

## BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCR009921

**RESOLUCIÓN de 5 de diciembre de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad de Barcelona n.º 24, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo con garantía hipotecaria.**

(BOE de 26 de febrero de 2020)

## SUMARIO:

**Registro de la Propiedad. Préstamo hipotecario concedido a una sociedad para adquirir una vivienda con aval prestado por el administrador social. Aplicabilidad de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.**

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 2.1 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. **Sin embargo, no será aplicable a un prestatario persona jurídica, aunque ésta tenga la condición de «consumidor»** -cliente- en la contratación del préstamo o crédito. Por 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 los 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. 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).

Se plantea por otra parte 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 avalista o de hipotecante no deudor) por una persona física, determina necesariamente que quede sujeto a las **limitaciones sustantivas impuestas en la Ley 5/2019**.

La obligación principal asumida por la sociedad prestataria podrá, sin problema alguno, sobrepasar esos límites, **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 del notario al 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.

Concretando esas limitaciones, planteará más dudas la aplicabilidad de las normas que para el **vencimiento anticipado** se establecen en el artículo 24. Resulta indiscutible que los umbrales mínimos que exige la ley son oponibles por el garante 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 cada caso) un pacto en condiciones diferentes con la sociedad prestataria, en cuyo supuesto el garante podrá oponer la sujeción de la ejecutabilidad de la garantía a los plazos y límites establecidos en dicha norma.



Más sencilla es la aplicabilidad de las **limitaciones de los tipos de interés ordinario**: puesto que el garante puede obligarse a menos que el deudor principal, es perfectamente posible acordar 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**, 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 es el prestatario, quien pagará y cancelará el préstamo anticipadamente. No obstante, ante un 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.

#### PRECEPTOS:

Directiva 93/13/CEE (Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores), arts. 6 y 7.

Directiva 2014/17/UE (contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial), art. 28.3.

Ley de 28 de mayo de 1862 (Notariado), arts. 1, 17 bis y 24.

Código Civil, arts. 1320, 1255 y 1826.

Ley Hipotecaria de 1946, arts. 18, 21 y 114.

Ley 7/1998 (Condiciones Generales de la Contratación), arts. 5, 7, 11, 23 y 24.

RD Leg. 1/2007 (TRLGDCU), art. 83.

RD Leg. 1/2010 (TRLSC), arts. 12 y ss.

Ley 5/2019 (contratos de crédito inmobiliario), arts. 1, 2, 3, 7, 14, 15, 20, 21, 23, 24, 25 y 45.

Decreto de 2 de junio de 1944 (Rgto. Notarial), art. 147.

Orden EHA/2899/2011 (transparencia y protección del cliente de servicios bancarios), arts. 26, 29 y 30.

En el recurso interpuesto por don Borja Criado Malagarriga, notario de Barcelona, contra la calificación de la registradora de la Propiedad de Barcelona número 24, doña Ana María Cuesta López-Mateos, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo con garantía hipotecaria.

#### Hechos

##### I

Mediante escritura otorgada el día 25 de junio de 2019 ante el notario de Barcelona, don Borja Criado Malagarriga, con el número 2.666 de protocolo, se formalizó un préstamo concedido a la sociedad «Casa Claro Propiedades, S.L.», representada por don I. H. 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 (que también interviene como «parte avalista») presta garantía personal solidaria.

##### II

Presentada copia autorizada de dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Barcelona número 24, fue objeto de la siguiente nota calificación:

«Calificación negativa.

Asiento: 1416 Diario: 27.

Notario: D. Borja Criado Malagarriga Protocolo: 2666/2019 Fecha documento: 25/06/2019.

Presentante: Notaría de Borja Criado Malagarriga.

I.–Hechos.

En la escritura de préstamo hipotecario presentada interviene como prestamista, el Banco Santander S.A., y como avalista una persona física, Don I. H., Administrador solidario de la persona jurídica prestataria, la sociedad Casa Claro Properties S.L., de una hipoteca constituida sobre vivienda,

## II.–Fundamentos de Derecho.

De acuerdo con el Artículo 2 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de créditos inmobiliarios, dicha ley se aplicará: 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,

En el presente préstamo hipotecario interviene como prestamista, el Banco Santander S.A., y como avalista una persona física, Don I. H., Administrador solidario de la persona jurídica prestataria, la sociedad Casa Claro Properties S.L., de una hipoteca constituida sobre vivienda. Por ende, se entiende aplicable la Ley de Contratos de Créditos Inmobiliarios a todo el préstamo, debiendo ajustarse a las previsiones que, tanto en transparencia como en delimitación del contenido del contrato, se establecen en la misma.

La propia Exposición de Motivos de la Ley de Créditos Inmobiliarios, busca la recuperación de la confianza de los prestatarios, ...potenciar la seguridad jurídica, la transparencia y la comprensión de los contratos y de las cláusulas que los componen, y extiende su ámbito de aplicación a todas las personas físicas, con independencia de que sean o no consumidores. En consonancia con el propio riesgo financiero asumido por el avalista, al adquirir el compromiso de pagar la deuda contraída por la sociedad, se entiende que, en el presente supuesto, es exigible la aplicación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, en todos sus términos.

La reciente RDGRN de 13 de junio de 2019, en relación al contrato accesorio de aval o garantía, a los efectos de aplicar la normativa de protección de consumidores, entiende que debe atenderse a la condición de garante en su relación con el objeto garantizado. Así, en el Derecho español, tal y como señala la doctrina más reciente (Sentencia n.º 1901/2018, de 17 de mayo), señala la Resolución que se entiende que la persona física que interviene como avalista de una sociedad mercantil no tiene la condición de consumidor cuando se aprecie que, o bien la garantía está relacionada con las actividades comerciales que el mismo realiza, o bien se concede en razón de los vínculos funcionales que le unen a la sociedad prestataria, como ser socio, administrador o apoderado. En el presente caso, se desconoce si Don I. H., se dedica profesionalmente a otorgar avales, pero si se constata su vinculación con la sociedad prestataria, al ser su administrador solidario, por lo que se entiende no aplicable la legislación de protección del consumidor.

Por tanto, será aplicable en su integridad la Ley de Créditos Inmobiliarios, al ser extensiva a las personas garantes, no así la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de Consumo Catalán.

Además de los hechos expuestos, en dicha escritura pública, junto a las cláusulas inscribibles, figuran algunas que no pueden acceder al Registro.

(...)

Contra la presente calificación (...)

Barcelona, dieciocho de julio del año dos mil diecinueve. La Registradora, Ana María Cuesta López-Mateos.»

## III

Solicitada por el notario autorizante de la escritura, don Borja Criado Malarriaga, calificación conforme al cuadro de sustituciones, correspondiéndole a la registradora de la Propiedad de Badalona número 3, doña Emilia Simó García, quien el día 12 de agosto de 2019 confirmó del defecto expresado por la registradora sustituida con los siguientes fundamentos jurídicos:

«El art. 2 de la Ley 5/2019 de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario establece:

“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.”

El ámbito de aplicación de la ley no sólo alcanza al hipotecante, sino también al deudor y a los avalistas o fiadores que comparecen en la escritura pública de constitución de hipoteca.

Por tanto, deben cumplirse las exigencias establecidas por la nueva ley, aunque el hipotecante sea persona jurídica. Una interpretación sistemática de la ley permite llegar a esta conclusión, con arreglo a los artículos 22 in fine: “Los registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles no inscribirán ninguna escritura que se refiera a préstamos regulados por esta Ley en la que no conste la reseña del acta conforme al artículo 15.7”, y el art. 15.4: “Comprobación del cumplimiento del principio de transparencia material. Apt. 4: “La obligación de comparecencia y las normas de protección al prestatario previstas en la presente Ley se extenderán a toda persona física que sea fiadora o garante del préstamo”.

En definitiva, resulta de plena aplicación la Ley 5/2019 y considero que no es suficiente para excluir su aplicación la finalidad o destino del contrato.»

#### IV

Contra la nota de calificación sustituida, don Borja Criado Malagarriga, notario de Barcelona, interpuso recurso el día 6 de septiembre de 2019 mediante escrito con los siguientes fundamentos jurídicos:

«1. El supuesto de hecho versa sobre si debe procederse a la aplicación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos del crédito inmobiliario (en adelante LCCI), al supuesto de hecho recurrido. El presente escrito hace referencia exclusivamente al defecto indicado en las notas de calificación registral.

2. . El caso trata sobre una sociedad mercantil, en la que comparece el administrador como representante legal de la compañía, pero también interviene en nombre propio como fiador de la citada operación. Es decir, que concurren en la misma persona las condiciones de administrador (en nombre ajeno) y de fiador (en nombre propio).

3. La nueva ley presenta numerosos casos dudosos y algunas lagunas legales por lo que considero labor del Órgano Directivo ir delimitando, a través de sus Resoluciones, todos los supuestos a los que debe aplicarse y aquéllos a los que no. Uno de ellos es el que aquí nos ocupa.

Con la entrada en vigor de la citada ley, el legislador busca el dotar al sistema hipotecario de las máximas garantías para proteger los intereses del consumidor. Tiene una finalidad tuitiva del consumidor al objeto de que pueda tener un conocimiento real y efectivo de las condiciones del contrato que pretende celebrar. Para el supuesto que es objeto de este recurso, entiendo que hay un vacío legal en caso de actuar en nombre propio y ajeno. En este caso el administrador, que contrata para la sociedad, no requiere de acta previa, porque el legislador presupone que tiene capacidad y conocimiento suficiente para llevar a cabo la operación. Sin embargo, si atendemos a la aplicación literal de la ley sí es necesario el acta previa para ser fiador (artículos 1 y 2 de la LCCI). Considero que no tiene sentido aplicar la ley a este segundo acto, que tiene causa del primero y que está directamente vinculado.

4. Es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del TJUE donde habla de la “vinculación funcional” en determinados supuestos, señalando que, lo decisivo, es determinar si el fiador actúa como un auténtico particular (supuesto donde un padre avala a su hijo en la compra de un piso) o si bien ese fiador actuó con un “vínculo funcional” con la actividad empresarial desarrollada (como es nuestro caso con la sociedad prestataria). Así, el auto TJUE de 19 de noviembre de 2015, concluye que, quien participa directamente en la toma de decisiones de la empresa, tiene “vínculo funcional” con ella. Es decir, a estos efectos, el administrador ha de considerarse como administrador “strictu sensu” y no como un mero consumidor. Es por ello, reitera el TJUE, que la normativa en materia de protección de consumidores queda excluida si el fiador guarda una “vinculación funcional” con la empresa prestataria al desarrollo de cuya actividad va dirigida el préstamo. Y en el caso que es

objeto de recurso el administrador de la compañía, no sólo es representante legal de la compañía, sino que también es socio y no un socio cualquiera si no que es el auténtico titular real de la sociedad.

5. También encontramos el ATJUE de 14 de septiembre de 2006, donde incluso se hace extensiva la vinculación funcional del administrador con el socio único (aunque no es nuestro supuesto de hecho).

6. La aplicación de la ley debe siempre interpretarse de la mejor manera para un consumidor, evitando resultados absurdos e inútiles. Además, y pese a que no pueda argüirse para defender mi posición, la consecuencia de no inscribir el préstamo hipotecario es la nulidad de todo el proceso. La ley habla de nulidad de pleno derecho y no permite una subsanación que pueda moderar la situación actual. Para mí esto es un perjuicio mayor para el consumidor.

7. En éstos concretos supuestos, por puras razones de lógica jurídica y de economía procedimental, debería considerarse que el aspecto empresarial o profesional prevalece sobre el personal, y que no resulta necesaria la aplicación de la LCCI puesto que lo que una misma persona ha entendido como Administrador de una sociedad mercantil resulta evidente que también lo ha comprendido como garante de la misma operación.

En virtud de todo lo expuesto, el Notario firmante solicita sea revocado el indicado defecto de la nota de calificación indicada.»

V

La registradora de la Propiedad de Barcelona número 24, doña Ana María Cuesta López-Mateos, emitió informe el día 12 de septiembre 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; 1, 17 bis y 24 de la Ley del Notariado; 12 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital; 5, 7, 11, 23 y 24 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, 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 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 de dicha sociedad interviene también como avalista para prestar garantía personal solidaria.

La registradora suspende la inscripción solicitada porque entiende aplicable la ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario a todo el préstamo, debiendo ajustarse a las previsiones que, tanto en transparencia como en delimitación del contenido del contrato, se establecen en la misma.



El notario recurrente sostiene que no es aplicable la citada ley, que tiene una finalidad tuitiva del consumidor, y al tener el garante vinculación funcional con la sociedad prestataria, como administrador, queda excluida la normativa de protección de consumidores.

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 construidos 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. (...)».

En el presente recurso, relativo a un préstamo concedido a una sociedad para adquirir una vivienda que se hipoteca en garantía de aquél, se plantea si para que la Ley 5/2019 sea aplicable por el hecho de la existencia de fiador persona física es o no necesario que ésta sea un 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 (...)».

A la vista de tales consideraciones debe concluirse 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.

3. 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 avalista una persona física, debe ahora determinarse si la aplicación de esta ley alcanza íntegramente al contrato tanto respecto de la prestataria como respecto del avalista 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 un prestatario 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 artículo 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).

Se plantea por otra parte 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 avalista 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.





4. Según los precedentes razonamientos, debe confirmarse el criterio de la registradora en cuanto considera aplicable la Ley 5/2019 al avalista del préstamo formalizado aun cuando, por tener vinculación -como administrador- con la sociedad prestataria, no pueda considerarse consumidor; pero no puede confirmarse la calificación en cuanto considera que dicha ley, en todos sus términos, es aplicable a todo el préstamo y no sólo al contrato accesorio de aval.

No se prejuzgan en este caso las posibilidades de subsanación de la escritura para el acceso de la garantía real hipotecaria al Registro de la Propiedad.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso en cuanto se pretende excluir de la aplicación de la Ley 5/2019 al avalista y revocar la calificación impugnada en cuanto se pretende aplicar dicha Ley al contrato principal de préstamo, todo ello en los términos que resultan de los anteriores fundamentos de Derecho.

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