

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

- 93** *Resolución de 13 de diciembre de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora de la propiedad de Valencia n.º 10, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario.*

En el recurso interpuesto por don J. J. B. C., en nombre y representación de doña M. M. C. N., contra la nota de calificación extendida por la registradora de la Propiedad de Valencia número 10, doña María Pilar García Goyeneche, 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.

Hechos

I

Mediante escritura pública autorizada por el notario de Valencia, don Salvador Moratal Margarit, el día 3 de mayo de 2018, con el número 762 de protocolo, doña M. F. P. M. constituyó una hipoteca sobre la finca registral número 35.904 del Registro de la Propiedad de Valencia número 10, en garantía de un préstamo concedido por doña M. M. C. N. (representada por don J. J. B. C.) por un importe de 30.000 euros, sin indicación de la finalidad del mismo.

II

Presentada dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Valencia número 10, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Presentado el precedente documento por vía telemática el día 3 de mayo de 2018, según el asiento 813 del Diario 88, aportada copia en soporte papel con fecha 17 de mayo de 2018, en este Registro de la Propiedad de Valencia número diez, previa su calificación jurídica en los términos a que se refiere el artículo 18 y demás aplicables de la Ley Hipotecaria, se extiende nota de calificación desfavorable en base a los siguientes hechos y fundamentos de derecho:

Hechos: En el precedente documento, M. F. P. M. constituye hipoteca sobre la finca número 35.904, en garantía de un préstamo que le ha sido concedido por M. M. C. N., de la que manifiesta constituye la vivienda habitual, y que adolece de los siguientes defectos:

1. Según consulta de la Registradora que suscribe al Servicio de Interconexión entre los Registros, la acreedora, M. M. C. N., es titular de otras hipotecas vigentes, lo que constituye, indudablemente, un indicio suficiente del desarrollo de una actividad profesional de concesión de préstamos, que justifica la exigencia del cumplimiento de todos los requisitos previstos en la Ley 2/2009, de 31 de marzo.

2. En la Cláusula Tercera se pacta un interés ordinario del diez por ciento anual y un interés moratorio del quince por ciento anual.

Y en la Cláusula Cuarta. Constitución de Hipoteca, se establece una responsabilidad hipotecaria de un diez por ciento de intereses ordinarios de doce meses y un quince por ciento de intereses moratorios de doce meses.

Dicho tipo de interés de demora excede del límite señalado por el Tribunal Supremo como abusivo en sus recientes Sentencias de 23 de diciembre de 2015 y 3 de junio de 2016. Artículos 6, 1255, 1256 y 1288 del Código Civil; 12, 18 y 258 de la Ley Hipotecaria; 3 y 4 de la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores; 2 a 4, 15, 18, 19 y 29 de la Directiva 2014/17/UE, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial; 1, 2, 6, 8, 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. Reiterada doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, como resoluciones de 22 de julio de 2015, 9 de octubre de 2015 y 21 de diciembre de 2015.

El prestatario tiene la condición de consumidor y la finalidad del préstamo es estrictamente de consumo, ajena a su actividad profesional, y se ha pactado un interés de demora que supera al interés ordinario en dos puntos, sin que resulte del título haber existido negociación individual entre el prestamista y el prestatario al respecto.

En el presente caso, se trata de un préstamo concedido por una persona física a otra persona física, sin que resulte que la cláusula de intereses de demora ha sido negociada individualmente, en el que se pacta un interés moratorio, que excede del límite máximo establecido según la doctrina de la referida sentencia, ya que no se ajusta al requisito de no exceder en más de dos puntos a los intereses ordinarios vigentes en cada momento, con el límite, en su caso, de tres veces el interés legal del dinero.

3. En la Cláusula Sexta, las partes pactan expresamente que la parte acreedora pueda reclamar cuanto se le adeude mediante la venta extrajudicial de la finca hipotecada... y dado que en este contrato hay otras obligaciones garantizadas, no se acota que este procedimiento sólo podrá utilizarse «para el caso de falta de pago del capital o de los intereses de la cantidad garantizada», tal como establece el art. 129.1.b) de la Ley Hipotecaria, no admitiéndose, por tanto, para otros supuestos de vencimiento anticipado.

4. En la Cláusula Séptima se establece como causa de vencimiento anticipado: a) si no se cumpliesen los pagos convenidos en las fechas señaladas..., por tratarse de una cláusula abusiva que debe ser denegada por ser contraria a una norma imperativa – artículo 693 L.E.C.–.

Fundamentos de derecho:

Con carácter general, y conforme a los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 96 de su Reglamento, el registrador califica bajo su responsabilidad los documentos presentados, extendiéndose la calificación -entre otros extremos- a «los obstáculos que surjan del Registro», a «la legalidad de sus formas extrínsecas de los documentos de toda clase en cuya virtud se solicite la inscripción», a «las que afecten a la validez de los mismos, según las leyes que determinan la forma de los instrumentos» y a «la no expresión, o la expresión sin claridad suficiente, de cualquiera de las circunstancias que, según la Ley y este Reglamento, debe contener la inscripción, bajo pena de nulidad».

En cuanto al hecho número 1, la Resolución de la DGRN de 26 de julio de 2017, dispone que conforme a la EM Directiva 2014/17/UE de 4 febrero 2014 y al art. 18 Ley 2/2009 es correcta la actuación de la registradora al acudir, como medio para completar la calificación, a la consulta de los asientos de otros registros a través del Servicio de Interconexión entre los Registros, 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, considerándose que la concesión de dos préstamos constituye un indicio suficiente para exigir bien el cumplimiento de los requisitos legales impuestos por la citada Ley o bien una prueba satisfactoria de su no necesidad, como pudiera ser la acreditación de una relación personal entre prestamista y prestatario.

De acuerdo con el artículo 1 de la Ley 2/2009 de 1 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, «1. Lo dispuesto en esta 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 que consistan en: a) La concesión de préstamos o créditos hipotecarios bajo la forma de pago aplazado, apertura de crédito o cualquier otro medio equivalente de financiación...».

El Artículo 18.1 de dicha Ley establece: «... los registradores denegarán la inscripción de las escrituras públicas de préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando no cumplan la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley.»

Artículos 3 y 7 de la Ley y Real Decreto 106/2011 de 28 de enero, por el que se regula el Registro Estatal de empresas previsto en la Ley y se fija el importe mínimo del seguro de responsabilidad civil o aval bancario para el ejercicio de estas actividades.

En cuanto al hecho número 2. En relación a los intereses de demora en los préstamos hipotecarios, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en Sentencia de 3 de junio de 2016 acerca del carácter abusivo de los mismos, considerando que lo son si el tipo de interés de demora pactado excede de dos puntos por encima del interés ordinario. Lo aplica a todos aquellos casos en que sea de aplicación la normativa de consumidores (teniendo en cuenta que para ello, de acuerdo con la doctrina contenida en la STJUE de 3 de septiembre de 2015, lo relevante es el destino de la operación), y si la cláusula no ha sido objeto de negociación individualmente (conforme a lo previsto en el art. 3.2 de la Directiva 1993/13/CEE, «se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión», por lo que el Tribunal Supremo entiende que para que se considere que las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores en estos sectores de la contratación no tienen el carácter de condiciones generales o de cláusulas no negociadas, y por tanto, se excluya el control de abusividad, «es preciso que el profesional o empresario explique y justifique las razones excepcionales que le llevaron a negociarlas individualmente con ese concreto consumidor, en contra de lo que, de modo notorio, es habitual en estos sectores de la contratación y acorde a la lógica de la contratación en masa, y que se pruebe cumplidamente la existencia de tal negociación y las contrapartidas que ese concreto consumidor obtuvo por la inserción de cláusulas que favorecen la posición del profesional o empresario», como ha señalado en sentencia 265/2015, de 22 de abril). El Tribunal Supremo entiende que es abusivo aquel interés de demora que resulte desproporcionado con respecto al interés ordinario pactado, y considera, de acuerdo con la doctrina del TJUE, contenida en la sentencia de 21 de enero de 2015 y en el auto de 11 de junio de 2015, que «el artículo 114.3 LH prohíbe que, en los préstamos para adquirir la vivienda habitual, se pacten intereses superiores a los que indica, pero no excluye el control del carácter abusivo de aquellas cláusulas de intereses moratorios que, aunque no sean contrarias al precepto, porque respetan ese límite máximo del triple del interés legal del dinero, puedan implicar la ‘imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones’, en los términos del artículo 85.6 TRLGDCU». Concluye que «respecto de los préstamos hipotecarios debe mantenerse el mismo criterio establecido en la mencionada sentencia 265/2015, de 22 de abril, para los préstamos personales», y, por tanto, y conforme a ella, se considera «abusivo un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado en un préstamo personal», en este caso, un préstamo hipotecario; y lo hace sobre la base, como argumentos, de que «la adición de un porcentaje excesivo conllevaría un alejamiento injustificado de los porcentajes que la legislación nacional establece para los supuestos de ausencia de pacto», de que «el profesional o empresario no podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal

y equitativa con el consumidor, éste aceptaría en el marco de una negociación individual una cláusula de interés de demora que supusiera un incremento considerable del interés remuneratorio», de que una «cláusula de interés de demora que supusiera un incremento excesivo del tipo porcentual respecto del interés remuneratorio no sería adecuada para garantizar la realización de los objetivos que las normas que establecen un interés de demora en distintos campos de la contratación persiguen, e iría más allá de lo necesario para alcanzarlos, perjudicando desproporcionadamente al consumidor, en contra de las exigencias de la buena fe», y de que «el incremento de dos puntos porcentuales previsto en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la fijación del interés de mora procesal es el criterio legal más idóneo para fijar cuál es el interés de demora en los préstamos concertados con consumidores, que no suponga la imposición de una indemnización alta al consumidor que no cumpla con sus obligaciones [...], evita que el interés de demora pueda ser inferior al remuneratorio, indemniza de un modo proporcionado los daños [...] por el retraso [...] en el cumplimiento de la obligación [...], y asimismo contiene un factor disuasorio».

En consecuencia, de conformidad con la jurisprudencia citada, el límite de la abusividad queda fijado en dos puntos por encima del interés remuneratorio pactado, Y se considera abusivo todo interés de demora que exceda en más de dos puntos el interés ordinario.

En relación a la calificación de las cláusulas abusivas por los Registradores, la Dirección General de los Registros y del Notariado tiene establecido que dicha calificación no sólo puede sino que debe tener lugar en base a la siguiente doctrina al respecto: «... Respecto a la cuestión de si la calificación registral se extiende al concreto ámbito del carácter abusivo de las cláusulas de los préstamos hipotecarios, este Centro Directivo ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas Resoluciones entre las que destacan las de 1 de octubre de 2010, 16 de agosto de 2011, 13 de septiembre de 2013, 5 de febrero y 3 de octubre de 2014 y 28 de abril de 2015, las que, siguiendo el criterio de interpretación sistemática de las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de mayo y 13 de septiembre de 2013, han fijado el alcance de la calificación registral respecto de la abusividad –control de contenido– y transparencia –control de incorporación y comprensibilidad– de las estipulaciones financieras de los préstamos hipotecarios.

En concreto de la Resolución de 13 de septiembre de 2013 recordando el origen comunitario de gran parte de la normativa española en esta materia y la necesidad de que las autoridades nacionales realicen una interpretación conforme al Derecho comunitario del ordenamiento nacional, en este caso la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores (transpuesta mediante el 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 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, pendiente de transposición; señala que el denominado "principio de efectividad" de las normas europeas sobre protección de los consumidores (cfr. Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27 de junio de 2000, 21 de noviembre de 2002, 26 de octubre de 2006, 4 de junio de 2009, 14 de junio de 2012 y 14 de marzo de 2013) impone a los Estados miembros, en los contratos celebrados entre un consumidor y un profesional en el que figure una cláusula abusiva, la disposición de medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas y la operatividad ipso iure de la nulidad de las mismas sin que el consumidor tenga que impugnar judicialmente con éxito dicha cláusula abusiva.

Esta nulidad de pleno derecho, en este caso la declarada en el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007 respecto de las condiciones generales abusivas, 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, las cláusulas afectadas por tal nulidad han de tenerse "por no puestas" tanto en el ámbito judicial como en el

extrajudicial y también en el registral; por lo que su exclusión por el registrador de la propiedad no queda subordinado a su previa declaración judicial ni a requisito complementario alguno (inscripción en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación), especialmente cuando se trata de algunas de las cláusulas incluidas en la llamada doctrinalmente «lista negra» recogida en los artículos 85 a 90 de dicho Real Decreto Legislativo al no requerir una valoración o ponderación de las circunstancias concurrentes en función de conceptos jurídicos indeterminados.

En definitiva, sólo una interpretación de los objetivos específicos de los artículos 12, 18 y 258.2 de la Ley Hipotecaria coordinada y ponderada con la normativa de protección de consumidores, unida a la posibilidad de apertura de la ejecución real hipotecaria con base en el artículo 130 de la Ley Hipotecaria y a los imperativos demandados por el ordenamiento comunitario, permiten definir el ámbito de la función calificadora del registrador respecto de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado a la que se refiere el párrafo segundo del reiterado artículo 12 de la Ley Hipotecaria y a su posible abusividad. De este modo, dentro de los límites inherentes a la actividad registral, el registrador podrá realizar una actividad calificadora de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado, en virtud de la cual podrá rechazar la inscripción de una cláusula, desde luego cuando su nulidad derive de su oposición a una norma imperativa o prohibitiva, o hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, pero también en aquellos otros casos en los que se pretenda el acceso al Registro de aquellas cláusulas cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado por el registrador de forma objetiva.» (RDGRN 22 de julio de 2015.)

En cuanto al hecho número 3, el artículo 129.1.b) de la Ley Hipotecaria, introducido por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, establece que «La acción hipotecaria podrá ejercitarse mediante la venta extrajudicial del bien hipotecario, conforme al artículo 1858 del Código Civil, siempre que se hubiera pactado en la escritura de constitución de la hipoteca sólo para el caso de falta de pago del capital o de los intereses de la cantidad garantizada».

En cuanto al hecho número 4, vulnera el artículo 693 de la L.E.C., de aplicación general, que, en su nueva redacción dada por la Ley 1/2013, establece que «Lo dispuesto en este Capítulo será aplicable al caso en que deje de pagarse una parte del capital del crédito o los intereses, cuyo pago deba hacerse en plazos, si vencieren al menos tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a tres meses. Así se hará constar por el Notario en la escritura de constitución. Si para el pago de alguno de los plazos del capital o de los intereses fuere necesario enajenar el bien hipotecado, y aún quedaren por vencer otros plazos de la obligación, se verificará la venta y se transferirá la finca al comprador con la hipoteca correspondiente a la parte del crédito que no estuviere satisfecha» y «2. Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución».

De conformidad con los hechos y fundamentos de derecho expuestos acuerdo suspender la/s inscripción/es solicitada, calificándose los defectos como subsanables.

Además, una vez calificadas las cláusulas que configuran la garantía hipotecaria inscrita y la obligación asegurada, con la extensión prevista en los artículos 12, 18 y 258.2 de la Ley Hipotecaria, Artículos 83 y 84 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, Artículo 8 de la Ley 7/1998 de 13 de abril de Condiciones Generales de la Contratación, y Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de junio de 2009 y 14 de junio de 2012 y del Tribunal Supremo 792/2009 de 16 de diciembre, entre otras, se deniegan -y por tanto no serán objeto de inscripción en el caso de subsanarse el defecto antes señalado-, además de

las cláusulas de contenido ajeno a la garantía hipotecaria y aquellas de carácter meramente informativo, las siguientes cláusulas.

1. En la cláusula Sexta, Procedimiento de Ejecución Extrajudicial, el párrafo que dice que serán de cuenta de la parte prestataria todos los gastos originados por la ejecución extrajudicial «incluidos en tal concepto honorarios de Notarios y Letrados».

2. En la cláusula Séptima, vencimiento anticipado,

letra c) en cuanto establece el vencimiento anticipado en el caso de que la finca fuese objeto de cualquier otro gravamen, enajenación, embargo, anotación, administración judicial, destrucción o disminución de valor en más de una cuarta parte.

letra d) en cuanto establece el vencimiento anticipado si parte deudora fuese declarada en estado de suspensión de pagos, quiebra, concurso o fuese objeto de reclamación de la deuda en vía judicial.

3. La cláusula Novena, gastos.

Fundamentos de Derecho.

En cuanto al hecho 1.º, en virtud de lo dispuesto en el artículo 129 de la Ley Hipotecaria, en su redacción introducida por la Ley 1/2013, de 14 de mayo; y por no haberse excluido del pago por el deudor los honorarios del abogado del acreedor, porque su intervención no es obligatoria. Art. 236-K-3 del Reglamento Notarial.

En cuanto al hecho 2.º, letra c) en cuanto al caso de despacho de mandamiento de ejecución o embargo de la finca porque es pacto totalmente ajeno al préstamo hipotecario garantizado, en cuanto a la enajenación o realización de actos dispositivos por que infringe normas imperativas como los artículos 27 y 107.3 de la Ley Hipotecaria y es contrario al principio de libertad de contratación, a la libre circulación de los bienes y al crédito territorial y en cuanto a la disminución, por no condicionarse a la aportación de garantía complementaria por parte del deudor. Art. 1129-3 Código Civil, y SAP Tarragona de 1 abril-abril-2011.

Letra d) por resultar contrario al art. 61.3 de la Ley Concursal 22/2003 de 9 de julio, conforme al cual «se tendrán por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de resolución o la extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes.

En cuanto al hecho 3.º, al haber sido declarados nulos los referidos gastos en virtud de sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015.

Contra la expresada calificación (...)

Valencia a 6 de junio de 2018 La registradora (firma ilegible), M.ª Pilar García Goyeneche».

Devuelta la escritura el día 6 de agosto de 2018 al Registro de la Propiedad de Valencia número 10, la registradora extendió nueva nota de calificación expresiva del hecho de dicha devolución y reiteró el defecto señalado en el hecho 1 de la nota precedente, en los siguientes términos:

«Devuelto el documento el 6 de agosto de 2018 al Registro de la Propiedad de Valencia número diez, en unión de una copia parcial del mismo comprensiva de una diligencia de rectificación y subsanación extendida el 12 de julio de 2018, por la que se subsanan los defectos que se indican en los Hechos 2, 3 y 4 de la precedente nota, y en la que, respecto a lo expuesto en el Hecho 1, el notario autorizante hace constar que las partes le manifestaron que la concesión del préstamo se debía a una relación de amistad entre ambas y que el préstamo no tenía en ningún caso carácter de profesional.

Tras la consulta realizada por esta Registradora al Servicio de Interconexión entre Registros para completar la calificación de este documento, referida en el Hecho 1 de la precedente nota, y conforme a lo previsto en la referida Resolución de la DGRN de 26 de

julio de 2017, con dicha manifestación no queda acreditada la existencia de una relación personal entre prestamista y prestataria, por lo que, salvo que se desvirtúe tal indicio, debe exigirse el cumplimiento de los requisitos legales impuestos en el la Ley 2/2009.

Por ello, permanece vigente la precedente nota de suspensión respecto al defecto del Hecho 1, con base en los hechos y fundamentos de Derecho expuestos en dicha nota de calificación desfavorable.

Contra la expresada calificación (...)

Valencia, a veintiocho de agosto del año dos mil dieciocho.–La registradora (firma ilegible), M.^a Pilar García Goyeneche.»

III

Contra la anterior nota de calificación, don J. J. B. C., en nombre y representación de doña M. M. C. N., interpuso recurso el día 19 de septiembre de 2018 mediante escrito y con arreglo a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho:

«A) Que, con fecha 3 de mayo de 2018, se presentó en dicho Registro de la Propiedad y por vía telemática la referida escritura de préstamo con garantía hipotecaria.

B) Que, con fecha 6 de junio de 2018, se extendió por la Registradora, Nota de Calificación Desfavorable, a tenor de entre otros el siguiente defecto, que es el que motiva el presente:

"... La acreedora, Doña M. M. C., es titular de otras hipotecas vigentes, lo que constituye, indudablemente, un indicio suficiente del desarrollo de una actividad profesional de concesión de préstamos, que justifica la exigencia del cumplimiento de todos requisitos previstos en la Ley 2/2009 de 31 de marzo."

C) Que, el 6 de agosto pasado, se vuelve a presentar dicha escritura de préstamo, en unión de una copia de diligencia de rectificación y subsanación, extendida por el propio Notario autorizante, Don Salvador Moratal Margarit, con fecha 12 de julio pasado, en la que se hace constar, de que a pesar de la advertencia del Notario, se otorgó la escritura por la relación de amistad entre prestamista y prestataria y por ese motivo se formalizó el préstamo y por lo tanto, también se le requirió al Notario, la formalización de la diligencia a fin de reiterar y ratificar dicha relación, la que quedará más adelante justificada en uno de los puntos argumentados en este escrito.

D) Que, con fecha 28 de agosto pasado, la Registradora de la Propiedad, extendió Nota desfavorable a dicha rectificación y subsanación, respecto a que, «no queda acreditada la existencia de una relación personal entre prestamista y prestataria, por lo que, salvo que se desvirtúe tal indicio, debe de exigirse el cumplimiento de los requisitos legales impuestos en la Ley 2/2009. Por ello, permanece vigente la precedente nota de suspensión respecto al defecto del Hecho 1...» (...)

Argumentaciones:

Primera. Es cierta, la existencia de tres préstamos vigentes, además del que motiva el presente y todos ellos de escasa cuantía. A los efectos oportunos, se hace constar que los intereses que generan dichos préstamos vigentes, ascienden en su totalidad a seiscientos cuarenta euros mensuales. No considera la prestamista, que dichas ganancias sean suficientes para considerarse como una actividad profesional y así se hizo saber al Notario.

Segunda. Es cierto que, el préstamo concedido a doña M. F. P. M., es un favor entre amigas, y ello es motivado por la necesidad urgente de la prestataria para tratar de no perder su única vivienda, pues el préstamo bancario ya estaba cerrado por impago de cuotas e intereses de demora, no pudiendo hacer frente al pago de la deuda acumulada. Para normalizar la relación económica con «Ibercaja Banco, S.A.», cuya suma ascendía

hasta el día 3 de Mayo del corriente año, a diez mil ochocientos quince euros, la prestamista abonó dicha cantidad, paralizando cualquier acción de carácter judicial.

A pesar de que el tipo de interés ordinario es del diez por ciento, pactado en la escritura de préstamo hipotecario formalizado entre ambas partes, la realidad, es que, se calculó que el interés que se generara y le reembolsara fuera del tres y medio por ciento, aproximadamente.

La prestamista pagará por cuenta de la prestataria, durante un año la cuota mensual, que en concepto de capital e intereses debe de amortizarse a Ibercaja Banco, S.A. y que asciende a unos doscientos ochenta euros y eso será así, hasta el vencimiento del préstamo que han formalizado entre ambas (un año). Ese plazo de duración del préstamo, se pactó y consideró suficiente a fin de que la prestataria pudiese vender en condiciones favorables la vivienda, sin padecer presión alguna y evitar el embargo judicial de la misma.

Se acompañan al presente, fotocopias de los justificantes de pago de los cuatro primeros vencimientos abonados por la prestamista, por cuenta de la prestataria a Ibercaja Banco, S.A.

En virtud de todo lo expuesto,

Solicito a la Dirección General de los Registros [sic] y del Notariado, que teniendo por presentado este recurso en tiempo y forma, en unión de los documentos que se adjuntan, se sirvan admitirlos y procedan a calificar positivamente la escritura y diligencia presentadas practicando su correspondiente [sic] inscripción.»

IV

La registradora emitió informe el día 2 de octubre de 2018, ratificándose íntegramente en el contenido de la nota de calificación impugnada y remitió el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos el artículo 18 de la Ley Hipotecaria; el Preámbulo y los artículos 1.1, 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 única 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-482/123, 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 14 de julio de 2015, sobre calificación registral de la representación, 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, 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, 13 y 28 de julio de 2015, 10 de marzo, 20 de junio y 7, 11 y 17 de julio de 2016 y 26 de julio de 2017, sobre habitualidad en la concesión de préstamos.

1. Tras la primera presentación de la escritura de préstamo hipotecario en el Registro, que dio lugar a la calificación de 6 de junio de 2018, donde se indicaba la existencia de diversos defectos, se aportó de nuevo la escritura con fecha 6 de agosto siguiente junto con diligencia notarial de rectificación y subsanación extendida el día 12 de julio de 2018, por la que se subsanan los defectos señalados en los hechos 2, 3 y 4 de la precedente nota, y en la que respecto del defecto señalado en el hecho 1 el notario autorizante hace constar que las partes le manifestaron que la concesión del préstamo se debía a una relación de amistad entre ambas y que el préstamo no tenía en ningún caso el carácter de profesional.

La registradora, a la vista de dicha diligencia, da por subsanados los defectos señalados los hechos 2, 3 y 4 de la primera calificación, pero mantiene la calificación desfavorable respecto del defecto señalado en el hecho 1, conforme a los fundamentos jurídicos de la calificación inicial, consistente en que al ser la acreedora titular de otras hipotecas, según resulta de la consulta hecha al Servicio de Interconexión entre los Registros, ello constituye indicio suficiente del desarrollo de una actividad profesional de concesión de préstamos, que justifica la exigencia del cumplimiento de todos los requisitos previstos en la Ley 2/2009, de 31 de marzo.

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, determinar la exigibilidad, en caso de ser aplicable dicha ley, de los requisitos de la inscripción en el Registro Público previsto en su artículo 3, y la suscripción del seguro de responsabilidad civil o la constitución del aval bancario impuestos por el artículo 7, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en el presente supuesto de hecho relativas al carácter de consumidor de la deudora y de vivienda habitual de la finca hipotecada, cuestiones incontrovertidas en el presente expediente.

El objeto del debate se centra, pues, exclusivamente en la cuestión de determinar cuándo se puede entender que concurre el presupuesto de habitualidad en la concesión de créditos o préstamos por parte del prestamista, y si es suficiente para excluir la aplicación de dicha Ley el hecho de que el acreedor haga constar expresamente en la escritura de préstamo hipotecario que no se dedica con carácter de habitualidad y profesionalidad a las actividades reguladas en la citada Ley 2/2009, de 31 de marzo (de contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito).

2. Respecto la citada cuestión, la registradora pone de manifiesto en su nota de calificación que la persona física prestamista es también titular de otras hipotecas en garantía de otros préstamos concedidos previamente, además de la que es objeto de calificación (en su informe preceptivo concreta que, al menos, es titular de seis hipotecas), que constan inscritas en distintos Registros de la Propiedad según consulta realizada al Servicio de Interconexión entre los Registros, por lo que entiende que la acreedora sí ejerce profesional o habitualmente la actividad de concesión de préstamos, siéndole, en consecuencia, aplicable lo dispuesto en la Ley 2/2009, y ello a pesar de la manifestación vertida en la escritura por la propia interesada negando el citado ejercicio profesional de la actividad de prestamista, que estima carece de fuerza enervante, al existir una prueba objetiva en sentido contrario.

El recurrente, por su parte, partiendo de la base de 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, opone a la calificación el argumento de que el préstamo se concedió como «un favor entre amigas», dada la necesidad urgente de la prestataria de no incurrir en impago de cuotas de otro préstamo contraído con una entidad financiera, y que la suma de todos los intereses devengados por los distintos préstamos concedidos, por su reducida cuantía (que cifra en 640 euros

mensuales), no son suficientes para considerarla como actividad profesional; por lo que concluye que, en el presente supuesto, no concurre en la acreedora la condición de profesional prestamista. Todo ello en los concretos términos reseñados en los antecedentes de hecho de la presente.

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 a 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 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 a 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 (cfr. artículo 1, número 1, letra a), 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 disponer 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 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 del Servicio de Interconexión entre los Registros y no admitir sin más la manifestación negativa de la 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. En este sentido, como afirmó la Resolución de este Centro Directivo de 13 de julio de 2015 en un supuesto similar, 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 en las bases de datos registrales.

4. En cuanto al supuesto de hecho de este expediente, igual que en los recogidos en las anteriores Resoluciones de 4 de febrero y 13 y 28 de julio de 2015, 10 de marzo y 1 de julio de 2016 y 26 de julio de 2017, cuyos argumentos no cabe sino reiterar, la

cuestión fundamental se centra 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 el prestamista manifiesta no ejercer profesionalmente dicha actividad, argumentando que por la escasa cuantía de las ganancias que obtiene mediante los intereses devengados por los distintos préstamos hipotecarios concedidos no puede calificarse dicha actividad como profesional. Sin embargo, no invoca la recurrente norma alguna que ampare la pretensión de excluir el carácter profesional de una determinada actividad cuando el nivel de ingresos o ganancias que genere esté por debajo de un determinado umbral o cuantía, como tampoco aporta prueba alguna sobre la veracidad de las cifras de ingresos que menciona (antes al contrario lo que se observa es una contradicción entre el número de hipotecas de que afirma ser titular –cuatro– frente a las seis localizadas por la registradora).

5. Es doctrina de este Centro Directivo, reiterada 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, 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 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 los diferentes Registros de la Propiedad, que revelan una habitualidad en la concesión de préstamos con garantía hipotecaria.

6. Respecto a la difícil cuestión de cuántos créditos o préstamos son necesarios otorgar para entender que existe una real habitualidad o reiteración en la concesión de préstamos y para hacer aplicable la Ley 2/2009, ciertamente es complicado 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. Resoluciones de 28 de julio de 2015 y 26 de julio de 2018) 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, como pudiera ser la acreditación de una relación personal entre prestamista y prestatario. Por tanto, con más razón, en el supuesto objeto de este expediente se considera que la concesión de seis préstamos hipotecarios por el mismo acreedor constituye prueba objetiva suficiente de la habitualidad en el ejercicio de tal actividad, circunstancia que si bien no convierte necesariamente al prestamista en profesional, justifica la denegación de la inscripción registral mientras no exista prueba en contrario.

Por lo demás, la mera afirmación de la recurrente de que el préstamo hipotecario ahora debatido fue concedido por razón de amistad entre las contratantes, desnuda de cualquier principio de prueba que la avale, no puede tener valor probatorio por sí misma conforme al principio tradicional en nuestro Derecho de que la confesión sólo hace prueba contra su autor, no a su favor (cfr. artículos 316.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 1232 de la redacción original del Código Civil).

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 del 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 de la Ley 2/2009– y que la carga de la prueba, tanto del cumplimiento de los requisitos legales o su no necesidad –artículo 8 de la 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 2/2007–, corresponda al acreedor.

7. Despejada la cuestión anterior, procede confirmar la aplicabilidad de la Ley 2/2009 al presente supuesto de hecho por concurrir no sólo el presupuesto exigido por la misma relativo al carácter profesional de la actuación del prestamista, sino también los demás requeridos por dicha norma.

En este sentido, cabe recordar la doctrina de este Centro Directivo sobre el ámbito de aplicación de la misma (vid. Resoluciones de 22 de enero, 28 de abril y 25 de septiembre de 2015 y 9 de marzo de 2016). Así, en dichas Resoluciones ha señalado que si bien la normativa contenida en la Directiva 2014/17/UE y en la Orden EHA 2899/2011 es aplicable, fundamentalmente, a los préstamos y créditos hipotecarios que recaigan sobre una vivienda, aunque ésta no tenga el carácter de vivienda habitual, siempre que pertenezcan a una persona física, aunque el propietario –que también se considera cliente– no sea el prestatario, el cual puede ser incluso una persona jurídica, y con independencia de la finalidad del préstamo, es decir, aunque sea de tipo mercantil; sin embargo, el ámbito de aplicación de la normativa contenida en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y en la Ley 2/2009 que nos ocupa, sin perjuicio de la aplicación en su caso de la normativa anterior, viene constituido por los préstamos y créditos hipotecarios en que el prestamista sea un profesional y el prestatario (o en su caso el garante), sea una persona física o jurídica, tenga la condición de consumidor, cualquiera que sea el tipo del inmueble hipotecado, siempre que el destino de la

operación sea de consumo por ser ajeno a la actividad empresarial o profesional del prestatario.

Es decir, la Ley 2/2009, de 31 de marzo, no contempla diferente tratamiento en su articulado según el préstamo hipotecario recaiga o no sobre vivienda, por lo que puede deducirse que el legislador español ha querido ir más allá en la protección del consumidor que la normativa comunitaria, extendiendo las medidas de protección adoptadas con independencia del bien gravado, como también ha ampliado la extensión de dicha protección a las personas jurídicas prestatarias en los mismos términos que a las personas físicas. El ámbito de aplicación de dicha normativa viene determinada, por tanto, no por la naturaleza del bien hipotecado (parcela, vivienda o local de negocio), ni por la naturaleza física o jurídica de la persona prestataria, sino por el destino del préstamo o crédito concedido para una actividad ajena a la propia actividad empresarial o profesional del prestatario.

8. Por tanto, si bien en el presente supuesto la finca hipotecada tiene el carácter de vivienda habitual de la deudora, se hace preciso delimitar cuál es el destino del préstamo hipotecario a que se refiere este recurso, para poder atribuir al prestatario la condición de consumidor.

Pues bien, en el presente caso no hay ningún factor favorable a estimar un supuesto destino empresarial de dicho préstamo vinculado a la actividad propia del deudor. Antes al contrario la finalidad o destino del préstamo ahora cuestionado, desde el punto de vista del deudor, es claramente ajena a toda actividad profesional o empresarial, pues, como señala la propia recurrente en su escrito impugnativo, el préstamo «es motivado por la necesidad urgente de la prestataria para tratar de no perder su única vivienda, pues el préstamo bancario ya estaba cerrado por impago de cuotas e intereses de demora, no pudiendo hacer frente al pago de la deuda acumulada», es decir, se trata de una refinanciación de un préstamo anterior con objeto de evitar la eventual ejecución de la vivienda habitual de la deudora por impago de aquél. Todo lo cual conduce necesariamente a la confirmación de la calificación impugnada por ser conforme a Derecho.

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, 13 de diciembre de 2018.—El Director General de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.