

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**3652** *Resolución de 20 de diciembre de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad de Madrid n.º 3, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo con garantía hipotecaria.*

En el recurso interpuesto por don Luis Núñez Boluda, notario de Madrid, contra la calificación del registrador de la Propiedad de Madrid número 3, don Galo Rodríguez Tejada, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo con garantía hipotecaria.

#### Hechos

##### I

Mediante escritura otorgada el día 12 de julio de 2019 ante el notario de Madrid, don Luis Núñez Boluda, con el número 1.229 de protocolo, se formalizó un préstamo concedido a la sociedad «Sonido Muchacho, S.L.», unipersonal representada por don L. F. S. como administrador solidario, para financiar la adquisición de una vivienda; y en garantía del mismo se constituyó hipoteca sobre dicha finca y el citado administrador –socio único– (que también intervenía como fiador) prestaba garantía personal solidaria.

##### II

Presentada copia autorizada de dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Madrid número 3, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«I.–Hechos.

Se presenta a inscripción, por vía telemática, una copia autorizada electrónica de la escritura de préstamo hipotecario otorgada en Madrid, el día 2 de julio de 2.019, ante el Notario Don Luis Núñez Boluda, con número 1.229 de protocolo. Dicho documento causó el día 12 de julio de 2.019, el asiento de presentación número 90 del Piarlo 88, el cual queda prorrogado por el plazo de 60 días hábiles a contar desde la última fecha de los acuses legales de recepción de la presente comunicación. Con fecha 22 de agosto de 2.019 se inscribió un títule previo, empezándose a computar el plazo de calificación y despacho del documento objeto de la presente calificación desde dicha fecha.

II.–Fundamentos de Derecho.

Con carácter previo cabe indicar que el préstamo hipotecario formalizado en la escritura calificada se encuentra sujeto a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, al intervenir en su otorgamiento una persona física, en este caso la parte fiadora, por lo que, la totalidad de su contenido debe ajustarse a dicha Ley y no solo las cláusulas y/o circunstancias que afecten al fiador. Asimismo, aunque no se ha tenido acceso al contenido de la solicitud del préstamo ni al contenido de la FEIN, se desprende de la cláusula financiera primera que dicho préstamo se trata de un préstamo al consumo ya que según la citada cláusula “...la finca hipotecada que ha declarado como de uso residencial será destinada para dicho uso y no otro, y que en consecuencia, mientras no se haya cancelado la presente operación de préstamo, se obliga a no afectar o vincular la misma a ninguna clase de actividad profesional, industrial, empresarial o de carácter productivo.”

Teniendo en cuenta lo anterior, se observa en el documento calificado:

1.º) Que en la cláusula “5. Gastos a cargo del cliente”, se establece en el primer párrafo que “El cliente y, en su caso, su/s fiadore/es, expresamente asume/n y se obliga/n a pagar los gastos, suplidos y tributos de toda clase derivados del presente contrato...” y en el último párrafo que “...en aplicación de la Ley 5/2019 de contratos de crédito inmobiliario –LCI–, al fiador no se le podrá repercutir ninguna comisión o gasto que exceda de los límites de la citada Ley...”.–Dado que la totalidad del contrato de préstamo se encuentra sujeto a la Ley 5/2019 de contratos de crédito inmobiliario, los gastos inherentes al préstamo deberán de distribuirse conforme a lo establecido en el artículo 14.e) de dicha Ley, no pudiéndose discriminar entre el cliente y fiador a la hora de su aplicación.–Defecto subsanable.

2.º) Que tratándose de un préstamo sujeto en su totalidad a la Ley 5/2019, el contenido de la estipulación “6. Intereses de demora y compensación de deudas” no es congruente con lo establecido en el artículo 25 de la citada Ley al establecerse, entre otras condiciones (las cuales se enumeran con carácter enunciativo) que “...satisfará el cliente o deudor un interés nominal superior en 6 puntos porcentuales al tipo vigente en el momento de pago”, que “Los intereses moratorios liquidados y no satisfechos podrán capitalizarse...”, y que “...el interés de demora será el interés remuneratorio más tres puntos porcentuales a lo largo del período que resulte exigible. Dicho tipo de interés será aplicable al fiador.”.–También resulta incongruente el contenido de la estipulación 6 con el contenido del segundo párrafo de la cláusula hipotecaria “1. Constitución de hipoteca” y a su vez este último párrafo no es congruente con el contenido del artículo 25 de la Ley 5/2019 al incluir en el dicho párrafo las palabras “frente a terceros”.–El artículo 25 de la Ley 5/2019 establece que “1. En el caso de préstamo o crédito concluido por una persona física que esté garantizado mediante hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial, el interés de demora será el interés remuneratorio más tres puntos porcentuales a lo largo del período en el que aquel resulte exigible. El interés de demora sólo podrá devengarse sobre el principal vencido y pendiente de pago y no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil. 2. Las reglas relativas al interés de demora contenidas en este artículo no admitirán pacto en contrario”. La misma redacción se establece para el artículo 114.3 de la Ley Hipotecaria, modificado por la disposición final 1.ª– Defecto subsanable.–

3.º) Es preciso que se identifique el depósito del modelo de Condiciones Generales aplicables al caso concreto. No es imprescindible que se sea con el código de depósito, pero sí que se facilite por cualquier medio la identificación del modelo entre los depositados por cada entidad.–Así lo exigen los artículos 11.2 de la Ley 7/1998 de 13 de abril sobre Condiciones Generales de la Contratación, artículo 7 de la Ley 5/2019 de 15 de marzo reguladora de los contratos de crédito inmobiliario y la Instrucción de la DGRN de 13 de junio de 2019 (BOE núm. 142, de viernes 14 de junio de 2019).–Defecto subsanable.

### III.–Resolución.

El Registrador de la Propiedad que suscribe, suspende la inscripción del documento indicado en los hechos, por lo motivado en los fundamentos de derecho una vez calificado conforme a lo dispuesto en el artículo 18.L.H. y 98 a 100 de su Reglamento.

Contra la presente calificación (...)

Madrid, 12 de septiembre de 2.019.–El Registrador (firma ilegible) Fdo. Galo Rodríguez Tejada.»

## III

Contra la anterior nota de calificación, don Luis Núñez Boluda, notario de Madrid, interpuso recurso el día 1 de octubre de 2019 mediante escrito en el que alegaba los siguientes hechos y fundamentos jurídicos:

«Hechos:

1. El día 12 de julio de 2019 se formalizó ante mí, un préstamo hipotecario en el que el deudor e hipotecante era una sociedad unipersonal y el Banco exigió la garantía personal de su único socio. En aplicación de la Ley 5/2019 se formalizó el acta de transparencia al ser el fiador una persona física, como así se hizo constar en la escritura de préstamo hipotecario.

2. Dicha escritura fue devuelta por dos defectos:

El primero de ellos, que es doble, alega que ni la cláusula de gastos ni de intereses moratorios cumple la ley 5/2019.

El segundo de ellos versa sobre la falta de identificación del modelo del depósito en el registro de Condiciones Generales.

Fundamentos de Derecho.

Respecto del primer defecto, que es doble:

Empezaremos por impugnar la premisa mayor, que es la posibilidad de que el Registrador deniegue la inscripción de una escritura por un hecho que no es registrable. La fianza es un negocio personal que no es inscribible, pues el artículo 1.º de la Ley Hipotecaria dice textualmente que sólo se pueden inscribir los actos relativos al dominio y demás derechos reales, lo que excluye la fianza.

A mayor abundamiento el artículo 2 de la misma Ley, en sus apartados 2.º, 3.º y 5.º (los más cercanos a nuestro supuesto) tampoco citan a la fianza. En conclusión no se puede denegar una inscripción en base a un acto no inscribible y que nunca va a afectar a la inscripción.

Si se hubiera firmado el préstamo hipotecario por un fiador no persona física representado por un mandatario verbal, la escritura se habría inscrito, porque al Registrador no le habría afectado la falta de capacidad para otorgar ese negocio ajeno al Registro, lo que demuestra que la fianza no afecta a la inscripción.

Y si se hubiera formalizado la fianza en la escritura siguiente del protocolo, por supuesto que tampoco habría habido ningún problema de inscripción.

Seguiremos por impugnar la premisa menor, el por qué denegar la inscripción alegando la Ley 5/2019. Es evidente que se trata de un problema de control de dicha Ley, (como lo demuestra la referencia que hace el Registrador a que no ha tenido acceso al contenido de la FEIN) en aspectos que el legislador ha puesto en la exclusiva responsabilidad del Notario.

El préstamo se ha hecho a una sociedad, por lo que las partes pueden pactar lo que quieran sobre gastos, o sobre los intereses de demora, siempre que no sean usurarios. Pretender, como hace el Registrador, que por existir un fiador (para mayor garantía del Banco) todo el préstamo debe de hacerse en forma más beneficiosa para el deudor hace inviable esa seguridad añadida.

No hay que olvidar que la fianza es una garantía accesoria del negocio principal (como también la hipoteca lo es del préstamo), por lo que pretender la vis atractiva del negocio secundario sobre el negocio principal carece de sentido.

La Ley 5/2019 debe de cumplirse para las personas físicas, pero no para las sociedades, por eso en la escritura de préstamo consta expresamente lo siguiente al final de la cláusula de fianza:

“No obstante todo lo anterior, en caso de ejercicio de acciones por el acreedor, el fiador no responderá por el exceso de comisiones o de intereses de demora, ni por

gastos notariales, registrales y tributarios o gestión de esta escritura que excedan a lo regulado por la Ley 5/2019 de Contratos de Crédito Inmobiliario, en virtud del principio de que el fiador puede obligarse a menos pero no a más que el deudor". Curiosamente los dos defectos versan sobre los intereses de demora y gastos, que son exactamente los que ya el Notario reseñaba en la escritura.

Posteriormente también consta en la escritura, como reiteración de lo anterior: "Yo, el Notario, hago constar... También se hace constar que expresamente le he indicado al fiador las limitaciones concretas en cuanto a comisiones y gastos que le afectan".

En el acta de transparencia, que no tiene acceso al Registro, se le explicó al fiador que aquellas cláusulas del préstamo que excedían de los parámetros establecidos en la citada Ley, no le serían de aplicación en lo que excediesen de lo establecido en dicha Ley. La Ley debe de aplicarse al fiador, en eso coincido con el Registrador, pero lo que no dice, como manifiesta el Registrador, es que el préstamo a una sociedad debe de acomodarse al préstamo hecho a una persona física si ésta lo afianza; al fiador no le pueden perjudicar las cláusulas que vayan en contra de la Ley, pero sólo al fiador, no al deudor persona jurídica. Debe también recordarse que esa persona física es el socio único de la sociedad deudora e hipotecante, o sea que no se le aplica la normativa de consumidores, porque actúa en relación a su carácter de socio único.

En conclusión se trata de un préstamo a una sociedad, a la que no le es aplicable la Ley 5/2019. Al existir una fianza de una persona física, a éste y solo a éste, se le debe de aplicar la Ley. En la propia escritura se le ha hecho mención de las dos cosas que cita el Registrador, los gastos y los intereses de demora, dejando claro que no le afectan en lo que exceda de la citada Ley. En esa escritura ha firmado el acreedor, que por lo tanto tiene conocimiento directo de dicha situación a los efectos de una hipotética acción ejecutiva. No se puede ir un paso más allá como pretende el Registrador. El fiador ha quedado protegido, el Banco advertido y la sociedad ha obtenido el préstamo que solicitó.

De hecho el Registrador no especifica ningún artículo concreto sino simplemente invoca su interpretación de la Ley de Crédito Inmobiliario, que no comparto.

Respecto al segundo defecto:

El Registrador dice que es preciso que se identifique el depósito del modelo de Condiciones Generales aplicables al caso concreto. Añade que no es imprescindible que se diga el Código pero sí que se identifique de alguna manera el modelo entre los depositados en el Registro. Y termina diciendo que así lo exigen los artículos 11.2 de la Ley 7/1998, art. 7 de la Ley 5/2019 y la Instrucción de la DGRN de 13 de junio de 2019.

El primero de los artículos dice textualmente:

"2. En dicho Registro podrán inscribirse las cláusulas contractuales que tengan el carácter de condiciones generales de la contratación con arreglo a lo dispuesto en la presente Ley, a cuyo efecto se presentarán para su depósito, por duplicado, los ejemplares, tipo o modelos en que se contengan, a instancia de cualquier interesado, conforme a lo establecido en el apartado 8 del presente artículo. Los formularios de los préstamos y créditos hipotecarios comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, deberán depositarse obligatoriamente por el prestamista en el Registro antes de empezar su comercialización. Adicionalmente, el Gobierno, a propuesta conjunta del Ministerio de Justicia y del Departamento ministerial correspondiente, podrá imponer la inscripción obligatoria en el Registro de las condiciones generales en determinados sectores específicos de la contratación."

En el texto no se exige al Notario que identifique el modelo depositado.

El segundo de los artículos dice textualmente:

"1. Los prestamistas inscribirán en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, previsto en el artículo 11 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, las cláusulas contractuales utilizadas en los

contratos de préstamo inmobiliario que tengan el carácter de condiciones generales de la contratación con arreglo a lo dispuesto en dicha Ley.

2. Las condiciones generales de la contratación a las que se refiere el apartado 1 estarán además disponibles en la página web de los prestamistas, si disponen de ella. En caso de no disponer de dicha página web, las tendrán gratuitamente a disposición de los prestatarios y potenciales prestatarios en sus establecimientos abiertos al público.

3. La accesibilidad de las personas con discapacidad a la información prevista en el apartado anterior, deberá garantizarse en los términos exigidos legal o reglamentariamente.”

De nuevo ocurre lo mismo, en ningún sitio se dice que se ha de decir el modelo concreto.

Y por último la Instrucción de la DGRN citada dice:

“Artículo 23. Información.

1. Los Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles advertirán en el ámbito de sus respectivas competencias de la aplicabilidad de esta Ley, tanto en sus aspectos generales como en cada caso concreto sometido a su intervención.

2. Los Notarios, en el ejercicio profesional de su función pública, velarán por el cumplimiento, en los documentos que autoricen, de los requisitos de incorporación a que se refieren los artículos 5 y 7 de esta Ley. Igualmente advertirán de la obligatoriedad de la inscripción de las condiciones generales en los casos legalmente establecidos.

3. En todo caso, el Notario hará constar en el contrato el carácter de condiciones generales de las cláusulas que tengan esta naturaleza y que figuren previamente inscritas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, o la manifestación en contrario de los contratantes.”

Una vez más no se observa ese requisito que exige el Registrador.

En cambio sí consta en la escritura lo siguiente:

“Yo, el Notario, hago constar... y por último, que he comprobado en el Registro de Condiciones Generales de Contratación que la entidad prestamista tiene hecho el correspondiente depósito”, manifestación que cumple lo que exige la Ley.

De la lectura de la Instrucción lo que se desprende es que la falta de depósito de las condiciones generales no constituye un defecto que impida la inscripción, ni siquiera impide la autorización o la inscripción el hecho de que existan discrepancias entre las estipulaciones del contrato celebrado y las condiciones generales depositadas, ya que tales cláusulas pueden ser válidas como condiciones particulares del contrato.

El hecho de que al Registrador le sea más o menos difícil comprobar el depósito del modelo concreto de las condiciones, no puede constituir un defecto de inscripción, ni el obligar al Notario a especificarlo para facilitarle su búsqueda.

No cabe duda que es difícil comprobarlo, pero ni siquiera aportando una hipotética certificación registral, lo que no exige ni la Ley ni la Instrucción, bastaría a esos efectos, porque el propio Colegio de Registradores advierte, al introducirse en la página web [www.registradores.org](http://www.registradores.org) para acceder a la página del Registro de Condiciones, que no se garantiza la fiabilidad o veracidad de la información. Después de cada formulario depositado se expresa que ese texto ha sido recuperado mediante un proceso OCR automatizado, es decir, a través de un proceso que lleva a cabo una máquina, sin que haya existido ninguna supervisión de ningún funcionario público que permita garantizar la coincidencia entre el texto de la web y el documento depositado».

#### IV

El registrador de la Propiedad de Madrid número 3, don Galo Rodríguez Tejada, emitió informe el 9 de octubre de 2019 y, por mantener su calificación, elevó el expediente a este Centro Directivo.

### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 1255, 1320 y 1826 del Código Civil; 18, 21 y 114 de la Ley Hipotecaria; 1, 2, 3, 7, 14, 15, 20, 21, 23, 24, 25 y 45 de Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario; 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias; 12 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital; 5, 7, 11, 23 y 24 de la Ley 7/1998, sobre condiciones generales de la contratación; 28.3 de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de febrero de 2014 sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n.º 1093/2010; 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; 147 del Reglamento Notarial; 26, 29 y 30 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios; las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de junio de 2009 (As. C-243/08), 14 de marzo de 2013 (As. C-415/11) y 26 de marzo de 2019 (Ass. C-70/17 y C-179/17); las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2001, 4 de julio y 12 de diciembre de 2008, 16 de diciembre de 2009, 9 de mayo, 13 de septiembre y 18 de noviembre de 2013 y 26 de mayo, 30 de junio y 8 de septiembre de 2014; la Instrucción de 13 de junio de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre el depósito de condiciones generales de la contratación, y el reflejo del mismo en las escrituras de préstamo y en el Registro de la Propiedad, desde la entrada en vigor de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de enero y 8 de junio de 2011, 23 de enero, 16 y 27 de febrero, 20 y 28 de junio y 18, 26 y 27 de julio de 2012, 2 de enero, 2 de marzo, 1 de junio, 1 y 11 de julio y 6 y 13 de septiembre de 2013, 5 de febrero, 23 de julio y 29 de septiembre de 2014, 22 de enero y 12 de marzo de 2015, 19 de julio de 2018 y 13 y 27 de junio, 29 de noviembre y 5, 11 y 12 de diciembre de 2019.

1. Mediante la escritura que es objeto de la calificación impugnada se formaliza un préstamo concedido a una sociedad para financiar la adquisición de una vivienda. En garantía del mismo se constituye hipoteca sobre dicha finca y, además, el administrador –y también socio único– de dicha sociedad interviene también como fiador para prestar garantía personal solidaria.

El registrador suspende la inscripción solicitada porque entiende que la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario es aplicable la totalidad del contenido del préstamo y no solo las cláusulas y circunstancias que afecten al fiador, por lo que debe ajustarse a aquélla. En concreto afirma que la cláusula de gastos al cargo del cliente y la estipulación sobre intereses de demora no se ajusta a dicha ley; y considera que debe identificarse el depósito del modelo de condiciones generales.

2. 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 contruidos o por construir».

En análogos términos, el apartado 1 del artículo 2 de la misma dispone lo siguiente: «Esta Ley será de aplicación a los contratos de préstamo concedidos por personas físicas o jurídicas que realicen dicha actividad de manera profesional, cuando el prestatario, el fiador o garante sea una persona física y dicho contrato tenga por objeto: a) La concesión de préstamos con garantía hipotecaria u otro derecho real de garantía sobre un inmueble de uso residencial. A estos efectos, también se entenderán como

inmuebles para uso residencial aquellos elementos tales como trasteros, garajes, y cualesquiera otros que sin constituir vivienda como tal cumplen una función doméstica. b) La concesión de préstamos cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, siempre que el prestatario, el fiador o garante sea un consumidor. (...)».

Esta Dirección General, en la reciente Resolución de 5 de diciembre de 2019, ha puesto de relieve que la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario es aplicable a los préstamos concedidos a personas jurídicas en lo relativo al fiador persona física aun cuando ésta no sea consumidor. Así, lo confirma el contenido literal del artículo 2, apartado 1, letra a), respecto de préstamos garantizados con hipoteca sobre inmueble residencial, que, a diferencia de lo expresamente dispuesto para préstamos no hipotecarios concedidos para adquirir o conservar derechos de propiedad sobre inmuebles, no exige que el fiador o garante sea consumidor.

Debe tenerse en cuenta que, como se expresa en el preámbulo de dicha ley (cfr. apartado III), la Directiva 2014/17/UE –que mediante la misma se transpone– establece un régimen específico de protección de las personas consumidoras que tengan la condición de prestatarios, garantes o titulares de garantías en préstamos o créditos garantizados mediante hipoteca sobre bienes inmuebles de uso residencial, o cuya finalidad sea la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial. Y se añade que la normativa europea se refiere a los créditos celebrados con consumidores que estén garantizados mediante hipoteca u otro tipo de garantía, en relación con bienes inmuebles de uso residencial, es decir, su objeto es la protección de los consumidores, entendiéndose por tales las personas físicas que no actúan en el ámbito de su actividad profesional o empresarial, pero también permite que por parte de los Estados miembros se adopten disposiciones más estrictas en materia de protección de las personas consumidoras, incluyendo también la posibilidad de ampliar el ámbito de aplicación a no consumidores. En este sentido, la Ley 5/2019 se dicta con la finalidad de completar la transposición de la Directiva 2014/17/UE, de modo que, como se indica en el referido preámbulo «la presente Ley extiende su régimen jurídico a todas las personas físicas, con independencia de que sean o no consumidores. Esta ampliación de la esfera subjetiva de protección de la Ley frente a la Directiva sigue la línea tradicional de nuestro ordenamiento jurídico de ampliar el ámbito de protección a colectivos como los trabajadores autónomos (...)».

Hecha la aclaración sobre la aplicabilidad de la Ley 5/2019 en el presente caso de préstamo en que concurre como prestataria una sociedad y como fiador una persona física, debe ahora determinarse si la aplicación de esta Ley alcanza íntegramente al contrato tanto respecto de la prestataria como respecto del fiador o, por el contrario, se limita a este último. Por ello, se plantea, asimismo, cuál deba ser la forma de proceder para la autorización e inscripción de la escritura, en aspectos como los siguientes: a) el régimen de los gastos de la operación, y en particular el pacto entre el prestamista y la persona jurídica prestataria para que ésta asuma los eventuales gastos del garante persona física; b) el alcance subjetivo que debe tener el acta de información precontractual, en particular si junto al garante persona física, debe también otorgarla y ser informada la persona jurídica; c) la aplicabilidad de la nueva normativa, en particular la exigencia del acta previa de información, a la persona jurídica que actúe como consumidora, especialmente si la misma es unipersonal, y en tal caso su aplicabilidad a la persona física que fuera el socio único; y d) la aplicabilidad o no al préstamo concedido a la persona jurídica y a la garantía constituida por la persona física de las limitaciones sustantivas impuestas en la Ley 5/2019, principalmente por los artículos 20 (préstamos inmobiliarios en moneda extranjera), 21 (cláusulas suelo), 23 (reembolso anticipado), 24 (vencimiento anticipado) y 25 (intereses de demora), y consecuentemente, el contenido y alcance del contrato y del acta de información a la persona física garante.

La Ley 5/2019, como con claridad se desprende del tenor literal de los artículos 1.1 y 2.1, no será aplicable a una prestataria persona jurídica, aunque ésta tenga la

condición de «consumidor» –cliente– en la contratación del préstamo o crédito. Y el notario o el registrador no parece que puedan, por su sola autoridad, proceder a un levantamiento del velo de la persona jurídica, o apreciar su carácter instrumental o fraudulento, ni siquiera cuando la persona jurídica que actúe como consumidora sea unipersonal (sin perjuicio de que la prudencia de la entidad prestamista le pudiera aconsejar extremar la diligencia en la información a la misma, e incluso la formalización del acta notarial gratuita, aun no siendo la misma obligatoria en apariencia, para evitar los riesgos que las eventuales incertidumbres interpretativas del caso concreto pudieran originar). En cualquier caso, la no obligatoriedad del acta previa cuando el prestatario sea una sociedad, aunque actúe como consumidora, se desprende del principio general de nuestro derecho de la buena fe en el ejercicio de los derechos, de aceptación y asunción de las consecuencias que tiene la decisión de formalizar el préstamo por medio de una sociedad en lugar de en nombre propio, y de normalidad en la actividad de la sociedad, incluso si la misma es unipersonal, por cuanto goza de una personalidad jurídica propia y diferenciada del socio, aunque se trate de socio único, como evidencian los artículos 12 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital.

Por otra parte, el artículo 15.2 de la Ley 5/2019 impone al notario el deber de comprobar el «cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 14.1» de la misma Ley respecto de «(...) toda persona física que sea fiadora o garante del préstamo» –vid. apartado 4–. Luego, aunque la ley no sea aplicable a la persona jurídica prestataria, y por tanto el deber de comparecencia a efectos de información no alcance a ésta, esa protección se extenderá, por disposición legal expresa, a la persona física que sea fiadora o garante del préstamo, lo que se confirma por el artículo 26.2 de la Orden EHA/2899/2011 (en virtud de la redacción modificada por la Orden ECE/482/2019). Por lo demás, el cónyuge que, a los efectos del art. 1320 del Código Civil, debe prestar su consentimiento a la constitución de la hipoteca sobre la vivienda habitual cuya propiedad sea exclusiva del otro consorte debe considerarse equiparado a estos efectos al hipotecante no deudor y por tanto quedar protegido de forma análoga, otorgando el acta de información previa.

Por todo ello, nunca será necesario que una persona jurídica, sea o no consumidora, que actúe como prestataria, fiadora o garante, concurra al otorgamiento del acta previa prevenida en el artículo 15 de la Ley 5/2019. Ese deber de asesoramiento e información y control notarial se circunscribe a las «personas físicas». No obstante, si la persona jurídica, sea o no unipersonal, actúa como consumidora, pese a no ser aplicables las obligaciones formales de la Ley 5/2019, la entidad financiera sí debe cumplir respecto de ella las restantes obligaciones de información que se establecen en relación con los consumidores en la normativa anterior y que sigan vigentes.

En estos supuestos en que la parte prestataria sea una persona jurídica y el fiador o el hipotecante no deudor una persona física, la Ley 5/2019 resultará plenamente aplicable respecto de esta última. La constitución de la garantía del préstamo o crédito, en relación con dichas personas físicas, quedará sujeta a sus normas, y el deber de información y asesoramiento alcanzará a toda la documentación prevista en el artículo 14.1 de la Ley 5/2019. Tanto la información y documentación a suministrar por la entidad prestamista como la actividad del notario, aunque limitada como se ha dicho a las personas físicas, debe comprender todo aquello que –relativo al préstamo o crédito– se expresa en los artículos 14.1 y 15 de la Ley 5/2019. En otras palabras, la información a la persona física debe alcanzar a la totalidad del clausulado del préstamo o crédito y no se ciñe a su «posición como fiadora o garante». Como ya advirtió la Resolución de esta Dirección General de 29 de septiembre de 2014, el fiador o garante queda «afectado» por las condiciones financieras del préstamo en cuanto determinantes de su obligación, aunque la misma sea subsidiaria de la del prestatario y le quede la posibilidad de reclamar en vía de regreso.

Se plantea por otra parte la duda relativa a la aplicabilidad a estos préstamos de las normas o limitaciones materiales que con carácter imperativo establece la Ley 5/2019. Se debe partir, para resolver esta cuestión, de la idea de que el garante puede obligarse

a menos, pero no a más, que el deudor principal, tanto en la cantidad como en lo oneroso de las condiciones (artículo 1826 del Código Civil), lo que permite en principio pactar un régimen jurídico para el contrato con la sociedad, y otro más benigno para las garantías constituidas. No obstante, es preciso analizar la aplicación de cada una de dichas normas.

En relación con los gastos del préstamo hipotecario a favor de una persona jurídica y con garantías reales o personales constituidas por personas físicas, resulta evidente que al fiador o garante personal o real que tiene la condición de persona física en ningún caso se le puede imponer el coste del arancel notarial o registral correspondiente a la garantía (artículo 15.4 de la Ley 5/2019). Pero no es ese el verdadero problema: teniendo en cuenta que la persona jurídica no está incluida en el ámbito subjetivo de la citada Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, no parece existir obstáculo alguno a un pacto sobre los gastos del préstamo negociado libremente por la misma, en cuanto prestamista, con la entidad financiera (artículo 1255 del Código Civil), en particular si no es consumidora. Y en tal caso, el prestatario persona jurídica, como interesado en la obtención de la financiación, asumirá normalmente los costes notariales y registrales correspondientes tanto a la constitución del préstamo como a las garantías personales o reales constituidas a su favor (las cuales sin duda habrán tenido un impacto favorable en relación con la obtención del préstamo y con sus condiciones económicas).

También se plantea si, concedido el préstamo a una persona jurídica, en un contrato que por tanto no quedaría en principio sujeto a las limitaciones de la Ley 5/2019, el hecho de que el mismo sea garantizado (en concepto de fiador o de hipotecante no deudor) por una persona física, determina necesariamente que quede sujeto a las limitaciones sustantivas impuestas en la Ley 5/2019, principalmente por los artículos 20 (préstamos inmobiliarios en moneda extranjera), 21 (cláusulas suelo), 23 (reembolso anticipado), 24 (vencimiento anticipado) y 25 (intereses de demora).

En una operación como la descrita, la entidad acreedora establece una doble relación jurídica: por un lado, con la sociedad prestataria, y por otro con la persona física garante. Y si bien la accesoriedad de la garantía respecto de la obligación principal determina que la extensión y contenido de la responsabilidad asumida por el garante sean en principio iguales a las establecidas en la relación obligatoria principal, también es posible pactar, y con frecuencia se hace así, limitaciones cuantitativas o cualitativas a la garantía, con base en el artículo 1826 del Código Civil, como se ha indicado. Así pues, la obligación principal asumida por la sociedad prestataria podrá, sin problema alguno, sobrepasar esos límites antes citados, siempre que se pacte de forma expresa que la garantía prestada por la persona física quede reducida dentro de los mismos.

A tal efecto, cabrá precisar cada una de las limitaciones que resultan de aplicación a la garantía constituida, lo que siempre será preferible desde la perspectiva de la transparencia e información al consumidor.

Pues bien, si el préstamo y la garantía se han acordado en tales términos, el asesoramiento informativo que deberá prestar el notario a la persona física garante debe tener la suficiente precisión y claridad, detallando con claridad tanto las condiciones del préstamo conferido a la persona jurídica, como las limitaciones que respecto de dichas condiciones presente la garantía constituida por la persona física, de acuerdo con lo expresamente pactado y de acuerdo con las normas imperativas de la ley.

Y, concretando esas limitaciones, la que planteará más dudas es la aplicabilidad de las normas que para el vencimiento anticipado se establecen en el artículo 24 de la ley. Resulta indiscutible que los umbrales mínimos que exige la ley son oponibles por el garante que sea persona física, a la vista de su tenor literal. Por ello, lo más práctico y claro será pactar para el préstamo unas condiciones de vencimiento anticipado por impago que se ajusten a los límites del artículo 24. Pero también debe ser posible (y razonable en función de las circunstancias que se den en cada caso) un pacto en condiciones diferentes con la sociedad prestataria, en cuyo supuesto la persona física garante podrá oponer la sujeción de la ejecutabilidad de la garantía a los plazos y límites establecidos en dicha norma.

Más sencilla es la cuestión de la aplicabilidad de las limitaciones de los tipos de interés ordinario (prohibición de cláusula suelo y fijación de los intereses de demora en el tipo pactado más tres puntos, de acuerdo con los artículos 21 y 25 de la Ley 5/2019). Puesto que el garante puede obligarse a menos que el deudor principal, es perfectamente posible que se acuerde en el contrato de préstamo un tipo que no se sujete a esas limitaciones, y pactar la limitación de la garantía (sea el afianzamiento o la responsabilidad hipotecaria) a cuantías inferiores.

Finalmente, en materia de cancelación anticipada, parece claro que pueden pactarse con el prestatario unas condiciones diferentes de las previstas en la ley con carácter imperativo en el artículo 23. Esa regulación contractual realmente no afectará al garante, puesto que no es él, sino el prestatario, quien pagará y cancelará el préstamo anticipadamente. No obstante, ante una situación de incumplimiento del prestatario que provoque la reclamación al garante, pagando éste las cuotas que vayan venciendo para evitar una ejecución, con frecuencia lo más beneficioso para el garante puede ser cancelar anticipadamente el préstamo, en lo que sería un pago de la deuda por un tercero.

3. Por las consideraciones anteriores, en el presente caso no puede confirmarse la calificación en cuanto considera que la Ley 5/2019, en todos sus términos, es aplicable a todo el préstamo y no sólo al contrato accesorio de fianza. Y tampoco puede confirmarse respecto de los gastos e intereses de demora, pues en la escritura calificada se expresa lo siguiente:

Respecto de dichos gastos: «No obstante lo anterior, se hace constar por las partes que, en aplicación de la Ley 5/2018 de contratos de crédito inmobiliario (LCl), al fiador no se le podrá repercutir ninguna comisión o gasto que exceda de los límites de la citada Ley, de los cuales ya ha sido informado». En la estipulación relativa a la fianza: «No obstante todo lo anterior, en caso de ejercicio de acciones por el acreedor, el fiador no responderá por el exceso de comisiones o de intereses de demora, ni por gastos notariales, registrales y tributarios o gestión de esta escritura que excedan a lo regulado por la Ley 5/2019 de Contratos de Crédito Inmobiliario, en virtud del principio de que el fiador puede obligarse a menos pero no a más que el deudor». Y también añade el notario autorizante: «Yo, el Notario, hago constar... También se hace constar que expresamente le he indicado al fiador las limitaciones concretas en cuanto a comisiones y gastos que le afectan».

4. Según el tercero de los defectos expresados en la calificación impugnada, el registrador suspende la inscripción solicitada porque, a su juicio, se debe identificar el depósito del modelo de condiciones generales aplicables al caso concreto, si bien no es imprescindible que se sea con el código de depósito, pero sí que se facilite por cualquier medio la identificación del modelo entre los depositados por cada entidad.

El notario recurrente alega que de la Instrucción de esta Dirección General de 13 de junio de 2019, se desprende que la falta de depósito de las condiciones generales de la contratación en el referido Registro no constituye un defecto que impida la inscripción, y ni siquiera impide la autorización o la inscripción el hecho de que existan discrepancias entre las estipulaciones del contrato celebrado y las condiciones generales depositadas, ya que tales cláusulas pueden ser válidas como condiciones particulares del contrato; y que el hecho de que al registrador le sea más o menos difícil comprobar el depósito del modelo concreto de las condiciones, no puede constituir un defecto de inscripción, ni el obligar al notario a especificarlo para facilitarle su búsqueda.

En la Instrucción de 13 de junio de 2019, de esta Dirección General, sobre el depósito de condiciones generales de la contratación, y el reflejo del mismo en las escrituras de préstamo y en el Registro de la Propiedad, a la que procede remitirse por la presente, se analizan tres cuestiones en relación con todo el conjunto normativo examinado: la necesidad, o no, de que en cualquier escritura pública de préstamo hipotecario, así como en su inscripción registral, se controle y haga constar que se ha producido el previo depósito de las condiciones generales de la contratación empleadas

en la misma; la forma o contenido que debe tener ese depósito; y el tratamiento que debe darse al hecho de que en una cláusula contenida en el contrato de préstamo formalizado en escritura pública exista alguna diferencia con la cláusula que fue depositada en el Registro de Condiciones Generales.

Respecto de la primera cuestión, que es la que interesa en este expediente, dicha Instrucción ya estableció con toda claridad que, al imponerse en el artículo 11 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, a todas las entidades la obligación concreta y terminante de depositar los formularios de los préstamos y créditos hipotecarios comprendidos en el ámbito de aplicación de la propia ley antes de empezar su comercialización, es indudable que «el notario deberá controlar al autorizar la escritura de préstamo hipotecario, y el registrador de la propiedad al inscribirla, el mero hecho de que efectivamente la entidad financiera haya procedido previamente a practicar dicho depósito». Añade que: «Se trata de un control de cumplimiento de la legalidad que el notario y el registrador de la propiedad están obligados a realizar, como ocurre con otros supuestos de obligaciones legales cuyo cumplimiento, con independencia de si afectan o no a la validez y eficacia del negocio, debe resultar de la escritura y en su caso hacerse constar al practicar su inscripción: ocurre así con la entrega del certificado energético, la declaración del movimiento de metálico, la justificación de los medios de pago, la obtención de una licencia urbanística, etc.». Y termina insistiendo en «la carga o deber de diligencia del notario y del registrador, quienes, en cuanto autoridades, podrán acceder al citado Registro de forma inmediata y gratuita, y realizar de esta forma la comprobación del previo depósito de las condiciones generales». Cuestión distinta es la relativa a la actuación que hayan de seguir el notario y el registrador cuando en una cláusula contenida en el contrato de préstamo formalizado en escritura pública exista alguna diferencia con la cláusula que fue depositada en el Registro de Condiciones Generales, cuestión que, como se ha indicado anteriormente, también es analizada en dicha Instrucción, teniendo en cuenta que la flexibilidad que requiere el tráfico jurídico debe permitir la adaptación a las necesidades que se planteen en cada supuesto concreto (por especialidades en relación con la finalidad del préstamo, el objeto, los sujetos, la relación entre los sujetos, los pactos especiales que se hayan alcanzado, etc.), y la inclusión en el contrato de cláusulas especiales que se aparten de las condiciones generales que se han depositado, precisamente porque por su especialidad propia no constituyen condiciones generales, sino condiciones particulares o pactos que han sido objeto de negociación individual. Por ello concluye que «si bien en el contrato de préstamo debe hacerse constar que las condiciones generales han sido objeto de depósito, y comprobarse por el notario y el registrador que dicho depósito se ha practicado, ello no impide que en la configuración del contrato se hayan acordado modificaciones respecto de esas condiciones generales, lo que es una exigencia de la flexibilidad que la contratación y el tráfico inmobiliario deben tener para adecuarse a las necesidades de las partes en cada caso particular».

En cualquier caso, las entidades financieras con frecuencia suelen indicar en sus modelos o minutas los números de identificación de las cláusulas depositadas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, lo que tiene la finalidad de que dichos números aparezcan también reseñados en las escrituras de préstamo, para facilitar en su día la comprobación de ese depósito. En tales supuestos, parece claro que, en la facultad de configuración del contrato que tienen las partes, siempre dentro de los límites legales, se debe entender incluida la de la reseña de ese número identificador, con la finalidad de facilitar la comprobación de la efectividad del depósito al notario, al registrador y eventualmente al juez que debiera pronunciarse sobre los efectos del negocio documentado. En consecuencia, en los supuestos en que ese número sea indicado por la entidad financiera, el notario respetando su voluntad negocial, deberá consignarlos en la escritura. No obstante, la carencia de ese reflejo por la entidad financiera no impide la autorización de la escritura ni su inscripción registral, puesto que siempre es posible el cotejo de la escritura con el conjunto de cláusulas depositadas por

la entidad financiera, algo que, por lo demás, las modernas herramientas digitales facilitan sobremanera.

Ahora bien, de todos los razonamientos anteriores se desprende inequívocamente que es requisito ineludible para la autorización de la escritura del préstamo hipotecario que el notario haya comprobado que se ha producido el previo depósito de las condiciones generales de la contratación empleadas en la misma, de modo que, como establece la mencionada Instrucción, en el supuesto de que se compruebe, por el notario o por el registrador, que una condición general no ha sido depositada, deberán notificárselo al Ministerio de Justicia, en cumplimiento de su deber general de colaboración con la Administración, para que éste proceda en la forma establecida en el artículo 24 de la Ley 7/1998, sobre condiciones generales de la contratación, según el cual: «La falta de inscripción de las condiciones generales de la contratación en el Registro regulado en el capítulo III cuando sea obligatoria o la persistencia en la utilización o recomendación de condiciones generales respecto de las que ha prosperado una acción de cesación o retractación, será sancionada con multa del tanto al duplo de la cuantía de cada contrato por la Administración del Estado, a través del Ministerio de Justicia, en los términos que reglamentariamente se determinen (...)».

En el presente caso el notario hace constar expresamente que ha comprobado en el Registro de Condiciones Generales de Contratación que la entidad prestamista tiene hecho el correspondiente depósito. Por todo ello, el tercer defecto expresado en la calificación impugnada tampoco puede ser mantenido.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la calificación impugnada.

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, 20 de diciembre de 2019.–El Director General de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.