

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

6548 *Resolución de 19 de mayo de 2017, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador de propiedad de Torrelodones, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario.*

En el recurso interpuesto por don F. J. M. L., en nombre y representación de don S. M. H., contra la nota de calificación del registrador de Propiedad de Torrelodones, don Enrique Américo Alonso, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario por razón de la falta de oferta vinculante en el préstamo hipotecario ya existente que es objeto de renovación en la escritura objeto de la calificación, renovación respecto de la que sí se aporta oferta vinculante.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 21 de noviembre de 2016 por el notario de Madrid, don Ignacio Maldonado Ramos, con el número 3.686 de protocolo, los cónyuges don M. S. R. y doña E. F. P., en quienes concurre la condición de consumidores, constituyeron una hipoteca en garantía de un préstamo por un principal de 84.000 euros sobre un piso que constituye su residencia familiar habitual, la finca registral número 4.322 del Registro de la Propiedad de Torrelodones, a favor del prestamista don S. M. H. Se da la circunstancia que esta escritura sustituye las cláusulas de un préstamo hipotecario anterior constituido en escritura autorizada en Madrid, el día 28 de julio de 2016, ante el notario de Madrid, don José Carlos Sánchez González, con el número 950 de protocolo.

II

Dicha escritura fue presentada telemáticamente en el Registro de la Propiedad de Torrelodones y objeto de la siguiente nota de calificación: «N.º Entrada: 2246 N.º Protocolo: 3686/2016 Nota de calificación de la escritura otorgada en Madrid, el día Veintiuno de Noviembre dos mil dieciséis, ante el Notario don Ignacio Maldonado Ramos, bajo el número 3.686 de protocolo, presentada en este Registro Telemáticamente a las 13:22 horas del día Veintiuno de Noviembre de dos mil dieciséis, causando el asiento 544 del Tomo 184 del Diario, habiendo sido aportada copia física acreditando el pago de los impuestos el 16 de diciembre de dos mil dieciséis. Enrique Américo Alonso, Registrador de la Propiedad de Torrelodones, deniega la inscripción de la escritura objeto de calificación, por los siguientes hechos y fundamentos de derecho, al tener el primero de los defectos que se señalan el carácter de insubsanable, y el segundo de subsanable, I Hechos: En virtud de escritura autorizada en Madrid, el 28 de julio de 2016, ante el notario don José Carlos Sánchez González, con el número 950 de su protocolo, don S. M. H. concedió a los cónyuges don M. S. R. y doña E. F. P. un préstamo hipotecario, que fue objeto de calificación negativa, por entre otros, el siguiente hechos y fundamento de derecho: «El préstamo hipotecario objeto de calificación es concedido a unas personas físicas sobre su vivienda habitual por don S. M. H., con DNI (...), casado en gananciales con doña A. M. R. S. G. No consta que la finalidad del préstamo sea la financiación de la actividad empresarial o profesional del deudor, por lo que debe presumirse la condición de consumidor del prestatario. Se expresa en la estipulación decimoséptima que el prestamista no constituye empresa que realice con carácter profesional la actividad de concesión de préstamos ni de servicios de intermediación. No obstante, consultado al Servicio de Sistemas de Información del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, resulta

Que don S. M. H. y doña A. M. R. S. G. son titulares de diversos derechos de hipoteca. Se acompaña al efecto copia de la citada consulta. No consta que el prestamista haya cumplido los requisitos de la inscripción en el registro público previsto en su artículo 3 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, ni la suscripción del seguro de responsabilidad civil o la constitución del aval bancario impuestos por el artículo 7 de la citada Ley. Tampoco se ha acreditado el cumplimiento de los requisitos de información precontractual y transparencia exigidos por los artículos 14 a 16 y 18.2 de dicha Ley Fundamentos de Derecho: El artículo 1, número 1, letra a), de la Ley 2/2009 dispone como ámbito objetivo de aplicación de la misma 'la concesión de préstamos o créditos hipotecarios bajo la forma de pago aplazado, apertura de crédito o cualquier otro medio equivalente de financiación' que realicen de manera profesional personas físicas o jurídicas en favor de otras personas físicas o jurídicas que tengan la condición de consumidores por actuar en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional. Se exige en tales supuestos, conforme al artículo 18 de la Ley, el cumplimiento de una serie de deberes, tales como la inscripción en el registro público previsto en su artículo 3 del prestamista, o la suscripción del seguro de responsabilidad civil o la constitución del aval bancario impuestos por el artículo 7 de la citada Ley, así como el cumplimiento de unos requisitos de información precontractual y transparencia cuyo cumplimiento no ha sido acreditado (...) En consecuencia, en el caso de la escritura objeto de calificación, resulta clara la inclusión del prestamista en el ámbito de aplicación de la Ley 2/2009 por los datos obtenidos por la consulta al Sistema de Interconexión de Registros, siendo necesario acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en la citada Ley. Se advierte además al respecto que de acuerdo con la resolución de 28 de julio de 2015, el cumplimiento de los deberes relativos a la inscripción en el registro público previsto en su artículo 3 del prestamista, o la suscripción del seguro de responsabilidad civil o la constitución del aval bancario impuestos por el artículo 7 de la citada Ley, tienen el carácter de subsanable, mientras que el incumplimiento de unos requisitos de información precontractual y transparencia constituye un defecto insubsanable, salvo que habiéndose realmente cumplido, se tratare de una omisión formal en la redacción o confección de la escritura de préstamo hipotecario.» Se procede en la escritura objeto de calificación a dejar sin efecto esta escritura, sustituyendo sus cláusulas por las contenidas en la escritura calificada. No obstante, no nos encontramos ante un nuevo préstamo, pues expresamente se dice que las cantidades prestadas fueron abonadas mediante las transferencias bancarias que se efectuaron en la escritura de préstamo autorizada en Madrid, el 28 de julio de 2016, ante el notario don José Carlos Sánchez González, con el número 950 de su protocolo. Se acompaña una oferta vinculante de fecha 11 de noviembre de 2016. Se señala expresamente en la escritura objeto de calificación que el préstamo está afectado por la citada Ley 2/2009. No es además obstáculo alguno a lo anterior el hecho de que el préstamo fuese destinado a la obtención de liquidez, pues ello no significa en modo alguno que el prestatario destine la cantidad obtenida al ámbito de su actividad empresarial o profesional. II Hechos: El interés ordinario pactado es del diez por ciento, fijo durante toda la vida del préstamo. De acuerdo con la oferta vinculante el interés de demora es fijo del doce por ciento. No obstante, según la escritura, el interés de demora es variable, al corresponderse con tres veces el interés legal del dinero, que según se dice, se corresponde con el 12%. No obstante, en el año dos mil dieciséis, el interés legal del dinero es el 3%. (Disposición adicional trigésima cuarta, Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016) I Fundamentos de Derecho: De acuerdo con lo expresado en la calificación efectuada a la escritura autorizada en Madrid, el 28 de julio de 2016, ante el notario don José Carlos Sánchez González, con el número 950 de su protocolo, no puede considerarse subsanado el defecto relativo al incumplimiento de los deberes de información y transparencia por el simple hecho de otorgar una nueva escritura de préstamo hipotecario, pues el préstamo objeto de garantía real fue concedido en julio de 2016, con anterioridad, por tanto, a la entrega de la oferta vinculante. Como ha señalado la Dirección General de los Registros y del Notariado en la resolución citada, el incumplimiento de los requisitos de

información precontractual y transparencia constituye un defecto insubsanable, salvo que habiéndose realmente cumplido, se tratase de una omisión formal en la redacción o confección de la escritura de préstamo hipotecario. En el supuesto objeto de calificación queda constancia de que no nos encontramos ante una omisión formal en la redacción o confección de la escritura de préstamo hipotecario, pues la fecha de la oferta es muy posterior a la entrega del préstamo. II Fundamentos de Derecho: Los intereses pactados no pueden considerarse ajustados a derecho por dos motivos: –No concuerda el interés de demora pactado en la escritura con el que consta en la oferta vinculante, siendo en consecuencia contrario a los principios de información y transparencia expresados en el fundamento de derecho anterior.– Al ser el interés de demora del 9%, (y no como erróneamente se dice del 12%), resulta que el interés ordinario pactado es superior al de demora, circunstancia incongruente en nuestro derecho. Señala en este sentido la Dirección General de los Registros y del Notariado, en resolución de 10 de febrero de 2016 que: “Es evidente que todo interés moratorio, por su propia condición de cláusula indemnizatoria o disuasoria tiene que ser superior al interés ordinario que tiene una función meramente remuneratoria, y ambos tipos de interés deben guardar en todo caso una cierta proporción, pronunciándose siempre la Ley en el sentido de que los intereses de demora debe calcularse partiendo de los intereses ordinarios previamente pactados o de su asimilado el interés legal del dinero. Así, entre las distintas determinaciones legales acerca de los intereses moratorios caben citar la limitación del artículo 4 del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, que fija el interés moratorio en dos puntos por encima de los intereses remuneratorios pactados; o la del artículo 576.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que fija el interés de la mora procesal en el interés legal del dinero más dos puntos; o la del artículo 20 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, que fija el interés moratorio de los descubiertos en cuenta corriente en 2,5 veces el interés legal del dinero; o, finalmente, la del citado del artículo 114, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria, que para el préstamo destinado a la adquisición de la vivienda habitual la fija en tres veces el interés legal del dinero. En este mismo sentido se han manifestado las recientes Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de abril y 23 de diciembre de 2015 que, considerando que se debe evitar que los intereses ordinarios sean superiores a los moratorios, fija como doctrina jurisprudencial, en la primera de ellas, que en los contratos de préstamo sin garantía real concertados con consumidores, es abusiva la cláusula no negociada que fija un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado, que considera el más idóneo, y, en la segunda, que en los contratos con garantía real –también en los demás–, en caso de nulidad de la cláusula de intereses moratorios ‘la nulidad sólo afectará al exceso respecto del intereses remuneratorios pactados’. Por tanto, al haberse pactado un interés remuneratorio notablemente superior al moratorio, respecto de este defecto debe confirmarse la nota del registrador”. Se advierte finalmente que no serán objeto de inscripción las cláusulas de vencimiento anticipado por venta de la finca (art. 27 de la Ley Hipotecaria), por concurso de la deudora (artículo 61 de la Ley Concursal), y las previstas en los apartados b) c) y h) de la cláusula novena, por no afectar a la garantía real y ser contrarias al artículo 1129 del Código Civil. La presente calificación negativa determina la prórroga del asiento de presentación por el plazo que señala el artículo 323.12 de la Ley Hipotecaria. Contra esta calificación (...) Torrelodones, a 9 de enero de 2017.–Fdo: Enrique Américo Alonso.–».

III

El día 19 de enero de 2017 se solicitó calificación sustitutoria respecto de la indicada nota de calificación negativa, sustitución que recayó en el registrador Mercantil y de Bienes Muebles IX de Madrid, don José Antonio Calvo y González de Lara, quien, mediante escrito de fecha 26 de enero de 2017, confirmó íntegramente la calificación negativa recurrida relativa a la escritura de préstamo hipotecario autorizada el día 21 de noviembre de 2016 ante el notario de Madrid, don Ignacio Maldonado Ramos, número 3.686 de protocolo.

IV

Contra la nota de calificación sustituida, don F. J. M. L., en nombre y representación de don S. M. H., interpuso recurso el día 24 de febrero de 2017, siendo los argumentos del mismo los siguientes: «Primero (...) Segundo Antecedentes de Hecho: En la escritura de 28 de julio de 2016 que se acaba de citar (en adelante «la primitiva escritura»), mi mandante concedió a don M. S. R. y a doña E. F. P. un préstamo de ochenta y cuatro mil euros, garantizado con hipoteca sobre el piso (...) cuya descripción completa se contiene en dicha escritura y en la que es objeto del presente recurso, a las cuales me remito. Presentada la primera copia de la misma escritura para su inscripción, fue objeto de calificación negativa por parte del señor Registrador, en base a defectos calificados de insubsanables. Dado que era esencial para ambas partes la inscripción en el Registro de la Propiedad del derecho real de hipoteca en garantía del préstamo concedido, tenía que producirse el vencimiento anticipado de dicho préstamo, por lo cual los contratantes han optado por dejar el mismo sin efecto, tal y como se indica claramente en el apartado letra D) del expositivo segundo (II) de la nueva escritura, objeto de la calificación aquí recurrida. A consecuencia de dicho acto, los deudores estaban obligados a la restitución inmediata de la cantidad prestada. Sin embargo, ambas partes optaron por suspender el reembolso, convertir dicha obligación en un nuevo préstamo y garantizar el mismo con un nuevo derecho real de hipoteca, con los pactos, cláusulas y condiciones que constan en la nueva escritura, en la confianza de que ésta vez no concurrían los defectos insubsanables antes puestos de manifiesto por el señor Registrador de la Propiedad. Sin embargo, en su nueva calificación, dicho señor, tras reproducir la que en su día practicó respecto de la primitiva escritura (número 950 del protocolo de don José Carlos Sánchez González, de fecha 28 de julio de 2016), acto seguido declara que en la nueva escritura (de 21 de noviembre de 2016, número 3.686 del protocolo de don Ignacio Maldonado Ramos) no se contiene un nuevo préstamo, en base a que las cantidades prestadas fueron abonadas mediante las transferencias bancarias que se efectuaron en la primitiva escritura (de 28 de julio de 2016). De ahí deduce que no se han cumplido los requisitos de información y transparencia, pues la oferta vinculante que consta en la nueva escritura se refiere a un préstamo previamente concedido y por tanto tiene fecha posterior a la misma, lo cual impide que se pueda considerar dicha circunstancia cómo una mera omisión formal. También señala otros defectos en lo relativo al interés de demora pactado, que se han subsanado por medio de diligencia a continuación de la escritura, y que por tanto no son objeto del presente recurso. Tercero.—Fundamentos de Derecho: La identidad que presume el Registrador entre ambos préstamos choca frontalmente con la voluntad expresa de los contratantes, claramente manifestada en la parte expositiva de la escritura calificada, cómo se ha dicho. En consecuencia, desconoce el principio de libertad de pactos de nuestro derecho civil y contradice absolutamente lo establecido en el artículo 1.255 del Código Civil. También ataca una de las aplicaciones prácticas de dicho principio, que es la posibilidad de sustituir unas obligaciones por otras, extinguiendo la primera y sustituyéndola por otra, mediante la novación extintiva a que se refiere el artículo 1.204 del Código Civil, para el cual basta con que se determine así expresamente por las partes, cómo es precisamente el caso, para que se produzca tal novación extintiva. Por otra parte, al fundamentar tal identidad en el hecho de que consta en la escritura que los importes objeto del préstamo se entregaron en el momento del otorgamiento de la primitiva escritura, confunde lo que es un supuesto fáctico con la calificación jurídica del mismo. Cómo ya se ha dicho, al quedar sin efecto el préstamo objeto de la primitiva escritura, procede la devolución del importe del mismo, y mientras no se haga así, los fondos inicialmente prestados están bajo la posesión de los prestatarios y a disposición del prestamista, pero ya no en concepto de préstamo, pues éste ha dejado de surtir efecto. Por conveniencia de ambas partes, se acuerda convertir esta obligación de restitución en un nuevo préstamo, que ya no guarda vinculación con el originario. Lo que no se hace es recuperar los fondos originalmente entregados y ponerlos nuevamente en posesión del prestamista, para que acto seguido éste se los vuelva a entregar a los prestatarios, cosa por lo demás imposible, ya que el dinero es por esencia de carácter genérico. Una vez decidido proceder así, se cumplimentan los requisitos de información y transparencia, referidos exclusivamente al

nuevo préstamo, y tras ser asumidas todas las condiciones del mismo, se otorga la nueva escritura, ajustada ahora a los preceptos legales al respecto. Uno de ellos es, precisamente, que conste la manera en que se ha efectuado la entrega de los fondos a la parte prestataria, y así se hace constar expresamente, indicando los ingresos efectuados con ocasión de la primitiva escritura que, como tantas veces se ha repetido, están aún en posesión de la parte deudora».

V

Notificado de la interposición del recurso el notario de Madrid autorizante de la escritura calificada, don Ignacio Maldonado Ramos, formuló las siguientes alegaciones: «La calificación se basa, fundamentalmente, en la consideración de que en la escritura en cuestión no se acuerda en realidad un préstamo nuevo, amparado por el hecho de que la entrega de los fondos objeto del mismo coincide con los de un préstamo anterior, suscrito entre los mismos comparecientes en escritura otorgada ante otro Notario, que ya fue objeto de calificación negativa, en su día. De ahí deduce que la oferta vinculante presentada por el acreedor al deudor (y que según testimonio de éste fedatario estuvo a su disposición en los tres días anteriores al otorgamiento) no se refiere en realidad a ningún préstamo, todo lo cual acarrea la imposibilidad de inscribir la hipoteca constituida en la escritura calificada. Conforme a la dicción de los artículos 104 y 105 de la Ley Hipotecaria, en toda constitución de un derecho real de hipoteca existen dos elementos fundamentales: la hipoteca en sí, garantía real para el cumplimiento de determinada obligación, y la misma obligación garantizada por la anterior, que puede ser de cualquier clase, añadiendo el artículo 12 que, en cualquier caso, ha de ser identificada. Ambos aspectos guardan entre sí una estrecha relación, evidenciada, por ejemplo, en los efectos de la transmisión de la finca hipotecada sobre la obligación garantizada [artículo 118 de la misma Ley) o del paso de los bienes objeto de aquella a un tercer poseedor (arts. 126 y 127)], así como en la posibilidad de la constitución de una hipoteca en garantía de obligación sujeta a condición suspensiva u otras modalidades (art. 142). En ocasiones, la balanza se decanta sobre uno u otro elemento, sea el de la obligación garantizada (cómo cuando se declara la subsistencia del principio de responsabilidad universal, salvo pacto en contrario, arts. 104 y 140), o el del derecho real de hipoteca (así, la ineficacia de la reducción de la obligación frente al mismo, art. 122). En cualquier caso, es evidente que la función calificadoradora del Registrador se tiene que extender a ese aspecto de la relación jurídica, y así lo tiene reconocido la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, entre otras, en la importante resolución de 24 de octubre de 2015, en la cual se reconoce expresamente la facultad de calificar la validez de la obligación garantizada con la hipoteca en cada supuesto. Y este parece ser el caso, ya que al considerarse en la nota recurrida que el contrato garantizado en realidad no existe, se le está tachando de nulidad absoluta o de pleno derecho. Pero para eso es necesario que adolezca de los requisitos necesarios para su existencia, es decir, consentimiento, objeto y causa (artículo 1.261 del Código Civil) y además otorgamiento en escritura pública (artículo 1.280 del mismo Código y 3 de la Ley Hipotecaria). Esto exige que se aclare en la propia nota cuál de dichos elementos es el que falta en éste supuesto. En la escritura calificada consta claramente el consentimiento de los otorgantes, está plenamente detallado y descrito el objeto sobre el cual recae, la causa ha de presumirse mientras no se pruebe su inexistencia o ilicitud (art. 1277 del Código Civil) y se ha llenado la exigencia formal prevista. Ninguno de dichos requisitos ha sido desvirtuado, contradicho o tan siquiera estudiado en la nota. Ésta se centra exclusivamente en un aspecto concreto, cual es el de la constancia de la forma de entrega de los fondos en que consiste la cantidad prestada, de cuya coincidencia con la del préstamo anterior deduce la inexistencia del contrato. Sin embargo, esa mención no tiene otro objeto que el de llenar la exigencia de los artículos 177 del Reglamento Notarial y 254,3 del Hipotecario, y hacer constar así los medios de pago empleados. Se trata, en definitiva, de un aspecto accesorio o instrumental, que no afecta al contenido del acto escriturado ni, sobre todo, a su validez, si bien es preciso para su inscripción, del mismo modo que ocurre con la constancia de los Números de Identificación Fiscal o la nota de

presentación ante la administración tributaria. Podría pensarse entonces que lo que realmente considera la nota de calificación es que se ha producido una simulación, y que lo que se pretende en la escritura calificada es encubrir la subsistencia del primer préstamo bajo la apariencia de la creación de uno nuevo. Sin embargo, ésta conclusión no sólo choca con la voluntad claramente expresada por los otorgantes en la escritura, sino que además carece de la más mínima prueba. En última instancia, no es posible concebir cual pudiera ser el motivo de esa supuesta simulación, desde el momento que en la escritura calificada se hace una alusión expresa a dicho préstamo original y su falta de inscripción por defecto subsanable, y consta claramente la intención de dejarlo sin efecto y de acordar uno nuevo, los costes de cuya instrumentación han abonado en su totalidad. En definitiva, la nota de calificación no aclara cuales puedan ser los motivos por los que al acto contenido en la escritura objeto de la misma carezca de virtualidad, apoyándose exclusivamente en la constancia de la forma de entrega del capital prestado, lo cual no es sino un elemento accesorio. En consecuencia, no se puede entender que la oferta vinculante presentada por el acreedor no se refiera a un contrato real y verdadero, y el préstamo pactado es perfectamente susceptible de inscripción».

VI

El registrador emitió informe el día 13 de marzo de 2017, manteniendo su calificación, y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 1204, 1255, 1261, 1277 y 1280 del Código Civil; 3, 12, 18, 104, 105, 118, 122, 126, 127, 140, 142, 254.3, 258, 324 y 326 de la Ley Hipotecaria; 126 y 127 del Reglamento Hipotecario; 177 del Reglamento Notarial; 3, 4, 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; 2 a 4, 15, 18, 19 y 29 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, 2, 5 a 9, 22 y 23 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación; 3, 4, 80 y 82 a 90 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, 3, 5, 7, 12 a 18 y 19 a 22 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito; 22 a 26 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, 16 de diciembre de 2009, 14 de junio de 2012, 14 de marzo y 30 de mayo de 2013, 30 de abril de 2014 y 21 de enero y 11 de junio de 2015; las Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009, 10 de marzo de 2010, 18 de junio de 2012, 9 de mayo y 13 de septiembre de 2013, 8 de septiembre de 2014, 25 de marzo, 22 de abril y 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero y 3 de junio de 2016, respecto a las cláusulas abusivas de los contratos de préstamo y a la calificación registral de los préstamos hipotecarios, y de 27 de noviembre de 1999, 28 de enero de 2002, 1 de enero de 2003, 24 de junio de 2004, 31 de marzo de 2005, 17 noviembre de 2006, 16 abril de 2008 y 6 de marzo de 2009, respecto a la naturaleza y efectos del reconocimiento de deuda; la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 14 de marzo de 2016, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de febrero de 2005, 28 de febrero y 5, 17 y 18 de marzo de 2008 y 1 de agosto de 2014, en cuanto al ámbito objetivo del recurso, de 1 de octubre de 2010, 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, 1 de junio, 1 y 11 de julio y 6 de septiembre de 2013, 2 de enero, 2 de marzo y 13 de septiembre de 2013, 5 de febrero de 2014 y 28 de julio y 24 de octubre de

2015, respecto a información a los consumidores en la contratación de créditos hipotecarios, de 13 de septiembre y 18 de noviembre de 2013, 5 de febrero y 3, 6 y 9 de octubre de 2014, 28 de abril y 25 de septiembre de 2015 y 9 de marzo, 20 de junio y 19 de octubre de 2016, en cuanto a calificación registral de las cláusulas de los préstamos hipotecarios, y de 11 de marzo de 2013, 9 de diciembre de 2014 y 2 de septiembre de 2016, en cuanto al alcance novatorio del reconocimiento de deuda.

1. El presente recurso se refiere a una escritura de préstamo hipotecario, que implica la resolución de otro anterior no inscrito, cuyos pactos expresamente se dejan por las partes sin efecto ni valor alguno (Expositivo II, letra d, de la escritura calificada) y que había sido denegado por incumplir los requisitos de la Ley 2/2009; préstamo en el que el prestamista es una persona física que manifiesta, en este segundo préstamo, dedicarse profesionalmente a la concesión de créditos, y en el que los prestatarios son dos personas físicas consumidoras que hipotecan una vivienda que constituye su domicilio habitual familiar; destinándose el préstamo al pago de deudas pendientes, que deben presumirse no empresariales ni profesionales a falta de manifestación expresa en tal sentido.

Adicionalmente, se señala en esta segunda escritura de préstamo hipotecario, la sujeción del mismo a la Ley 2/2009, de 30 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, y que se han cumplido todos los requisitos que se imponen en la misma como son, entre otros, la inscripción del prestamista en el Registro estatal especial a que se refiere la indicada ley, el seguimiento del proceso de contratación y los requisitos de información regulados en la Orden EHA 2899/2011 de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, incluida la aportación de la preceptiva oferta vinculante.

El defecto apuntado por el registrador de la Propiedad, y que es el objeto del debate, consiste, exclusivamente, en señalar que el incumplimiento originario (primer préstamo) de los deberes de información y transparencia establecidos en la Ley 2/2009, es un defecto considerado insubsanable por este Centro Directivo y, por tanto, la novación del préstamo, ya sea modificativa o ya sea extintiva, con cumplimiento de tales requisitos, no sana el contrato, sobre todo si, como ocurre en el presente supuesto, la obligación de restitución que surge del denominado segundo préstamo es consecuencia de la entrega de un dinero realizada con anterioridad a la entrega de la información precontractual que legalmente debe darse al consumidor.

Estima igualmente el registrador de la Propiedad en su informe que considerar, como hace el recurrente en su escrito, que no ha habido nueva entrega de dinero por haber convertido las partes la obligación de restitución que procedería del denominado primer préstamo en un nuevo y segundo préstamo, tampoco permitiría en modo alguno la inscripción de la escritura calificada, porque se trataría no de una hipoteca en garantía de un préstamo, ya que no existe entrega de cantidad alguna en la escritura calificada, sino en garantía de un reconocimiento de deuda, el cual a su vez deriva de un préstamo anterior entregado antes de haber proporcionado al deudor la información legalmente exigida.

Y por último, también estima que, aun cuando se considerase que nos encontramos ante una nueva obligación absolutamente independiente de la anterior, y que la hipoteca garantiza un reconocimiento de deuda realizado una vez obtenida la información exigida por la Ley 2/2009, la hipoteca garantizaría una deuda ilícita porque derivaría de un préstamo concedido en su día por quien manifestó falsamente no ser un prestamista profesional e incumplió los deberes que exige la Ley 2/2009.

Por su parte, la parte recurrente alega, en favor de la inscribibilidad de la segunda escritura de préstamo hipotecario, que las partes, en aplicación el principio de autonomía de la voluntad del artículo 1255 del Código Civil, han procedido a novar extintivamente el primitivo contrato de préstamo sustituyéndolo por otro préstamo nuevo, para lo cual basta con que se determine así expresamente por las partes según dispone el artículo 1204 del Código Civil. En cuanto a la entrega de dinero de este segundo préstamo se señala que las partes, por razones prácticas, han sustituido la restitución de la cuantía del préstamo inicial y la posterior nueva entrega del mismo montante al prestatario, por la conversión de

esa obligación de restitución en ese nuevo préstamo, que ya no guarda vinculación con el originario.

2. Como cuestión previa debe recordarse que, de conformidad con los artículos 324 y 326 de la Ley Hipotecaria y la doctrina de este Centro Directivo (vid. Resoluciones de 16 de febrero de 2005, 5, 17 y 18 de marzo de 2008 y 1 de agosto de 2014, entre otras), el objeto del expediente de recurso contra las calificaciones de los registradores de la Propiedad es exclusivamente la determinación de si la calificación negativa realizada por el registrador de la Propiedad es o no ajustada a Derecho tanto formal como sustantivamente; no pudiendo entrar a valorar otros posibles defectos que pudiera contener la escritura, ni tampoco aquellos defectos puestos de manifiesto en el nota de calificación que no hubieran sido objeto de impugnación, o aquellos respecto a los que, aun habiendo sido recurridos, el registrador ha procedido a rectificar la calificación y acceder a su inscripción en el informe.

Por tanto, no procede abordar en este momento el defecto señalado en el Hecho II de la nota de calificación, referido a que se fija un interés de demora de tres veces el interés legal del dinero en el momento del devengo, el cual inicialmente (9%) es inferior al interés ordinario fijo pactado (10%), porque expresamente se señala por el recurrente que tal defecto no es objeto del recurso al entenderse subsanado por una diligencia notarial. La afirmación del registrador de la Propiedad en su informe de que no considera subsanado ese defecto con la mencionada diligencia, en atención a los mismos fundamentos de Derecho que se expresan en la nota de calificación y por falta de claridad en la propia subsanación, no puede ser atendida porque ello produciría la indefensión del interesado. La posible insuficiencia de la subsanación, en cuanto documento no tenido en cuenta a la hora de confeccionar la nota de calificación recurrida, deberá, en consecuencia, ser objeto de una nueva calificación cuando el título con dicha subsanación se vuelvan a presentarse a inscripción, bien en caso de ser esta resolución favorable al recurrente o bien subsanado el defecto confirmado, sin que en ninguno de ambos casos sea de aplicación la responsabilidad disciplinaria a que se refiere el artículo 127 del Reglamento Hipotecario, al no tratarse de un nuevo defecto no puesto de manifiesto en la calificación originaria.

3. La cuestión objeto del recurso debe ser tratada, dada la condición de los contratantes, no sólo desde el ámbito de la normativa civil de los contratos, sino fundamentalmente desde el de la normativa de contratación bajo condiciones generales en presencia de consumidores.

A este respecto, la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo expuesta, entre otras, en las Sentencias de 18 de junio de 2012, 9 de mayo de 2013, 8 de septiembre de 2014 y 22 de abril y 23 de diciembre de 2015, ha sentado la conclusión que tal contratación de adhesión a condiciones generales constituye una categoría diferenciada de la contratación negociada individual, que se caracteriza por tener un régimen propio y específico, que hace descansar su eficacia última del contrato, no tanto en la estructura negociada del consentimiento del adherente, como en el cumplimiento por el predisponente de unos especiales deberes de configuración contractual en orden al reforzamiento de la información y, en caso de concurrir consumidores, a facilitar la comprensibilidad real de la reglamentación predispuesta y al equilibrio prestacional entre las partes.

Ello implica que en caso de no seguirse el procedimiento de contratación impuesto por la regulación sectorial aplicable, en materia de préstamos hipotecarios con consumidores por la Orden EHA 2899/2011 y por la Ley 2/2009 antes citadas, y los especiales deberes de información que la misma impone, la eficacia del contrato en sí mismo o de una concreta cláusula, según la amplitud del incumplimiento, se verá comprometida ya que para entender que las cláusulas no negociadas se han incorporado al contrato, en este caso de préstamo hipotecario, es necesario respetar todos los trámites del indicado proceso de contratación, de tal forma que el adherente haya tenido oportunidad real de conocerlas de manera completa al tiempo de la celebración del contrato (artículo 7 de la Ley sobre condiciones generales de la contratación). Estos trámites de forma sintética, comienzan por la entrega al solicitante de una guía del préstamo hipotecario (artículo 20), sigue con la Ficha de Información Precontractual (FIPRE) (artículo 21), continúa luego con la Ficha de Información Personalizada (FIPER) que incluye las condiciones financieras

(entre ellas, en su caso, tipo de interés variable y límites a la variación del tipo de interés) (artículos 22, 24 y 25) y con la oferta vinculante que incluye las mismas condiciones financieras (artículo 23), más el posible examen de la escritura pública por el prestatario durante los tres días anteriores al otorgamiento (artículo 30.2) y, por último, se formaliza el préstamo en escritura pública, estando obligado el notario a informar a las partes y a advertir, entre otras, sobre las circunstancias del interés variable, de las limitaciones del tipo de interés y, especialmente, si las limitaciones a la variación del tipo de interés no son semejantes al alza y a la baja (artículo 30.3).

Por tanto, la consecuencia principal del incumplimiento por parte del acreedor predisponente de sus obligaciones legales de información, previas a la firma del contrato, consiste en la no incorporación al mismo de la cláusula o cláusulas deficitarias de información, por defectos en su inclusión y falta de transparencia; pudiendo incluso considerarse nulas por abusivas, al amparo de los artículos 85.5 y 87.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, al suponer la imposición de obligaciones al consumidor sin haber el empresario cumplido las suyas, en este caso el deber de información.

Esta ineficacia de la cláusula o cláusulas deficitarias de información determina que las mismas se tengan por no puestas, pero que el contrato siga siendo obligatorio entre las partes en los mismos términos, siempre que ese contrato pueda subsistir sin dichas cláusulas –artículos 6.1 de la Directiva 13/93/CEE y 83 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios–; sin que, por tanto, sea posible la moderación judicial de las cláusulas ni la integración del contrato con una norma de derecho supletorio nacional, salvo en beneficio exclusivo de la persona consumidora (vid. Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de junio de 2012, asunto C 618/10 de Banco Español de Crédito; de 30 de mayo de 2013, asunto C 488/11 de Asbeek Brusse y de Man Garabito; de 30 de abril de 2014, asunto C–26/13 de Kásler y Káslerné Rábai, y de 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C–482/13, C–484/13, C–485/13 y C–487/13 de Unicajabanco y Caixabank), como ocurriría cuando la cláusula afectada de ineficacia recayere sobre un elemento esencial del contrato que determine su subsistencia.

Es decir, el incumplimiento de los requisitos de información previa al contrato, produce como sanción, la posible nulidad del contrato, que será parcial, si la información deficitaria sólo afectara a alguna condición general, o bien total del contrato de préstamo, si la omisión de la información afectará a todas las condiciones del contrato, como ocurriría si se omite por el acreedor el suministro de la información precontractual o la entrega de la oferta vinculante. Nulidad que, por otra parte, actúa «ope legis» o por ministerio de la Ley y, en consecuencia, como han destacado las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de mayo y 13 de septiembre de 2013, tanto en el ámbito judicial como en el extrajudicial y también en el registral; por lo que la exclusión por el registrador de la propiedad de las cláusulas afectadas o la no inscripción de la hipoteca, en su caso, no queda subordinada a su previa declaración judicial (sin perjuicio del posible recurso o que las partes puedan contender acerca de su validez), cuando la apreciación de la misma puede hacerse de forma objetiva, como ocurre con las cláusulas incluidas en la llamada doctrinalmente «lista negra» recogida en los artículos 85 a 90 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, o cuando la misma viene provocada por la falta de algún requisito específico exigido por la legislación sectorial aplicable respecto del proceso de contratación.

4. Por tanto, la omisión de la entrega al consumidor de la oferta vinculante impide la inscripción de la escritura de préstamo hipotecario en su conjunto, sin que proceda inscripción parcial alguna, en caso de que ello fuere posible (vid. Resolución de 20 de junio de 2016), ya que la deficiencia informativa afecta a todas las cláusulas contractuales.

El contrato de préstamo hipotecario con consumidores se perfecciona con la firma de la escritura pública, no en un momento anterior de forma privada, porque la oferta vinculante sólo obliga al acreedor profesional a contratar en los términos de la misma, pero el deudor goza del derecho de reflexión o deliberación previo a la prestación del consentimiento durante al menos tres días (artículo 30.2 de la Orden EHA 2899/2011), alternativa en este contrato de préstamo o crédito al derecho de desistimiento existente en otros tipos de contratos de adhesión con consumidores.

Pero, además, la circunstancia de que la inscripción de la hipoteca tenga carácter constitutivo, lo que genera normalmente que la efectividad del préstamo o crédito queden condicionados a esa inscripción (así unas veces es condición para la entrega del dinero o la disposición del crédito, otras se constituye como una condición suspensiva del contrato y otras como una causa de vencimiento anticipado de la obligación de restitución), provoca importantes consecuencias sobre la ineficacia del contrato, entre ellas, que el contenido concreto del contrato de préstamo hipotecario o del derecho real de hipoteca que lo garantiza, hasta el momento de su efectiva inscripción, pueda alterarse mediante la subsanación de aquellos errores cometidos en el otorgamiento que impidan su inscripción y sean puestos de manifiesto por el registrador en su nota de calificación. También podrá modificarse el contrato, en favor del consumidor, mediante la adaptación de sus cláusulas a la legalidad sustantiva igualmente puesta de manifiesto por la calificación registral, ya que el Registro de la Propiedad es una institución al servicio de la seguridad jurídica preventiva (cfr. artículo 9.3 de la Constitución) que, como tal, actúa ex ante, evitando litigios y situaciones de conflicto con el carácter preventivo y cautelar propio de su naturaleza, y en el campo del que ahora se trata de protección del consumidor, actúa mediante la exclusión de la cláusula abusiva del contrato antes que pueda haber comenzado a desplegar sus efectos sobre el prestatario.

Ello no supone, en ningún caso una integración registral del contenido abusivo del contrato de préstamo hipotecario, vedada también al registrador por la legislación hipotecaria (Resoluciones de 16 y 17 de diciembre de 1996), sino una circunstancia derivada de la operativa del principio de efectividad de la protección de los consumidores dentro del ámbito de la seguridad jurídica preventiva, y de las exigencias del principio de determinación registral cuando se vea afectada la responsabilidad hipotecaria u otros elementos esenciales del derecho real de hipoteca.

La suspensión de la inscripción tampoco obliga a las partes a una moderación del contenido del contrato, porque, como ya se expuso en la Resolución de 20 de junio de 2016, la denegación registral de una estipulación abusiva supone la eliminación formal de la misma, y posibilita un nuevo acuerdo entre partes y «ex novo» pactar una mejora de la cláusula dejada sin efecto porque la calificación registral ha restablecido el equilibrio contractual y el consumidor con pleno conocimiento de causa y adquiriendo una posición dominante, puede prestar un consentimiento libre e informado a una cláusula concreta o, en su caso, al conjunto del contrato, posibilitando su ratificación, modificación favorable o el rechazo a mantener la cláusula denegada por abusiva, no obstante los defectos formales o sustantivos que se hubieran puesto de manifiesto.

5. A este respecto ya ha tenido esta Dirección General ocasión de manifestarse en Resoluciones como las de 13 de septiembre de 2013, 5 de febrero de 2014 o las 22 de enero, 28 de abril y 25 de septiembre de 2015 y 19 de octubre de 2016, en el sentido que el registrador de la propiedad en el ejercicio de su función calificador, especialmente en presencia de préstamos o créditos hipotecarios concedidos a personas físicas y garantizados con viviendas, «deberá también rechazar la inscripción de las escrituras de hipotecas respecto de las que no se acredite el cumplimiento de los requisitos de información y transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, y la forma –normal o reforzada– que, en cada caso, el legislador haya elegido para asegurarse del conocimiento por parte de los usuarios de los productos bancarios, del riesgo financiero que comporta el contrato en general o alguna de las singulares cláusulas financieras o de vencimiento anticipado que lo componen –Orden EHA 2899/2011, art. 6 de la Ley 1/2013, etc».

La protección del consumidor, que pretenden tanto la normativa como la jurisprudencia señaladas, alcanza, por tanto, a la totalidad del proceso de contratación que culmina, en el sentido antes señalado, en la constitución de la hipoteca mediante su inscripción en el Registro de la Propiedad y que se inicia con la puesta a disposición del consumidor de la información precontractual (ficha de información precontractual, oferta vinculante y ficha de información personalizada) suficiente para que éste pueda analizar y conocer el alcance y las implicaciones del contrato que pretenda suscribir, y continúa con la posibilidad de estudiar

el contrato de préstamo durante tres días antes de su firma y las obligaciones de información y asesoramiento que la normativa vigente impone al notario autorizante del préstamo.

El registrador de la Propiedad, como ya se ha indicado, no sólo puede sino que debe comprobar si en el proceso de contratación han sido cumplidos los requisitos de información establecidos en la normativa vigente, ya que se trata de un criterio objetivo de valoración de la transparencia contractual y se incardina dentro del denominado control de incorporación de las condiciones generales a los contratos de adhesión recogido en los artículos 5.1, 7 y 8 de la Ley sobre condiciones generales de la contratación. Este control de incorporación, como han tenido ocasión de señalar las Sentencias del Tribunal Supremo antes citadas, se refiere a los requisitos de información que afectan al contenido de las cláusulas incorporadas al contrato y posibilitan una adecuada formación de la voluntad contractual del consumidor y su real conocimiento y comprensión de los términos del contrato, es decir, tanto de las consecuencias económicas que supone para él el contrato celebrado, como de su posición jurídica en el mismo y de los efectos que su incumplimiento puede ocasionarle y asume.

Es cierto a este respecto, como señala el registrador de la Propiedad en la nota de calificación, que la Resolución de esta Dirección General de 19 de octubre de 2016 señaló que el incumplimiento de los requisitos de información precontractual y transparencia, en cuanto genera la nulidad del contrato (cuando afecta a todas las condiciones generales), constituye en principio un defecto insubsanable, salvo que habiéndose realmente cumplido tales requisitos, se tratase de una omisión formal en la redacción o confección de la escritura de préstamo hipotecario. Sin embargo, esta doctrina debe ser matizada atendiendo a las particularidades de la normativa de protección de los consumidores, por un lado, en el sentido que también podrá paliarse ese riguroso efecto si se acredita por el acreedor o el deudor reconoce que ha existido una auténtica negociación respecto de las cláusulas afectadas y, en segundo, lugar, cuando el propio prestatario libre e informadamente consienta o se aquiete a la aplicación de la cláusula o cláusulas abusivas, porque en tal caso esa nulidad queda convalidada.

A este respecto debe recordarse que es doctrina consolidada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sentencias de 4 de junio de 2009 –asunto Pannon– y de 21 de febrero de 2013 –asunto Banif Plus Bank–), recogida por el Tribunal Supremo español en su Sentencia de 9 de mayo de 2013, que el consumidor goza del derecho a renunciar al régimen de protección de la Directiva 93/13 respecto de una o varias concretas cláusulas del contrato, y así señala que «el juez nacional no tiene, en virtud de la Directiva, el deber de excluir la aplicación de la cláusula en cuestión si el consumidor, tras haber sido informado al respecto por dicho juez, manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de tal cláusula» de tal forma que «cuando considere que tal cláusula es abusiva se abstendrá de aplicarla, salvo si el consumidor se opone».

De igual manera, el registrador de la Propiedad, aunque no sea juez, tampoco puede rechazar la prestación expresa del consentimiento, por parte del deudor, a unas determinadas condiciones contractuales a las cuales se adapta a posteriori una oferta vinculante; si ese consentimiento se otorga después de haber sido informado adecuadamente por la nota de calificación registral de la no vinculación para él de esas cláusulas o del contrato en su conjunto y se presta consentimiento expreso en escritura pública. Piénsese, además, que, en caso contrario, el efecto que se produce, es decir, la obligación de restitución de todo el dinero recibido, el cual puede haberse invertido en la finalidad para la que se pidió, resultaría perjudicial para el deudor al impedir la subsistencia del contrato.

6. En este contexto la afirmación de ciertos sectores doctrinales, de la que se hace eco la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 14 de marzo de 2016 (Sección Quinta, número de resolución 156/2016), de que en los contratos por adhesión con condiciones generales de la contratación predispuestas, no se puede eliminar el carácter abusivo de una cláusula incorporada por medio de la negociación plasmada en una novación hipotecaria, porque la negociación posterior, a priori, no puede convalidar las condiciones generales nulas, porque la rebaja del carácter perjudicial del abuso no lo elimina sino que lo modera, también debe ser matizada.

Así, en primer lugar, la propia sentencia señala que para que esa negociación posterior pueda convalidar la cláusula abusiva es necesario que previamente se elimine del contrato esa cláusula abusiva, y se parta de una verdadera libertad contractual, o sea, que cuando haya cláusulas abusivas es necesario que antes de un nuevo pacto que sustituya al nulo por abusivo es necesario liberar expresamente a la persona consumidora de la cláusula abusiva; y eso es precisamente lo que se produce con la calificación registral denegatoria ya que conforme al artículo 130 de la Ley Hipotecaria la ejecución directa hipotecaria sólo podrá operar sobre la base de los pactos que hubieran sido objeto de inscripción.

En segundo lugar, porque el supuesto objeto de este recurso, en el que ninguna cláusula se entiende incorporada al contrato, se asemeja más a aquel en que la ineficacia de la cláusula abusiva impide la subsistencia del contrato con perjuicio para el consumidor, supuesto en el cual la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea flexibiliza los efectos rigurosos de tal ineficacia, permitiendo la integración del contrato con la norma supletoria correspondiente del derecho nacional.

Y, por último, porque precisamente lo que las partes hacen en el presente supuesto, al pactar una novación extintiva del contrato y no meramente una novación modificativa, es extinguir la obligación primitiva sustituyéndola por una nueva en que sí se cumplan los requisitos legales, y, adicionalmente, liberan al prestatario de las consecuencias perjudiciales que esa novación tiene para él, al no exigirse la restitución automática de las cantidades recibidas, sustituyendo la misma por una devolución periódica en los mismos términos en que originariamente se habían pactado.

No debe olvidarse, a este respecto, como señala el recurrente, que la conversión de la obligación de restitución que procedería del préstamo anterior en una nueva obligación está motivada por haber intentado hacer valer el acreedor frente al deudor una cláusula abusiva, como lo es el vencimiento anticipado por falta de inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad, cuando la causa de ello no es imputable al deudor (vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009), como ocurre el en presente supuesto con la falta de la oferta vinculante.

7. Aclarada la validez del negocio presentado a inscripción, tanto desde el punto de vista estrictamente civil, como desde el ámbito de la normativa de la protección de los consumidores, procede examinar el argumento del registrador de la propiedad acerca de que, aun en tal caso, la inscripción no es posible porque la obligación de restitución que surge de la segunda escritura de préstamo hipotecario, ya se considere éste como un nuevo préstamo, ya se considere como un reconocimiento de deuda, es consecuencia de la entrega de un dinero realizada con anterioridad a la entrega de la información precontractual que legalmente debe darse al consumidor, y por tanto, lo procedente es la efectividad de la devolución del primitivo préstamo, la entrega de la oferta vinculante y finalmente la nueva entrega del dinero por parte del acreedor al prestatario.

Como señala el Tribunal Supremo (vid. Sentencias de 24 de junio de 2004, 31 de marzo de 2005 ó 16 de abril de 2008), el reconocimiento de deuda opera como un negocio jurídico de fijación o reproducción de otro anterior, especialmente si se expresa la causa de aquél (en este caso el préstamo anterior), pero incluso aunque no se exprese (Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de enero de 2003), y se verifica, habitualmente, con la finalidad de fijar la relación obligatoria preexistente, crear una mayor certeza probatoria, vincular al deudor a su cumplimiento y excluir las pretensiones que surjan o puedan surgir de una relación jurídica previa incompatible con los términos en que la obligación queda fijada.

En suma, como declara la Sentencia del Tribunal Supremo 17 de noviembre de 2006, en cuanto el reconocimiento de deuda contiene la voluntad propia de un negocio jurídico de asumir y fijar la relación obligatoria preexistente, la jurisprudencia le anuda el efecto material de obligar al cumplimiento por razón de la obligación cuya deuda ha sido reconocida, y el efecto procesal de dispensar de la prueba de la relación jurídica obligacional preexistente (vid. Sentencias de 17 noviembre 2006, 16 abril 2008 y 6 de marzo de 2009, entre otras).

Es cierto que entre los efectos derivados del simple reconocimiento de deuda no figura el de operar por sí una novación extintiva o una alteración de la naturaleza de la obligación reconocida, sino que el reconocimiento presenta como característica propia la de «operar

sobre débito preexistente a cargo del que lo reconoce» (vid. Sentencia de 27 de noviembre de 1999). En este sentido, el propio Tribunal Supremo ha aclarado que el llamado por algunas Sentencias de la Sala Primera «efecto constitutivo» del reconocimiento de deuda no supone la extinción de la deuda anterior o su sustitución por una obligación de distinta naturaleza, sino que con tal expresión se describe el efecto vinculante que el reconocimiento tiene para el deudor, nacido directamente de este negocio jurídico.

Sólo existiría sustitución de la obligación reconocida por la nueva resultante del reconocimiento en caso de que se hubiera producido una novación extintiva o propia de la primitiva obligación, la cual (con arreglo al principio según la cual la novación extintiva exige una declaración terminante o una incompatibilidad entre la antigua y la nueva obligación: artículo 1204 del Código Civil) ha de constar expresamente en la escritura de reconocimiento, según establece el artículo 1224 del Código Civil (vid. Sentencias de 28 de enero de 2002 y 16 de abril de 2008). Pues bien, esta circunstancia, como consta en los hechos, es la que tiene lugar en el supuesto que nos ocupa, por lo que no cabe duda que nos encontramos ante la garantía de una nueva obligación que ya no tendrá su causa en el préstamo previo aunque se haga una referencia expresa al mismo, sino que se tratará de un nuevo préstamo en que la entrega se ha sustituido por la excusa o, prórroga si se quiere, de la obligación de restitución.

Así las cosas, tiene razón el notario autorizante en sus alegaciones, al señalar que la mención que se hace en la escritura calificada acerca de los medios de pago referidos a la entrega que el acreedor hizo al prestatario, que va referida a la primitiva entrega ya que esa fue la única entrega que se ha efectuado, no tiene otro objeto que el de llenar la exigencia de los artículos 24 de la Ley del Notariado, 177 del Reglamento Notarial y 21 y 254.3 de la Ley Hipotecaria, y hacer constar a esos efectos los medios de pago empleados.

A este respecto, esta Dirección General, en Resoluciones de 11 de marzo de 2013, 9 de diciembre de 2014 y 2 de septiembre de 2016, ya se ha pronunciado acerca de la necesidad de acreditar los medios de pago en los supuestos de reconocimiento de deuda en que se invoque expresamente un préstamo previo, porque ese préstamo será su causa; y cuando el negocio escriturado es un préstamo hipotecario, esa acreditación es asimismo necesaria porque éste se trata de un contrato que, aunque no genere obligaciones bilaterales por no ser sinalagmático, sí tiene un carácter oneroso, por lo que entra plenamente en el ámbito de las disposiciones de la legislación hipotecaria y notarial que exigen la acreditación de los medios de pago empleados.

Ahora bien, en los supuestos a que se refieren esas Resoluciones, el reconocimiento de deuda o no recogía o expresamente excluía el efecto extintivo del préstamo u obligación primitiva, por lo que, siendo éstos sus causas, la expresión del medio de pago, como se ha expuesto, se hace inevitable. Pero ya se dejaba entrever en las mismas que si se hubiere pactado el efecto extintivo de la obligación, tal indicación de los medios de pago no sería necesaria, a salvo supuestos especiales.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de calificación del registrador.

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, 19 de mayo de 2017.—El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.