazo la documentación y el asesoramiento prescritos en los artículos 14 y 15 de la Ley 5/2019, a los efectos de cumplir con el principio de transparencia en la concesión de préstamos inmobiliarios, en su vertiente material. Por ello, debe entenderse que la escritura es conforme con la FEIN y con el acta previa, por lo que la calificación impugnada no puede ser mantenida.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la calificación impugnada.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 16 de enero de 2020.–El Director General de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.