

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCR010144

RESOLUCIÓN de 6 de febrero de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad de Bilbao n.º 6, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo con garantía hipotecaria.

(BOE de 26 de junio de 2020)

SUMARIO:**Registro de la Propiedad. Préstamo hipotecario. Dudas sobre la finalidad. Ámbito de aplicación de la Ley 5/2019. Inmuebles de uso no residencial.**

La Ley 5/2019 se dicta con la finalidad de completar la transposición 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. Ello induciría a pensar que tanto la Directiva como la Ley tienen como único objetivo la regulación de los préstamos dotados de hipoteca u otra garantía real sobre inmuebles de uso residencial. Y así se desprendería además de sus respectivos preámbulos, lo que llevaría a la conclusión de que el apartado 1.b) del artículo 2 de la ley es fruto de una redacción defectuosa, que debería haber aclarado que esos préstamos cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad deben referirse a terrenos o inmuebles construidos o por construir cuyo destino final sea residencial. Frente a lo anterior, del texto de los dos preámbulos se desprende que, habiendo ambos sido objeto de una redacción no demasiado precisa, en su ámbito de aplicación **contemplan ciertos préstamos con finalidad no residencial**, siempre que su destinatario haya sido un consumidor. La Directiva está a la vez contemplando otros supuestos de crédito inmobiliario a consumidores, además del residencial y, de forma parecida, el Preámbulo de la Ley 5/2019 cita en numerosas ocasiones el mercado hipotecario y los préstamos sobre inmuebles, sin añadir la connotación «residencial».

El texto de los artículos 1, 2.1.b) y 4.1.1 de la Ley 5/2019 coinciden de forma casi literal con el artículo 3.1.b de la propia Directiva, lo que indica que la redacción de los artículos de la Ley responde, más que a una mala redacción, a una transposición literal de la Directiva, y por tanto que en ambos textos legales **se pretende incluir también otros inmuebles cuyo destino no sea el residencial**. Además, la propia Directiva permite que los Estados miembros hagan extensivas a otros bienes inmuebles las medidas adoptadas. La redacción coincidente en este sentido de los artículos de la Ley fue la propuesta desde la primera versión del Proyecto de Ley, sin que ninguna enmienda haya planteado la modificación o aclaración de la expresión empleada, salvo una, que precisamente proponía modificar el artículo 2.2 con la matización de que ha de tratarse de terrenos o inmuebles para uso residencial, por ser es más fiel con la redacción de la Directiva que se transpone. Que dicha propuesta no fuese aceptada, indica que no estuvo en la intención del legislador restringir la protección ofrecida por la Ley 5/2019 a los préstamos sobre inmuebles residenciales. La disposición final primera modifica la Ley Hipotecaria añadiendo un nuevo artículo 129 bis, con la regulación del vencimiento anticipado del préstamo. Si en este caso se ha introducido la concreción del uso residencial y, en cambio, en el supuesto general del artículo 2.1.b) no se ha hecho así, es porque se ha diferenciado intencionadamente ambos supuestos. Y ese tratamiento diferenciado puede tener plena justificación, por cuanto en el supuesto del préstamo para adquirir terrenos por construir destinados a vivienda del adquirente esa finalidad justificaría una exigencia, para el vencimiento anticipado, de un incumplimiento cualificado por su importe.

Cabe, finalmente, añadir un argumento de carácter sistemático: concedido un préstamo a una persona jurídica para adquirir un inmueble, y garantizado el mismo por una persona física consumidora, debe el mismo quedar sujeto a la ley, y desde el punto de vista teleológico resultará indiferente que la persona jurídica destine ese inmueble a una finalidad residencial (construir viviendas para su venta) o no residencial (adquirir o construir naves industriales o comerciales): lo relevante es que el garante es una persona física consumidora, y es a ésta únicamente a quien en este supuesto se está protegiendo. De todo ello, por tanto, se desprende que en el supuesto de los préstamos con una persona física consumidora que actúe en concepto de prestataria, fiadora o garante, cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, **la Ley 5/2019 será aplicable con independencia de que su destino sea o no residencial**.

PRECEPTOS:

Directiva 93/13/CEE (Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores), arts. 1, 6 y 7.
Directiva 2014/17/UE (contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial), art. 28.3.

Código Civil, art. 3.

Ley de 28 de mayo de 1862 (Notariado), arts. 1, 17 bis y 24.

Ley Hipotecaria de 1946, arts. 18, 21 y 114.

Ley 7/1998 (Condiciones Generales de la Contratación), arts. 5, 7, 11, 23 y 24.

RDLeg. 1/2007 (TRLGDCU), art. 83.

Ley 5/2019 (contratos de crédito inmobiliario), arts. 1, 2, 3, 7, 14, 15, 25 y 45.

Decreto de 2 de junio de 1944 (Rgto. Notarial), art. 147.

Orden EHA/2899/2011 (transparencia y protección del cliente de servicios bancarios), arts. 29 y 30.

En el recurso interpuesto por don Fernando Varela Uría, notario de Bilbao, contra la calificación de la registradora de la Propiedad de Bilbao número 6, doña María Begoña Beitia Bastida, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo con garantía hipotecaria.

Hechos

I

Mediante escritura otorgada el día 30 de julio de 2019 ante el notario de Bilbao, don Fernando Varela Uría, con el número 1.890 de protocolo, se formalizó un préstamo concedido por «Caixabank, S.A.» a dos personas físicas (doña G. C. A. y doña N. C. G.) y en garantía del mismo se constituyó hipoteca sobre tres locales (descritos cada uno de ellos como «Lonja») pertenecientes a los dos prestatarios y otras dos personas físicas no deudoras (doña J. G. S. y doña S. C. G.); y se garantizó con fianza de otra persona física (doña E. Z. P.).

En dicha escritura se expresa que «la parte deudora manifiesta que la presente financiación no se destina a una finalidad empresarial, profesional o comercial». Y también se añade que «se ha otorgado, con resultado positivo, el acta notarial previa a la formalización de este préstamo hipotecario, el día 23 de julio de 2019 bajo número 1829 de mi protocolo y afirmo, de acuerdo con la misma, que la parte prestataria ha recibido en plazo la documentación, es decir, la FEIN, FIAE y demás anexos exigidos legal o reglamentariamente, y el asesoramiento previo previsto en los artículos 14 y 15 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, con lo que se tiene por cumplido el principio de transparencia material».

II

Presentada telemáticamente el mismo día 30 de julio de 2019 copia autorizada de la escritura en el Registro de la Propiedad de Bilbao número 6, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Calificada, conforme a lo dispuesto en los artículos 18 y 19 de la Ley Hipotecaria, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 428 del Reglamento Hipotecario, la precedente copia en soporte papel de la escritura autorizada el día treinta de julio de dos mil diecinueve, ante el Notario de Bilbao Fernando Varela Uría, con el número 1890 de protocolo, que fue presentada telemáticamente por dicho Notario el día treinta de julio de dos mil diecinueve, bajo el asiento 1344 del Diario 77, y aportada en fecha cinco de septiembre del corriente año, por el presentante Don U. I. I., en su calidad de presentante del Grupo BC, relativa al acto o título inscribible idéntico al que fue presentado por vía telemática; se suspende el despacho de la misma, habiendo sido notificada la calificación desestimatoria total de la presente, al presentante) y al Notario autorizante de la misma, (artículo 322 de la L.H y artículo 40 de la ley 39/2015 de 1 de octubre de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), por haberse observado, conforme a los hechos y fundamentos de derecho que expongo, los siguientes defectos que se consideran subsanables;

Fundamentos de Derecho de carácter general.

Artículo 18 de la Ley Hipotecaria, conforme al cual, “Los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro.”.

Artículo 12 de la Ley Hipotecaria, conforme el cual, En la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración. Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por la hipoteca, cualquiera que sea la entidad acreedora, en caso de calificación registral favorable de

las mismas y de las demás cláusulas de trascendencia real, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización.

Artículo 2.582 de la Ley Hipotecaria, conforme al cual, “El registrador de la propiedad denegará la inscripción de aquellas cláusulas de los contratos que sean contrarias a normas imperativas o prohibitivas o hubieron sido declaradas nulas por abusivas por sentencia del Tribunal Supremo con valor de jurisprudencia o por sentencie firme inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

Artículo 83 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, conforme al cual, las cláusulas abusivas se considerarán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas, y las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho.

Artículo 84 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, conforme al cual, “los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.”.

Artículo 8 de la Ley 7/1996 de 13 de abril de Condiciones Generales de la Contratación, conforme al cual “serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”.

La Ley 1/2013 de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda. y alquiler social, que, adapta la legislación vigente, a las exigencias de la sentencia del Tribunal de Justicia Europeo do 14 de marzo de 2013 y la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013. Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

Fundamentos de Derecho de carácter especial.

1. Salvo manifestación en contrario, el préstamo concedido no entra dentro del ámbito de aplicación de la Ley 5/2019, puesto que recae sobre tres locales, siendo así que los locales, salvo que se hayan convertido en vivienda, trastero o garaje, o tengan un uso doméstico, y así se manifieste por los prestatarios, no tienen la consideración de inmuebles de uso residencial. Únicamente manifiestan los interesados que el préstamo no obedece a una finalidad empresarial, profesional o comercial, lo que quiere decir que es un préstamo hipotecario de consumo.

Según el Artículo 3 de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios: “A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión”.

Hay que entender que la Ley 5/2019, se está refiriendo a los inmuebles de uso residencial, aun cuando no se diga expresamente en el supuesto del apartado 2,1 b). Así se desprende de su preámbulo y normativa, en concreto se puede citar el artículo 129 bis que se refiere a la ejecución extrajudicial de préstamos hipotecarios “cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir de uso residencial”.

Según el artículo 2.1 de la nueva Ley, la misma será de aplicación a los contratos de préstamo concedidos por personas físicas o jurídicas que realicen dicha actividad de manera profesional, cuando el prestatario, el fiador o garante sea una persona física y dicho contrato tenga por objeto:

- La concesión de préstamos con garantía hipotecaria u otro derecho real de garantía sobre un inmueble de uso residencial. A estos efectos, también se entenderán como inmuebles para uso residencial aquellos elementos tales como trasteros, garajes, y cualesquiera otros que sin constituir vivienda como tal cumplen una función doméstica

- La concesión de préstamos cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, siempre que el prestatario, el fiador o garante sea un consumidor.

En esta línea, el pacto Sexto en relación con el Octavo, establecen que el interés de demora será el resultado de adicionar tres puntos al interés ordinario. Esta manifestación, sin embargo, no casa con el tipo máximo de intereses de demora pactado, que supera en dos puntos al interés ordinario máximo, en armonía con la legislación aplicable a los préstamos hipotecarios de consumo que no se encuadren dentro de la Ley 5/2019 (STS 3 de julio 20169 [sic]).

Es preciso aclarar este extremo, y en su caso, eliminar la limitación recogida en dichos pactos.

A los efectos de determinar la aplicabilidad de la Ley 5/2019 el préstamo hipotecario referenciado, es preciso, por tanto, determinar la finalidad del préstamo en el sentido indicado.

2. De resultar aplicable la mencionada Ley, además sería, preciso subsanar los siguientes defectos:

Falta en la reseña notarial del acta de transparencia de referencia al fiador y la hipotecante no deudora. En la adjunta escritura de préstamo hipotecario interviene un hipotecante de deuda ajena (Doña S. C. G.), y fiador persona física que tiene la condición de consumidor (Don E. Z.), sin que el notario autorizante, en la reseña del acta notarial de transparencia, hacia contar que la misma ha sido tramitada también con los mismos y no solo con el prestatario como se afirma.

Fundamento de Derecho. Según el artículo 15.4 de la LCI que regula las obligaciones relativas al acta previa de transparencia “La obligación de comparecencia y las normas de protección al prestatario previstas en la presente Ley se extenderán a toda persona física que sea fiadora o garante del préstamo”, lo que implica que la reseña notarial de tal acta a que se refiere el mismo artículo en su número 7 deba comprender también la indicación de que los plazos y el asesoramiento se han cumplido también respecto de los garantes.

Además, el artículo 22.2 de la LCI establece que no se inscribirán aquellas escrituras de préstamo o crédito hipotecario a las que sea de aplicación esta Ley en las que no conste la reseña del acta conforme al artículo 15.7, lo que debe aplicarse también a los supuestos en que sea incompleta.

La aseveración por el notario de la coincidencia entre las estipulaciones de la escritura y las condiciones de la oferta vinculante. El notario autorizante no manifiesta que no existen discrepancias entre las condiciones de la oferta vinculante y las estipulaciones de la adjunta escritura, ni se acompaña la Ficha Europea de Información Normalizada -FEIN- al objeto de poder realizar dicha comprobación.

Fundamento de Derecho. Según el artículo 29 de la Orden EHA 2899/11: “las cláusulas de los documentos contractuales no podrán, en perjuicio del cliente, desvirtuar el contenido de la FEIN”; añadiendo su artículo 30.3.a que “el notario debe comprobar 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.

Conforme a los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 98 de su Reglamento, el Registrador califica bajo su responsabilidad los documentos presentados, extendiéndose la calificación -entre otros extremos- a “los obstáculos que surjan del Registro”, a “la legalidad de sus formas extrínsecas de los documentos de toda clase en cuya virtud se solicite la inscripción” a “las que afecten a la validez de los mismos, según las leyes que determinan la forma de los instrumentos” y a “la no expresión, o a la expresión sin claridad suficiente de cualquiera de las circunstancias que, según la Ley y este Reglamento, debe contener la inscripción, bajo pena de nulidad”.

En aplicación del artículo 323 de la Ley Hipotecaria queda automáticamente prorrogada la vigencia del asiento de presentación por plazo de sesenta días desde la fecha de la notificación de la calificación expresada en este escrito.

De acuerdo con la ley de 26 de diciembre de 2001 (...)

Bilbao, dieciséis de septiembre de dos mil diecinueve. Este documento ha sido firmado digitalmente por la registradora doña Begoña Beitia Bastida con firma electrónica reconocida.»

III

Solicitada por notario de Bilbao, don Fernando Varela Uría, calificación conforme al cuadro de sustituciones, correspondió la misma al registrador de la Propiedad de Barakaldo, don Lorenzo González Sarmiento, quien, el día 9 de octubre de 2019, emitió calificación con los siguientes fundamentos de Derecho:

«Primero: Teniendo en cuenta que el recurso gubernativo sólo puede interponerse contra la calificación del Registrador sustituido, la calificación del Registrador sustituto tiene como único alcance remover o confirmar los defectos atribuidos por el Registrador sustituto (cfr. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de Febrero de 2.005).

Segundo: vistos los artículos, 12 y 18 de la Ley Hipotecaria, artículos 83 y 85 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, artículo 8 de la Ley 7/1998 de 13 de abril y la Ley 1/2013 de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios y la Ley 5/2019 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

Tercero: Salvo manifestación en contrario, el préstamo concedido no entra dentro del ámbito de aplicación de la Ley 5/2019, puesto que recae sobre tres locales, siendo así que los locales, salvo que se hayan convertido en vivienda, trastero o garaje, o tengan un uso doméstico, y así se manifieste por los prestatarios, no tienen la

consideración de inmuebles de uso residencial. Únicamente manifiestan los interesados que el préstamo no obedece a una finalidad empresarial, profesional o comercial, lo que quiere decir que es un préstamo hipotecario de consumo.

Según el Artículo 3 de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios: "A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión".

Hay que entender que la Ley 5/2019, se está refiriendo a los inmuebles de uso residencial, aun cuando no se diga expresamente en el supuesto del apartado 2,1 b). Así se desprende de su preámbulo y normativa, en concreto se puede citar el artículo 129 bis que se refiere a la ejecución extrajudicial de préstamos hipotecarios "cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir de uso residencial".

Según el artículo 2.1 de la nueva Ley, la misma será de aplicación a los contratos de préstamo concedidos por personas físicas o jurídicas que realicen dicha actividad de manera profesional, cuando el prestatario, el fiador o garante sea una persona física y dicho contrato tenga por objeto:

- La concesión de préstamos con garantía hipotecaria u otro derecho real de garantía sobre un inmueble de uso residencial. A estos efectos, también se entenderán como inmuebles para uso residencial aquellos elementos tales como trasteros, garajes, y cualesquiera otros que sin constituir vivienda como tal cumplen una función doméstica

- La concesión de préstamos cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, siempre que el prestatario, el fiador o garante sea un consumidor.

Por los referidos hechos y fundamentos de derechos confirmo la calificación desfavorable de fecha dieciséis de septiembre de dos mil diecinueve, suscrita por la Registradora de Bilbao 6, respecto de la escritura autorizada Notario de Bilbao, Don Fernando Varela Uría, el día treinta de julio de dos mil diecinueve, número 1890 (...).»

IV

Contra la nota de calificación sustituida, don Fernando Varela Uría, notario de Bilbao, interpuso recurso el día 11 de noviembre de 2019 mediante escrito en el que alegaba lo siguiente:

«Primero: Que el 30 de julio de 2019, bajo el número 1.890 de protocolo, Don G. C. A., Doña N. C. G., Don E. Z. P., Doña J. G. S. y Doña S. C. G. y la entidad Caixabank, S.A. otorgaron ante mí escritura de préstamo con garantía hipotecaria, que fue presentada en el Registro de la Propiedad n.º 6 de Bilbao, cuya titular suspendió la inscripción solicitada por el defecto que es objeto del presente recurso que consiste en que: "Salvo manifestación en contrario, el préstamo concedido no entra dentro del ámbito de aplicación de la Ley 5/2019, puesto que recae sobre tres locales... Hay que entender que la Ley 5/2019 se está refiriendo a los inmuebles de uso residencial, aun cuando no se diga expresamente en el supuesto del apartado 2.1b). Así se desprende de su preámbulo y normativa, en concreto se puede citar el artículo 129 bis que se refiere a la ejecución extrajudicial de préstamos hipotecarios..."

Los deudores manifiestan que la financiación no se destina a una finalidad empresarial, profesional o comercial por lo que conforme al art 3 de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, tienen el carácter de consumidores. Y el préstamo se destinó a la compra de unos locales que se otorgó en escritura otorgada ante mí, el mismo día, con el número anterior de protocolo.

Segundo: Se solicitó la calificación sustitutoria que correspondió al Registrador de la Propiedad de Barakaldo quien ratificó sólo el anterior defecto. En la calificación original se incluían como defectos subsidiarios -"De resultar aplicable la mencionada ley"-: la falta en la reseña notarial del acta de transparencia de referencia al fiador y la hipotecante no deudora; y la falta de aseveración por el Notario de la coincidencia entre las estipulaciones de la escritura y las condiciones de la oferta vinculante. Tras leer los fundamentos jurídicos de la calificación sustitutoria que no menciona a estos defectos adicionales, se infiere que no fueron confirmados. Respecto de estos últimos, si esa Dirección General entendiera que han sido también confirmados, se ruega se consideren igualmente recurridos por no incluirse entre los requisitos del acta en la LCCI.

Tercero: La LCCI ha supuesto un paso adelante en la protección de los consumidores por su acentuado carácter tuitivo pues, como dispone su Preámbulo, se introducen previsiones cuya finalidad es la de potenciar la seguridad jurídica, la transparencia y comprensión de los contratos y de las cláusulas que los componen, así como el justo equilibrio entre las partes. Todo ello para terminar con los problemas derivados de la asimétrica posición que ocupan en la relación contractual el prestamista y el prestatario por lo que se establece un régimen específico de protección de las personas consumidoras que ha llegado más allá de la estricta transposición de la Directiva 2014/17.

Esta especial protección a los consumidores se ha traducido en una fase precontractual que exige unos severos requisitos formales, de información por las entidades de crédito, de asesoramiento por los notarios y de plazos de tramitación; además se prohíben las ventas vinculadas, se limita la política retributiva del personal de banca, se restringen las comisiones por reembolso anticipado, se introduce una nueva regulación del vencimiento

anticipado, se regulan los intereses de demora y se favorece la subrogación y la novación modificativa de los préstamos. Por todo ello, excluir a los otorgantes del amparo de la ley supondría expulsarles de esta esfera de protección y un perjuicio evidente

Cuarto: Al tratarse de una ley que tiene como objetivo defender la situación más vulnerable del consumidor parece lógico que cualquier duda en interpretación debe ser resuelta aplicando el principio "in dubio pro consumidor", principio recogido en las Sentencias de la Audiencias Provinciales de Barcelona de 31 de Julio de 2002, de Valencia de 15 de Febrero de 2008, de Pamplona de 4 de Julio de 2010 y de Vizcaya de 15 de Septiembre de 2008, entre otras. Y es evidente que lo más beneficioso para el consumidor es mantenerle bajo el manto de la LCCI y no fuera de ella.

Quinto: El artículo 1 de la LCCI dispone: "*Objeto*."

Esta Ley tiene por objeto establecer determinadas normas de protección de las personas físicas que sean deudores, fiadores o garantes, de préstamos que estén garantizados mediante hipoteca u otro derecho real de garantía sobre bienes inmuebles de uso residencial o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir."

El artículo 2: "*Ámbito de aplicación*."

1. Esta Ley será de aplicación a los contratos de préstamo concedidos por personas físicas o jurídicas que realicen dicha actividad de manera profesional, cuando el prestatario, el fiador o garante sea una persona física y dicho contrato tenga por objeto:

a) La concesión de préstamos con garantía hipotecaria u otro derecho real de garantía sobre un inmueble de uso residencial. A estos efectos, también se entenderán como inmuebles para uso residencial aquellos elementos tales como trasteros, garajes, y cualesquiera otros que sin constituir vivienda como tal cumplen una función doméstica.

b) La concesión de préstamos cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, siempre que el prestatario, el fiador o garante sea un consumidor."

El artículo 4: "*Definiciones*."

A los efectos de la presente Ley se entenderá por:

1) 'Prestatario': toda persona física que sea deudor de préstamos que estén garantizados mediante hipoteca sobre bienes inmuebles de uso residencial o cuya finalidad sea la adquisición o conservación de terrenos o inmuebles construidos o por construir"

El artículo 6 b): "cuando proceda, que el contrato de préstamo estará garantizado por una hipoteca o por otra garantía real sobre bienes inmuebles de uso residencial, o por un derecho relativo a un bien inmueble"

En otras partes de la Ley se refiere bien exclusivamente a los inmuebles residenciales (artículo 11.3 y 25), o bien no discrimina y habla de "inmuebles" (artículo 13), es decir, diferencia en los casos en los que considera que tiene que hacerlo.

La mención que en este sentido hace en su calificación la Sra. Registradora al artículo 129 bis debe ser matizada pues no se trata de un artículo de la LCCI, que sólo llega al 49, sino la modificación del citado artículo de la Ley Hipotecaria, y desde luego no tiene relación con el Ámbito de aplicación de la LCCI.

De lo expuesto se deduce que la Ley discrimina entre los inmuebles residenciales y los inmuebles en general, según se utilicen como garantía real (inmuebles residenciales) o se trate de un préstamo para su adquisición o la conservación del derecho de propiedad (inmuebles). En el primero de los grupos (artículo 2.1.a) lo definitorio es que el inmueble sea residencial y que se utilice como garantía real, al margen de la que el cliente sea o no consumidor y de la finalidad del préstamo; en el segundo (artículo 2.1.b) no se tiene en consideración que haya garantía real, lo importante es que el prestatario, el fiador o el garante sea un consumidor. Es decir, habida cuenta de que se trata de una norma tuitiva, el primer apartado busca proteger los inmuebles residenciales y el segundo a los consumidores.

La diferenciación es igual a la que establecía la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, cuyo artículo 19 distingue los préstamos con hipoteca sobre vivienda y aquellos cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir.

Todo esto nos lleva a concluir que la reiterada diferenciación entre las dos expresiones es intencionada y busca que, en caso de garantía real, sólo estén bajo el paraguas de la Ley los inmuebles residenciales y, en caso de que intervengan consumidores lo estén siempre, cualquiera que sea el inmueble.

Sexto: El artículo 3.1 del CC dispone:

“Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.”

Luego el primer criterio de interpretación es la literalidad del texto, lo que en nuestro caso no deja dudas, el término inmueble incluye los locales comerciales. Pero incluso en su relación con el contexto es evidente que el apartado b) del artículo 2.1 busca intencionadamente no referirse a las viviendas (como sí se hace en el apartado anterior) sino que recoge el término inmueble para incluir todos los tipos. La propia norma, cuando quiere referirse al uso residencial lo hace expresamente luego si en este caso lo evita es para incluir a la totalidad de los inmuebles. Es decir, no se trata de un error de técnica legislativa porque ambas expresiones se utilizan en el mismo artículo, en párrafos correlativos. ¿De qué otra forma mejor debería el legislador haber hecho constar que el apartado b) se aplica a todos los inmuebles? ¿Por qué no se considera suficiente la fórmula utilizada y se tuerce la literalidad para reducir su ámbito? No parece lógico esperar que hubiera incluido una expresión aclaratoria adicional para decir que en este caso se refiere a todos los inmuebles y no a los residenciales. Más bien parece que si la intención del legislador hubiera sido que la ley se aplicara exclusivamente a los inmuebles de uso residencial hubiera hecho tabla rasa y optado por un pronunciamiento general en este sentido y no hubiera salpicado la Ley con ambos términos diferenciados como efectivamente ha hecho.

Séptimo: Procede también alegar el principio general según el cual “ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus”, donde la ley no distingue no debe distinguir el intérprete, máxime cuando se trata de restringir derechos que la misma establece. Así lo recogen las SSTs 26/11/08 -rc 95/06-; 9/12/10 -rcud 321/10-; y 5/03/12 -rc 57/11. E insistimos que expulsar del amparo de la Ley supone vulnerar un derecho pues se trata de una norma cuya finalidad es la protección del consumidor.

Octavo: La LCCI transpone la Directiva comunitaria 2014/17/UE, pero, según dice el Preámbulo de aquélla, excede el ámbito recogido en ésta (“se ha optado por ir más allá de la estricta transposición de la Directiva 2014/17”). Y uno de los aspectos en los que ha ampliado su objeto es en la inclusión de inmuebles no residenciales lo que, por cierto, ella misma contempla en su Considerando 13: “si bien la presente Directiva regula los contratos de crédito que están relacionados de manera exclusiva o predominante con bienes inmuebles de uso residencial, ello no impide que los Estados miembros hagan extensiva a otros bienes inmuebles las medidas adoptadas de conformidad con la presente Directiva para proteger a los consumidores en relación con los contratos de crédito...” Y literalmente esto es lo que ha hecho el legislador español, ha incluido otros inmuebles no residenciales para proteger a los consumidores pues, como dice el artículo 2.1.b), para que los inmuebles no residenciales se vean amparados por esta Ley el prestatario, el fiador o el garante debe ser un consumidor.

Noveno: El criterio que se defiende en este recurso coincide con el de la Comisión de Consultas Doctrinales del Colegio de Registradores. Incorporo el informe emitido sobre la ley en cuyo apartado 1.-Ámbito de Aplicación, dice en referencia al artículo 2.1 b) de la ley que “en este segundo supuesto no se distingue si el inmueble es residencial”.

Décimo: Pese a que en el primer defecto la Sra. Registradora manifiesta que no es aplicable la LCCI, como segundo defecto expone que, “De resultar aplicable la mencionada ley”, falta en la reseña notarial del acta de transparencia de referencia al fiador y la hipotecante no deudora; y la aseveración por el Notario de la coincidencia entre las estipulaciones de la escritura y las condiciones de la oferta vinculante.

Entendemos que tales defectos no han sido ratificados por la calificación sustitutoria, pero se ruega a esa Dirección General que se pronuncie sobre si es aceptable esta fórmula de calificación subsidiaria en la que se expone un defecto y, a. continuación, otro para el caso de que el primero no sea correcto.»

V

La registradora de la Propiedad emitió informe el día 19 de noviembre de 2019 y, por mantener su calificación, elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 3 del Código Civil; 18, 21 y 114 de la Ley Hipotecaria; 1, 2, 3, 7, 14, 15, 25 y 45 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; 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; 1, 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, 26 de mayo, 30 de junio y 8 de septiembre de 2014, 14 de diciembre de 2017 y 11 de septiembre de 2019; 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, 29 de noviembre y 5 y 19 de diciembre de 2019 y 7, 15, 16, 22 y 28 de enero de 2020.

1. Mediante la escritura que es objeto de la calificación impugnada se formalizó un préstamo concedido por «Caixabank, S.A.» a dos personas físicas (doña G. C. A. y doña N. C. G.), y en garantía del mismo se constituyó hipoteca sobre tres locales (descritos cada uno de ellos como «Lonja») pertenecientes a los dos prestatarios y otras dos personas físicas no deudoras (doña J. G. S. y doña S. C. G.); y también se garantizó con fianza de otra persona física (doña E. Z. P.). En dicha escritura se expresa que «la parte deudora manifiesta que la presente financiación no se destina a una finalidad empresarial, profesional o comercial».

La primera objeción que la registradora opone a la inscripción solicitada es que, a su juicio, de la escritura no se desprende cual es la finalidad del préstamo, por lo que solicita aclaración y se suspende la inscripción por entender que el préstamo que se formaliza no está incluido en el ámbito de aplicación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, al tratarse de hipoteca sobre inmuebles de uso no residencial. Y añade que dicho préstamo está sujeto a la normativa general de consumo que no cumple.

El notario recurrente alega que los deudores manifiestan en la escritura que la financiación no se destina a una finalidad empresarial, profesional o comercial, por lo que conforme al artículo 3 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, tienen el carácter de consumidores. Y añade que el préstamo que se formaliza está dentro del ámbito de aplicación de la Ley 5/2019, por ser aplicable el artículo 2.1.b), que exige que la finalidad del préstamo sea «adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir», y estos no tienen por qué ser de uso residencial.

2. El artículo 1 de la citada Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, en su primer inciso, establece que: «Esta Ley tiene por objeto establecer determinadas normas de protección de las personas físicas que sean deudores, fiadores o garantes, de préstamos que estén garantizados mediante hipoteca u otro derecho real de garantía sobre bienes inmuebles de uso residencial o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir».

En análogos términos, el apartado 1 del artículo 2 de la misma dispone lo siguiente:

«Esta Ley será de aplicación a los contratos de préstamo concedidos por personas físicas o jurídicas que realicen dicha actividad de manera profesional, cuando el prestatario, el fiador o garante sea una persona física y dicho contrato tenga por objeto:

a) La concesión de préstamos con garantía hipotecaria u otro derecho real de garantía sobre un inmueble de uso residencial. A estos efectos, también se entenderán como inmuebles para uso residencial aquellos elementos tales como trasteros, garajes, y cualesquiera otros que sin constituir vivienda como tal cumplen una función doméstica.

b) La concesión de préstamos cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, siempre que el prestatario, el fiador o garante sea un consumidor (...).

En la interpretación del inciso final del artículo 1, y del este último apartado b), se ha planteado si para que resulte aplicable la Ley 5/2019 a los préstamos con personas físicas que sean deudores, fiadores o garantes, en quienes concurra la condición de consumidor, y cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, se requiere que tales inmuebles (construidos o por construir) tengan también un uso o destino residencial. Y esta cuestión se ha resuelto en 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.

Como afirma dicha Instrucción, la Ley 5/2019 se dicta con la finalidad de completar la transposición 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. Ello induciría a la conclusión de que

tanto la Directiva como la Ley tienen como único objetivo la regulación de los préstamos dotados de hipoteca u otra garantía real sobre inmuebles de uso residencial. Y así se desprendería además de sus respectivos preámbulos, cuando en el considerando 13 de la Directiva se indica que «la presente Directiva regula los contratos de crédito que están relacionados de manera exclusiva o predominante con bienes inmuebles de uso residencial», y en los apartados I y III del Preámbulo de la ley se destacan la importancia del sistema hipotecario español para que «numerosas familias españolas puedan disfrutar de viviendas en propiedad», y el dato de que la Directiva, que la ley traspone a nuestro ordenamiento, «establece un régimen específico de protección de las personas consumidoras que tengan la condición de prestatarios, garantes o titulares de garantías en préstamos o créditos garantizados mediante hipoteca sobre bienes inmuebles de uso residencial, o cuya finalidad sea la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial», y admite la ampliación de su ámbito subjetivo de aplicación, lo que ha hecho la Ley cuando «extiende su régimen jurídico a todas las personas físicas, con independencia de que sean o no consumidores.»

Ello llevaría a la conclusión de que el apartado 1.b) del artículo 2 de la ley es fruto de una redacción defectuosa, que debería haber aclarado que esos préstamos cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad deben referirse a terrenos o inmuebles construidos o por construir cuyo destino final sea residencial.

Frente a lo anterior, del texto de los dos preámbulos se desprende que, habiendo ambos sido objeto de una redacción no demasiado precisa, en su ámbito de aplicación contemplan ciertos préstamos con finalidad no residencial, siempre que su destinatario haya sido un consumidor.

Así, el considerando 15 de la Directiva dice, literalmente, que «el objetivo de la presente Directiva consiste en garantizar que todos los consumidores que concluyan los contratos de crédito para bienes inmuebles disfruten de un elevado grado de protección. Procede, por tanto, que se aplique a los créditos garantizados mediante bienes inmuebles, con independencia de la finalidad del crédito, a los contratos de refinanciación u otros contratos de crédito que ayuden al propietario de la totalidad o de una parte de un bien inmueble a conservar derechos sobre bienes inmuebles o fincas, y a los créditos utilizados para adquirir bienes inmuebles en algunos Estados miembros, incluidos los que no requieren el reembolso del capital, o, salvo si los Estados miembros han establecido un marco alternativo adecuado, a los que tienen como finalidad proporcionar financiación temporal en el lapso de tiempo comprendido entre la venta de un bien inmueble y la compra de otro, así como a los créditos garantizados destinados a la renovación de bienes inmuebles para uso residencial». Ello indica, por tanto, que la Directiva está a la vez contemplando otros supuestos de crédito inmobiliario a consumidores, además del residencial (que en este apartado se cita, pero de manera residual, en el último inciso, referente a la renovación del inmueble).

De forma parecida, el Preámbulo de la Ley 5/2019 cita en numerosas ocasiones el mercado hipotecario y los préstamos sobre inmuebles, sin añadir la connotación «residencial».

A ello se debe añadir que el texto de los artículos 1 y 2.1.b) de la Ley 5/2019, así como el artículo 4.1.1 de la misma ley, al definir al prestatario, coinciden de forma casi literal con el artículo 3.1.b de la propia Directiva, cuando dice sin mayores precisiones que la misma se aplicará a «los contratos de crédito cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre fincas o edificios construidos o por construir», lo que indica que la redacción de los dos artículos de la Ley 5/2019 responde, más que a una mala redacción, a una transposición literal de la Directiva, y por tanto que en ambos textos legales se pretende incluir también otros inmuebles cuyo destino no sea el residencial. Además, la propia Directiva permite que los Estados miembros hagan extensivas a otros bienes inmuebles las medidas adoptadas.

Junto a lo anterior, se debe considerar que la redacción coincidente en este sentido de los artículos 1 y 3 de la Ley 5/2019 fue la propuesta desde la primera versión del Proyecto de Ley, sin que ninguna enmienda haya planteado la modificación o aclaración de la expresión empleada por ambos artículos, salvo una. Se trata de la número 210, presentada por el Partido Popular, que precisamente proponía modificar el artículo 2.2, dejándolo con la siguiente redacción: «a los efectos de esta Ley, se entenderá por prestatario a toda persona física que sea deudor de préstamos que estén garantizados mediante hipoteca sobre bienes inmuebles de uso residencial o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, para uso residencial», con la justificación de que esa matización de que ha de tratarse de terrenos o inmuebles para uso residencial es más fiel con la redacción de la Directiva que se traspone. Sin embargo, dicha propuesta no fue aceptada, lo que indica que no estuvo en la intención del legislador restringir la protección ofrecida por la Ley 5/2019 a los préstamos sobre inmuebles residenciales.

Otro argumento se desprende de la disposición final primera, que modifica la Ley Hipotecaria, añadiendo un nuevo artículo 129 bis, con la regulación del vencimiento anticipado del préstamo, la cual es aplicable, dice literalmente, al «préstamo o crédito concluido por una persona física y que esté garantizado mediante hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir para uso residencial». Ello significa que si en este caso se ha introducido la concreción del uso residencial, y en cambio en el supuesto general del artículo 2.1.b) no se ha hecho así, es porque se ha diferenciado intencionadamente ambos supuestos. Y ese tratamiento diferenciado puede tener plena justificación, por cuanto en el supuesto del préstamo para adquirir terrenos por construir destinados a vivienda

del adquirente esa finalidad justificaría una exigencia, para el vencimiento anticipado, de un incumplimiento cualificado por su importe.

Cabe, finalmente, añadir un argumento de carácter sistemático: concedido un préstamo a una persona jurídica para adquirir un inmueble, y garantizado el mismo por una persona física consumidora, debe el mismo quedar sujeto a la ley, y desde el punto de vista teleológico resultará indiferente que la persona jurídica destine ese inmueble a una finalidad residencial (construir viviendas para su venta) o no residencial (adquirir o construir naves industriales o comerciales): lo relevante es que el garante es una persona física consumidora, y es a ésta únicamente a quien en este supuesto se está protegiendo.

De todo ello, por tanto, se desprende que en el supuesto de los préstamos con una persona física consumidora que actúe en concepto de prestataria, fiadora o garante, cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, la Ley 5/2019 será aplicable con independencia de que su destino sea o no residencial.

3. Como consecuencia de la aplicación de la Ley 5/2019 al préstamo formalizado en la escritura calificada, no pueden mantenerse los reparos expresados en la calificación respecto del interés de demora pactado, resultante de adicionar tres puntos al interés ordinario, pues se ajusta a lo establecido, respecto de todo préstamo o crédito concluido por una persona física que esté garantizado mediante hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial, en los artículos 25 de la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario y 114, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria, normas que tiene carácter imperativo, como ha puesto de relieve la Dirección General de los Registros y del Notariado en las recientes Resoluciones de 5 y 19 de diciembre de 2019 y 15 y 28 de enero de 2020. A la vista de estas normas, y aun cuando en el presente caso se trata de hipoteca constituida sobre inmuebles no residenciales, no puede confirmarse el criterio del registrador según el cual -por aplicación de interpretación jurisprudencial anterior a la Ley 5/2019- el tipo de interés de demora no podría ser superior en más de dos puntos al interés ordinario.

4. También las anteriores aclaraciones sobre el ámbito de aplicación de la Ley 5/2019 hacen necesario decidir sobre la objeción que la registradora opone a la inscripción de la misma (y de la cual nada se expresa en la calificación sustitutoria) consistente en que en la reseña del acta notarial previa a la formalización de dicho préstamo a la que se refiere el artículo 15 de la citada ley debe indicarse que los hipotecantes no deudores y el fiador, personas físicas, han recibido en plazo la documentación y el asesoramiento previstos en dicho precepto legal.

Debe tenerse en cuenta que ese artículo 15.2 impone al notario el deber de comprobar «el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 14.1» de la misma ley para «(...) toda persona física que sea fiadora o garante del préstamo». Por tanto, el deber de comparecencia a efectos de información, y la correspondiente protección se extiende, por disposición expresa de la ley, a la persona física que sea fiadora o garante del préstamo (como es el hipotecante no deudor), lo que se confirma por el artículo 26.2 de la Orden EHA/2899/2011 (en virtud de la redacción modificada por la Orden ECE/482/2019). Por consiguiente, el notario debe comprobar que se han cumplido respecto del hipotecante no deudor lo establecido en los artículos 14 y 15 de la ley; y, por ende, la reseña del acta de información previa que en la escritura de formalización del préstamo hipotecario impone el apartado 7 del artículo 15 debe extenderse a tal extremo.

La registradora debe 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, y también el hipotecante no deudor y el fiador personas físicas en caso de existir, han recibido en plazo la documentación y el asesoramiento previsto en el artículo 15 de la Ley. Ciertamente, el apartado 7 del citado artículo 15 se refiere únicamente al «prestatario», pero frente a la interpretación únicamente literal de esta norma debe prevalecer la interpretación lógica, sistemática y finalista de la misma para incluir en la preceptiva reseña contenida en la escritura calificada en el presente caso la indicación de que también se ha cumplido el principio de transparencia material respecto de las hipotecantes no deudoras y del fiador.

5. Por último, no puede ser confirmada la objeción que opone la registradora al expresar que «el notario autorizante no manifiesta que no existen discrepancias entre las condiciones de la oferta vinculante y las estipulaciones de la adjunta escritura, ni se acompaña la Ficha Europea de Información Normalizada -FEIN- al objeto de poder realizar dicha comprobación».

La cuestión planteada ha sido ya resuelta por la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resoluciones de 29 de noviembre de 2019 y 7, 15, 16, 22 y 28 de enero de 2020, cuyo criterio (también expresado en la reciente Instrucción de ese 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 -como se pretende en la calificación impugnada en este expediente- o que se incorpore a la escritura de formalización del préstamo al objeto de poder realizar una comprobación que es responsabilidad -consecuente con la competencia- del notario autorizante.

En el presente caso, el notario autorizante de la escritura calificada ha hecho constar en la misma, bajo su responsabilidad, que mediante el acta que reseña, por él autorizada, el prestatario ha recibido en plazo la documentación y el asesoramiento previsto en el artículo 15 de la Ley 5/2019, a los efectos de cumplir con el principio de transparencia material en los contratos de crédito inmobiliario. 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 parcialmente el recurso, en cuanto a la aplicabilidad de la Ley 5/2019 al préstamo formalizado en la escritura calificada, también respecto del interés de demora pactado, revocando el último de los defectos invocados por la registradora, así como respecto de la necesidad de la aseveración por el notario de la coincidencia entre las estipulaciones de la escritura y las condiciones de la oferta vinculante; y desestimarle en cuanto a la necesidad de incluir en la reseña del acta de transparencia material la correspondiente referencia a las hipotecantes no deudoras y al fiador.

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, 6 de febrero de 2020. La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.