

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA Y RELACIONES CON LAS CORTES

2243 *Resolución de 30 de diciembre de 2024, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad de Pineda de Mar, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo con garantía hipotecaria.*

En el recurso interpuesto por doña E. G. P., abogada, actuando en nombre y representación de la sociedad «Friselva, S.A.», acreedor hipotecario, contra la calificación de la registradora de la Propiedad de Pineda de Mar, doña Marta Valls Teixidó, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo con garantía hipotecaria, por razón de no cumplirse con el requisito de inscripción de la entidad acreedora en el Registro del Banco de España a que se refiere la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el notario de Girona, don Enric Brancós Núñez, el 19 de diciembre de 2023 con el número 2.121 de protocolo, la sociedad «Friselva, S.A.», cuyo objeto social lo constituye «la compraventa de ganado, su cría y engorde y selección», concedió un préstamo hipotecario a doña M. E. F para cancelar el préstamo hipotecario que le concedió «Caixabank, S.A.», que estaba destinado a financiar la construcción de una vivienda unifamiliar, que es la finca hipotecada.

En la parte expositiva de dicha escritura se expresa que «el prestamista manifiesta que no ejerce de forma profesional la actividad de prestamista y que por lo tanto no vinculan las prescripciones de la Ley 2/2009 de 31 de marzo, ni en la Ley 5/2019, de 5 de marzo. A estos efectos incorporo a la presente escritura, informe de actividad del prestamista negativo, que he realizado a través de la plataforma SIGNO», y en su parte final se indica que «la operación crediticia tiene como finalidad la financiación de la vivienda habitual de la parte acreditada».

En una diligencia de subsanación de fecha 4 de junio de 2024 autorizada por la notaria doña Silvia Martínez Carnicero, como sustituta del citado notario autorizante de la escritura de préstamo hipotecario, por imposibilidad accidental del mismo, que, a los efectos de complementar dicha escritura, testimonia que el representante de la entidad acreedora manifiesta que «el préstamo con garantía hipotecaria concedido a la Sra. M. E. F. se otorgó con la finalidad de sustituir un préstamo concedido por otra entidad financiera, cuyo destino la construcción de la obra nueva sobre la finca que constituye la vivienda habitual» y que «el otorgamiento del préstamo hipotecario fue predeterminado por la relación de confianza que sustentan ambas partes con motivo de la relación laboral existente. De esta manera, al ser un préstamo hipotecario concedido a favor de una trabajadora, se le ofrecieron unas mejores condiciones que las que se ofrecen al público en general, incluido, en particular, el TAE inferior al de mercado; motivo por el que se produjo la sustitución del crédito. Se cumple pues, la exclusión del artículo 2.4 de la Ley 5/2019 al ser un préstamo a favor de una trabajadora que se obtiene con carácter accesorio a la relación jurídica laboral entre la trabajadora y la empresa; con un TAE inferior al del mercado, y que no se ofrece al público en general».

II

Presentada copia autorizada de la escritura préstamo hipotecario en el Registro de la Propiedad de Pineda de Mar fue objeto de calificación negativa, del siguiente tenor, resumidamente:

«Calificado el presente documento y previo examen de los antecedentes del Registro, habiendo sido calificado previamente con fechas 4 de marzo de 2024, aclarada la nota de calificación por nota de fecha 28/04/2024, acompañada ahora de diligencia de subsanación de fecha 4 de junio de 2024, el Registrador que suscribe suspende la inscripción solicitada, al amparo del art. 18 de la Ley Hipotecaria, por observarse el siguiente defecto subsanable –Art. 65 Ley Hipotecaria–:

Hechos.

Se presenta una diligencia de subsanación en la que se reitera el objeto social de la entidad que concede el préstamo, y se añade que el préstamo se concedió para sustituir un préstamo concedido por otra entidad financiera y en atención a la confianza con la persona de la prestataria que es empleada de la entidad prestamista.

El contenido esencial de esta diligencia fue sometido a consideración previa, concluyéndose que no se subsanaba el defecto, y ello por las siguientes razones, que se reiteran en esta nota.

Se reitera en todos sus términos las notas de calificación puestas por esta oficina en las fechas anteriormente indicadas, ya que no se considera que la diligencia aportada subsane las mismas.

El carácter de prestamista, habitual o no, no necesariamente está vinculado con el objeto de la sociedad, pudiendo actuar como prestamista en uno o varios actos concretos una persona física, o también jurídica que, de una forma ocasional o no, entregue dinero en préstamo a cambio de una remuneración, con independencia de cuál sea el objeto social de la persona jurídica.

Es evidente que las entidades de crédito, por su objeto social, se dedican, entre otras a dar préstamos, y ello hace que estén sometidas al régimen de control especial para este tipo de entidades e inscritas en los registros especiales para ello previstos.

Que existen entidades cuyo objeto social es precisamente, entre otros, dar préstamos, no excluye que personas, físicas o jurídicas, distintas de ellas puedan dar, préstamos, bien de forma ocasional o habitual.

Para estos supuestos la LCI 5/2019 y la Ley 2/2009 han establecido unas prevenciones a los efectos de dar protección al consumidor.

La inclusión de la operación que se efectúa en la escritura que se califica dentro del ámbito de la ley Créditos inmobiliarias resulta de las consideraciones efectuadas en la nota de fecha 28/04/2024, que aquí no se reiteran para evitar repeticiones.

Dichas consideraciones no se alteran ni modifican a la vista de la diligencia aportada en la que, aparte de reiterar el objeto social de la entidad concedente del préstamo, que tratándose de una entidad no financiera ni intermediaria de crédito, en nada altera lo antes dicho, se manifiesta “que el préstamo con garantía hipotecaria concedido a la señora M. E. F. se otorgó con la finalidad de sustituir un préstamo concedido por otra entidad financiera, cuyo destino es la construcción de la obra nueva sobre la finca que constituye la vivienda habitual”.

Es decir, se confirma en la diligencia lo que se expuso en la nota de calificación: “se trata de un préstamo concedido por persona jurídica, no entidad financiera, que lo hace de manera profesional según el resultado de la consulta efectuada por este registro, y concedido a persona física, de la que no consta el carácter de no consumidor, y el objeto hipotecado es un inmueble de carácter residencial, por lo que entra de lleno dentro del ámbito de aplicación del artículo 2.1 LCI.

Se añade ahora en la diligencia que la prestataria es empleada de la entidad prestamista, dato que no consta en la escritura de préstamo inicial, y que el préstamo se

ha efectuado en consideración a la confianza con dicha empleada. No consta que la operación esté dentro del marco de un convenio colectivo, afectante a todos los empleados de la empresa. Es decir, se añade ahora que la operación queda excluida del ámbito de la LCI por estar incluida la operación en el artículo 2.4 de la citada ley.

Sin embargo, para quedar excluida la operación al amparo del artículo 2.4 LCI en relación a los préstamos concedidos a empleados, deben cumplirse los requisitos que la Dirección General ha establecido en interpretación del citado artículo, tanto en la instrucción de fecha 20-12-2019 como en resoluciones posteriores, entre ellas las de fecha 13-12-2021 en las que acaba afirmando que en definitiva son las condiciones objetivas materiales del préstamo las que determinan la exclusión del ámbito de la LCI y así, por ejemplo, el hecho de que el préstamo se conceda a un empleado en aplicación de lo acordado en el convenio colectivo del sector o de la política social o laboral de la empresa, y así se indique en la escritura, debe ser suficiente para acreditar su condición de préstamo exceptuado.

Pero, en este caso concreto, se dice que el prestamista ha concedido por la relación de confianza con el empleado, no dentro del marco de un convenio colectivo y en cumplimiento de una política social adoptada por la empresa. El artículo 2.4 de la LCI exige para excluir la operación de su ámbito que se trate de un préstamo sin intereses o cuya TAE sea inferior a la de mercado y que no se ofrezcan al público en general.

A la vista del citado artículo y de la doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, si se analizan las condiciones materiales del préstamo, a pesar que no se hace constar la TAE que resulta de las nuevas condiciones, resulta que el préstamo concedido por la entidad financiera que se pretende sustituir, según consta en la escritura por escritura de veinticinco de agosto del año 2023 se concedió a un tipo de interés fijo del 3,750% que podía ser objeto de bonificación hasta el máximo de un punto, es decir el interés máximo alcanzable era el inicialmente pactado y podía disminuir hasta un punto porcentual, hasta el 2,750%.

El préstamo que se concede ahora, lo es a un interés inicial del 3%, pasando, transcurridos dos años, a un tipo de interés variable que será el resultado de incrementar al 3% el porcentaje que el Euríbor exceda del 4%, sin que la disminución del Euríbor por debajo de este valor produzca reducción del tipo inicial pactado, es decir el tipo mínimo será el 3%, y no se determina un máximo de tipo de interés. Por todo ello, no puede considerarse que las condiciones sean por debajo de las de mercado de forma indubitada, ni consta que la concesión del préstamo lo sea dentro del marco de un convenio colectivo y se trate de una política de empresa para favorecer a sus trabajadores.

Por todo ello, no se considera que hayan resultado acreditado la exclusión del crédito de la LCI por razón del art 2.4 LCI, por cuanto, se trata de un préstamo con intereses, y no se dan en unas condiciones de tipo de interés notablemente mejores que las del mercado y tampoco se hace constar que se conceda en el marco de un convenio colectivo que afecte a todos los trabajadores y/o como política retributiva o social de la misma entidad, ya que, además, se hace constar que lo es en relación de confianza con esta específica trabajadora, por lo que se deduce que no se trata de una política general de la entidad.

Fundamentos de Derecho.

Se reiteran los fundamentos jurídicos de las anteriores notas de calificación que no se reproducen por no resultar repetitivo.

Además, debe tenerse en cuenta la Instrucción DGRN 20-12-2019: "4. El artículo 2.4, en su letra a), de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, dispone que la misma no será de aplicación, entre otros, 'a los contratos de préstamo (...) concedidos por un empleador a sus empleados, a título accesorio y sin intereses o cuya Tasa Anual Equivalente sea inferior a la del mercado, y que no se ofrezcan al público en general'. Este precepto constituye un trasunto del artículo 3.2.b) de la Directiva EU 2014/17, el cual excluye, de forma análoga, 'los contratos de crédito

concedidos por un empleador a sus empleados, a título accesorio y sin intereses o cuyas TAE sean inferiores a las del mercado, y que no se ofrezcan al público en general'.

Este Centro Directivo (cfr. las Resoluciones de 20 de diciembre de 2019 y 5 y 12 de junio de 2020; y la Instrucción también de 20 de diciembre de 2019) ha puesto de relieve que la interpretación de la referida norma de exclusión plantea una serie de dudas, para cuyo análisis es conveniente tomar en consideración, con carácter previo, los datos reales sobre la utilización práctica de este tipo de préstamos. Son frecuentes los préstamos concedidos por las entidades financieras a sus empleados por estar previstos en el convenio colectivo de la entidad, o bien en las directrices de política retributiva o social de la misma entidad. Más raros son los conferidos por otro tipo de empresas. Y es frecuente, de acuerdo con los términos de dichos convenios o directrices que, si bien los préstamos se dan en unas condiciones de tipo de interés notablemente mejores que las del mercado, hay algunas de sus cláusulas que no cumplen con algunas de las limitaciones o exclusiones que con carácter imperativo establece la ley, por ejemplo, en materia de cláusulas suelo, gastos, etc. Por otra parte, estos préstamos, de acuerdo con los citados convenios colectivos, se suelen dar conjuntamente al empleado y a su cónyuge o pareja de hecho, estableciéndose además unas condiciones distintas, en línea con las habituales del mercado, para el caso de que, por cualquier motivo, el prestatario dejara de ser empleado.

La primera cuestión dudosa que se plantea es el concepto del «título accesorio» de la concesión de estos préstamos. La expresión es ambigua, y guarda relación con la de «título subsidiario» que se emplea, para excluir estos mismos préstamos de su ámbito de aplicación, por la Ley 16/2011, sobre créditos al consumo, y la Directiva UE 2008/48 que la motivó. La accesoriedad podría predicarse tanto respecto del prestamista como del prestatario, o del propio préstamo, puesto que la norma no hace precisión alguna.

Una posible interpretación sería que la excepción no se puede aplicar a los préstamos concedidos por la banca a sus empleados, pese a que como se ha indicado son los más frecuentes, con el argumento de que, puesto que la actividad habitual de las entidades financieras incluye precisamente la concesión de préstamos, la misma no tiene carácter accesorio, sino principal.

Tal forma de interpretar la referencia a la accesoriedad no parece sin embargo correcta, ya que, aparte de dejar prácticamente sin alcance la excepción de las dos directivas sobre la materia (la 2008/48 y la 2014/17) y las dos leyes aprobadas para su transposición (la 16/2011 y la 5/2019), tampoco resulta la más conforme con la finalidad de la ley. Por el contrario, se debe interpretar que cuando la norma exige que el préstamo sea concedido a título accesorio se refiere a que ese tipo de préstamos sea, para la entidad concedente del préstamo, accesorio respecto de su actividad principal, en el sentido de que si ésta consiste en la concesión de préstamos en condiciones adecuadas para mediante ellos obtener unos beneficios aceptables que cumplan con el ánimo de lucro que constituye la finalidad de las sociedades mercantiles, la concesión a los trabajadores de estos préstamos no tiene para la entidad esa finalidad lucrativa que le es propia, sino otra distinta, como puede ser el cumplimiento de una política social de la empresa que se diseña a través del convenio, o la mejor implementación de la política de personal, concediendo a los empleados un incentivo adicional como es la obtención de estos préstamos en condiciones privilegiadas.

La accesoriedad puede igualmente predicarse del prestatario, en el sentido de que la obtención de este préstamo se debe concretamente a su condición de empleado de la entidad, que por serlo lo recibe en condiciones mejores de las que se ofrecen al público en general: se trata, por tanto, de un préstamo que se obtiene como un accesorio respecto de la relación jurídica laboral del trabajador con la empresa.

Y, por último, la accesoriedad puede predicarse del préstamo en sí, en el sentido de que constituye una prestación o retribución para el trabajador, accesorio de la principal retribución que recibe, que es el salario acordado con el mismo.

A estos efectos, por tanto, lo decisivo para que la excepción legal resulte aplicable es que el contrato se conceda con esa finalidad atípica, de proporcionar al trabajador una

retribución adicional, y que por tanto no se conecte de forma inmediata con la obtención por el banco de un beneficio o excedente mediante el préstamo y su ulterior devolución.

Por consiguiente, son las características objetivas del préstamo las que determinan la aplicabilidad de esta excepción. Y esas características se desprenden de sus condiciones materiales. Así, el hecho de que el préstamo se conceda a un empleado en aplicación de lo acordado en el convenio colectivo del sector o de la política laboral de la empresa, debe ser suficiente –aunque no necesario– para acreditar su condición de préstamo exceptuado.

Por otra parte, no parece imprescindible que el clausulado del préstamo se aparte del habitual empleado para los préstamos ordinarios concedidos por la entidad para poder entender que ese préstamo «no se ofrece al público en general», puesto que si sus condiciones económicas, incluida en particular la TAE, son más favorables que las generales del mercado, y ambas partes así lo afirman y reconocen, y vinculan dicho reconocimiento a la condición de empleado del prestatario, con ello debe bastar.”

Por lo que, en este caso, y en consideración a la doctrina expuesta, no se considera acreditado que el préstamo este excluido del ámbito de la LCI.

Los defectos observados se califican de subsanables, no tomándose anotación preventiva de suspensión por no solicitarse (...).

Este documento ha sido firmado con firma electrónica cualificada por Marta Valls Teixidó registrador/a titular de Registro de la Propiedad Pineda de Mar a día veinte de agosto del dos mil veinticuatro.»

III

En cuanto a las notas de calificación de 4 de marzo de 2024 y 28 de marzo de 2024, que se dan por reproducidas en la anteriormente transcrita, su contenido es el siguiente:

1.^a La nota de calificación de 4 de marzo de 2024:

«Hechos

Se presenta escritura de hipoteca en la que la parte deudora M. E. F., constituye hipoteca a favor de la sociedad “Friselva, S.A.”, con la finalidad de cancelar un préstamo hipotecario a favor de Caixabank SA que pesa sobre la finca.

Del título presentado resulta que el prestamista manifiesta que no ejerce de manera profesional la actividad de prestamista.

- que por tanto no le vinculan las prescripciones de la Ley 2/2009 de 31 de Marzo,
- ni de la Ley 5/2019 de 5 Marzo,

se incorpora informe de actividad de prestamista negativo.

En base a dichas circunstancias:

1. Realizada la consulta por parte de esta Oficina al Servicio de Interconexión entre los Registros, se obtiene que se han localizado 8 hipotecas activas a nombre de la sociedad Friselva, SA, por lo que se podría afirmar su consideración de prestamista habitual sujeto a la Ley 2/2009, por lo que deberá acreditarse la inscripción en el Registro especial creado al efecto, de conformidad con lo establecidos en el art. 3 de la Ley 2/2009.

2. De acuerdo con lo que dispone el apartado 2.1 in fine de la Ley 5/2019 de marzo, se incluye dentro de su ámbito de aplicación ya que “...Se entenderá que la actividad de concesión de préstamos hipotecarios se desarrolla con carácter profesional cuando el prestamista, sea persona física o jurídica, intervenga en el mercado de servicios financieros con carácter empresarial o profesional o, aun de forma ocasional, con una finalidad exclusivamente inversora.”

Dado que el préstamo se pacta con un tipo de interés, no queda acreditado la exclusión del mismo del ámbito de aplicación de la Ley 5/2019.

Aun en el supuesto de que no estuviese sometida a la citada Ley de créditos inmobiliarios (LCI) lo estará a la Ley 2/2009 porque la deudora no acredita que no sea consumidora.

Fundamentos de Derecho

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.

Art. 2 in fine Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario: Ámbito de aplicación, "...Se entenderá que la actividad de concesión de préstamos hipotecarios se desarrolla con carácter profesional cuando el prestamista, sea persona física o jurídica, intervenga en el mercado de servicios financieros con carácter empresarial o profesional o, aun de forma ocasional, con una finalidad exclusivamente inversora."

Resolución de 21 de enero de 2020, de la DGRN, hoy DGSJFP, 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 por parte del prestamista, singularmente por no haberse acreditado que éste se encuentre inscrito en el Registro especial creado al efecto por dicha Ley.

Los defectos observados se califican de subsanables, no tomándose anotación preventiva de suspensión por no solicitarse (...).

2.^a La nota de calificación de 28 de marzo de 2024:

«Hechos

En la escritura presentada no consta el otorgamiento del Acta de transparencia prevista en la Ley 5/2019 de 15 de Marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (LCI) ni el cumplimiento de los demás requisitos establecidos en la misma.

Tampoco consta el cumplimiento de los requisitos establecidos 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.

Únicamente consta la manifestación de que el prestamista no ejerce de manera profesional la actividad de prestamista y que por tanto no le vinculan las prescripciones de la ley 2/2009 de 31 de marzo, ni la ley 5/2019 de 5 de marzo. Incorporando un informe de actividad negativo obtenido por el notario a través de la plataforma SIGNO que se refiere a los últimos cuatro años según la base de datos del Consejo General del Notariado.

Examinada la escritura presentada tampoco se hace referencia a la inscripción del prestamista, que no es Entidad de Crédito, en ningún registro de los previstos en la normativa citada (ley 5/2019 o ley 2/2009).

Realizada consulta por parte de esta oficina al servicio de interconexión entre los registros, se obtiene que se han localizado 8 hipotecas activas a nombre de la sociedad Friselve SA.

Planteada la cuestión en estos términos se hace necesario analizar si la presente hipoteca está sujeta o no a los términos de la LCI, en su defecto si se halla sujeta a la ley 2/2009, o no está sujeta a ninguna de ellas.

Como dice la Resolución de 21 de Enero de 2020, de la DGRN, hoy DGSJFP, el ámbito de aplicación de la ley 2/2009 se determina por exclusión de los supuestos de aplicación de la Ley 5/2019 LCI, por lo que corresponde en primer lugar analizar si la presente operación está sujeta a la Ley de contratos inmobiliarios.

Dice el artículo 2 de la Ley de Créditos Inmobiliarios:

“Artículo 2. Ámbito de aplicación. 1. Esta Ley será de aplicación a los contratos de préstamo concedidos por personas físicas o jurídicas que realicen dicha actividad de manera profesional, cuando el prestatario, el fiador o garante sea una persona física y dicho contrato tenga por objeto:

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

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

Se entenderá que la actividad de concesión de préstamos hipotecarios se desarrolla con carácter profesional cuando el prestamista, sea persona física o jurídica, intervenga en el mercado de servicios financieros con carácter empresarial o profesional o, aun de forma ocasional, con una finalidad exclusivamente inversora.”

Estamos ante un supuesto en que el préstamo es concedido por una persona jurídica, que realiza la actividad de manera profesional –por lo que a continuación se dirá–, el préstamo se concede a una persona física, se garantiza hipotecando un inmueble de uso residencial, y con la finalidad de sustituir un préstamo concedido por una entidad financiera cuyo destino era la construcción de la obra nueva sobre la finca que se hipoteca y como se dice en la escritura “para financiar la vivienda habitual”.

Respecto del carácter profesional del prestamista, la manifestación efectuada en la escritura sobre el carácter no habitual del prestamista, y el informe que se acompaña, resultan contradichas por la consulta interactiva realizada por esta oficina, de la que resulta la existencia de 8 préstamos hipotecarios inscritos a su favor, y tal como resulta de la resolución de la DGRN de fecha 28 de Julio de 2015 (en la que se consideró que simplemente la concesión de dos préstamos constituye indicio suficiente) debe concluirse que estamos ante un prestamista que realiza la actividad de manera profesional.

Además, puede unirse al argumento de que existen varios préstamos hipotecarios inscritos a su favor, que el artículo 2 de la LCI dice “Se entenderá que la actividad de concesión de préstamos hipotecarios se desarrolla con carácter profesional cuando el prestamista, sea persona física o jurídica, intervenga en el mercado de servicios financieros con carácter empresarial o profesional o, aun de forma ocasional, con una finalidad exclusivamente inversora.”

Debe entenderse que se trata de una finalidad inversora cuando el préstamo se pacta con intereses, sin ninguna mención tampoco a que se haga dentro de alguno de los ámbitos de exclusión de aplicabilidad de la ley previstos en el artículo 2. Apartado 4 de la propia LCI.

Por tanto,

- siendo el deudor persona física,
- el destino del préstamo es la cancelación de un préstamo garantizado con hipoteca sobre la misma finca y que se concedió para la construcción de vivienda sobre la finca hipotecada,
- no manifestándose que dicha actuación se hace con carácter empresarial del deudor,
- constando en la hipoteca previa que se trata de su vivienda habitual y en la escritura que ahora se califica, si bien en la cláusula 13.^a, inmediatamente después de la fijación de la responsabilidad hipotecaria se dice que no constituye el domicilio habitual, al final de la misma cláusula 13.^a se dice que “por tener la presente operación crediticia como finalidad la financiación de la vivienda habitual de la parte acreditada y estar

garantizada con hipoteca sobre dicha vivienda...” de lo que se deduce claramente que se está hipotecando un inmueble de uso residencial, y resultando el prestamista tener carácter habitual y aun siendo ocasional tener una finalidad inversora,

Debe concluirse que la operación está dentro del ámbito del artículo 2.1 a) de la LCI.

A mayor abundamiento, aun cuando pueda considerarse que el préstamo hipotecario ahora calificado no está incluido en la letra a) de dicho artículo por estar la finca en obras a tenor del préstamo hipotecario previamente concedido y que con este préstamo se pretende cancelar, debe tenerse en cuenta lo establecido por la DGRN en la ya citada resolución:

“Respecto al significado que debe darse a que la finalidad del préstamo tenga que ser para «adquirir o conservar derechos de propiedad», la citada Instrucción de 20 de diciembre de 2019, partiendo de la consideración de que adquirir o conservar “derechos de propiedad” es un concepto distinto que el de conservar la cosa objeto de la propiedad, ha señalado que comprende aquellos préstamos destinados: 1) “A pagar todo o parte del precio de la compra de un inmueble (de cualquier naturaleza)”, u obtener un derecho a adquisición de la propiedad (derecho de opción de compra, derechos de tanteo o retracto convencional, etc.); considerándose que el préstamo destinado simultáneamente a adquirir y rehabilitar el inmueble deben ser objeto de tratamiento unitario porque la finalidad económica de la total operación será finalmente adquirirlo en estado de que sea habitable o susceptible de explotación; 2) “A verificar los pagos para levantar un embargo” u otra carga real cuyo impago pueda originar la pérdida del derecho de propiedad (condición resolutoria, hipoteca, etc.); 3) “A refinanciar un préstamo anterior que se hubiera contraído con esa misma finalidad adquisitiva o que estuviera garantizado mediante una hipoteca sobre un inmueble, para posibilitar la conservación de la propiedad etc.”; y, como supuestos especiales, 4) “Los créditos garantizados (con cualquier tipo de garantía) destinados a la renovación de bienes inmuebles para uso residencial (art. 46 Directiva 2014/17/UE in fine)”, antes aludidos; y 5) Los créditos destinados a evitar la ruina de un edificio cualquiera que fuere su carácter urbanístico.

No quedan, por tanto, incluidos dentro del ámbito de la Ley 5/2019 el resto de los préstamos y créditos, y, en concreto, aquellos destinados a realizar obras de conservación, rehabilitación, reforma, ampliación o mejora de inmuebles de uso no residencial, se encuentren o no garantizados, verificados después de su adquisición. Estando, en el supuesto objeto de este recurso, el préstamo destinado a la finalidad de realizar arreglos y reformas en el local de negocio que se hipoteca con vistas a su arrendamiento, y habiéndose sido adquirido éste por el prestatario años antes, debe concluirse que no es de aplicación la Ley 5/2019 por lo que debe analizarse si lo es 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.”

Por lo que siendo la finalidad que consta en la escritura la cancelación de un préstamo hipotecario que grava la finca ahora hipotecada debe concluirse igualmente que estaría sujeta la operación a la LCI.

Por todo ello debe concluirse que le resulta de aplicación la Ley 5/2019 de créditos inmobiliarios.

Y por tanto deben cumplirse sus previsiones, en cuanto a clausurado (vencimiento anticipado, intereses de demora...), otorgamiento del acta previa de transparencia, fijación de correo electrónico, depósito de cláusulas en el Registro general de Condiciones de contratación e inscripción en el registro de intermediarios de crédito inmobiliario y prestamistas inmobiliarios, del Bando [sic] de España, y constitución del seguro correspondiente.

Sólo para el caso de que se acreditara que la finalidad del préstamo queda fuera del ámbito de la LCI podría entenderse que cabe plantearse si estaría sujeto a la ley 2/2009.

Subsidiariamente y en el supuesto de que pudiera acreditarse que la operación que es objeto de calificación no está sujeta a la LCI, por la finalidad del préstamo concedido, deben determinarse los requisitos que deben concurrir en el préstamo hipotecario (condición del prestamista y del prestatario, destino del préstamo y naturaleza del bien hipotecado) para que a los prestamistas no entidades de crédito 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; y la suscripción del seguro de responsabilidad civil o la constitución del aval bancario impuestos por el artículo 7.

Para esa determinación en el presente caso deben tenerse en cuenta las siguientes circunstancias:

- a) Se señala que el deudor que es una persona física.
- b) Solicita el préstamo para desarrollar una actividad en principio no empresarial pues se trata de la cancelación de un préstamo garantizado con hipoteca sobre la misma finca, obtenido para la construcción de una vivienda sobre la misma finca, y que consta inscrito en el registro sobre dicha finca que es la que ahora también se hipoteca.
- c) Se manifiesta que el acreedor, que es una persona jurídica, no se dedica de manera profesional o habitual a la actividad de concesión de créditos y préstamo hipotecarios, sin embargo, de la consulta interactiva resulta la habitualidad en la actividad de concesión de préstamos.
- d) Se hipoteca una finca que el Registro de la Propiedad se encuentra descrita como vivienda.

En cuanto a la condición de consumidor del prestatario, como dice la resolución de la Dirección General, la cuestión principal radica en delimitar cuál ha sido la real finalidad del préstamo hipotecario concedido, ya que la aplicabilidad de la Ley 2/2009 exige que el destino de éste sea una actividad ajena a la propia actividad empresarial o profesional del prestatario, es decir, que el prestatario actúe bajo la condición de consumidor.

Así, el artículo 2 de la Directiva 93/13/CEE define al consumidor como «toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional», el artículo 3 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 2007 considera consumidores o usuarios a «las personas físicas o jurídicas o unidades sin personalidad jurídica que actúen en un ámbito ajeno a una actividad comercial, empresarial, oficio o profesión», y el artículo 1 de la propia Ley 2/2009 declara que «tienen la consideración de consumidores las personas físicas y jurídicas que, en los contratos a que se refiere esta Ley, actúan en un ámbito ajeno a su actividad profesional o empresarial». Teniendo en cuenta que en este caso la finca ha sido adquirida por la hipotecante por donación y que en ningún momento se dice que actúe en el ámbito de su actividad profesional y que se declara en esta escritura que la finalidad es financiar la vivienda habitual y en la de préstamo hipotecario que se pretende cancelar que el préstamo se concede para la construcción de vivienda, y que se trata de su vivienda habitual, no puede concluirse que la deudora actúe dentro de su ámbito profesional o empresarial y por tanto debe entenderse que tiene el carácter de consumidora.

Dado que en este supuesto según las circunstancias se desprenden que se trata de un prestamista habitual y de un prestatario, deudor persona física consumidora (ya que no resulta de la escritura su carácter empresarial) y que la finalidad es cancelar un préstamo obtenido para la construcción de la vivienda (en el supuesto que se entendiera que es que para reforma), se concluye que si no lo estuviera a la LCI por razón del destino del préstamo, sí que estaría sujeta a la Ley 2/2009 y es necesaria en ese caso la inscripción de la entidad prestamista en el registro público de empresas creado en el Instituto Nacional de consumo, denominado AECOSAN, previa la constitución de un seguro de responsabilidad civil y acreditación de la vigencia del mismo.

Fundamentos de Derecho.

Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (LCI): Ámbito de aplicación, Artículo 2 y concordantes que regulan los préstamos hipotecarios que quedan sujetos a su ámbito.

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.

Resolución de 21 de enero de 2020, de la DGRN, hoy DGSJFP, 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 por parte del prestamista, singularmente por no haberse acreditado que éste se encuentre inscrito en el Registro especial creado al efecto por dicha Ley y en la que se hace un estudio del ámbito de aplicación de la ley 5/2019, de la ley 2/2009 de la habitualidad del prestamista, del carácter de consumidor del prestatario, así como de la finalidad del préstamo.

Los defectos observados se califican de subsanables, no tomándose anotación preventiva de suspensión por no solicitarse (...).»

IV

Doña E. G. P., abogada, actuando en nombre y representación de la sociedad «Friselva, S.A.», mediante escrito de 20 de septiembre de 2024 interpuso recurso contra las tres notas de calificación transcritas, con los siguientes argumentos, resumidamente:

«Primero. Antecedentes (...)

Segundo. Ley 5/2019 de 5 de marzo: indebida calificación de prestamista profesional de Friselva S.A.

La nota objeto de recurso se reitera en todos sus términos a las anteriores consideraciones de las notas de defecto, las cuales establecen que únicamente con la manifestación de que el prestamista no ejerce de manera profesional la actividad de prestamista, y que por lo tanto no le vinculan las prescripciones de la Ley 2/2009 de 31 de marzo, ni la Ley 5/2019 de 5 de marzo, no es suficiente para demostrar su ámbito de exclusión.

Asimismo, considera que “Estamos ante un supuesto en que el préstamo es concedido por una persona jurídica, que realiza la actividad de manera profesional –por lo que a continuación se dirá–, el préstamo se concede a una persona física, se garantiza hipotecando un inmueble de uso residencial, y con la finalidad de sustituir un préstamo concedido por una entidad financiera cuyo destino era la construcción de la obra nueva sobre la finca que se hipoteca y como se dice en la escritura ‘para financiar la vivienda habitual’, de modo que nos encontramos ante el ámbito de aplicación del artículo 2 de la Ley 5/2019”.

A propósito de los argumentos invocados en las notas de calificaciones negativas, cabe realizar la siguiente contra argumentación.

El artículo 2 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo exige que el prestamista realice dicha actividad de manera profesional, es decir, que intervenga en el mercado de servicios financieros con carácter empresarial o profesional o, aun de forma ocasional, con una finalidad exclusivamente inversora.

Como queda recogido en la escritura, la entidad Friselva S.A. es una empresa que se dedica a la compraventa de ganado, su cría, engordo y selección, por lo que está relacionada única y exclusivamente con la industria cárnica. Por ello, no puede afirmarse, de ningún modo, que interviene en el mercado de servicios financieros y realiza dicha actividad de manera empresarial o profesional, tal y como exige la citada normativa.

Ello es así, también, según la definición en términos tributarios por la cual se presume el ejercicio de actividades empresariales o profesionales “Cuando se anuncie

un establecimiento que tenga por objeto alguna operación mercantil por medio de circulares, periódicos, carteles, rótulos expuestos al público o de otro modo cualquiera; cuando para realizar las operaciones se exija contribuir por el IAE". Siendo así, véase su página web <https://friselva.com/> en contra de la presunción establecida del carácter de prestamista profesional de la Sociedad.

Si no fuera suficiente, en la escritura pública se acompaña el justificante del Informe de Actividad del Prestamista obtenido en la Notaría, donde certifica que la Sociedad no ha suscrito dos o más documentos de constitución de préstamos durante los últimos cuatro años.

Esta información es más completa a la hora de establecer el carácter profesional del prestamista, porque esta consulta hace referencia a un período de tiempo acotado hasta el otorgamiento de la escritura en cuestión, dentro del cual puede comprobarse si el prestamista ha formalizado alguna operación de préstamo hipotecario o cesión de derechos de préstamo (excluyendo otras operaciones que quedarían al margen de la aplicación de la Ley 2/2009 y de la Ley 5/2019), durante el plazo de cuatro años, el cual alude al fijado por la legislación fiscal.

A su vez, el razonamiento lógico nos lleva a pensar que, si durante los últimos cuatro años una empresa no ha suscrito ningún préstamo hipotecario, no puede presumirse que es un profesional del sector del crédito inmobiliario, y menos cuando ni siquiera es una actividad contemplada en su objeto social.

No obstante, en la nota de calificación negativa se establece que dicha información resulta contradicha por la consulta interactiva realizada por el Registro de la Propiedad, donde aparecen ocho derechos de hipoteca inscritos a favor de la Sociedad.

En primer lugar, queremos poner de manifiesto la limitación de la información que ofrece dicha consulta interactiva. En ella no se informa de cuándo se otorgaron los derechos hipotecarios, por lo que no podemos saber si la Ley 2/2009 y la Ley 5/2019 les resultaban aplicables. Tampoco se aclara si son derechos actualmente exigibles o, por el contrario, susceptibles de cancelación registral. Además, no se especifica si se trata de derechos hipotecarios inscritos sobre un inmueble residencial, ni si la garantía responde a la devolución de un contrato de préstamo o a una relación jurídica distinta a los préstamos.

Finalmente, y como avance al análisis de la posible aplicabilidad de la Ley 2/2009, la consulta interactiva no menciona si los derechos hipotecarios fueron otorgados a personas que ostentaban la condición de consumidores, lo cual es relevante, dado que hay operaciones que quedan al margen de la legislación de protección de los consumidores y usuarios y, por ende, también de esta Ley.

Como ha afirmado la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2019, el concepto de consumidor debe interpretarse restrictivamente, siempre atendiendo a la posición de la persona en un contrato determinado y en conexión con la naturaleza y finalidad de éste, de manera que una misma persona puede ser considerada como consumidor en ciertas operaciones, y como operador económico (profesional o empresario) en otras; de manera que sólo a los contratos celebrados fuera y con total independencia de cualquier actividad o finalidad profesional, y con el único objetivo de satisfacer necesidades de consumo privado de un individuo, les será de aplicación la normativa sobre protección del consumidor considerado como parte débil, mientras que esa protección no se justifica en los contratos cuyo objetivo consista en una actividad profesional.

Por estas consideraciones, entendemos que la aparición de más de dos derechos hipotecarios inscritos en esta consulta no puede convertir automáticamente al prestamista en un profesional del sector según la Ley 5/2019, sino que debe atenderse a más razones.

En este caso en particular, debemos recordar que Friselva S.A. es una sociedad constituida el día 3 de noviembre de 1984, y cuenta con una trayectoria de casi cuarenta años en el sector de la industria cárnica. Dada esta trayectoria, el hecho de que en una consulta interactiva aparezcan ocho derechos hipotecarios inscritos (aunque no vigentes)

no puede significar que la Sociedad desarrolle la actividad profesional de prestamista, y menos cuando no opera en este mercado y durante los últimos cuatro años no ha otorgado ningún préstamo hipotecario.

En segundo lugar, debe considerarse que si las ocho operaciones con garantía hipotecaria suscritas por la Sociedad han sido inscritas en los Registros de la Propiedad, y solo la concesión de dos préstamos puede constituir un indicio suficiente de que estamos ante un prestamista que realiza la actividad de manera profesional, no se entiende el acceso al Registro de la Propiedad de las otras seis, salvo que los registradores concluyeran que la Sociedad no era prestador profesional o que dichas operaciones quedaban fuera del ámbito de aplicación de la Ley 2/2009 y la Ley 5/2019.

En acreditación de lo anterior (...) copias simples de escrituras con garantía hipotecaria otorgadas a favor de Friselve S.A. Como se demuestra, se trata de operaciones mercantiles con garantía hipotecaria distintas a las de un préstamo, y deberían excluirse de la consulta del Índice Central. Asimismo, se tratan de operaciones que quedan fuera del ámbito de aplicación de la Ley 2/2009 y la Ley 5/2019. También se adjunta copia de las notas simples registrales donde aparecen las inscripciones de las garantías hipotecarias otorgadas. De ellas se desprende que todas son susceptibles de cancelación registral, por lo que no constituyen “derechos de hipoteca vigentes”, tal y como indica la consulta registral.

Además, como puede comprobarse, todas las garantías hipotecarias se otorgaron en los años posteriores a la crisis económica de España, por lo que servían para garantizar la deuda contraída por empresas del sector cárnico (véase, por ejemplo, el clausulado de la hipoteca de máximos).

Por los motivos y razones antes mencionadas, no puede considerarse que Friselve S.A. sea un prestador profesional, por lo cual, el préstamo concedido quedaría fuera del ámbito de aplicación de la Ley 5/2019 y de la Ley 2/2009.

Tercero. Ley 5/2019: exclusión por el artículo 2.4.

Sin perjuicio de lo expuesto en el Motivo anterior, y solo en el caso de que se considere que resultan de aplicación las exigencias de la Ley 5/2019, también venimos a argumentar que la escritura de préstamo hipotecario tampoco quedaría sujeta a la aplicación de la Ley 5/2019, debido a la exclusión prevista en el artículo 2.4 del mismo texto legislativo.

La diligencia de subsanación unida a la Escritura de Hipoteca establece que el préstamo hipotecario se otorgó con la finalidad de sustituir un préstamo concedido por otra entidad financiera (Caixabank S.A.), cuyo destino era financiar la construcción/reforma de la vivienda.

De la literalidad de la diligencia de subsanación de la Escritura se desprende que el préstamo con garantía hipotecaria se otorgó en virtud de la relación laboral existente entre ambas partes, de manera que es un préstamo hipotecario concedido a la Sra. M. E. F. por el hecho de ser empleada de la Sociedad. Si no fuera por ello, no se habría concedido, ya que Friselve S.A. no se dedica a la actividad de prestamista ni los ofrece al público en general, por los motivos expuestos en el Motivo anterior a los que nos remitimos íntegramente.

Seguidamente, la nota de calificación negativa realiza un análisis comparativo de las condiciones materiales de cada préstamo a fin de establecer si puede considerarse que las condiciones ofrecidas son mejores o no.

Sin ser profesionales en el sector ni pretender realizar un estudio del mercado, queremos puntualizar y contra argumentar algunos aspectos del análisis de la nota de calificación negativa.

Entendemos, en primer lugar, que el razonamiento lógico conlleva a deducir que las condiciones ofrecidas por la Sociedad a su trabajadora eran mejores que las obtenidas por la otra entidad bancaria; de lo contrario, el préstamo no habría sido sustituido. Más aún, teniendo en cuenta el corto período de vigencia del primero, el cual fue otorgado el 20 de agosto de 2023, y el segundo, el 19 de diciembre del mismo año.

En segundo lugar, entendemos que la comparación de las condiciones materiales de ambos préstamos puede resultar difícil, ya que no son completamente equiparables.

En ciertos aspectos, los beneficios de uno y otro pueden estar más relacionados con una percepción subjetiva que con una evaluación objetiva (...).

Como se puede observar, el préstamo concedido por dicha entidad financiera no era un préstamo común, sino que era una cuenta especial donde la libertad de disposición del capital prestado quedaba condicionada a la justificación y cumplimiento de un conjunto de condiciones particulares y comprobaciones por parte de dicha entidad, relacionadas con la evolución de la ejecución de la obra realizada (en este sentido, véase la cláusula "1 bis. Pacte primer bis. Compte especial").

En cambio, el préstamo otorgado por Frisvelva S.A. puede considerarse más beneficioso en este sentido, ya que la trabajadora puede disponer libremente de la totalidad del capital prestado, sin estar sujeta a condiciones específicas ni justificar su destino.

En relación con el tipo de interés, y según la publicación "Estadística de Hipotecas de diciembre de 2023 y año 2023", publicada por el INE el 22 de febrero de 2024, el tipo medio de interés inicial para las hipotecas de tipo fijo en el año 2023 se establecía en 3,54 %.

La entidad bancaria ofreció un tipo fijo inicial del 3,750 % (un interés superior a la media del mercado) y la cuota mixta ascendía a 701,05 € mensuales. En la nota de calificación negativa también se pone de manifiesto que el interés fijo establecido podía ser objeto de una bonificación de hasta un punto, es decir, hasta el 2,750%; sin embargo, esto estaba condicionado al cumplimiento de una serie de condiciones particulares costosas impuestas por la entidad bancaria, por lo que no era una bonificación gratuita.

Como se puede observar, para beneficiarse de este tipo de interés, es necesario darse de alta o mantener ciertos productos y servicios vigentes con la entidad bancaria (también con empresas de su grupo o con empresas con las que comercializa). Estos productos tienen un precio adicional y de mantenimiento extra a los del préstamo concertado, los cuales deben mantenerse vigentes a lo largo de toda la duración del préstamo hipotecario. A modo de ejemplo, se pueden mencionar la contratación de una tarjeta de crédito o de débito con la entidad, suscribir un seguro de hogar, un seguro de vida, un seguro de salud, contratar un servicio de alarma o un servicio de protección del hogar, etc. Cuantos más productos se contraten, mayor será la bonificación hasta este punto.

En comparación, la Sociedad no impone ninguna condición en este sentido, brindando total libertad a la trabajadora para suscribir los productos y servicios que más le convengan y elegir libremente con qué empresas desea hacerlo. En este sentido, también es una ventaja respecto al préstamo hipotecario sustituido.

De igual modo, la Sociedad ofreció a la trabajadora un tipo fijo inicial del 3 %, que ya es inferior a la media indicada por el INE y al ofrecido por la entidad bancaria, además de no estar sujeto a ninguna condición particular como las que hemos mencionado anteriormente.

Si bien, a partir del tercer año, el interés del 3 % fijo se incrementará por el porcentaje que del Euribor exceda del 4 %. Por lo tanto, si el Euribor se mantiene al 3 % la cuota hipotecaria no experimentaría ningún tipo de variación, y si el Euribor evoluciona por encima del 4 %, se añadiría este diferencial. Todo ello, con la ventaja que no es acumulativo, por lo que se reinicia siempre a partir de 3 %.

Estudiando la evolución del Euribor del año 2023 y 2024, si añadimos la variación experimentada por encima del 4 % al interés fijo del 3 %, el tipo de interés sigue siendo inferior al tipo de interés fijo ofrecido por la entidad bancaria y al de la media indicada por el INE.

Como muestra de ello, se añaden dos tablas publicadas por el Diario del Euribor donde se incluye su evolución: (...).

Todo ello nos conlleva a afirmar que el establecimiento de un tipo de interés sobre el capital prestado no tiene para la Sociedad la finalidad lucrativa que le es propia, sino otra distinta: conceder a su empleada un incentivo adicional, como es la obtención de este préstamo en mejores condiciones que las ofrecidas en el mercado y de las que ostentaba con la entidad Caixabank S.A. Por este motivo, el prestamista no actúa en ejercicio profesional de la actividad de préstamos, sino en una actividad accesoria en beneficio de su empleada.

En este punto, queremos resaltar los fundamentos de derechos incluidos en la nota de calificación negativa, los cuales establecen que “La accesoriadad puede igualmente predicarse del prestatario, en el sentido de que la obtención de este préstamo se debe concretamente a su condición de empleado de la entidad, que por serlo lo recibe en condiciones mejores de las que se ofrecen al público en general: se trata, por tanto, de un préstamo que se obtiene como un accesorio respecto de la relación jurídica laboral del trabajador con la empresa”.

Según la resolución de 12 de junio de 2020 de la Dirección General de la Seguridad Jurídica y de la Fe, se indica lo siguiente “Por otra parte, no parece imprescindible que el clausulado del préstamo se aparte del habitual empleado para los préstamos ordinarios concedidos por la entidad para poder entender que ese préstamo ‘no se ofrece al público en general’, puesto que si sus condiciones económicas, incluida en particular la TAE, son más favorables que las generales del mercado, y ambas partes así lo afirman y reconocen, y vinculan dicho reconocimiento a la condición de empleado del prestatario, con ello debe bastar”.

Así, teniendo en cuenta estas consideraciones, esta parte sostiene que de la propia escritura resulta claramente probada la exclusión del préstamo del ámbito de aplicación de la Ley 5/2019, por cuanto la Sociedad prestamista no actuaba en ejercicio profesional de la actividad de concesión de préstamos. Pero si se considerara que este fuera el caso quedaría excluido su ámbito de aplicación por razón del artículo 2.4, al haberse concedido con esa finalidad atípica o accesoria de proporcionar a su trabajadora unas condiciones mejores de las que se ofrecen al público en general.

Cuarto. Exclusión de la Ley 2/2009.

Esta parte sostiene que tampoco le resulta de aplicación la Ley 2/2009, por las mismas razones expuestas en el Motivo Segundo, y porque resultan claramente excluidos los préstamos garantizados con hipoteca que recaiga sobre un inmueble residencial, como ocurre en el presente caso.

Por todo lo expuesto,

Suplico, que tenga por presentado este recurso gubernativo, en tiempo y forma, y previos los trámites oportunos, se acuerde estimar el mismo y revocar la nota de calificación negativa».

V

Remitido al notario autorizante comunicación de la interposición del recurso a los efectos de que informe lo procedente, y no habiendo éste realizado alegaciones, la registradora de la Propiedad calificante, a la vista del recurso, ha ratificado su calificación negativa, ha elaborado el preceptivo informe con fecha 17 de octubre de 2024 y ha elevado el expediente a esta Dirección General.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 18, 21, 114 y 326 de la Ley Hipotecaria; 1, 2, 3, 7, 14, 25 y 45 y las disposiciones finales primera, apartado Dos, y novena de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario; los artículos 1 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; 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias; la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo; los artículos 1, 17 bis y 24 de la Ley del Notariado; los artículos 3.2.b) y 28.3 de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n.º 1093/2010; 147 del Reglamento Notarial; las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de junio de 2009 (As. C-243/08) y 14 de marzo de 2013 (As. C-415/11); las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2001, 4 de julio y 12 de diciembre de 2008, 16 de diciembre de 2009, 9 de mayo, 13 de septiembre y 18 de noviembre de 2013, 26 de mayo, 30 de junio y 8 de septiembre de 2014, 14 de diciembre de 2017, 11 de septiembre de 2019 y 15 y 28 de febrero de 2023; la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de diciembre de 2019; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de enero y 8 de junio de 2011, 23 de enero, 16 y 27 de febrero, 20 y 28 de junio y 18, 26 y 27 de julio de 2012, 2 de enero, 2 de marzo, 1 de junio, 1 y 11 de julio y 6 y 13 de septiembre de 2013, 5 de febrero, 23 de julio y 29 de septiembre de 2014, 22 de enero, 12 de marzo y 28 de julio de 2015, 31 de mayo, 22 de julio, 13 de septiembre, 10 de octubre y 24 de noviembre de 2016, 26 de julio de 2017, 19 de julio y 13 de diciembre de 2018, 13 y 27 de junio y 5, 19 y 20 de diciembre de 2019 y 15, 21 y 28 de enero de 2020, y las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 12 de junio y 10 de octubre de 2020, 13 de diciembre de 2021 y 14 de marzo de 2023.

1. En el supuesto objeto de este recurso se formaliza un préstamo hipotecario concedido por la sociedad «Friselva, S.A.», dedicada a «la compraventa de ganado, su cría y engorde y selección», a una persona física que es empleada de la sociedad, para refinanciar una deuda contraída con «Caixabank, S.A.», destinada a financiar la construcción de una vivienda unifamiliar, y en garantía del cual se constituye hipoteca sobre esa vivienda que es la habitual de la prestataria.

En la escritura de préstamo hipotecario, además de la indicación del citado objeto social, en la parte expositiva se expresa que «el prestamista manifiesta que no ejerce de forma profesional la actividad de prestamista y que por lo tanto no lo vinculan las prescripciones de la Ley 2/2009 de 31 de marzo, ni en la Ley 5/2019, de 5 de marzo. A estos efectos se incorpora a la presente escritura, informe de actividad del prestamista negativo, que he realizado a través de la plataforma SIGNO».

En una diligencia de subsanación, que se aporta a los efectos de complementar la escritura, el representante de la entidad acreedora manifiesta que «el otorgamiento del préstamo hipotecario fue predeterminado por la relación de confianza que sustentan ambas partes con motivo de la relación laboral existente. De esta manera, al ser un préstamo hipotecario concedido a favor de una trabajadora, se le ofrecieron unas mejores condiciones que las que se ofrecen al público en general, incluido, en particular, el TAE inferior al de mercado; motivo por el que se produjo la sustitución del crédito. Se cumple pues, la exclusión del artículo 2.4 de la Ley 5/2019 al ser un préstamo a favor de una trabajadora que se obtiene con carácter accesorio a la relación jurídica laboral entre la trabajadora y la empresa; con un TAE inferior al del mercado, y que no se ofrece al público en general».

La registradora de la Propiedad calificante suspende la inscripción solicitada por las siguientes razones:

1.º Entiende que el hecho de que la entidad concedente del préstamo no tenga como objeto la actividad del préstamo no significa que se trate de un acto ocasional, pues del «Servicio de Interconexión entre los Registros de la Propiedad sobre prestamistas habituales» resulta que dicha entidad figura como titular de numerosos –

ocho– préstamos hipotecarios inscritos en varios Registros, de modo que, a su juicio, revela el ejercicio habitual de la actividad de concesión de préstamos, concurriendo los elementos objetivos y subjetivos que determinan la aplicación de la Ley 5/2019 y sus normas de transparencia;

2.º También entiende que para quedar excluido el préstamo de dicha Ley, al amparo de su artículo 2.4 relativo a los préstamos concedidos a empleados, deben cumplirse los requisitos que la Dirección General ha establecido en interpretación del citado artículo, que determina que el préstamo se debe conceder a un empleado en aplicación de lo acordado en el convenio colectivo del sector o de la política social o laboral de la empresa, y así se indique en la escritura; así como que carezca de interés o que sus condiciones económicas, incluida en particular la TAE, sean más favorables que las generales del mercado, y que así se acredite o, al menos que «ambas partes así lo afirmen y reconozcan, y vinculen dicho reconocimiento a la condición de empleado del prestatario».

En la calificación, concluye la registradora, que tales circunstancias de exclusión no concurren en el presente supuesto porque se indica que el préstamo se ha concedido por «la relación de confianza con el empleado», no dentro del marco de un convenio colectivo y en cumplimiento de una política social adoptada por la empresa, por lo que se deduce que no se trata de una política general de la entidad; y porque del examen de las condiciones financieras concretas del préstamo y su comparación con aquel al que sustituye, ante la ausencia de la constancia de la TAE, no parece que las mismas sean notablemente más favorables a las de mercado.

La recurrente sostiene, resumidamente, que de la propia escritura resulta claramente probado que la entidad prestamista no actuaba en ejercicio profesional de la actividad de concesión de préstamos y que además existe causa de exclusión de la Ley 5/2019, por las siguientes razones:

1.º Porque cuando el objeto y actividad principal de la entidad prestamista no es propiamente financiero, debe estimarse que tal entidad, cuando lleva a cabo la concesión de préstamos a sus empleados, lo hace siempre como una actividad accesoria derivada de su política social, y así se hace constar en la propia escritura en una diligencia de adición.

2.º Porque de ningún modo, la sociedad prestamista que interviene en el mercado de servicios financieros de manera empresarial o profesional, tal y como exige la normativa que aplica la registradora calificante, como dice se acredita con el justificante del Informe de Actividad del Prestamista obtenido en la Notaría, donde certifica que la Sociedad no ha suscrito dos o más escrituras de constitución de préstamos durante los últimos cuatro años, documento al que da más valor que al que se refleja en la nota de calificación, por esa concreción temporal del mismo.

3.º Porque entiende que la aparición de más de dos derechos hipotecarios inscritos en la consulta registral interactiva al «Servicio de prestamistas habituales» no puede convertir automáticamente al prestamista en un profesional del sector según la Ley 5/2019, de 15 de marzo, sino que debe atenderse a más razones: pudiendo ocurrir que los préstamos concedidos lo fueran a entidades jurídicas (en concreto en este caso a empresas del sector cárnico) y no a consumidores, que recayeran sobre inmuebles no residenciales o que estuvieran ya amortizados y, por tanto, fueren susceptibles de cancelación registral. Se aportan al recurso copias simples de las escrituras de hipotecas concedidas por la entidad prestamista de las que resulta que concurren las circunstancias expresadas.

4.º Porque de la diligencia de subsanación de la escritura calificada se desprende que el préstamo con garantía hipotecaria se otorgó exclusivamente en virtud de la relación laboral existente entre ambas partes; y porque el análisis comparativo que realiza la nota de calificación de las condiciones materiales de cada préstamo (el original y el que ahora su otorga en su sustitución) a fin de establecer si puede considerarse que las condiciones ofrecidas son mejores o no, no es correcto, para intentar acreditar lo cual

hace un análisis en relación con de la “Estadística de Hipotecas del año 2023” publicada por el INE que incorpora al recurso.

2. Una consideración previa de carácter formal debe hacerse antes de entrar a analizar el fondo jurídico de la calificación registral objeto de este recurso y es que 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 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 es ajustada a Derecho, tanto formal como sustantivamente, o debe inscribirse el negocio celebrado, circunscribiéndose también, exclusivamente, en cuanto a los puntos de la misma que hayan sido objeto del recurso; no pudiendo entrar a valorar otros posibles defectos que pudiera contener la escritura de hipoteca, ni tampoco aquellos que no hubieran sido recurridos.

3. En relación con la consideración como profesional del prestamista, es doctrina reiterada de esta Dirección General (vid., por todas, la Resolución de 14 de marzo de 2023) que el carácter de habitualidad en la concesión de préstamos no tiene una definición precisa en la legislación en general, ni tampoco 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 orden a la obtención de pruebas acerca de la habitualidad en la concesión de préstamos por parte de un acreedor determinado, 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; 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 (Resoluciones de 4 de febrero, 13 y 28 de julio, 7 de septiembre y 5 de octubre de 2015 y 10 de marzo, 20 de junio, 7, 11 y 22 de julio y 10 de octubre de 2016 y 14 de marzo de 2013), resultante en este caso que el prestamista es titular registral de ocho hipotecas.

Con la consulta de las bases de datos de titularidades de hipotecas se trata de obtener información que de manera objetiva e indubitada, acredite o complemente 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, o su adquisición reiterada vía cesión, 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 con ello 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 cierta habitualidad en la concesión o titularidad de préstamos con garantía hipotecaria.

En el supuesto que nos ocupa la sociedad prestamista, como se ha indicado anteriormente, manifiesta en la escritura que no tiene por objeto social la concesión de préstamos, e incorpora a la misma un «Informe de Actividad de Prestamista Negativo», obtenido de la consulta a la Agencia Notarial de Certificación, añadiendo que en los préstamos que ha concedido con carácter excepcional con anterioridad, los prestatarios no eran consumidores y algunos de ellos ya están cancelados económicamente.

Ahora bien, tales argumentos no pueden ser admitidos porque la doctrina de este Centro Directivo acerca del concepto de prestamista habitual, en ningún momento ha

ligado tal carácter a la consideración del objeto social que pueda tener la sociedad acreedora o a la antigüedad de los préstamos, ni tampoco a la calificación que puedan tener los préstamos anteriormente concedidos, ni de si lo han sido a personas que ostentan o no el carácter de consumidoras.

Además, las notas simples de las fincas de esos otros préstamos hipotecarios concedidos por la parte recurrente, aportados al recurso como medio de prueba acerca de carácter de no consumidor de los prestatarios respectivos, no pueden tenerse en cuenta pues la registradora calificante no dispuso de ellas al emitir la nota de calificación recurrida; y respecto de la afirmación acerca de que algunas de esos préstamos ya se encuentra amortizados, su toma en consideración exigiría su previa cancelación registral.

Por último, el hecho que en este supuesto la notaria autorizante haya consultado previamente el citado el fichero de actividad de prestamista de la Agencia Notarial de Certificación, lo que muestra su diligencia, no menoscaba que el registrador pueda consultar, a su vez, otras bases de datos que puedan coadyuvar a su calificación. Se trata, como ya ha señalado esta Dirección General en la resolución antes citada, de bases de datos complementarias, siendo el informe a tener en cuenta a la hora de la calificación aquel cuyo contenido proporcione mayor protección al consumidor prestatario, por resultar de su apreciación la exigencia de mayores requisitos al prestamista.

4. Respecto de la existencia de la relación laboral del prestatario para con el prestamista como causa de exclusión de la Ley 5/2019 de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, recogida en el artículo 2.4 de la misma, este Centro Directivo ha tenido oportunidad de analizar qué debe entenderse por préstamos concedidos por un empleador a sus empleados a título accesorio y sin intereses o cuya Tasa Anual Equivalente sea inferior a la del mercado y que no se ofrezcan al público en general (cfr. la Resolución de 20 de diciembre de 2019 y la Instrucción también de 20 de diciembre de 2019), doctrina que debe ahora reiterarse.

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

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

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

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

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

Por su parte, el artículo 2.4, en su letra a), dispone que la misma no será de aplicación, entre otros, «a los contratos de préstamo (...) concedidos por un empleador a sus empleados, a título accesorio y sin intereses o cuya Tasa Anual Equivalente sea inferior a la del mercado, y que no se ofrezcan al público en general». Este precepto constituye un trasunto del artículo 3.2.b) de la Directiva EU 2014/17, el cual excluye, de forma análoga, «los contratos de crédito concedidos por un empleador a sus empleados,

a título accesorio y sin intereses o cuyas TAE sean inferiores a las del mercado, y que no se ofrezcan al público en general».

La interpretación de esta norma plantea una serie de dudas, para cuyo análisis es conveniente tomar en consideración, con carácter previo, los datos reales sobre la utilización práctica de este tipo de préstamos.

Son frecuentes los préstamos concedidos por las entidades financieras a sus empleados por estar previstos en el convenio colectivo de la entidad, o bien en las directrices de política retributiva o social de la misma entidad.

Más raros son los conferidos por otro tipo de empresas. Y es frecuente, de acuerdo con los términos de dichos convenios o directrices que, si bien los préstamos se dan en unas condiciones de tipo de interés notablemente mejores que las del mercado, hay algunas de sus cláusulas que no cumplen con algunas de las limitaciones o exclusiones que con carácter imperativo establece la ley, por ejemplo, en materia de cláusulas suelo, gastos, etc. Por otra parte, estos préstamos, de acuerdo con los citados convenios colectivos, se suelen dar conjuntamente al empleado y a su cónyuge o pareja de hecho, estableciéndose además unas condiciones distintas, en línea con las habituales del mercado, para el caso de que, por cualquier motivo, el prestatario dejara de ser empleado.

La primera cuestión dudosa que se plantea es el concepto del «título accesorio» de la concesión de estos préstamos. La expresión es ambigua, y guarda relación con la de «título subsidiario» que se emplea, para excluir estos mismos préstamos de su ámbito de aplicación, por la Ley 16/2011, sobre créditos al consumo, y la Directiva 2008/48/CE que la motivó. La accesoriedad podría predicarse tanto respecto del prestamista como del prestatario, o del propio préstamo, puesto que la norma no hace precisión alguna.

Una posible interpretación sería que la excepción no se puede aplicar a los préstamos concedidos por la banca, o a las entidades de crédito en general, a sus empleados, pese a que como se ha indicado son los más frecuentes, con el argumento de que, puesto que la actividad habitual de las entidades financieras incluye precisamente la concesión de préstamos, la misma no tiene carácter accesorio, sino principal.

Tal forma de interpretar la referencia a la accesoriedad no parece sin embargo correcta, ya que, aparte de dejar prácticamente sin alcance la excepción de las dos directivas sobre la materia (la 2008/48 y la 2014/17) y las dos leyes aprobadas para su trasposición (la 16/2011 y la 5/2019), tampoco resulta la más conforme con la finalidad de la ley.

Por el contrario, se debe interpretar que cuando la norma exige que el préstamo sea concedido a título accesorio se refiere a que ese tipo de préstamos sea, para la entidad concedente del préstamo, accesorio respecto de su actividad principal, en el sentido de que si ésta consiste en la concesión de préstamos en condiciones adecuadas para mediante ellos obtener unos beneficios aceptables que cumplan con el ánimo de lucro que constituye la finalidad de las sociedades mercantiles, la concesión a los trabajadores de estos préstamos no tiene para la entidad esa finalidad lucrativa que le es propia, sino otra distinta, como puede ser el cumplimiento de una política social de la empresa que se diseña a través del convenio, o la mejor implementación de la política de personal, concediendo a los empleados un incentivo adicional como es la obtención de estos préstamos en condiciones privilegiadas.

La accesoriedad puede igualmente predicarse del prestatario, en el sentido de que la obtención de este préstamo se debe concretamente a su condición de empleado de la entidad, que por serlo lo recibe en condiciones mejores de las que se ofrecen al público en general: se trata, por tanto, de un préstamo que se obtiene como un accesorio respecto de la relación jurídica laboral del trabajador con la empresa.

Y, por último, la accesoriedad puede predicarse del préstamo en sí, en el sentido de que constituye una prestación o retribución para el trabajador, accesorio de la principal retribución que recibe, que es el salario acordado con el mismo.

A estos efectos, por tanto, lo decisivo para que la excepción legal resulte aplicable es que el contrato se conceda con esa finalidad atípica, de proporcionar al trabajador una retribución adicional, y que por tanto no se conecte de forma inmediata con la obtención por el banco de un beneficio o excedente mediante el préstamo y su ulterior devolución.

Por consiguiente, son las características objetivas del préstamo las que determinan la aplicabilidad de esta excepción. Y esas características se desprenden de sus condiciones materiales. Así, el hecho de que el préstamo se conceda a un empleado en aplicación de lo acordado en el convenio colectivo del sector o de la política laboral de la empresa, debe ser suficiente –aunque no necesario– para acreditar su condición de préstamo exceptuado. En consecuencia, si que el préstamo sea concedido a título accesorio se refiere fundamentalmente a que el préstamo debe ser, para la entidad concedente del préstamo, accesorio respecto de su actividad principal, cuando ésta lo sea precisamente la concesión de préstamos; con más razón tendrá ese carácter accesorio si esa/s actividad/es principales de la entidad concedente, nada tienen que ver con la financiación, y la concesión del préstamo se fundamenta bien en una política laboral de la empresa o bien en una relación de confianza concreta.

Por otra parte, no parece imprescindible que el clausulado del préstamo se aparte del habitual empleado para los préstamos ordinarios concedidos por la propia entidad prestamista, o los habituales utilizados en el mercado, para poder entender que ese préstamo «no se ofrece al público en general», puesto que si sus condiciones económicas, incluida en particular la TAE, son más favorables que las generales del mercado, y ambas partes así lo afirman y reconocen, y vinculan dicho reconocimiento a la condición de empleado del prestatario, con ello debe bastar.

5. Hechas estas consideraciones previas, debe determinarse si en el presente caso el préstamo formalizado en la escritura calificada comporta por parte de la sociedad prestamista el ejercicio profesional de la actividad de concesión de préstamos, con los elementos objetivos y subjetivos que determinan la aplicación de la Ley 5/2019, y si concurre el supuesto de excepción previsto en el artículo 2.4.a) de la citada ley.

Como ha quedado expuesto anteriormente, el préstamo formalizado en la escritura calificada se concede por una persona jurídica, que interviene con cierta habitualidad en el mercado financiero, a una persona física, que tiene la condición de consumidora, y que se garantiza con hipoteca sobre una vivienda, por lo que se trata del supuesto objetivo del artículo 2.1.a) de la Ley 5/2019, si bien ésta no se aplicaría si se acreditara que se trata de un préstamo concedido por un empleador a su empleado, a título accesorio, cuya Tasa Anual Equivalente es inferior a la del mercado, y que no se ofrece al público en general.

En primer lugar, respecto del requisito de la accesoriedad, lo que se refiere, como ya se ha expuesto anteriormente, es a que ese tipo de préstamos sea, para el prestamista, accesorio respecto de su actividad principal, como ocurre en el presente caso con la sociedad cuyo objeto es la industria cárnica, pues la concesión de préstamos a sus empleados no tendría por finalidad obtener mediante aquellos unos beneficios aceptables que cumplan con el ánimo de lucro que constituye la finalidad propia de las sociedades mercantiles, sino otra distinta, como puede ser el cumplimiento de una política social de la empresa que se diseña a través del convenio, la mejor implementación de la política de personal, concediendo a los empleados un incentivo adicional como es la obtención de estos préstamos en condiciones privilegiadas, o, incluso, simplemente una relación de confianza que derive de esa relación laboral en sociedad en que por su tamaño ello es susceptible de acontecer. Por otra parte, en estos supuestos, tratándose de entidades no financieras o crediticias, es claro que los préstamos no se ofrecen al público en general.

Respecto del requisito de que el préstamo sea concedido por un empleador a un empleado, este carácter, tratándose de una cuestión tan sensible como es la protección de los consumidores, debe acreditarse, si bien, como ponen de manifiesto las resoluciones citadas en el fundamento de derecho quinto, no será necesario aportar prueba documental, siendo suficiente que ambas partes así lo afirmen y reconozcan.

En este caso la vinculación laboral del prestatario solo resulta de la afirmación que la entidad prestamista realiza en la diligencia de subsanación, por lo que este requisito no puede entenderse como cumplido, dado que la aplicación de la excepción citada supone la pérdida por parte del prestatario de las especiales garantías de transparencia material y de las condiciones financieras favorables para el consumidor que recoge la repetida Ley 5/2019.

6. Por lo que respecta al requisito de que la «Tasa Anual Equivalente» del préstamo sea inferior a la del mercado, en general, la comparación de las condiciones financieras de los préstamos puede resultar difícil, ya que no todos los préstamos son completamente equiparables y más en este supuesto en que se deben comparar las condiciones de un préstamo concedido por una entidad financiera —«Caixabank, S.A.»—, sujeta a la aplicación de la Ley 5/2019, y otro concedido por una entidad no financiera —«Friselva, S.A.»—, en probable situación de no estar sujeta a dicha Ley si concurren los requisitos expuestos.

De ahí, la importancia de la constancia en todas las escrituras de préstamo hipotecario, y su reflejo en la inscripción correspondiente, de la denominada «Tasa Anual Equivalente», en cuanto dato que resume o determina de manera sencilla el coste global de la operación de préstamo para el prestatario, y permite su comparación con los distintos productos financieros entre los que debe decidir.

El artículo 4 de la Ley 5/2019, señala respecto de la TAE que deberá «ser expresada como porcentaje anual del importe total del préstamo concedido, más los costes aparejados, si ha lugar, y que corresponde, sobre una base anual, al valor actual de todos los compromisos futuros o existentes, tales como disposiciones de fondos, reembolsos y gastos, convenidos por el prestamista y el prestatario».

La obligación de informar acerca de la TAE en los contratos con consumidores, como medio coadyuvante para una adecuada protección de los mismos, resulta, entre otras, de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, y ha sido recogida en distintas normas nacionales como en la Ley 5 /2019 de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito extraordinario, cuyo artículo 9 la configura como una información fundamental de los préstamos inmobiliarios con consumidores, y en cuyos artículo 8 y el anexo II se regula detalladamente la forma de su cálculo. Igualmente, 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, en sus artículos 12 y 14 recoge la obligación de informar en los contratos que regula de la TAE de la operación, y la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, recoge la misma obligación en sus artículos 4, 7 y 32 terdecies, con la finalidad de posibilitar la aludida comparación entre los distintos productos ofrecidos.

En consecuencia, la fijación de la TAE en los préstamos hipotecarios con consumidores, sea cual sea el carácter del prestamista, constituye un dato obligatorio, que sirve también para determinar, que es lo que interesa en este expediente, si las condiciones materiales del préstamo concedido son mejores a las normales del mercado. A este respecto, debe tenerse en cuenta que es doctrina del Tribunal Supremo que la comparación para llegar a determinar tal circunstancia en materia de préstamo, créditos y productos financieros en general, no debe hacerse en términos de tipo de interés nominal —TIN—, como hacen las registradora calificante y el recurrente, sino en términos de tasa anual de equivalencia —TAE—.

Así, la Sentencia del Tribunal Supremo número 258/2023 de 15 de febrero de 2023, en su fundamento de Derecho tercero, apartado 2, señala, tratando una cuestión de intereses usurarios, pero cuyas conclusiones son plenamente aplicables analógicamente a este supuesto, que para juzgar si un interés es superior —o inferior— al normal del mercado, debe atenderse a dos consideraciones principales: «i) por una parte, que “el porcentaje que ha de tomarse en consideración para determinar si el interés es notablemente superior al normal del dinero no es el nominal, sino la tasa anual equivalente (TAE), que se calcula tomando en consideración cualesquiera pagos que el prestatario ha de realizar al prestamista por razón del préstamo, conforme a unos

estándares legalmente predeterminados"; ii) y, por otra, que la comparación no debía hacerse con el interés legal del dinero, sino con el interés normal o habitual, para cuyo conocimiento podía acudir a las estadísticas que publica el Banco de España, tomando como base la información que mensualmente tienen que facilitarle las entidades de crédito en cumplimiento del artículo 5.1 de los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo (BCE)». Añade esta Sentencia que para realizar la determinación de ese interés medio o normal del dinero, punto de partida de la comparación que se pretenda, debe utilizarse el tipo medio de interés, en los citados términos TAE, que corresponda a la operación crediticia de la categoría específica que se trate en cada caso, en cuanto solo se pueden comparar situaciones homogéneas o equivalentes.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo número 317/2023 de 28 de febrero de 2023, en su fundamento de Derecho tercero apartado 5, ha precisado más la cuestión al señalar que, además, la comparación debe hacerse atendiendo al momento de la celebración del contrato; añadiendo en su número 6 que «bien porque el interés del crédito sea un tipo fijo, bien porque sea un tipo de interés variable referenciado a un índice legal, cuya evolución no depende del propio prestamista, las circunstancias determinantes de que el interés fuera notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso son, lógicamente, las que concurrieran en el momento de contratar, pues no es imputable al acreedor que tales circunstancias evolucionen con el tiempo y que el interés que se fijó cuando se celebró el contrato, ajustado a las circunstancias de aquel momento, quede muy por encima del interés normal de esos contratos cuando transcurran varios años, dada la duración en el tiempo de estos contratos crediticios», lo que impone la comparación de la TAE de cada préstamo o de éstos con el mercado, teniendo en cuenta la TAE que fuera aplicable al tipo inicial pactado en el momento de la celebración del respectivo contrato.

En el supuesto objeto de este recurso, como se ha expuesto en los hechos, la escritura de préstamo hipotecario no contiene la fijación de la «Tasa Anual Equivalente» de la operación lo que, al no permitir su comparación con el préstamo al que sustituye y tampoco con el normal del mercado, constituye un defecto que impide la inscripción al no poder determinarse si se cumple el requisito recogido en el artículo 2.4.a) de la Ley 5/2019, que justifica su no aplicación.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto atendiendo a lo expuesto en los Fundamentos de Derecho 5.º y 6.º 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, 30 de diciembre de 2024.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, María Ester Pérez Jerez.