

SUSPENSIÓN DE LA INSCRIPCIÓN DE UNA ESCRITURA DE CESIÓN DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO EN LA QUE LA ENTIDAD RECURRENTE ES LA CEDENTE, POR RAZÓN DE NO ACREDITARSE EL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS DE LA LEY 2/2009 POR PARTE DEL CESIONARIO¹

RDGRN de 13 de julio de 2015, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación de la registradora de la propiedad de Cornellà de Llobregat nº 1

Pascual Martínez Espín
Centro de Estudios de Consumo
Catedrático acreditado de Derecho civil
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 6 de octubre de 2015

1. Introducción

La presente resolución de la DGRN resuelve, en sentido desestimatorio, el recurso interpuesto en nombre una mercantil, contra la nota de calificación de la registradora de la propiedad de Cornellà de Llobregat número 1, por la que se suspende la inscripción de una escritura de cesión de préstamo hipotecario en la que la entidad recurrente es la cedente, por razón de no acreditarse el cumplimiento de los requisitos de la Ley 2/2009 por parte del cesionario.

2. Hechos

Mediante escritura la entidad mercantil XX otorgó una escritura de escritura de cesión de préstamo hipotecario que gravan dos fincas registrales del Registro de la Propiedad de Cornellà de Llobregat número 1 a favor de don R. L. M. Dicha escritura fue presentada en el Registro de la Propiedad de Cornellà de Llobregat. Fue objeto de calificación negativa

¹ Trabajo realizado en el marco del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia (Subprograma Estatal de Generación de Conocimiento) otorgado al Grupo de investigación y centro de investigación CESCO, *Mantenimiento y consolidación de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo*, dirigido por el Prof. Ángel Carrasco Perera de la UCLM, Ref.: DER2014-5606-P.

Los hechos que motivan esta calificación son los siguientes:

- En el título presentado la entidad XXX –como entidad cedente–, y don R. L. M. como cesionario– pactan la cesión, junto con otro, de un préstamo contra doña V. S. F. por importe de 99.800 euros de principal, garantizado con una hipoteca sobre la finca registral 4111 (casa...) constituida en garantía del capital prestado, además de los intereses ordinarios y de demora y de las costas que en el documento se indican.
- Según resulta de la estipulación tercera don R. L. M. manifestó en el acto que él «no está especializado en el asesoramiento profesional ni realiza de manera profesional actividades de concesión de préstamos o créditos hipotecarios sujetos a la Ley 2/2009 de 31 de Marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios».
- De la escritura presentada no resulta la inscripción de la parte prestamista en el Registro Público de empresas previsto en el art. 3 de la ley 2/2009, ni se acredita la inscripción del seguro de responsabilidad o la constitución del aval bancario necesario, requisitos previos al inicio de dicha actividad de préstamo conforme establece dicha Ley 2/2009.

3. Normativa

En nuestro ordenamiento jurídico, y dentro del ámbito de la concesión de créditos y préstamos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de los mismos realizados por profesionales, se da una doble regulación: por un lado, cuando estos préstamos o créditos hipotecarios son concedidos por las entidades de crédito o sus agentes, sujetas a la supervisión del Banco de España, tienen su propia normativa específica; por otro lado y para las empresas –en sentido amplio entendiendo como tales tanto a las que adoptan una forma societaria como a las personas físicas profesionales– distintas de las entidades de crédito o sus agentes, se rigen actualmente por lo dispuesto en la ley 2/2009 de 31 de marzo por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamo o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contrato de préstamo o crédito, y Real Decreto 106/2011 de 28 de enero.

4. La denegación de inscripción

En el presente caso se trata de determinar el carácter profesional o no de la actividad prestamista realizada, resultando en este caso que no resulta acreditado que el cesionario hipotecario no ejerce de forma profesional la actividad de concesión de préstamos hipotecarios o, en otro caso, que hayan sido cumplidas las exigencias que, para la inscripción en el Registro de la Propiedad de escrituras en que se formalicen préstamos hipotecarios concedidos por personas físicas o jurídicas que se dediquen, con carácter profesional, a la concesión de tales préstamos, establece 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.

Los argumentos de la Registradora para denegar la inscripción son los siguientes:

- La mera manifestación realizada por el acreedor hipotecario consistente en la declaración de no dedicarse con carácter profesional a la actividad de concesión de préstamos ni de servicios de intermediación no puede ser considerada suficiente a los efectos de entender que el préstamo, hipotecario de cuya inscripción se trata queda fuera del ámbito de aplicación de la Ley 2/2009.
- Los requisitos cuyo cumplimiento la Ley 2/2009 establece como presupuesto, para otorgar escrituras de préstamo hipotecario y proceder a su inscripción son los siguientes:
 - o La inscripción del prestamista en el registro público de empresas previsto en el artículo 3 de la Ley 2/2009.
 - o La contratación de un seguro de responsabilidad civil o aval bancario, que cubra las responsabilidades en las que pudiera incurrir frente a los consumidores por los perjuicios derivados de la realización de servicios propios de la actividad de préstamos o créditos hipotecarios (art. 7 de la Ley 2/2009) y por el importe mínimo establecido en el art. 12 del Real Decreto 106/2011 de 28 de enero.

Dada la ausencia de dichos requisitos la Registradora suspendió la inscripción solicitada.

Contra la nota de calificación original, la mercantil cedente interpuso recurso ante la DGRN.

5. Los dos problemas jurídicos.

Dos cuestiones se plantean en el presente recurso:

- La primera, consistente en determinar las condiciones que deben reunir los prestamistas no entidades de crédito para que les sea de aplicación la Ley 2/2009, de 31 de marzo, 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, teniendo en cuenta las circunstancias del carácter de consumidor del deudor y de vivienda de una de las fincas hipotecadas. En concreto se discute acerca de cuándo se puede entender que concurre el presupuesto de habitualidad en la concesión de créditos o préstamos, y si es suficiente para excluir la aplicación de dicha Ley que el acreedor haga constar expresamente que no se dedica de manera profesional a la concesión de préstamos hipotecarios.
- La segunda cuestión consiste en determinar si la citada Ley 2/2009 es aplicable al supuesto concreto de la cesión de un préstamo hipotecario o únicamente lo es en caso de concesión de préstamos o créditos, que es el supuesto concreto a que se refiere el artículo 1, número 1 letra a) de la Ley de referencia que dispone como ámbito objetivo de aplicación «la concesión de préstamos o créditos hipotecarios bajo la forma de pago aplazado, apertura de crédito o cualquier otro medio equivalente de financiación» que realicen de manera profesional personas físicas o jurídicas en favor de otras personas físicas o jurídicas que tengan la condición de consumidores.

Respecto a la primera cuestión, la registradora pone de manifiesto en su nota que la persona física prestamista es titular de cuatro hipotecas más en garantía de préstamos concedidos durante el último año (no se aclara si es titular de ellas también como cesionario o como acreedor inicial), que constan inscritas en distintos Registros de la Propiedad, siéndole, en consecuencia, aplicable lo dispuesto en la Ley 2/2009 y ello no obstante la manifestación vertida en la escritura por el propio interesado negando el citado ejercicio profesional de la actividad de prestamista, que estima carece de fuerza enervante, con carácter general, por truncar la finalidad perseguida por la Ley sin acreditación suficiente y, en el supuesto concreto, ya que, además, existe una prueba objetiva en sentido contrario

El recurrente, por su parte, argumenta que la Ley 2/2009 se aplica únicamente a las personas físicas o jurídicas, que de manera profesional realizan la actividad de

concesión de préstamos o créditos hipotecanos, y que la dificultad de la prueba negativa del ejercicio de esa actividad hace que deba admitirse como suficiente la manifestación expresa negativa del acreedor ocasional para excluir la aplicación de la citada Ley. Asimismo considera el recurrente que la titularidad de cinco créditos hipotecas no supone una prueba concluyente de la dedicación habitual y profesional a la concesión de los mismos al constituir un volumen reducido y, ante la falta de criterio legal y jurisprudencial sobre la materia, acude a la jurisprudencia existente sobre la habitualidad en el desempeño de otras actividades profesionales, lo que le lleva a concluir que dicho concepto de habitualidad no hay que identificarlo con la existencia de una cierta periodicidad sino con la cotidianidad de constituir la principal actividad profesional de una persona física o jurídica, es decir, con un desempeño continuo y no esporádico (ver Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1987, 2 de diciembre de 1988 y 29 de octubre de 1997 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo).

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

En consecuencia, ha sido correcta la actuación de la registradora de la Propiedad al acudir, pues la manifestación negativa del acreedor, no entidad de crédito, de no dedicarse profesionalmente a la concesión de préstamos únicamente será admisible si queda confirmada por la citada búsqueda en las bases de datos registrales.

Al igual que sostuvo la Resolución de 4 de febrero de 2015 cuyos argumentos se reproducen, el carácter de habitualidad en la concesión de préstamos no tiene una definición precisa en la legislación en general ni en la específica, siendo las diferentes

normas que, de un modo u otro, aluden a este término las que en ocasiones han fijado criterios objetivos para considerar la existencia de tal carácter (por ejemplo la legislación fiscal para entender como habitual un domicilio). Fuera de estos supuestos la resolución de la controversia sobre el carácter habitual o no de una actividad sólo puede producirse por la valoración de las pruebas existentes en uno u otro sentido.

Respecto a la cuestión alegada por el recurrente de ser necesaria una continuidad, no una mera periodicidad, en la concesión de préstamos para la aplicación de la Ley 2/2009, continuidad que defiende no puede entenderse cumplida por el otorgamiento de cinco créditos hipotecarios en un año; ciertamente es difícil establecer objetivamente cuántos créditos son necesarios para considerar que existe habitualidad en su concesión, pero la prevalencia en este ámbito del principio de protección de los consumidores y la aplicación del artículo 8 de la repetida Ley que establece que «corresponde a las empresas –acreedores– la prueba del cumplimiento de las obligaciones que les impone esta Ley», lleva a considerar que constituyen suficiente indicio acerca de la cuestión debatida y justificación para exigir bien el cumplimiento de los requisitos legales bien una prueba satisfactoria de su no necesidad.

En cuanto a la segunda de las cuestiones, se plantea la aplicación al acreedor-cesionario de los requisitos de inscripción en el Registro Público especial de prestamistas profesionales y suscripción de un seguro de responsabilidad civil o aval bancario alternativo; la registradora calificante la defiende en la consideración de tratarse de requisitos necesarios y previos al inicio de la actividad de concesión de préstamos (ver artículos 3 y 7 de la Ley 2/2009), requisitos que debe cumplir también el cesionario de los mismos porque, en caso contrario, sería fácil burlar la finalidad de la Ley 2/2009 de transparencia y protección de los consumidores que contraten préstamos con acreedores que no tuvieran la concesión de entidades de crédito. También señala la registradora, sobre la base de que la cesión del crédito no ha de ser consentida ni siquiera conocida por el deudor (artículos 1526 y 1527 del Código Civil y 149 y 151 de la Ley Hipotecaria), que la misma no debe suponer un empeoramiento en su situación respecto de las obligaciones y responsabilidades del acreedor, como ocurriría si con ello pierde la garantía del seguro o del aval bancario.

La Ley 2/2009 constituye una norma dirigida fundamentalmente a garantizar la ausencia de publicidad engañosa y la transparencia en la contratación de préstamos y créditos con consumidores, y que las obligaciones que impone se refieren prioritariamente a la fase precontractual y de formalización del contrato de préstamo, por lo que deben entenderse cumplidas en caso de cesión de un préstamo o crédito inscrito en el Registro de la Propiedad. Pero esta realidad no excluye la necesidad de que el cesionario de tales préstamos, si se acredita la habitualidad en la actividad de concesión de préstamos o en

la subrogación activa en los mismos, deba cumplir los requisitos exigidos en la nota de calificación recurrida ya que obedecen a una segunda finalidad de la norma consistente en «cubrir las responsabilidades en que el acreedor pudiera incurrir frente a los consumidores por los perjuicios derivados de la realización de los servicios propios de la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios» (ver artículos 7 y 14.1.a) de la Ley 2/2009), y esos perjuicios pueden generarse durante toda la vida del préstamo, como puede acontecer por una inadecuada adaptación de la cuota a la modificación del tipo de interés variable, por el cobro de una comisión o gasto no pactado, por la indisponibilidad del dinero en el plazo convenido en un crédito en cuenta corriente, por el no sometimiento a la resolución extrajudicial de conflictos pactada, o por el retraso en la cancelación de la hipoteca una vez pagada la deuda, entre otros supuestos ligados al ejercicio profesional de la actividad de prestamista.

Además, señala la resolución comentada, el hecho de la persistencia de la responsabilidad por parte del cedente respecto de los perjuicios que se puedan ocasionar al deudor en caso de carencia de notificación de la cesión (artículo 151 de la Ley Hipotecaria) no puede excluir la obligación de notarios y registradores de exigir el cumplimiento de los requisitos legales por parte del cesionario en el momento de la formalización o inscripción de la cesión, pues las garantías del consumidor no pueden quedar condicionadas al arbitrio de que cedente o cesionario efectúen o no posteriormente la correspondiente notificación.

6. Conclusión

En consecuencia, la Dirección General acuerda desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación de la registradora en los siguientes términos: “Debe acreditarse la inscripción de la parte cesionaria en el Registro Público de empresas previsto en el art. 3 de la ley 2/2009, y asimismo la inscripción del seguro de responsabilidad o la constitución del aval bancario necesario, requisitos previos al inicio de dicha actividad de préstamo conforme establece dicha ley 2/2009”.