

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

- 6112** *Resolución de 31 de mayo de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación de la registradora de la propiedad de Vilanova i la Geltrú n.º 1, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario por razón de no acreditarse el cumplimiento de los requisitos de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por parte del prestamista.*

En el recurso interpuesto por doña M. C. G. G. contra la nota de calificación de la registradora de Propiedad de Vilanova i la Geltrú número 1, doña María del Carmen Florán Cañadell, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario concedido por la recurrente, por razón de no acreditarse el cumplimiento de los requisitos de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por parte del prestamista.

Hechos

I

Mediante escritura pública de préstamo hipotecario autorizada por el notario de Barcelona, don Lluís Jou Mirabent, el día 16 de diciembre de 2015, con el número 2.750 de protocolo, don J. M. R. M. constituyó hipoteca sobre la vivienda de su propiedad, la finca registral número 6.352 del término de Cubelles, perteneciente al Registro de la Propiedad de Vilanova i la Geltrú número 1, en garantía de un préstamo hipotecario de 31.000 euros concedido por doña M. C. G. G.

II

Dicha escritura fue presentada telemáticamente en el Registro de la Propiedad de Vilanova i la Geltrú número 1 el día 16 de diciembre de 2015, asiento número 1428 del Diario 172, número de entrada 2916/2015, siendo objeto de la siguiente nota de calificación negativa el día 1 de febrero de 2016: «Doña María del Carmen Florán Cañadell Registrador de la Propiedad de Vilanova i la Geltrú número 1 En el día de la fecha de la nota, se extiende la calificación de la escritura pública autorizada por el Notario de Barcelona Don Lluís Jou i Mirabent, el día 16 de diciembre de 2015 con el número 2750 de protocolo, de préstamo hipotecario presentada con el asiento número 1428 del Diario 172, con fecha de presentación: 16 de diciembre de 2015 y aportado el título el día 13 de febrero de 2016. Datos registrales: Tomo 1197 Libro/término 118/Cubelles Folio 191 Finca nº 6352 Hechos De la escritura antes relacionada se observan los siguientes defectos que impiden la práctica del asiento solicitado: No ha sido acreditado que el prestamista y el intermediario financiero cumplan con los requisitos de la Ley 2/2009 de 31 de marzo. A tal efecto procede la aplicación de la Ley al intermediario financiero porque así viene reconocido por las partes y al prestamista porque consultado por el sistema "Servicio de Interconexión entre los Registros" resulta que la prestamista se dedica con habitualidad a la actividad de concesión de préstamos hipotecarios. Registros de la Propiedad en los que figuran derechos nombre de la prestamista: 35 Registros de la Propiedad. Consultas individualizadas al azar: Registro de la Propiedad de Alicante 5, finca registral 17608 Mutxamel, un préstamo con garantía hipotecaria de 48.200 euros de capital, de duración un año y concedido en escritura autorizada por el Notario de Alicante el día 23 de octubre de 2014, siendo el propietario de la finca persona física. Registro de la Propiedad de Bilbao, finca registral 7168/A, préstamo hipotecario de 18.000 euros de capital, plazo de duración de 60 meses a contar desde el día 23 de noviembre de 2012, siendo el propietario

de la finca que es una vivienda personas físicas. Registro de la Propiedad de Gijón 1, finca registral 12.512, un préstamo hipotecario de 58.000 euros de capital, amortizable en cinco años, con vencimiento el día 5 de junio de 2019, siendo el prestatario persona física. En consecuencia, son defectos: 1. Inscripción de la entidad prestamista y del intermediario financiero en el registro público de empresas previsto en el artículo 3 de la Ley 2/2009, en el Registro Estatal creado por Real Decreto 106/2011 de 28 de enero. Si bien la Disposición Transitoria Única del referido Real Decreto establece un plazo de tres meses desde su entrada en vigor, 29 de enero, para que se proceda a la inscripción de entidades carentes de registro autonómico en territorio de su actividad, de lo establecido en su Exposición de Motivos resulta que, tanto la inscripción en el registro estatal como la inscripción del seguro de responsabilidad o la constitución de aval bancario son requisitos necesarios para que las empresas puedan desarrollar tales actividades y, por tanto, deben reunirse con carácter previo al inicio de las mismas. 2. Constancia en el título calificado del cumplimiento de lo previsto en el artículo 14 de la referida Ley, conforme al cual deberá expresarse que se ha suministrado de forma gratuita al consumidor, con carácter previo a la celebración del contrato, por escrito, y en soporte de forma duradera que permita la constancia de su recepción, la información que dicho artículo prevé. El incumplimiento, de tal requisito de suministro de información previa puede determinar, según expresamente establece el artículo 14.3 de la Ley 2/2009, la invalidez del contrato celebrado. 3. Constancia en el título calificado del hecho de si la tasación para determinar el precio de la finca en caso de ejecución ha sido realizada por empresa al efecto contratada por el prestamista y, en caso de que así haya sido, que se ha entregado al consumidor copia del informe de tasación, en los términos previstos por el artículo 15 de la Ley 2/2009. 4. Constancia en el título del hecho de que se haya producido oferta vinculante, con especificación de las condiciones financieras correspondientes a las cláusulas financieras señaladas en el Anexo II de la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre la transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios. 5. Constancia en el título calificado, por exigirlo así el artículo 17.5 de la Ley 2/2009, y la Orden de 5 de mayo de 1994, del coste efectivo de la operación. 6. Constancia en el título calificado del hecho de que el notario autorizante ha realizado las advertencias y comprobaciones previstas en el artículo 18.2 de la Ley 2/2009. La mera manifestación, consistente en la declaración de no ejercer de forma profesional la actividad de prestamista; no puede ser considerada suficiente a los efectos de entender que el préstamo hipotecario de cuya inscripción se trata, queda fuera del ámbito de aplicación de la Ley 2/2009, por los motivos siguientes: 1. La ley 2/2009 establece un sistema protector de los prestatarios de carácter imperativo y necesario, según resulta del carácter irrenunciable que para los derechos que reconoce establece su artículo 2. Tal sistema pretende, según pone de manifiesto su Exposición de Motivos, establecer “un marco transparente en las relaciones de éstos con las empresas que les ofrecen contratos de préstamo o crédito hipotecario o de servicios de intermediación para la celebración de cualquier tipo de contrato de préstamo o crédito. El término “empresas” que la Ley utiliza en su Exposición de Motivos, no puede llevar a entender excluidas a las personas físicas que desarrollan la actividad de concesión de préstamos, expresamente incluidas en el ámbito subjetivo de la Ley por su artículo 1, y ello aun cuando no giren bajo un nombre comercial o no se publiciten o identifiquen como tales, pues es precisamente la finalidad de la ley la de profesionalizar la actividad de concesión de préstamos y créditos hipotecarios, sujetándola a determinados requisitos de transparencia y reduciendo al mínimo la actividad clandestina de quienes, sin aparecer formalmente como profesionales o empresarios, desarrollan de forma continuada o habitual dicha actividad. Y es evidente que la finalidad perseguida por la Ley quedaría truncada si una simple manifestación del concedente del préstamo o crédito, en relación con el carácter no profesional de su actividad, fuera suficiente para excluir el cumplimiento de los requisitos que la ley impone, requisitos que, no podemos olvidar, en ningún caso restringen la posibilidad de concesión de préstamos o créditos ni definen las condiciones financieras que deben cumplir, sino que únicamente imponen obligaciones de transparencia. Por otro lado, la dificultad de realizar prueba de hechos negativos, no excluye de forma inevitable toda posibilidad de su prueba

[No se transcriben los defectos de la nota de calificación relativos al pacto de constitución de hipoteca por no haber sido objeto de recurso] Fundamento de Derecho: Vistos los artículos 1, 2, 18, 19, 19 bis y 21 de la Ley Hipotecaria; 2.3, 9, 14, 16, 17 y 18 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; la disposición transitoria del Real Decreto 106/2011, de 28 de enero; 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 21 de enero de 2015 (C-482/123, C-484/13, C/484/13 y C-487/13); 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 y 9 de mayo y 13 de septiembre de 2013, 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 y 5 de febrero de 2014, respecto a información a los consumidores en la contratación de créditos hipotecarios, de 13 de septiembre y 18 de noviembre de 2013 y 5 de febrero y 3, 6 y 9 de octubre de 2014 en cuanto al control registral de cláusulas abusivas, de 4 de febrero de 2015, sobre habitualidad en la concesión de préstamos por personas físicas, y de 28 de julio de 2015. Atendiendo a que las circunstancias de hecho son las mismas que las que motivó la Resolución de la Dirección General de 28 de julio de 2015 se reproduce a continuación parte de sus fundamentos jurídicos "...Conviene recordar, antes de entrar a examinar las circunstancias concurrentes en este supuesto, que la exposición de motivos de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de febrero, sobre contratos de crédito celebrado con consumidores sobre bienes inmuebles de uso residencial, establece como objetivo de la misma el garantizar que todos los consumidores que concluyan los contratos de crédito sobre bienes inmuebles disfruten de un elevado grado de protección, con independencia de la finalidad del crédito y del carácter o no de entidad crediticia del prestamista; e impone la obligación de los Estados miembros de exigir a las autoridades competentes que supervisen a los prestamistas y los faculten para obtener los datos que necesiten para evaluar de manera fiable el cumplimiento de sus obligaciones. Por ello, no sólo las autoridades económicas sino todos los operadores jurídicos deberán prestar la mayor diligencia en la consecución de esa finalidad de protección del consumidor, finalidad que, a su vez, condicionará la interpretación de las normas nacionales sobre la materia según viene reiterando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (ver Resoluciones de 13 de septiembre de 2013 y 5 de febrero de 2014, entre otras). Anticipándose a esa normativa europea, ya la Ley 2/2009, de 31 de marzo, cuyo ámbito objetivo incluye la contratación de préstamos o créditos hipotecarios entre consumidores y personas físicas o jurídicas que, de manera profesional, realicen, entre otras, esa actividad, contiene un conjunto de normas cuya razón de ser consiste en garantizar la transparencia del mercado hipotecario, incrementar la información precontractual y la protección a los usuarios y consumidores de productos financieros ofertados en dicho mercado; y reafirma el deber de control sobre el cumplimiento de las obligaciones que impone -información precontractual, transparencia de las condiciones de los contratos, tasación, compensación por amortización anticipada, etc. por parte de notarios y registradores de la Propiedad al señalar en el artículo 18.1 que '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 o crédito con garantía hipotecaria cuando el mismo no cumpla la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley. Del mismo modo, los Registradores denegarán la inscripción de las escrituras públicas del préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando no cumplan la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley". En consecuencia, ha sido correcta la actuación del registrador de la Propiedad al acudir, como medio para completar la calificación y evaluación del cumplimiento de los requisitos legales por parte del acreedor, a la consulta de los asientos de su propio Registro en otras fincas (como también, según ha declarado este Centro Directivo, se encuentra facultado para consultar,

a estos efectos, los asientos de otros registros de la Propiedad a través del “Servicio de Interconexión entre los Registros”) y no admitir sin más como suficiente la manifestación negativa del acreedor acerca de su condición de profesional, ya que la protección de los derechos de los consumidores exige extremar la diligencia y la utilización de todos los medios al alcance en el control del cumplimiento de la legalidad en este ámbito. La manifestación negativa del acreedor, no entidad de crédito, de no dedicarse profesionalmente a la concesión de préstamos únicamente será admisible si queda confirmada por la citada búsqueda negativa en las bases de datos registrales, pero no si de dicha consulta resulta que es titular de otros créditos hipotecarios. 4. En cuanto al supuesto de hecho de este expediente, igual que en el recogido en la Resolución de 4 de febrero de 2015 cuyos argumentos se reproducen, la cuestión fundamental se centra, como ya se ha expuesto, en determinar si concurre el presupuesto de aplicación de la citada Ley 2/2009, es decir, el carácter profesional del prestamista. Pues bien, como se indica en la referida resolución, el carácter de habitualidad en la concesión de préstamos no tiene una definición precisa en la legislación en general ni en la específica, siendo las diferentes normas que, de un modo u otro, aluden a este término las que en ocasiones han fijado criterios objetivos para considerar la existencia de tal carácter (por ejemplo la legislación fiscal para entender como habitual un domicilio). Fuera de estos supuestos la resolución de la controversia sobre el carácter habitual o no de una actividad sólo puede producirse por la valoración de las pruebas existentes en uno u otro sentido. En el caso que nos ocupa el prestamista manifiesta no ejercer profesionalmente dicha actividad, porque es un pensionista y la concesión de los préstamos se ha verificado en favor de “dos conocidos que solicitaron su asistencia económica”, a lo que se opone el registrador calificador en su informe porque, a su juicio, tal actividad profesional puede afirmarse debido a la existencia de los dos mencionados créditos hipotecarios en el propio registro, otorgados e inscritos a favor del acreedor en el plazo de cinco meses; así como por el montante elevado de los mismos, por la condición de simples conocidos y no familiares de los prestatarios, y por el volumen medio de préstamos concedidos en su distrito hipotecario por las entidades habituales del crédito que es muy similar. Es doctrina de este Centro Directivo señalada en numerosas Resoluciones, que el registrador en el ejercicio de su función calificador sobre la legalidad, puede tener en cuenta los datos que resulten de organismos oficiales a los que pueda acceder directamente, no sólo para el mayor acierto en la calificación sino también para liberar a los interesados de presentar documentos que puede obtener directamente cuando ello le sea factible sin paralizar el procedimiento registral o cuando sea especialmente útil para el ejercicio adecuado de la calificación registral. Así, este Centro Directivo ha admitido la posibilidad de que el registrador de la propiedad, en el ejercicio de sus funciones, pueda consultar de oficio el Registro Mercantil (Resolución de 16 de febrero de 2012), así como que pueda proveerse de la prueba a su alcance si puede acceder a ella con facilidad (Resolución de 28 de febrero de 2012), siendo compatible el principio de rogación que exige que se inscriba lo que se pide con la posibilidad de consulta al Registro Mercantil por parte del registrador de la propiedad para acreditar el cargo y la representación del administrador de una sociedad, atendiendo a los principios de facilidad probatoria, proporcionalidad, eficacia, legalidad y tutela del interés público; siempre que los datos se puedan obtener con facilidad (Resoluciones de 11 de junio, 5, 24 y 30 de octubre y 6 de noviembre de 2012 y 24 de junio de 2013), pudiendo incluso consultar de oficio en algún caso el Registro General de Actos de Última Voluntad para aclarar una determinada cuestión (Resolución de 1 de junio de 2013), o calificar la declaración de concurso por consulta al Registro Mercantil o al Registro Público Concursal (Resoluciones de 1 y 11 de julio y 6 de septiembre de 2013), o, por último, consultar, como ha ocurrido en este caso, los asientos de su propio Registro y/o el “Servicio de Interconexión entre los Registros” en relación con la habitualidad de los prestamistas que no tengan el carácter de entidades financieras (Resolución de 4 de febrero de 2015). En definitiva, se trata de obtener datos que de manera objetiva e indubitada, acrediten o complementen el contenido de la documentación presentada o que apoyen la emisión de una calificación lo más precisa y acertada posible, y en este sentido el otorgamiento de sucesivos préstamos

hipotecarios en un número considerable constituye, indudablemente, un indicio suficiente del desarrollo de una actividad profesional, que justifica la exigencia por parte del registrador del cumplimiento de los requisitos legales exigibles; quedando desvirtuada la manifestación del prestamista de no ejercer de forma profesional la actividad efectuada en la escritura, por los datos obrantes en el mismo o en los diferentes registros de la Propiedad, que revelan una habitualidad en la concesión de préstamos con garantía hipotecaria. Respecto a la cuestión, alegada por el recurrente, de ser necesaria una continuidad o reiteración en la concesión de préstamos para la aplicación de la Ley 2/2009, continuidad que no puede entenderse cumplida por el otorgamiento de sólo dos créditos hipotecarios en cinco meses; ciertamente es difícil establecer objetivamente cuántos créditos son necesarios para considerar que existe habitualidad en su concesión, pero la prevalencia en este ámbito del principio de protección de los consumidores y la aplicación del artículo 8 de la repetida Ley que establece que “corresponde a las empresas -acreedores- la prueba del cumplimiento de las obligaciones que les impone esta Ley”, lleva a considerar que constituyen indicio suficiente acerca de la cuestión debatida y justificación adecuada para exigir bien el cumplimiento de los requisitos legales o bien una prueba satisfactoria de su no necesidad». El defecto es insubsanable [No se transcriben los defectos de la nota de calificación relativos al pacto de constitución de hipoteca por no haber sido objeto de recurso] Esta resolución se notificará al Notario autorizante telemáticamente y al presentante. La presente calificación negativa determina la prórroga del asiento de presentación por el plazo que señala el artículo 323.1º de la Ley Hipotecaria. Contra el presente acuerdo de calificación (...) En Vilanova i la Geltrú, a 1 de enero (sic) de 2016 El Registrador. Este documento ha sido firmado con firma electrónica reconocida por María del Carmen Florán Cañadell registrador/a de Registro Propiedad de Vilanova i la Geltrú 1 a día uno de febrero del año dos mil dieciséis».

III

Contra la anterior nota de calificación, doña M. C. G. G. interpuso recurso el día 8 de marzo de 2016, mediante presentación de escrito de fecha 24 de febrero de 2016, en el que constan los siguientes argumentos: «1. La nota se fundamenta en una apreciación subjetiva de la registradora que decide por su cuenta y sin justificación técnica ni estadística de ningún tipo quién se dedica habitualmente a conceder préstamos y quién no. Para llegar a su conclusión subjetiva, la registradora no califica sobre la base del título presentado y de los asientos del registro que tiene a su cargo, sino que hace una búsqueda en todos los registros de España, encuentra 35 inscripciones de hipoteca constituidas a mi favor (sin poder saber que se trata de inscripciones relativas a préstamos vigentes o a hipotecas que garantizan préstamos ya satisfechos pero que no han sido canceladas y deduce que 35 préstamos (de importes modestos) constituyen una actividad empresarial de una viuda que opera sola y por su cuenta que requiere cumplir todos los requisitos establecidos por la legislación vigente en materia de préstamos y créditos al consumo y la propia de los establecimientos de crédito. ¿Por qué 35 sí y 20, por ejemplo, no? ¿Por qué un préstamo de 1.500.000 euros no es actividad empresarial y treinta préstamos de 30.000 sí? 2. La registradora se atribuye competencias que no le corresponden, porque la disciplina en materia de préstamos y créditos es competencia del Banco de España y de las autoridades administrativas competentes. 3. En definitiva, y sin mayor alegación de fundamentos de Derecho sobre la base del principio “iura novit curia”, considero que la registradora de la propiedad se ha excedido en sus competencias asumiendo el control de legalidad que corresponde efectuar a otras instituciones y autoridades, fundamentándola en inscripciones que no corresponden al registro que tiene a su cargo, basándose en una apreciación subjetiva no justificada y declarando que la escritura calificada tiene una serie de defectos insubsanables, ninguno de los cuales resulta de la escritura sino de cuestiones externas al título y al Registro y por todo ello Solicito: Que se tenga por interpuesto este recurso dentro de plazo para remitir a la Dirección general de los Registros y del Notariado y que, estudiados el título, la nota y los hechos que de ellos resultan, se proceda a revocar la nota y a ordenar la inscripción de la escritura de hipoteca calificada».

IV

El notario autorizante de la escritura calificada, don Lluís Jou Mirabent, mediante escrito de fecha 14 de marzo de 2016, alegó lo siguiente: «(...) Fundamentos de Derecho I. Al redactar este informe debo de circunscribirme al contenido de la escritura calificada, además de a la nota y al recurso. II. En relación con la escritura subrayo que no puedo admitir que contenga un defecto insubsanable que lleve a la denegación de la inscripción como se dice en la nota. El notario responde con su buen nombre profesional de las escrituras que redacta y autoriza y con todo su patrimonio de los perjuicios que puede ocasionar a las personas que le confían su ministerio si por ignorancia inexcusable les produce dichos perjuicios. Aceptar que la escritura contiene defectos insubsanables es prejuzgar mi propia responsabilidad personal para el caso que el préstamo resulte impagado y la garantía hipotecaria constituida no pueda ser ejecutada. La nota imputa a la escritura la falta de acreditación de unos requisitos formales que en ningún caso debían cumplirse por la prestamista, una particular que concede un préstamo a un industrial que actúa como particular. La Registradora atribuye a la prestamista el carácter o condición de prestamista habitual no en base a lo que consta en la escritura, sino en base a otras consideraciones que realiza ella misma en virtud de una investigación practicada por ella en otros Registros de la propiedad, investigación de la que deduce que la acreedora es profesional y debe cumplir con los requisitos administrativos establecidos en la Ley 2/2009 de 31 de marzo. Subrayo que en la escritura se cumple con el requisito establecido en dicha Ley ya que la acreedora manifiesta de manera expresa que no realiza la actividad profesional de concesión de préstamos o créditos hipotecarios ni la intermediación en ellos en los términos de la Ley 2/2009, de 31 de marzo. Manifestado esto por la prestamista, el notario no puede realizar investigaciones que están fuera de su competencia funcional y de sus posibilidades reales a fin de investigar la actividad de la prestamista más allá de lo que le conste por las manifestaciones que ella realiza o por el conocimiento personal que tenga el notario, sea en virtud de su actividad profesional, sea en virtud hechos notorios. III. Examinados los Índices de mi protocolo desde la entrada en vigor de la Ley 2/2009, no resultan autorizadas escrituras de préstamo ni de otra índole que puedan llevar a la convicción de que la señora prestamista se dedica profesionalmente y de manera habitual a la concesión de préstamos o créditos hipotecarios. Y hecha una simple busca en Internet sobre dicha señora, no aparece ningún dato o información que pueda llevar a la misma conclusión. Por otra parte, yo, el notario, en el momento de recabar de la prestamista la manifestación pertinente, la informé, como no puede ser de otra manera, de lo que disponía dicha ley. No puedo ni deseo responder en modo alguno por las actividades de la señora G., a quien no conozco, pero tampoco tengo motivos racionales suficientes para sospechar que se dedica profesionalmente a conceder préstamos hipotecarios en los términos a que se refiere la Ley y creo que, como correlato del principio constitucional de la presunción de inocencia, me está vedado a mí, como lo está a la registradora, extraer conclusiones personales que comporten una directa acusación de incumplimiento de las normas imperativas a la señora prestamista. Entiendo, pues, que no hay motivo jurídico alguno para concluir que la escritura adolece de defectos insubsanables por infracción de la Ley y que, por el contrario, hace la referencia concreta que exige la Ley 2/2009. IV. Finalmente, en lo que se refiere a la escritura, creo necesario acotar el ámbito de aplicación de la Ley 2/2009, de 31 de marzo. Así, según su artículo primero la Ley será de aplicación a la contratación de los consumidores con aquellas personas físicas o jurídicas (en adelante, las empresas) que, de manera profesional, realicen cualquiera de las actividades. Honestamente no creo que el préstamo documentado e la escritura de referencia pueda ser considerado un préstamo al consumo ni por las circunstancias de la prestamista ni por las del prestatario, por lo que no corresponde la exigencia de los requisitos previstos por la Ley a los empresarios. V. En relación con la nota de calificación, tan concienzuda, entiendo que se basa en hechos que nada tienen que ver ni con la escritura ni con el contenido del Registro que está a cargo de la registradora, ni tan solo con el contenido de todos los Registros de España que ella ha consultado. En primer lugar soy del parecer que la registradora se ha extralimitado, como dice la recurrente, en sus competencias. La

calificación registral debe de circunscribirse al título presentado, los documentos complementarios y los libros del Registro que la registradora tiene a su cargo. Lejos de ello, la registradora fundamenta su calificación en asientos de registros que no están a su cargo y, además, en una configuración subjetiva del concepto de actividad habitual, configuración que le lleva, como antes he dicho, a prescindir del principio de presunción de inocencia y dar por hecho que la prestamista se dedica ilegalmente a una determinada actividad. Por otra parte, entiendo que la registradora asume competencias que corresponden a otros funcionarios del Estado y me parece adecuado recordar, aquí, que son nulos de pleno derecho los actos y resoluciones administrativas efectuados o dictadas por funcionario manifiestamente incompetente, caso que entiendo aplicable a la calificación recurrida. VI. En relación con el recurso interpuesto, comparto sus alegaciones y me parece irrefutable la consideración que hace al final del punto 1. En relación con el concepto de actividad habitual: ¿Por qué 35 (préstamos) sí (son actividad profesional) y 20, por ejemplo, no? ¿Por qué un préstamo de 1.500.000 euros no es actividad empresarial y treinta préstamos de 30.000 sí? El préstamo concedido por la recurrente, una viuda pensionista, es de 31.000 euros de capital, no parece ni un préstamo al consumo ni denota, al parecer, una actividad profesional, aunque, repito, no puedo ni quiero ni me corresponde responder de ello. Si las magnitudes económicas son irrelevantes para los conceptos jurídicos, no siempre son baladíes. Piénsese por ejemplo, en la normativa penal y en la administrativa sancionadora, que con frecuencia toman por base para calificar delitos y faltas la cuantía de las conductas a sancionar. A mi entender la registradora ha actuado con un celo absolutamente desproporcionado al caso. Por todo ello, entiendo que la escritura que autoricé en 16 de diciembre de 2015, número 2750 de protocolo, no adolece de defecto insubsanable alguno y comparto el criterio de la recurrente que la registradora ha calificado excediéndose en sus funciones, arrojándose las que legalmente corresponden a otros funcionarios, fundamentándose en opiniones y sospechas subjetivas y, finalmente, atribuyendo a la escritura unos defectos de los que no adolece».

V

La registradora de la Propiedad emitió informe con fecha 14 de marzo de 2016, confirmando su nota de calificación, y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 1, 2, 18, 19, 19 bis y 21 de la Ley Hipotecaria; 2, 3, 9, 14, 16, 17 y 18 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; la disposición transitoria del Real Decreto 106/2011, de 28 de enero, por el que se crea y regula el Registro estatal de empresas previsto en 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, y se fija el importe mínimo del seguro de responsabilidad o aval bancario para el ejercicio de estas actividades; 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 21 de enero de 2015 (C-482/13, C-484/13, C/485/13 y C-487/13); 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, 18 de junio de 2012, 9 de mayo y 13 de septiembre de 2013, 8 de septiembre de 2014, 22 de abril y 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero de 2016, 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 de 2014 y 9 de marzo de 2016, respecto a información a los consumidores en la contratación de créditos hipotecarios y control de incorporación, y de 13 de septiembre y 18 de noviembre de 2013 y 5 de febrero

y 3, 6 y 9 de octubre de 2014, en cuanto al control registral de cláusulas abusivas, y de 4 de febrero y 13 y 28 de julio de 2015, sobre habitualidad en la concesión de préstamos.

1. De conformidad con los artículos 324 y 326 de la Ley Hipotecaria y la doctrina de este Centro Directivo (cfr. Resoluciones de 16 de febrero de 2005, 5, 17 y 18 de marzo de 2008 y 1 de agosto de 2014), el objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la Propiedad y Mercantil es exclusivamente la determinación de si la calificación negativa realizada por el registrador titular del registro en que debe inscribirse el negocio celebrado 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 la nota de calificación que no hubieran sido objeto de impugnación.

Por tanto, la única cuestión que se plantea en el presente recurso, consiste en determinar las condiciones que deben reunir los prestamistas no entidades de crédito para que les sea de aplicación 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, y, en consecuencia, los requisitos de la inscripción en el Registro Público previsto en su artículo 3; la suscripción del seguro de responsabilidad civil o la constitución del aval bancario impuestos por el artículo 7, y todos los requisitos de información precontractual y transparencia exigidos por los artículos 14 a 16 y 18.2 de dicha Ley, teniendo en cuenta las circunstancias del carácter de consumidor-persona física del deudor y de vivienda de la finca hipotecada.

En concreto se discute acerca de la competencia de los registradores de la Propiedad para realizar indagaciones más allá de su Registro en orden a averiguar si una determinada persona o entidad se dedica de forma habitual a la concesión de préstamos, acerca de cuándo se puede entender que concurre el presupuesto de habitualidad en la concesión de tales créditos o préstamos, y acerca de si es suficiente para excluir la aplicación de la Ley 2/2009 que el acreedor haga constar expresamente en la escritura de constitución del préstamo hipotecario que no se dedica de manera profesional a la concesión de préstamos hipotecarios.

2. 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.

A este respecto, la registradora calificante pone de manifiesto en su nota denegatoria que la persona física prestamista es titular de otras treinta y cinco hipotecas más inscritas en distintos registros de la Propiedad de España, en garantía de los respectivos préstamos hipotecarios que se han concedidos a lo largo de varios años; circunstancia que reconoce expresamente la prestamista recurrente, la cual se limita a alegar, en este sentido, que algunos de los mismos se encuentran cancelados en la actualidad. Para fundamentar su nota de calificación y comprobar el carácter no profesional de la prestamista, la registradora ha realizado una consulta al «Servicio de Interconexión entre los Registros», por lo que entiende que la prestamista sí ejerce profesional o habitualmente la actividad de concesión de préstamos, siéndole, en consecuencia, aplicable lo dispuesto en la Ley 2/2009 y ello no obstante la manifestación vertida en la escritura por el propio interesado negando el citado ejercicio profesional de la actividad de prestamista, la cual estima carente de fuerza enervante, con carácter general, por truncar la finalidad tuitiva perseguida por la Ley sin existir acreditación suficiente y, en este supuesto concreto, porque, además, existe una prueba objetiva en sentido contrario.

La recurrente, por su parte, argumenta que la Ley 2/2009 se aplica únicamente a las personas físicas o jurídicas, que de manera profesional realizan la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios, y que la dificultad de la prueba negativa del ejercicio de esa actividad hace que deba admitirse como suficiente la manifestación expresa negativa del acreedor ocasional para excluir la aplicación de la citada Ley. Asimismo,

considera que la titularidad de treinta y cinco préstamos hipotecarios no supone una prueba concluyente de la dedicación habitual y profesional a la concesión de los mismos al constituir un volumen reducido y ser también reducidas sus cuantías. Por último, señala que la registradora se ha excedido en sus competencias, al asumir un control de legalidad que corresponde efectuar a otras instituciones y autoridades (Banco de España), al fundamentarlo en inscripciones que no corresponden al Registro que tiene a su cargo, y realizar una apreciación subjetiva y no justificada de la habitualidad.

El notario autorizante, en su informe, hace suyos los argumentos de la parte recurrente, añadiendo que del examen de su protocolo y de internet no resultaba que la acreedora hubiera concedido más préstamos, por lo que, en el presente supuesto, no concurre en la acreedora la condición de profesional ya que, además, se trata de una viuda pensionista y el deudor un industrial (aunque señala que éste actúa como particular). Por lo demás, argumenta que el defecto de la escritura, de existir, en ningún caso puede tener la condición de insubsanable.

3. Conviene recordar, antes de entrar a examinar las circunstancias concurrentes en este supuesto, que la exposición de motivos de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de febrero, sobre contratos de crédito celebrados con consumidores sobre bienes inmuebles de uso residencial, establece como objetivo de la misma el garantizar que todos los consumidores que concluyan los contratos de crédito sobre bienes inmuebles disfruten de un elevado grado de protección, con independencia de la finalidad del crédito y del carácter o no de entidad crediticia del prestamista; e impone la obligación de los Estados miembros de exigir a las autoridades competentes que supervisen a los prestamistas y los faculten para obtener los datos que necesiten para evaluar de manera fiable el cumplimiento de sus obligaciones. Por ello, no sólo las autoridades económicas sino todos los operadores jurídicos deberán prestar la mayor diligencia en la consecución de esa finalidad de protección del consumidor, finalidad que, a su vez, condicionará la interpretación de las normas nacionales sobre la materia según viene reiterando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (vid. resoluciones de 13 de septiembre de 2013 y 5 de febrero de 2014, entre otras).

Anticipándose a esa normativa europea, ya la Ley 2/2009, de 31 de marzo, cuyo ámbito objetivo incluye la contratación de préstamos o créditos hipotecarios entre consumidores y personas físicas o jurídicas que, de manera profesional, realicen, entre otras, esa actividad, contiene un conjunto de normas cuya razón de ser consiste en garantizar la transparencia del mercado hipotecario, incrementar la información precontractual y la protección a los usuarios y consumidores de productos financieros ofertados en dicho mercado; y reafirma el deber de control sobre el cumplimiento de las obligaciones que impone (información precontractual, transparencia de las condiciones de los contratos, tasación, compensación por amortización anticipada, etc.) por parte de notarios y registradores de la Propiedad al señalar en el artículo 18.1 que «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 o crédito con garantía hipotecaria cuando el mismo no cumpla la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley. Del mismo modo, los registradores denegarán la inscripción de las escrituras públicas del préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando no cumplan la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley», circunstancia ésta que la recurrente ignora.

En consecuencia, ha sido correcta la actuación de la registradora de la Propiedad al acudir, como medio para completar la calificación y evaluación del cumplimiento de los requisitos legales por parte del acreedor, a la consulta de los asientos de su propio Registro en otras fincas (como también, según ha declarado este Centro Directivo, se encuentra facultado para consultar, a estos efectos, los asientos de otros registros de la Propiedad a través del «Servicio de Interconexión entre los Registros») y no admitir sin más como suficiente la manifestación negativa del acreedor acerca de su condición de profesional, ya que la protección de los derechos de los consumidores exige extremar la diligencia y la utilización de todos los medios al alcance en el control del cumplimiento de la legalidad en

este ámbito. La manifestación negativa del acreedor, no entidad de crédito, de no dedicarse profesionalmente a la concesión de préstamos únicamente será admisible si queda confirmada por la citada búsqueda negativa en las bases de datos registrales, pero no si de dicha consulta resulta que es titular de otros créditos hipotecarios.

4. En cuanto al supuesto de hecho de este expediente, igual que en los recogidos en las Resoluciones de 4 de febrero, 13 de julio y 28 de julio de 2015, cuyos argumentos se reproducen, la cuestión fundamental se centra, como ya se ha expuesto, en determinar si concurre el presupuesto de aplicación de la citada Ley 2/2009, es decir, el carácter profesional del prestamista. Pues bien, como se indica en las referidas Resoluciones, el carácter de habitualidad en la concesión de préstamos no tiene una definición precisa en la legislación en general ni en la específica, siendo las diferentes normas que, de un modo u otro, aluden a este término las que en ocasiones han fijado criterios objetivos para considerar la existencia de tal carácter (por ejemplo la legislación fiscal para entender como habitual un domicilio). Fuera de estos supuestos la resolución de la controversia sobre el carácter habitual o no de una actividad sólo puede producirse por la valoración de las pruebas existentes en uno u otro sentido.

En el caso que nos ocupa la prestamista manifiesta no ejercer profesionalmente dicha actividad, incidiendo en su condición de pensionista, en que muchos de los préstamos que otorgó están cancelados y en la reducida cuantía de los mismos. A este criterio se opone la registradora calificante en su informe porque, a su juicio, tal actividad profesional puede afirmarse de forma objetiva debido a la concesión por la recurrente, probada y no refutada, de treinta y cinco créditos hipotecarios, y a la estrecha colaboración entre la viuda pensionista y el intermediario financiero de tales operaciones que es siempre el mismo.

Es doctrina de este Centro Directivo señalada en numerosas Resoluciones, que el registrador en el ejercicio de su función calificadora sobre la legalidad, puede tener en cuenta los datos que resulten de organismos oficiales a los que pueda acceder directamente, no sólo para el mayor acierto en la calificación sino también para liberar a los interesados de presentar documentos que puede obtener directamente cuando ello le sea factible sin paralizar el procedimiento registral o cuando sea especialmente útil para el ejercicio adecuado de la calificación registral. Así, este Centro Directivo ha admitido la posibilidad de que el registrador de la Propiedad, en el ejercicio de sus funciones, pueda consultar de oficio el Registro Mercantil (Resolución de 16 de febrero de 2012), así como que pueda proveerse de la prueba a su alcance si puede acceder a ella con facilidad (Resolución de 28 de febrero de 2012), siendo compatible el principio de rogación que exige que se inscriba lo que se pide con la posibilidad de consulta al Registro Mercantil por parte del registrador de la Propiedad para acreditar el cargo y la representación del administrador de una sociedad, atendiendo a los principios de facilidad probatoria, proporcionalidad, eficacia, legalidad y tutela del interés público, siempre que los datos se puedan obtener con facilidad (Resoluciones de 11 de junio, 5, 24 y 30 de octubre y 6 de noviembre de 2012 y 24 de junio de 2013), pudiendo incluso consultar de oficio en algún caso el Registro General de Actos de Última Voluntad para aclarar una determinada cuestión (Resolución de 1 de junio de 2013), o calificar la declaración de concurso por consulta al Registro Mercantil o al Registro Público Concursal (Resoluciones de 1 y 11 de julio y 6 de septiembre de 2013), o, por último, consultar, como ha ocurrido en este caso, los asientos de su propio Registro y/o el «Servicio de Interconexión entre los Registros» en relación con la habitualidad de los prestamistas que no tengan el carácter de entidades financieras (Resolución de 4 de febrero de 2015).

En definitiva, se trata de obtener datos que de manera objetiva e indubitada, acrediten o complementen el contenido de la documentación presentada o que apoyen la emisión de una calificación lo más precisa y acertada posible, y en este sentido el otorgamiento de sucesivos préstamos hipotecarios en un número considerable constituye, indudablemente, un indicio suficiente del desarrollo de una actividad profesional, que justifica la exigencia por parte del registrador del cumplimiento de los requisitos legales exigibles; quedando desvirtuada la manifestación del prestamista de no ejercer de forma profesional la actividad efectuada en la escritura, por los datos obrantes en el mismo o en los diferentes registros

de la Propiedad, que revelan una habitualidad en la concesión de préstamos con garantía hipotecaria.

Respecto a la cuestión de cuántos créditos o préstamos son necesarios otorgar para entender que existe una real habitualidad o reiteración en la concesión de préstamos y hacer aplicable la Ley 2/2009, ciertamente es difícil establecer objetivamente esa cifra. Pero la prevalencia en este ámbito del principio de protección de los consumidores y la aplicación del artículo 8 de la repetida Ley que establece que «corresponde a las empresas -acreedores- la prueba del cumplimiento de las obligaciones que les impone esta Ley», han llevado ya a este Centro Directivo (vid. Resolución de 28 de julio de 2015) a considerar que la concesión de simplemente dos préstamos constituye indicio suficiente acerca de la cuestión debatida y justificación adecuada para exigir bien el cumplimiento de los requisitos legales impuestos por la citada Ley o bien una prueba satisfactoria de su no necesidad. Por tanto, con más razón, en el supuesto objeto de este expediente se considera que la concesión de treinta y cinco créditos, constituye prueba objetiva suficiente de la habitualidad en tal actividad.

Y es que, en este ámbito, el cumplimiento de los fines perseguidos por la Directiva 93/13/CEE ha erigido, como principio esencial del ordenamiento jurídico de la Unión Europea (artículo 169 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), el de la protección de los legítimos intereses de los consumidores, que actúa frente a la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos para conseguir eliminar situaciones de desequilibrio contractual en perjuicio de los consumidores; y provoca, como se ha señalado, unos derechos irrenunciables por parte del consumidor -artículo 2 Ley 2/2009- y que la carga de la prueba, tanto del cumplimiento de los requisitos legales o su no necesidad -artículo 8 Ley 2/2009- como de la negociación individual de las cláusulas de los contratos en que intervenga un consumidor -artículo 82, número 2, 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-, corresponda al acreedor.

Por otra parte, la condición de industrial del prestatario tampoco es obstáculo para la aplicación de la Ley 2/2009, ya que, como se ha expuesto anteriormente, para la exclusión de dicha norma hubiera sido necesario que el préstamo se hubiera concedido para una finalidad comprendida dentro del ámbito propio de su actividad empresarial o profesional y, en este caso, como expone el notario en su informe, el prestatario industrial actuó en su condición particular.

5. Por último, respecto al carácter de subsanable o insubsanable de los defectos de la escritura reflejados en la nota de calificación registral, se debe distinguir, aunque se encuentren íntimamente relacionados entre sí, entre la ausencia, por un lado, de los requisitos de inscripción previa del prestamista profesional en el registro público especial que corresponda y de contratación previa de un seguro de responsabilidad civil o un aval bancario y, por otro lado, la falta de reflejo en el título calificado del cumplimiento de las obligaciones o requisitos del proceso de contratación del préstamo hipotecario recogidas en los artículos 14 a 18 de la Ley 2/2009: información precontractual, oferta vinculante, transparencia de las condiciones de los contratos, tasación del bien hipotecado, derecho de examen del proyecto de escritura con una antelación de tres días en el despacho del notario autorizante y obligaciones de información y advertencias notariales.

En cuanto a la ausencia del cumplimiento de los requisitos del primer grupo, es decir, la inscripción con carácter previo al inicio del ejercicio de su actividad del prestamista profesional en el Registro público especial que corresponda (artículo 3 de la Ley 2/2009), y de contratación previa a tal inscripción de un seguro de responsabilidad civil o de un aval bancario que cubra las responsabilidades en que pudieran incurrir frente a los consumidores por los perjuicios derivados de la realización de la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios (artículo 7 de la Ley 2/2009); según el artículo 9.2 de la Ley de referencia, su incumplimiento será considerado infracción muy grave, aplicándose lo dispuesto en los artículos 51 y 52 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y normativa complementaria.

Pues bien, esos artículos 51 y 52 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 no establecen la invalidez del contrato sino la imposición de unas multas y la posibilidad del cierre temporal del establecimiento, instalación o servicio; por lo que en tales casos el defecto debe considerarse subsanable.

Por lo respecta al segundo grupo de defectos, debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo recogida, 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 doctrina acerca de que la contratación con condiciones generales constituye una categoría contractual diferenciada de la contratación negociada individual, que se caracteriza por tener un régimen propio y específico, que hace descansar su eficacia última, no tanto en la estructura del consentimiento del adherente, como en el cumplimiento por el predisponente de unos especiales deberes de configuración contractual en orden, especialmente al reforzamiento de la información.

Estos deberes, en el ámbito de la contratación de préstamos y créditos hipotecarios, se materializan en el seguimiento del proceso de contratación e información regulado en los citados artículos 14 a 18 de la Ley 2/2009 y en la Orden Ministerial EHA 2899/2011, también a aplicable a los profesionales que no sean entidades de crédito.

En consecuencia, en cuanto su cumplimiento es determinante de una adecuada formación de la voluntad contractual del consumidor y del conocimiento real por el deudor de los concretos riesgos contratados, su omisión puede afectar a la validez del contrato de adhesión de préstamo hipotecario de conformidad y en los términos que disponen los artículos 5, 7 y 10 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, y el artículo 14.3 de la Ley 2/2009. Es por ello que los requisitos del proceso de contratación deben ser objeto de control de incorporación por parte del registrador de la Propiedad (Resoluciones de 5 de febrero de 2014 y 9 de marzo de 2016), y su ausencia 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.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación de la registradora.

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, 31 de mayo de 2016.—El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.