

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCR010325

RESOLUCIÓN de 27 de julio de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad de Oviedo n.º 4, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo con garantía hipotecaria.

*(BOE de 6 de agosto de 2020)***SUMARIO:**

Registro de la Propiedad. Préstamo hipotecario concedido a dos personas físicas, que no especifican que actúen en ejercicio de su actividad empresarial, para adquirir un local comercial. Aplicabilidad de la Ley 5/2019.

En el supuesto de los préstamos concedidos por una entidad de crédito o acreedor profesional a una persona física consumidora que actúe en concepto de prestataria, fiadora o garante, cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, **la Ley 5/2019 será aplicable con independencia de que su destino sea o no residencial**, y con independencia de que estén o no garantizados, en el caso de garantía hipotecaria, con un inmueble no residencial. Lo que debe determinarse en este recurso es si, por lo que resulta de la escritura calificada y de los asientos del Registro, puede entenderse que consta que los prestatarios carecen de la condición de consumidores, como alega el recurrente, o que –como sostiene la registradora– de tales títulos –y asientos– no resulta dicha circunstancia y ha de ser aclarada porque, si tienen la condición de consumidores, debe aplicarse la Ley 5/2019.

En el ámbito civil y de consumo se ha de estar no a los conceptos fiscales de empresario o profesional sino a los **conceptos de la normativa sobre consumidores**. Y, en este ámbito, se define el concepto general de consumidor o usuario como circunscrito a las personas físicas o jurídicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión», la cual es definida jurisprudencialmente en términos de habitualidad.

Aunque normalmente el notario puede carecer de suficientes elementos de juicio de carácter objetivo para apreciar si se trata o no de un consumidor, es necesario que en cumplimiento de su deber de velar por la adecuación a la legalidad de los actos y negocios que autoriza, a la hora de redactar el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes –que deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico–, despliegue la mayor diligencia al informar a las partes sobre tales extremos y reflejar en el documento autorizado los elementos y circunstancias necesarios para apreciar la regularidad del negocio y fundar la buena fe del prestamista. Así, cobra sentido (también desde el punto de vista de la entidad prestamista, obligada especialmente a cumplir las obligaciones de transparencia y las demás normas de la Ley 5/2019), por ejemplo, que se incorpore a la escritura cualquier documento que pudiera justificar que el prestatario no actúa como consumidor por dedicarse al ejercicio de actividades económicas, con la consiguiente inaplicación de la Ley 5/2019. Pero, **a falta de norma que lo imponga, no puede hacerse depender la inscripción de una acreditación documental de tal circunstancia fáctica**.

En lo que respecta a la constatación de la condición de no consumidor a los efectos de calificación en el préstamo hipotecario, tal condición es de carácter fáctico e incluso intencional si la adquisición del local que es objeto de financiación se realiza para el ejercicio futuro de tales actividades, por lo que, en la situación legislativa actual, en la que esas especificaciones no son exigibles, es suficiente con la manifestación del prestatario en sentido de no actuar como consumidor. Por ello, **debe entenderse necesaria la manifestación de las partes sobre la concurrencia o no del carácter de consumidor del prestatario**.

Ciertamente, en ninguna norma se impone expresamente dicha manifestación, a diferencia de lo que acontece en otros supuestos en los que se exige determinada manifestación del otorgante y la falta del requisito establecido constituye impedimento legal para la práctica del asiento. En conclusión, dado que, según el artículo 2.1.b) de la Ley 5/2019 se establece como presupuesto de la aplicación de la misma que, tratándose hipoteca de inmueble no residencial, los prestatarios personas físicas tengan la condición de consumidores, y habida cuenta de la trascendencia de tal presupuesto a la hora de apreciar si se han cumplido las normas pro consumidor de dicha Ley, **debe concluirse que es necesario que en la escritura se haga constar si los prestatarios actúan o no como consumidores**

PRECEPTOS:

Directiva 93/13/CEE (Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores), arts. 1, 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 de Comercio de 1885, arts. 1 y 3.
Ley Hipotecaria de 1946, arts. 18, 21, 98, 114, 258 y 326.
Ley 37/1992 (IVA), arts. 5-1.c), 20-23.b) y 164.
Ley 7/1998 (Condiciones Generales de la Contratación), arts. 5, 7, 11, 23 y 24.
RDLeg. 2/2004 (TRLRHL), art. 85.
RDLeg. 3/2004 (TRIRPF), arts. 22 y 27.
RDLeg. 1/2007 (TRLGDCU), arts. 80 a 89.
Ley 5/2019 (contratos de crédito inmobiliario), arts. 1, 2, 3, 7, 14, 15, 22, 24, 25, 45 y disp. adic. 8.^a.
Decreto de 2 de junio de 1944 (Rgto. Notarial), art. 147.
Orden EHA/2899/2011 (transparencia y protección del cliente de servicios bancarios), arts. 29 y 30.

En el recurso interpuesto por Vicente Martorell García, Notario de Oviedo, contra la calificación de la registradora de la propiedad de Oviedo número 4, doña Marta Isabel Fernández Urrusono, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo con garantía hipotecaria.

Hechos

I

Mediante escritura otorgada en Oviedo el día 19 de septiembre de 2019, ante el notario de dicha ciudad, Don Vicente Martorell García número de protocolo 846/2019, se formalizó un préstamo hipotecario concedido por el Banco de Sabadell SA a dos personas físicas (doña L.G.F. y don M.S.T.), con destino a la adquisición de un local comercial (procedente de la agrupación en la escritura anterior de varios locales comerciales) en la ciudad de Oviedo, finca registral 15.054, que es objeto de gravamen hipotecario. Los prestatarios manifiestan que la finca dada su naturaleza de local comercial, no tiene carácter de vivienda habitual ni se adquiere para su transformación en vivienda habitual; y el notario autorizante hace constar en el apartado «Régimen de la Ley 5/2019» que: «tratándose de una operación crediticia garantizada con hipoteca sobre un inmueble que no es de uso o finalidad residencial, no es de aplicación la Directiva europea 2014/17 sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y la Ley española 5/2019 reguladora de los contratos de crédito inmobiliario».

II

Presentada telemáticamente el mismo día 20 de septiembre de 2019 copia autorizada de la escritura en el Registro de la Propiedad de Oviedo número 4, causó el asiento 901 del Diario 60, cuya calificación fue suspendida por falta de liquidación del correspondiente impuesto. Con fecha 21 de octubre de 2019, fue aportada por mandatario de Pons Consultores Registrales SA copia autorizada en soporte papel de la escritura, y carta de pago del impuesto, acreditándose su liquidación. La mencionada escritura, previo despacho del título previo con fecha 28 de noviembre de 2019, con fecha 20 de diciembre de ese año fue objeto, en cuanto afecta a este recurso, de la siguiente calificación negativa:

«Hechos. - (...). 2.–(se reproduce lo que consta en el Hecho I de esta resolución en cuanto apreciación notarial de la no aplicación de la Ley 5/2019). Del título aportado no consta que los prestatarios e hipotecantes no sean consumidores, ya que no se especifica que actúen en ejercicio de su actividad empresarial o profesional, por lo que de serlo sería aplicable la Ley 5/2019 conforme a lo dispuesto en su artículo 2.b), debiendo aclararse dicho extremo.

Fundamento de Derecho: Artículo 2. Ámbito de aplicación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, que establece: "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: (...). 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."

No se distingue en este supuesto [apartado b)] si el inmueble es residencial o no, siendo aplicable siempre que la parte prestataria y/o hipotecante tenga la condición de consumidor.

Y conforme al artículo 3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios: "A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión..."

De tratarse de un préstamo acogido a la Ley 5/2019 deberá ajustarse el contrato a los requisitos exigidos por dicha ley, debiendo efectuarse las oportunas modificaciones.

El artículo 3 de la misma establece que sus disposiciones y las contenidas en sus normas de desarrollo tendrán carácter imperativo, no siendo disponibles por las partes contratantes, salvo que la norma expresamente establezca lo contrario.

Son de destacar a este respecto, entre otros, los artículos 7 (depósito previo de condiciones generales de la contratación en Registro), 14 (gastos y comisiones), 15 (acta notarial de transparencia), 22 (reseña acta de transparencia), 23 (reembolso anticipado), 24 (vencimiento anticipado), 25 (interés moratorio), y la Disposición Adicional Octava (dirección de correo electrónico).

3. (...)»

III

Dicha calificación fue notificada al presentante Pons Consultores Registrales SA y al notario autorizante el día 7 de enero de 2020, al primero por medio de correo con acuse de recibo, al resultar frustrada la notificación al fax facilitado, siendo recibida el 9 de enero, según consta en el correspondiente acuse de recibo, y al segundo a medio telefax, y, asimismo, el notario fue notificado por medios telemáticos en dicha fecha. El día 17 de enero de 2020, tuvo entrada en el Área de Recursos del Ministerio de Justicia escrito de fecha 16 de enero de 2020, suscrito por el notario autorizante de la escritura, Don Vicente Martorell García, por el que se interponía recurso contra la calificación de la registradora de la propiedad de Oviedo número 4, en el que alega lo siguiente:

«Hechos.

A) Documento calificado. - Escritura de préstamo hipotecario autorizada por el Notario de Oviedo don Vicente Martorell García, el día 19 de septiembre de 2019, número 846 de protocolo, en la que los prestatarios en garantía del préstamo recibido para la adquisición de dos locales, en cuyo arrendamiento se habían subrogado, hipotecaban la entidad resultante de la agrupación de los mismos.

Inmediatamente antes, en escritura autorizada por el Notario de Oviedo don Vicente Martorell García, el día 19 de septiembre de 2019, número 845 de protocolo, tales prestatarios hipotecantes habían adquirido en sendas compraventas y a vendedores distintos dichos dos locales, procediendo por exigencia bancaria a su agrupación; así como a subrogarse los compradores en el contrato de arrendamiento que los vendedores mantenían con una tercera persona y requiriéndose al notario autorizante que así lo notificase a la arrendataria, lo que se recogió en la misma escritura mediante diligencia. No es necesaria la aportación de copia autorizada de tales instrumentos, toda vez que al haber sido presentados telemáticamente, la Registradora puede trasladarlos a soporte papel ya que actúa por razón de su oficio, en el ámbito del procedimiento de recurso (resoluciones DGRN de 3 de junio de 2014 y 20 de mayo de 2019).

B) Presentación. - (...).

C) Nota de calificación. - "... no practicar la inscripción solicitada. [porque] no consta que los prestatarios e hipotecantes no sean consumidores.... No se distingue [en el artículo 2-1-b de la Ley 5/2029]... si el inmueble es residencial o no, siendo aplicable siempre que la parte prestataria y/o hipotecante tenga la condición de consumidor...". Se adjunta dicha nota de calificación registral (...).

Fundamentos de Derecho.

Se recurre únicamente el primero de los defectos, el único común a las varias calificaciones de la misma escritura remitidas el mismo día, es decir, la no acreditación de la condición de no consumidores de los prestatarios hipotecantes.

Primero.—Cuestión previa: ámbito del artículo 2-1-b de la Ley 5/2029.—A la entrada en vigor de la reciente Ley 5/2019 de Contratos de Crédito Inmobiliario se discutió si su artículo 2-1-b extendía su ámbito de aplicación a cualquier préstamo destinado a la adquisición o conservación de un inmueble o sólo si el inmueble era de carácter residencial.

Planteada la operación apenas un par de meses después de dicha entrada en vigor, no había habido ningún pronunciamiento administrativo o judicial sobre la materia. La opinión dominante era que sólo si tenía finalidad residencial, apoyándose en su Exposición de Motivos y que tal era el ámbito de la transpuesta Directiva 2014/17/UE.

Así lo consideraba el Consejo General del Notariado en la sección "preguntas frecuentes" de la intranet notarial e incluso el Colegio de Registradores en su informe 11/2019. También la propia entidad de crédito y yo mismo. Todo lo cual explica la cláusula de exclusión calificada desfavorablemente.

El problema es que esa calificación registral negativa aparece fechada tres meses después a la autorización de la escritura, aunque notificada dieciocho días más tarde, agotando todos los plazos ordinarios para dicha calificación y extraordinarios para la del título previo. Justo coincide, no sólo temporalmente, con la Instrucción de la

Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de diciembre de 2019 que, respondiendo a una consulta del Consejo General del Notariado, elevada casi cinco meses antes, y tras reconocer que la redacción legal no es demasiado precisa, se inclina por considerar que el art. 2-1-b de la Ley 5/2019 será aplicable con independencia de que el destino del préstamo sea o no residencial.

Hecha esta reserva, no tiene mucho sentido discutir el pronunciamiento administrativo ante el órgano que lo emitió; por lo que la cuestión a dilucidar es si los prestatarios personas físicas tienen la condición de consumidores, que es el otro presupuesto exigido por el art. 2-1-b de la Ley 5/2019 para su aplicación.

Segundo.—Carácter empresarial de los arrendamientos de locales. - El art. 5-Uno-c de la Ley 37/1992 reputa el arrendamiento de inmuebles como una actividad empresarial, estando el de locales sujeto y no exento del Impuesto sobre el Valor Añadido. Son, además, obligaciones del arrendador derivadas del carácter empresarial de la actividad, la presentación del alta censal y la expedición de factura.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2018, sobre un préstamo hipotecario para financiar la adquisición de una vivienda destinada al arrendamiento, recogiendo los criterios de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de enero de 2018, refiere el concepto de consumidor al ámbito objetivo de la operación y no a la personalidad del contratante o el destino final, entendiéndose que el límite estará en aquellos supuestos en que se realicen estas actividades con habitualidad. En la misma línea el art. 3 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, tras la reforma de 2014, abandonó el criterio del destino final de los bienes o servicios que se recogía desde 1984, para adoptar el de la celebración del contrato en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Habrá, pues, que dilucidar si concurre tal habitualidad.

Tercero.—Habitualidad de la actividad de arrendamiento. - ¿Y cómo se determina la habitualidad en el estrecho marco notarial y registral?

Se esté de acuerdo o no, el único criterio objetivo patrocinado por nuestro Centro Directivo es el que resulta de varios de sus pronunciamientos que van, por ejemplo, desde la de Resolución DGRN de 4 de febrero de 2015 hasta la Resolución DGRN de 13 de diciembre de 2018, en las que considera que la concesión de dos préstamos hipotecarios es indicio de profesionalidad, salvo acreditación de una relación personal.

La diferencia es que la mayoría de las veces los arrendamientos ni se escrituran ni se inscriben, por lo que una excursión por el notarial Informe de Actividad o por el registral Sistema de Interconexión se revelará las más de las veces inútil a los efectos de detectar si los prestatarios hipotecantes son arrendadores de dos o más locales.

Claro está que en este caso concreto tal condición resulta del mismo título previo, al que hace referencia la propia calificación registral para justificar su retraso, en el que los ahora prestatarios hipotecantes compraron a dos vendedores distintos sendos locales, subrogándose expresamente en su arrendamiento, conforme se recogió en la estipulación quinta. Bien es verdad que inmediatamente, por exigencia de la entidad de crédito, procedieron a su agrupación e hipoteca conjunta, pero fueron dos compraventas de dos locales distintos.

Cuarto.—Cuestión posterior: subsanación. - Caso de que se entienda que los prestatarios no son consumidores (o que no se acredita la condición empresarial) y el recurso fuere desestimado, se pregunta por los posibles medios de subsanación, que no es un tema menor, a pesar de que la Resolución de la DGRN de 5 de diciembre de 2019 se descolgase con que "... 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...".

Empezando por si basta la declaración de los intervinientes en el sentido de que no son consumidores para excluir el régimen tuitivo; y si no es suficiente dicha declaración, cómo se acreditaría tal carácter empresarial en el ámbito notarial y registral, por definición más limitado que el judicial.

Y supuesto que sean consumidores y que el contenido del contrato se adapta a las limitaciones de la Ley 5/2019 de Contratos de Crédito Inmobiliario, si sería suficiente con su ratificación, toda vez que ya recibieron información suficiente al otorgamiento de la escritura y han transcurrido diez días. O se adapte o no, si sería precisa y bastaría la tramitación del acta precontractual de transparencia y la ratificación y, en su caso, novación, con sujeción a los plazos legales.

Aunque también puede ser que se concluya que nada tiene arreglo y la situación quede en una especie de limbo, en que al imposibilitarse o prescindirse de la inscripción de la garantía, la subsunción o no del préstamo en la Ley 5/2019 deje de estar sujeta a calificación registral y, por ende, no le afecte la resolución del recurso, toda vez que hayan de ser los órganos jurisdiccionales los que se pronuncien sobre su validez, si es que alguna vez se suscita contienda.

Solicitud.—Solicito admitan este recurso a fin de que ordenen, sin perjuicio de los posibles defectos no recurridos, la inscripción del documento calificado en el Registro de la Propiedad.»

IV

De dicho recurso se dio traslado al Registro de la Propiedad de Oviedo número 4, siendo recibido por éste el día 17 de febrero de 2020, a la vista del cual la registradora de la propiedad calificante emitió el preceptivo informe el día 28 de febrero de 2020, manteniendo su nota de calificación negativa, y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 18, 21, 98, 114, 258 y 326 la Ley Hipotecaria; los artículos 1, 2, 3, 7, 14, 15, 22, 24, 25, 45 y disposición adicional 8.ª de Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario; los artículos 80 a 89 del texto refundido de Ley General para la Defensa de los Consumidores, y Usuarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre; los artículos 1, 17 bis y 24 de la Ley del Notariado; el artículo 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; los artículos 5, 7, 11, 23 y 24 de la Ley 7/1998, sobre condiciones generales de la contratación; los artículos 1, 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; el artículo 147 del Reglamento Notarial; los artículos 29 y 30 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios; los artículos 5-1-c, 20-23-b y 164 de la Ley 37/1992 del Impuesto de Valor Añadido; los artículos 22 y 27 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas; el artículo 85 de la Ley de Haciendas Locales; los artículos 1 y 3 del Código de Comercio; las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de junio de 2009 (C-243/08), 21 de febrero de 2013 (asunto Banif Plus Bank), 14 de marzo de 2013 (C-415/11), 14 de junio de 2012 (C618/10), de 30 de mayo de 2013 (C488/11), de 30 de abril de 2014 (C-26/13), de 21 de enero de 2015 (C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13), de 26 de marzo de 2019 (C-70/17 y C-179/17) y de 9 de julio de 2020 (C-452/18); y las Conclusiones del Abogado General en la cuestión prejudicial C452/18 (asunto XZ contra Ibercaja Banco SA); las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de mayo y 7 de julio de 2008; de la -Sala Primera, de 9 de marzo de 2001, 4 de julio y 12 de diciembre de 2008, 16 de diciembre de 2009, 9 de mayo, 13 de septiembre y 18 de noviembre de 2013, 26 de mayo, 30 de junio y 8 de septiembre de 2014, 16 de octubre y 14 de diciembre de 2017, 11 de abril y 13 de junio y 11 de septiembre y 10 de octubre de 2019 y la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de diciembre de 2019, ante diversas dudas en la aplicación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario; las Resoluciones de esta Dirección General de 1 de octubre, 4 de noviembre y 21 de diciembre de 2010, 11 de enero, 8 de junio y 16 de agosto 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, 6 y 13 de septiembre y 18 de noviembre de 2013, 5 de febrero, 23 de julio y 29 de septiembre de 2014 y 22 de enero, 4 de febrero, 12 de marzo de 28 de abril y 25 de septiembre de 2015, 20 de junio y 19 de octubre de 2016, 19 de mayo de 2017, 19 de julio, y 13 de diciembre de 2018, 13 y 27 de junio y 29 de noviembre de 2019, 5 y 19 de diciembre de 2019 y 7, 15, 16, 22 y 28 de enero y 27 de julio de 2020.

1. Mediante la escritura objeto de la calificación registral que se recurre se formalizó un préstamo hipotecario concedido por el Banco Sabadell SA a dos personas físicas, con destino a la adquisición de un local comercial que es objeto del gravamen hipotecario, local que era el resultado de la agrupación de dos locales comerciales colindantes, en la escritura inmediatamente anterior de protocolo.

En dicha escritura de hipoteca los prestatarios manifiestan que la finca dada su naturaleza de local comercial, no tiene carácter de vivienda habitual ni se adquiere para su transformación en vivienda habitual; y el notario autorizante hace constar en el apartado «Régimen de la Ley 5/2019» que: «tratándose de una operación crediticia garantizada con hipoteca sobre un inmueble que no es de uso o finalidad residencial, no es de aplicación la Directiva europea 2014/17 sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y la Ley española 5/2019 reguladora de los contratos de crédito inmobiliario».

La registradora de la propiedad suspende la inscripción de la hipoteca «Del título aportado no consta que los prestatarios e hipotecantes no sean consumidores, ya que no se especifica que actúen en ejercicio de su actividad empresarial o profesional, por lo que de serlo sería aplicable la Ley 5/2019 conforme a lo dispuesto en su artículo 2.b), debiendo aclararse dicho extremo». Y añade que: «De tratarse de un préstamo acogido a la Ley 5/2019 deberá ajustarse el contrato a los requisitos exigidos por dicha ley, debiendo efectuarse las oportunas modificaciones». Cita a tal efecto, entre otras normas, las relativas al cumplimiento de los requisitos legales de transparencia material.

El notario recurrente alega en contra de este criterio lo siguiente: a) que cuando se otorgó la escritura de préstamo que se formaliza no había ningún pronunciamiento administrativo sobre la materia, por lo que se consideró que dicho préstamo no se encontraba comprendido dentro del ámbito de aplicación del artículo 2.1.b) de la Ley 5/2019, por entender que tal artículo solo era aplicable cuando el inmueble adquirido tiene un uso residencial; pero no discute la doctrina de la posterior Instrucción de esta Dirección General de 20 de diciembre de 2019, comprensiva de ambos tipos de inmuebles, sino que centra su recurso en dilucidar si los prestatarios tiene la condición de consumidoras, que es el otro presupuesto exigido por el citado artículo 2.1.b) de la Ley 5/2019 para su aplicación. b) Que los locales comerciales agrupados se encontraban arrendados y los adquirentes-prestatarios se han subrogado activamente en el arrendamiento; por lo que, al estar sujeto todo arrendamiento de locales comerciales al Impuesto de Valor Añadido, tal subrogación implica por sí sola el carácter empresarial y de no consumidor de los

prestarios; que la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2018, sobre un préstamo hipotecario para financiar la adquisición de una vivienda destinada al arrendamiento, recogiendo los criterios de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de enero de 2018, refiere el concepto de consumidor al ámbito objetivo de la operación y no a la personalidad del contratante o el destino final, entendiendo que el límite estará en aquellos supuestos en que se realicen estas actividades con habitualidad; que el artículo 3 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, tras la reforma de 2014, abandonó el criterio del destino final de los bienes o servicios que se recogía desde 1984, para adoptar el de la celebración del contrato en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. c) Y, por último, que en el supuesto de referencia también concurre el requisito de la habitualidad de los prestarios en la actividad del arrendamiento de locales comerciales porque el local arrendado procede de la agrupación de dos locales que ya estaban arrendados, y según la doctrina de este Centro directivo respecto a la consideración de profesional de los prestamistas, que aplica analógicamente, basta con más de un contrato del tipo de que se trate para que ese carácter profesional sea atribuible al arrendador.

2. En primer lugar, debe señalarse que el artículo 1 de la citada 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. (...)».

Es verdad, como pone de manifiesto el recurrente que en la interpretación del supuesto recogido en el artículo 2.1.b), se ha planteado si para que resulte aplicable la Ley 5/2019 a los préstamos con personas físicas que sean deudores, fiadores o garantes, en quienes concurra la condición de consumidor, y cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, se requiere que tales inmuebles (construidos o por construir) tengan también un uso o destino residencial. Y esta cuestión se ha resuelto en la Instrucción de 20 de diciembre de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, ante diversas dudas en la aplicación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

Como afirma dicha Instrucción, la Ley 5/2019 se dicta con la finalidad de completar la transposición 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. Ello induciría a la conclusión de que tanto la Directiva como la Ley tienen como único objetivo la regulación de los préstamos dotados de hipoteca u otra garantía real sobre inmuebles de uso residencial. Y así se desprendería además de sus respectivos preámbulos, cuando en el considerando 13 de la Directiva se indica que «la presente Directiva regula los contratos de crédito que están relacionados de manera exclusiva o predominante con bienes inmuebles de uso residencial», y en los apartados I y III del preámbulo de la Ley se destacan la importancia del sistema hipotecario español para que «numerosas familias españolas puedan disfrutar de viviendas en propiedad», y el dato de que la Directiva, que la Ley traspone a nuestro ordenamiento, «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 admite la ampliación de su ámbito subjetivo de aplicación, lo que ha hecho la Ley cuando «extiende su régimen jurídico a todas las personas físicas, con independencia de que sean o no consumidores».

Ello llevaría a la conclusión de que el apartado 1.b) del artículo 2 de la Ley es fruto de una redacción defectuosa, que debería haber aclarado que esos préstamos cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad deben referirse a terrenos o inmuebles construidos o por construir cuyo destino final sea residencial.

Frente a lo anterior, del texto de los dos preámbulos se desprende que, habiendo ambos sido objeto de una redacción no demasiado precisa, en su ámbito de aplicación contemplan ciertos préstamos con finalidad no residencial, siempre que su destinatario haya sido un consumidor.

Así, el considerando 15 de la Directiva, aunque con una amplitud que no se corresponde con el texto articulado, dice, literalmente, que «El objetivo de la presente Directiva consiste en garantizar que todos los consumidores que concluyan los contratos de crédito para bienes inmuebles disfruten de un elevado grado de protección. Procede, por tanto, que se aplique a los créditos garantizados mediante bienes inmuebles, con

independencia de la finalidad del crédito, a los contratos de refinanciación u otros contratos de crédito que ayuden al propietario de la totalidad o de una parte de un bien inmueble a conservar derechos sobre bienes inmuebles o fincas, y a los créditos utilizados para adquirir bienes inmuebles en algunos Estados miembros, incluidos los que no requieren el reembolso del capital, o, salvo si los Estados miembros han establecido un marco alternativo adecuado, a los que tienen como finalidad proporcionar financiación temporal en el lapso de tiempo comprendido entre la venta de un bien inmueble y la compra de otro, así como a los créditos garantizados destinados a la renovación de bienes inmuebles para uso residencial». Ello parece indicar que la Directiva está a la vez contemplando otros supuestos de crédito inmobiliario a consumidores, además del residencial (que en este apartado se cita, pero de manera residual, en el último inciso, referente a la renovación del inmueble).

De forma parecida, el preámbulo de la Ley 5/2019 cita en ocasiones el mercado hipotecario y los préstamos sobre inmuebles, sin añadir la connotación «residencial», aunque en contextos distintos del de su ámbito de aplicación.

A ello se debe añadir que el texto de los artículos 1 y 2.1.b) de la Ley 5/2019, así como el art. 4.1.1 de la misma ley, al definir al prestatario, coinciden de forma casi literal con el art. 3.1.b de la propia Directiva, cuando dice sin mayores precisiones que la misma se aplicará a «los contratos de crédito cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre fincas o edificios construidos o por construir», lo que indica que la redacción de los dos artículos de la Ley 5/2019 responde, más que a una mala redacción, a una transposición literal de la Directiva, y por tanto que en ambos textos legales se pretende incluir también otros inmuebles cuyo destino no sea el residencial. Además, la propia Directiva permite que los Estados miembros hagan extensivas a otros bienes inmuebles las medidas adoptadas.

Junto a lo anterior, debe asimismo considerarse que la redacción coincidente en este sentido de los artículos 1 y 3 de la Ley 5/2019 fue la propuesta desde la primera versión del Proyecto de Ley, sin que ninguna enmienda haya planteado la modificación o aclaración de la expresión empleada por ambos artículos, salvo una. Se trata de la número 210, presentada por el Partido Popular, que precisamente proponía modificar el art. 2.2, dejándolo con la siguiente redacción: «a los efectos de esta Ley, se entenderá por prestatario a toda persona física que sea deudor de préstamos que estén garantizados mediante hipoteca sobre bienes inmuebles de uso residencial o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, para uso residencial», con la justificación de que esa matización de que ha de tratarse de terrenos o inmuebles para uso residencial es más fiel con la redacción de la Directiva que se transpone. Sin embargo, dicha propuesta no fue aceptada, lo que indica que no estuvo en la intención del legislador restringir la protección ofrecida por la Ley 5/2019 a los préstamos sobre inmuebles residenciales.

Otro argumento se desprende de la disposición final primera, que modifica la Ley Hipotecaria, añadiendo un nuevo artículo 129 bis (cuya redacción es idéntica al artículo 24 LCCI), con la regulación del vencimiento anticipado del préstamo, la cual es aplicable, dice literalmente, al «préstamo o crédito concluido por una persona física y que esté garantizado mediante hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir para uso residencial». Ello parece significar que si en este caso se ha introducido la concreción del uso residencial, y en cambio en el supuesto general del art. 2.1.b no se ha hecho así, es porque se ha diferenciado intencionadamente ambos supuestos, aunque no se explicita la razón de ello. Este tratamiento diferenciado pudiera tener su justificación, por cuanto en el supuesto del préstamo para adquirir terrenos por construir destinados a vivienda del adquirente esa finalidad justificaría una exigencia, para el vencimiento anticipado, de un incumplimiento cualificado por su importe.

Cabe, finalmente, añadir un argumento de carácter sistemático: concedido un préstamo a una persona jurídica para adquirir un inmueble, y garantizado el mismo por una persona física consumidora, debe el mismo quedar sujeto a la ley, y desde el punto de vista teleológico resultará indiferente que la persona jurídica destine ese inmueble a una finalidad residencial (construir viviendas para su venta) o no residencial (adquirir o construir naves industriales o locales), lo relevante es que el garante es una persona física consumidora, y es a ésta únicamente a quien en este supuesto se está protegiendo.

De todo ello, por tanto, se desprende que en el supuesto de los préstamos concedidos por una entidad de crédito o acreedor profesional a una persona física consumidora que actúe en concepto de prestataria, fiadora o garante, cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, la Ley 5/2019 será aplicable con independencia de que su destino sea o no residencial, y con independencia de que estén o no garantizados, en el caso de garantía hipotecaria con un inmuebles no residencial.

3. Hechas las anteriores precisiones, lo que debe determinarse en este recurso es si, por lo que resulta de la escritura calificada y de los asientos del Registro, puede entenderse que consta que los prestatarios carecen de la condición de consumidores, como alega el recurrente, o que –como sostiene la registradora– de tales títulos –y asientos– no resulta dicha circunstancia y ha de ser aclarada porque, si tienen la condición de consumidores, debe aplicarse la Ley 5/2019.

A este respecto, el artículo 3 párrafo primero del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 16 de noviembre de 2007 dispone que «a efectos de esta norma y sin perjuicio de lo

dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión". Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo (cfr., entre las más recientes, la Sentencia del Tribunal Supremo número 230/2019, de 11 de abril de 2019), ello implica que el concepto de consumidor, una vez abandonado el criterio del destino final de los bienes o servicios que se recogía en la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984, se determine por el criterio de la celebración del contrato en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional del interviniente, en este caso los prestatarios, es decir, con el objetivo de satisfacer necesidades de ámbito privado o personal.

Por el contrario, no será consumidor quien, ya se trate de persona física o jurídica, interviene en el ámbito propio de su actividad empresarial o profesional, caracterizada por la habitualidad, y ya tenga el negocio celebrado una relación directa o indirecta con dicha actividad.

A este respecto, las sentencias del Tribunal de Justicia 25 de enero de 2018, C-498/16 (asunto Schrems), y 4 de febrero de 2019, C-630/17 (asunto Milicojevic) hacen hincapié en la necesidad de determinar el destino del préstamo, en el sentido de «finalidad para la que se adquiere el bien», para un correcto encuadre de la operación en el ámbito privado o profesional del prestatario, a la hora de determinar si tiene la condición de consumidor.

Sobre esta cuestión la citada Sentencia del Tribunal Supremo número 230/2019, de 11 de abril de 2019 señala que «La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de enero de 2018, C-498/16 (asunto Schrems), resume la jurisprudencia comunitaria sobre el concepto de consumidor y establece las siguientes pautas: «(i) El concepto de «consumidor» debe interpretarse en relación con la posición de esta persona en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de éste, y no con la situación subjetiva de dicha persona, dado que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras. (ii) Sólo a los contratos celebrados fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional, con el único objetivo de satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo, les es de aplicación el régimen específico establecido para la protección del consumidor como parte considerada económicamente más débil, mientras que esta protección no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto consiste en una actividad profesional. (iii) Dado que el concepto de «consumidor» se define por oposición al de «operador económico» y que es independiente de los conocimientos y de la información de que la persona de que se trate dispone realmente, ni la especialización que esa persona pueda alcanzar en el ámbito del que forman parte dichos servicios ni su implicación activa en la representación de los derechos e intereses de los usuarios de éstos, le privan de la condición de «consumidor». (iv) Por lo que respecta, más concretamente, a una persona que celebra un contrato para un uso que está relacionado parcialmente con su actividad profesional y que, por tanto, tan sólo es parcialmente ajeno a ésta, el Tribunal de Justicia ha considerado que podría ampararse en dichas disposiciones únicamente en el supuesto de que el vínculo de dicho contrato con la actividad profesional del interesado fuera tan tenue que pudiera considerarse marginal y, por tanto, sólo tuviera un papel insignificante en el contexto de la operación, considerada globalmente, respecto de la cual se hubiera celebrado el contrato.»

Como ha recordado la reciente Sentencia del Tribunal Supremo 12/2020, de 15 de enero de 2020, en la senda de las Sentencias del mismo Tribunal 230/2019, de 11 de abril y 533/2019, de 10 de octubre, esos criterios de Derecho comunitario para calificar a una persona como consumidor «han sido resumidos recientemente por la STJUE de 14 de febrero de 2019, C-630/17 (asunto Anica Milivojevic v. Raiffeisenbank St. Stefan-Jagerberg-Wolfsberg eGen), al decir que: "El concepto de "consumidor" [...] debe interpretarse de forma restrictiva, en relación con la posición de esta persona en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de este, y no con la situación subjetiva de dicha persona, dado que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras (véase, en este sentido, la sentencia de 25 de enero de 2018, Schrems, C-498/16, EU:C:2018:37, apartado 29 y jurisprudencia citada). Por consiguiente, solo a los contratos celebrados fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional, con el único objetivo de satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo, les es de aplicación el régimen específico establecido por dicho Reglamento para la protección del consumidor como parte considerada más débil, mientras que esta protección no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto consiste en una actividad profesional (sentencia de 25 de enero de 2018, Schrems, C-498/16, EU:C:2018:37, apartado 30 y jurisprudencia citada)». Finalmente, dicha sentencia señala que "Esta protección particular tampoco se justifica en el caso de contratos cuyo objeto es una actividad profesional, aunque esta se prevea para un momento posterior, dado que el carácter futuro de una actividad no afecta en nada a su naturaleza profesional (sentencia de 3 de julio de 1997, Benincasa, C-269/95, EU:C:1997:337, apartado 17)."

La referida Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2019 añade que: «4.–Este mismo concepto de consumidor que utiliza el TJUE, referido al ámbito objetivo de la operación y no a la personalidad del contratante, es también el que ha tomado en consideración esta sala en sus últimas resoluciones, como por ejemplo las sentencias 149/2014, de 10 de marzo; 166/2014, de 7 de abril; 688/2015, de 15 de diciembre; 367/2016, de 3 de junio; 16/2017, de 16 de enero; 224/2017, de 5 de abril; 594/2017, de 7 de noviembre; y 356/2018, de 13 de junio (...).»

Por otra parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de junio de 2018 (sentencia 2193/18), a la que alude el notario en su recurso, en su Fundamento de Derecho tercero, al tratar sobre la condición

legal de consumidor en un supuesto de compra de vivienda para destinarla no a sus propias necesidades habitacionales, sino al mercado del alquiler, pone de relieve:

«6. Sin embargo, lo relevante no es que (el comprador) invirtiera con ánimo de lucro, sino que la operación la realizara como operador económico, en un ámbito profesional. A diferencia de lo que sucede con las personas jurídicas o los entes sin personalidad, en el caso de las personas físicas el ánimo de lucro no es incompatible con la cualidad legal de consumidor, puesto que cuando el art. 3 TRLGCU se refiere a personas físicas no hace mención a dicha intencionalidad lucrativa, sino que únicamente atiende al carácter empresarial o profesional de la actividad. Es decir, introduce un requisito negativo únicamente respecto de las personas jurídicas, de donde cabe deducir que la persona física que actúa al margen de una actividad empresarial es consumidora, aunque pueda tener un ánimo de lucro (...). La jurisprudencia comunitaria considera que la actividad inversora con intención lucrativa no debe ser necesariamente un criterio de exclusión para la aplicación de la noción de consumidor. Por ejemplo, en la STJCE de 10 de abril de 2008 (asunto Hamilton), que resolvió sobre los requisitos del derecho de desistimiento en un caso de un contrato de crédito para financiar la adquisición de participaciones en un fondo de inversión inmobiliaria; o en la STJCE de 25 de octubre de 2005 (asunto Schulte), sobre un contrato de inversión.

7. Solamente cabría considerar que el ánimo de lucro del consumidor persona física debe referirse a la operación concreta en que tenga lugar, puesto que si el consumidor puede actuar con afán de enriquecerse, el límite estará en aquellos supuestos en que realice estas actividades con regularidad, ya que, de realizar varias de esas operaciones asiduamente en un período corto de tiempo, podría considerarse que, con tales actos, realiza una actividad empresarial o profesional, dado que la habitualidad es una de las características de la cualidad legal de empresario, conforme establece el artículo 1.1.º del Código de Comercio (STS -Sala Civil- de 16 de enero de 2017 -16/17-) (...).»

Es evidente que, como concluye la citada sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2018, «la adquisición de un inmueble para su arrendamiento a terceros implica la intención de obtener un beneficio económico, pero si esa actuación no forma parte del conjunto de las actividades comerciales o empresariales de quien lo realiza, no deja de ser un acto de consumo.»

4. En el caso examinado, la calificación registral no cuestiona si los prestatarios e hipotecantes son o no consumidores, ni si actúan o no en el ámbito de su actividad comercial o empresarial; sino que, al no resultar dichos extremos de la escritura, deben ser objeto de aclaración, pues, de tratarse de consumidores, sería aplicable la Ley 5/2019 y deberían efectuarse las necesarias modificaciones en la escritura de préstamo hipotecario para cumplir tanto determinadas normas sustantivas de dicha Ley como los requisitos de transparencia material.

Por su parte, el notario recurrente sostiene que la subrogación de los prestatarios en la posición de arrendadores formalizada el mismo día en la escritura de compraventa de los locales agrupados comporta por sí sola la exclusión de la condición de consumidores de los adquirentes prestatarios, pues al estar sujeto todo arrendamiento de locales comerciales al Impuesto sobre el Valor Añadido, tal subrogación implica el carácter empresarial de los prestatarios. Y considera que, por haberse subrogado los prestatarios en el arrendamiento de dos locales (luego objeto de agrupación en un solo local, por exigencia de la entidad de crédito según afirma el recurrente), debe entenderse que concurre el requisito de habitualidad, propia de las actividades empresariales o comerciales, por aplicación de la doctrina de este Centro Directivo respecto del carácter del prestamista que conceda más de un préstamo.

Antes de resolver sobre la cuestión de fondo, debe señalarse que aun cuando en la escritura de préstamo hipotecario al referirse a la finca hipotecada en la letra b) del apartado «titulación cargas y arrendamiento» se señala que su estado es el de libre arrendatarios, y a que la subrogación de los prestatarios no constará en el asiento de inscripción de la compra porque no inscrito el arrendamiento, tales alusiones a la existencia de arrendamientos o a la subrogación del comprador en un arrendamiento anterior no acceden al asiento registral por ser «menciones» carentes de transcendencia real (artículo 98 de la Ley Hipotecaria); lo cierto es que del expediente resulta que tal escritura de compraventa se encontraba en el Registro de la Propiedad a la hora de calificar la escritura de préstamo hipotecario por lo que debió ser tenida en consideración, ya que la calificación registral ha de ser conjunta de todos los documentos obrantes en dicha oficina al tiempo de llevar a cabo la calificación del documento de que se trate, ya sean complementarios de éste o correspondientes a negocios sucesivos.

No obstante lo cual, los motivos alegados por el recurrente no pueden ser estimados, en primer lugar, y aun dejando al margen la falta de analogía del presente supuesto con el contemplado por la referida doctrina de este Centro a la hora de considerar que la concesión sucesiva de préstamos a distintos consumidores implica la habitualidad en tal actividad, lo cierto es que, según consta en el expediente, los prestatarios se han subrogado en un solo contrato de arrendamiento de los dos referidos locales porque existe una renta conjunta para ambos y se ha contratado con una misma persona arrendataria.

5. En segundo lugar, respecto de la normativa fiscal en que se basa el recurrente para excluir la condición de consumidor de los prestatarios es cierto que, en sede de arrendamiento de locales de negocios el artículo 5 de la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido de 28 de diciembre de 1992, como señala el recurrente, en su apartado 1.º, letra c) incluye dentro del concepto de «empresario o profesional» a los efectos de este impuesto a «c) Quienes realicen una o varias entregas de bienes o prestaciones de servicios que supongan la explotación de un bien corporal o incorporeal con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo. En particular, tendrán dicha consideración los arrendadores de bienes.»; tributación de la que está exento el arrendamiento de viviendas, así como su titular de la consideración empresarial (art. 20.23.b) de la misma Ley).

Como consecuencia de ello, el propietario de un local comercial que, por arrendarlo, sea sujeto pasivo de dicho impuesto, está obligado a presentar las declaraciones relativas al comienzo de la actividad o alta censal (artículo 164 de la citada Ley 37/1992, de 28 de diciembre de 1992), en cuanto actividad económica encuadrada en el epígrafe 861.2, de «Alquiler de locales industriales y otros alquileres n.c.o.p.»; obligación que no afecta a los propietarios de viviendas, salvo que por comprender varios inmuebles y cumplir los requisitos legales, el propietario, puede estar interesado en darse de alta en esa actividad económica.

Pero esa alta censal no implica que el arrendador de un local comercial deba ser considerado a todos los efectos como empresario, sino solo en el ámbito del impuesto sobre el valor añadido. Así, incluso en el ámbito tributario, por ejemplo, en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, el arrendamiento de un local comercial no se considera como actividad económica y, por tanto, los rendimientos derivados del arrendamiento tienen la consideración de rendimientos del capital inmobiliario (artículo 22 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas). A estos efectos, para entender que el arrendamiento de bienes inmuebles se realiza como actividad económica se exige que para su gestión se utilice, al menos, una persona empleada con contrato laboral y a jornada completa (artículo 27.2 de la misma Ley).

En el ámbito civil y de consumo se ha de estar no a los conceptos fiscales de empresario o profesional sino a los conceptos de la normativa sobre consumidores. Y, en este ámbito, el artículo 3 de la Ley 1/2007 General de Defensa de Consumidores y Usuarios, como se ha expuesto anteriormente, define el concepto general de consumidor o usuario como circunscrito a «las personas físicas o jurídicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión», la cual, repetimos, es definida jurisprudencialmente en términos de habitualidad.

Para determinar que un arrendador de un local no es consumidor lo relevante no es la regulación fiscal de la actividad de que se trate ni los requisitos administrativos exigidos para realizarla, pues como expresa la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2019, «en nuestro Derecho, la cualidad de comerciante o empresario individual no deriva de la obtención de determinadas licencias o la superación de concretos requisitos administrativos. Al contrario, del artículo 1 CCom se infiere que basta con el cumplimiento de dos requisitos no formales: tener capacidad y ejercer habitualmente la actividad; a los que la jurisprudencia, desde la conocida sentencia de esta sala de 25 de marzo de 1922, ha añadido el de actuar en nombre propio (sentencia 353/1989, de 27 de abril, y las que en ella se citan). Como estableció la sentencia 314/1987, de 22 de mayo, "el rol de comerciante [viene delimitado] por el dato puramente objetivo del ejercicio de actos de comercio". (...) Es decir, la calificación de una persona como empresario individual no se basa en un dato o requisito formal, sino en la realidad efectiva de los tres requisitos jurídico-materiales antes expuestos». Por ello, en el caso concreto de que se trataba, el Tribunal Supremo en esta sentencia concluyó que el hecho de que la prestataria tuviera la profesión de traductora no impedía que, simultáneamente, se dedicara a una actividad empresarial, como es la explotación de un negocio de bar y, por ende, careciera de la condición de consumidora respecto del préstamo hipotecario analizado, añadiendo que aunque se dedicara preferentemente a su actividad profesional como traductora, resultaba claro que el préstamo no se solicitó para satisfacer sus necesidades de consumo privado, sino para el ejercicio de una actividad empresarial, aunque fuera para el futuro.

Debe tenerse en cuenta que la falta del carácter de consumidor –que depende en general de datos fácticos, e incluso intencionales si se trata de actividad empresarial futura– puede escapar de la apreciación del notario o del registrador, salvo casos notorios, aparte el juego de la presunción legal que del ejercicio habitual del comercio existe según el artículo 3 del Código de Comercio «desde que la persona que se proponga ejercerlo anunciare por circulares, periódicos, carteles, rótulos expuestos al público, o de otro modo cualquiera, un establecimiento que tenga por objeto alguna operación mercantil».

No obstante, y aunque normalmente el notario puede carecer de suficientes elementos de juicio de carácter objetivo para apreciar si se trata o no de un consumidor, es necesario que en cumplimiento de su deber de velar por la adecuación a la legalidad de los actos y negocios que autoriza (cfr. artículo 17 bis de la Ley del Notariado), a la hora de redactar el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes –que deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico–, despliegue la mayor diligencia al informar a las partes sobre tales extremos y reflejar en el documento autorizado los elementos y circunstancias necesarios para apreciar la regularidad del negocio y fundar la buena fe del prestamista. Así, cobra sentido (también desde el punto de vista de la entidad prestamista, obligada especialmente a cumplir las obligaciones de transparencia y las demás normas de la Ley 57/2019), por ejemplo, que se incorpore a la escritura cualquier documento que pudiera justificar que el

prestatario no actúa como consumidor por dedicarse al ejercicio de actividades económicas, con la consiguiente inaplicación de la Ley 5/2019. Pero, a falta de norma que lo imponga, no puede hacerse depender la inscripción de una acreditación documental de tal circunstancia fáctica.

Dados los privilegiados efectos que en nuestro ordenamiento se atribuye a la escritura pública, deben extremarse las cautelas para que cumpla todos los requisitos que permitirán que despliegue la eficacia que le es inherente y que, además, permiten asegurar una sólida publicidad registral basada en títulos en apariencia válidos y perfectos mediante la añadida función calificadora del registrador. Así, el artículo 22.2 de la Ley 5/2019 establece que «En la contratación de préstamos regulados por esta Ley, el Notario no autorizará la escritura pública si no se hubiere otorgado el acta prevista en el artículo 15.3. 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».

Conforme al artículo 17 bis, apartado a), de la Ley del Notariado, el notario debe velar por que «el otorgamiento se adecúe a la legalidad», lo que implica según el apartado b) que «los documentos públicos autorizados por Notario en soporte electrónico, al igual que los autorizados sobre papel, gozan de fe pública y su contenido se presume veraz e íntegro de acuerdo con lo dispuesto en esta u otras leyes». Y según el artículo 24 de la misma Ley, reformado por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, «los notarios en su consideración de funcionarios públicos deberán velar por la regularidad no sólo formal sino material de los actos o negocios jurídicos que autorice[n] o intervenga[n]».

Por lo que se refiere a la actuación del registrador, debe tenerse en cuenta que al Registro sólo pueden acceder títulos en apariencia válidos y perfectos, debiendo ser rechazados los títulos claudicantes, es decir los títulos que revelan una causa de nulidad o resolución susceptible de impugnación (cfr. artículos 18, 33, 34 y 38 de la Ley Hipotecaria y 1259 del Código Civil). Sólo así puede garantizarse la seguridad jurídica preventiva que en nuestro sistema jurídico tiene su apoyo basilar en el instrumento público y en el Registro de la Propiedad. Y es que, como ya expresara el Tribunal Supremo en Sentencia de 24 de octubre de 2000, Sala Tercera, «a Notarios y registradores les incumbe en el desempeño de sus funciones un juicio de legalidad, que, recae, respectivamente, sobre los negocios jurídicos que son objeto del instrumento público, o sobre los títulos inscribibles».

A este respecto, el artículo 18 de la Ley Hipotecaria define el ámbito de la calificación registral, al señalar que «Los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro» Ciertamente, en el procedimiento registral se trata de hacer compatible la efectividad del derecho a la inscripción del título con la necesidad de impedir que los actos que estén viciados accedan al Registro, dada la eficacia protectora de éste. Por ello, la facultad que se atribuye al registrador para calificar esa validez —a los efectos de extender o no el asiento registral solicitado—, implica la comprobación de que el contenido del documento no es contrario a la ley imperativa o al orden público, ni existe alguna falta de requisitos esenciales que vicie el acto o negocio documentado; así como la acreditación de aquellos hechos o circunstancias sobre los cuales deba basarse dicha calificación (cfr. resoluciones de 30 de noviembre de 2013 y 10 de marzo de 2014 con cita de las sentencias del Tribunal Supremo —Sala Tercera— de 20 de mayo y 7 de julio de 2008), salvo aquellos supuestos en que una norma o las circunstancias peculiares del hecho concreto dispongan o determinen otra fórmula al respecto.

En lo que respecta a la constatación de la condición de no consumidor a los efectos de calificación en el préstamo hipotecario objeto de este recurso, como se ha señalado anteriormente, tal condición es de carácter fáctico e incluso intencional si la adquisición del local que es objeto de financiación se realiza para el ejercicio futuro de tales actividades, por lo que, en línea con las sentencias del Tribunal de Justicia 25 de enero de 2018, C-498/16 (asunto Schrems), y 4 de febrero de 2019, C-630/17 (asunto Milicojevic); «lo cierto es que en la situación legislativa actual esas especificaciones no son exigibles, siendo suficiente con la manifestación del prestatario en sentido de no actuar como consumidor.»

Por ello, debe entenderse necesaria la manifestación de las partes sobre la concurrencia o no del carácter de consumidor del prestatario.

Ciertamente, en ninguna norma se impone expresamente dicha manifestación, a diferencia de lo que acontece en otros supuestos en los que se exige determinada manifestación del otorgante y la falta del requisito establecido constituye impedimento legal para la práctica del asiento (como, por ejemplo, la manifestación sobre la falta de carácter de vivienda habitual de la familia —artículo 91 del Reglamento Hipotecario en relación con el artículo 1320 del Código Civil—, la inexistencia de arrendamiento de la finca vendida, según los artículos 25.5 de la Ley de Arrendamiento Urbanos y 11.1 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, etc., manifestaciones que, por lo demás, son suficientes a los efectos de conseguir la inscripción sin necesidad de acreditación documental de tales circunstancias). Pero, dado que, según el artículo 2.1.b) de la Ley 5/2019 se establece como presupuesto de la aplicación de la misma que, tratándose hipoteca de inmueble no residencial, los prestatarios personas físicas tengan la condición de consumidores, y habida cuenta de la trascendencia de tal presupuesto a la hora de apreciar si se han cumplido las normas pro consumidor de dicha Ley, debe concluirse que es necesario que en la escritura se haga constar si los prestatarios actúan o no como consumidores Así lo entendió ya este Centro Directivo en

Resolución de 10 de febrero de 2016, en la situación legislativa actual es suficiente la manifestación del prestatario en sentido de no actuar como consumidor, sin que sean exigibles otras especificaciones sobre la actividad a la que se aplica el préstamo ni la acreditación el cumplimiento de requisitos fiscales relativos a la actividad económica del prestatario.

En conclusión, dado que, según el artículo 2.1.b) de la Ley 5/2019 se establece como presupuesto de la aplicación de la misma que, tratándose hipoteca de inmueble no residencial, los prestatarios personas físicas tengan la condición de consumidores, y habida cuenta de la trascendencia de tal presupuesto a la hora de apreciar si se han cumplido las normas pro consumidor de dicha Ley, debe concluirse que es necesario que en la escritura se haga constar si los prestatarios actúan o no como consumidores.

6. Por último, el notario recurrente plantea la cuestión, de indudable importancia práctica, relativa a la forma de subsanación de la escritura de préstamo hipotecario si, al final, el prestatario es consumidor.

Esta cuestión ya ha sido tratada por este Centro Directivo en su resolución de 19 de mayo de 2017, en un supuesto en que, en el otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario, se habían incumplido los deberes de información y transparencia material establecidos en la Ley 2/2009, que se consideró aplicable.

En esa resolución se afirmaba, en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (–Sala Civil– sentencias de 18 de junio de 2012, 9 de mayo de 2013, 8 de septiembre de 2014, 22 de abril de 2015 y 23 de diciembre de 2015), que la contratación de adhesión a condiciones generales constituye una categoría diferenciada de la contratación negocial individual, que se caracteriza por tener un régimen propio y específico, que hace descansar su eficacia última del contrato, no tanto en la estructura negocial del consentimiento del adherente, como en el cumplimiento por el predisponente de unos especiales deberes de configuración contractual en orden al reforzamiento de la información y, en caso de concurrir consumidores, a facilitar la comprensibilidad real de la reglamentación predispuesta y al equilibrio prestacional entre las partes.

Ello implica que en caso de no seguirse el procedimiento de contratación impuesto por la regulación sectorial aplicable en materia de préstamos hipotecarios con consumidores, hoy constituida fundamentalmente por la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de créditos inmobiliario, y los especiales deberes de información que la misma impone, la eficacia del contrato en sí mismo o de una concreta cláusula, según la amplitud del incumplimiento, se verá comprometida ya que para entender que las cláusulas no negociadas se han incorporado al contrato, en este caso de préstamo hipotecario, es necesario respetar todos los trámites del indicado proceso de contratación, de tal forma que el adherente haya tenido oportunidad real de conocerlas de manera completa al tiempo de la celebración del contrato (art. 7 de la Ley 7/1998 de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación).

Por otra parte, es evidente que ante el incumplimiento de las normas sobre transparencia material establecidas en la Ley 5/2019, ni el notario debe autorizar la escritura ni el registrador inscribirla.

Respecto de ese procedimiento de contratación, y como ha recordado esta Dirección General en Resoluciones de 29 de noviembre de 2019 y 7, 15, 16, 22 y 28 de enero y 3, 6 y 12 de febrero de 2020, con criterio también expresado en la Instrucción de ese Centro de 20 de diciembre de 2019, la Ley 5/2019 impone a los notarios unos amplios deberes de control de la legalidad y la transparencia material del contrato de préstamo, cuyo centro de gravedad se sitúa –respecto de esta última– en el acta de información que se debe firmar al menos un día antes del otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario, pero que incluye también otros aspectos adicionales: el control del transcurso del plazo de 10 días desde la entrega de la documentación informativa hasta la firma de la escritura, del cumplimiento en su clausulado de las limitaciones que con carácter imperativo se imponen en los artículos 20 al 25, del depósito de las condiciones generales del contrato en el correspondiente Registro, etc.

Tanta importancia tiene la realización de estos controles, y en particular del acta de información previa, que el artículo 22.2 de la Ley 5/2019 establece que «En la contratación de préstamos regulados por esta Ley, el Notario no autorizará la escritura pública si no se hubiere otorgado el acta prevista en el artículo 15.3. 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».

El artículo 15.7 de la Ley 5/2019 ordena que en la escritura pública del préstamo el notario autorizante de ésta inserte una reseña identificativa del acta de transparencia, con expresión de número de protocolo, notario autorizante y su fecha de autorización, así como «la afirmación del notario bajo su responsabilidad, de acuerdo con el acta, de que el prestatario ha recibido en plazo la documentación y el asesoramiento previsto en este artículo». A ello se añade la disposición final sexta, que modifica la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, para calificar como infracción muy grave el incumplimiento por el notario de sus deberes de controlar el período de información precontractual obligatorio previo a la autorización de la escritura y de levantar el acta previa a su formalización en los términos previstos en la ley.

Para garantizar la transparencia en la comercialización de préstamos inmobiliarios, el artículo 14 de la Ley 5/2019 impone al prestamista la obligación de entregar al prestatario o potencial prestatario hipotecario, con una antelación mínima de diez días naturales respecto al momento del otorgamiento de la escritura, los documentos que detalla.

Las consecuencias del incumplimiento de estas normas de transparencia se detallan en el artículo 5.5, inciso segundo, de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales (redactado por la disposición adicional cuarta de la Ley 5/2019), y en el artículo 83, párrafo segundo, de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (añadido por la disposición final octava de la Ley 5/2019), ambos del mismo contenido: «Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho».

Por otra parte, es evidente que ante el incumplimiento de las normas sobre transparencia material establecidas en la Ley 5/2019, ni el notario debe autorizar la escritura ni el registrador inscribirla.

Entre las referidas normas de esta Ley debe tenerse en cuenta, además de las ya referidas anteriormente, la que atañe al depósito de condiciones generales de la contratación (artículo 7 de la Ley 5/2019).

Además del control de la transparencia material encomendado a notarios registradores en los términos que han quedado expuestos, pueden y deben realizar también un control sobre existencia de cláusulas declaradas abusivas en los términos establecidos en los artículos 84 y siguientes del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

El rechazo por notarios y registradores de la propiedad de las cláusulas afectadas, a la hora de autorizar la escritura o inscribir la hipoteca, en su caso, no queda subordinada a la previa declaración judicial de su nulidad (sin perjuicio del posible recurso o de la contienda entre las partes acerca de su validez) cuando se trate de cláusulas que contravengan una norma imperativa o prohibitiva o cuyo carácter abusivo pueda apreciarse objetivamente siempre que no sea necesaria valoración alguna de las circunstancias concurrentes en el caso concreto propia de la actividad jurisdiccional en procedimiento contradictorio. También se denegará la inscripción de las cláusulas que hubieran sido declaradas nulas por abusivas por sentencia del Tribunal Supremo con valor de jurisprudencia o por sentencia firme inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación (artículo 258.2 de la Ley Hipotecaria).

Es decir, el incumplimiento de los requisitos de información previa al contrato, produce como sanción, la posible nulidad o ineficacia del contrato, que será parcial, si la información deficitaria sólo afectara a alguna condición general, o bien total del contrato de préstamo, si la omisión de la información afectare a todas las condiciones del contrato, como ocurriría si se omite por el acreedor el suministro de la información precontractual o no se verifica el acta notarial de transparencia material y asesoramiento (nuevo art. 5.5 de la Ley 7/1998, sobre condiciones generales de la contratación).

En cuanto al efecto de la denegación de la inscripción registral de las cláusulas del préstamo hipotecario o de la no inscripción de la propia hipoteca, consiste en la exclusión de la posibilidad de utilizar las acciones reales hipotecarias especiales, conforme resulta del carácter constitutivo de la hipoteca (art. 1875 del Código civil), y determina el artículo 130 de la Ley Hipotecaria, según el cual «El procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo.»

Además, el carácter de institución unitaria e inescindible del préstamo hipotecario a que se refiere la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2019, a la que luego se hará alusión, determina que en caso de denegación registral de cláusulas del préstamo hipotecario, en la medida que tengan la consideración de elemento delimitador esencial del derecho real de hipoteca o de sus procedimientos especiales de ejecución, para proceder a la inscripción parcial de la hipoteca sin dichas cláusulas, se precisa la solicitud expresa de los interesados (arts. 19 bis y 322 LH), como ha declarado reiteradamente esta Dirección General en numerosas resoluciones (cfr. 7 de noviembre de 2012, 18 de febrero y 12 de septiembre de 2014, 30 de marzo y 7 de octubre de 2015, 20 de junio y 14 de septiembre de 2016, 19 de septiembre de 2017, o 12 de diciembre de 2018).

En este sentido debe señalarse que el préstamo hipotecario constituye una categoría negocial diferenciada del préstamo personal, como ha puesto de relieve la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2019 (STS 463/2019), que declara expresamente como fundamento de su fallo que: «aunque en el contrato de préstamo hipotecario se incluyen dos figuras jurídicas diferentes, el préstamo (contrato) y la hipoteca (derecho real), ambas son inescindibles y conforman una institución unitaria»; y por ello debe ser tratado jurídicamente de forma distinta al préstamo o crédito ordinario, así añade: «como estableció la sentencia 1331/2007, de 10 de diciembre, «el crédito garantizado con hipoteca (crédito hipotecario) no es un crédito ordinario, ya que está subsumido en un derecho real de hipoteca, y por ello es tratado jurídicamente de forma distinta»»

7. En consecuencia, circunstancias tales como la falta de depósito del modelo de préstamo suscrito (art. 7 Ley 5/2019) o la omisión de la información precontractual o del acta notarial de transparencia (arts.14 y 15 Ley 5/2019) a que antes se ha aludido, cuando fueran procedentes, impiden la inscripción de la escritura de préstamo hipotecario en su conjunto, sin que proceda inscripción parcial alguna, en caso de que ello fuere posible (ver resolución de 20 de junio de 2016, y de 19 de mayo de 2017), ya que la deficiencia informativa afecta a todas las cláusulas contractuales.

El contrato de préstamo hipotecario con consumidores se perfecciona con la firma de la escritura pública, no en un momento anterior de forma privada, porque la oferta vinculante sólo obliga al acreedor profesional a

contratar en los términos de la misma, pero el deudor goza del derecho de reflexión o deliberación previo a la prestación del consentimiento durante al menos diez días (artículo 14.1 de la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario), alternativa en este contrato de préstamo o crédito al derecho de desistimiento existente en otros tipos de contratos de adhesión con consumidores.

Es cierto a este respecto que la resolución de esta Dirección General de 19 de octubre de 2016 señaló que el incumplimiento de los requisitos de información precontractual y transparencia, en cuanto genera la nulidad del contrato (cuando afecta a todas las condiciones generales), constituye en principio un defecto insubsanable, salvo que, habiéndose realmente cumplido tales requisitos, se tratare de una omisión formal en la redacción o confección de la escritura de préstamo hipotecario.

Sin embargo, esta doctrina fue posteriormente matizada por la resolución de 19 de mayo de 2017, «atendiendo a las particularidades de la normativa de protección de los consumidores, por un lado, en el sentido que también podrá paliarse ese riguroso efecto si se acredita por el acreedor o el deudor reconoce que ha existido una auténtica negociación respecto de las cláusulas afectadas y, en segundo, lugar, cuando el propio prestatario libre e informadamente consienta, se aquiete respecto a la aplicación de la cláusula o cláusulas abusivas, porque en tal caso esa nulidad queda convalidada.»

A este respecto debe recordarse que es doctrina consolidada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (sentencias de 4 de junio de 2009 –asunto Pannon– y de 21 de febrero de 2013 –asunto Banif Plus Bank–), recogida por el Tribunal Supremo español en su sentencia de 9 de mayo de 2013 (n.º 241/2013), que el consumidor goza del derecho a renunciar al régimen de protección de la Directiva 93/13/CEE respecto de una o varias concretas cláusulas del contrato. Así, esta sentencia, con transcripción de aquellas señala que «el juez nacional no tiene, en virtud de la Directiva, el deber de excluir la aplicación de la cláusula en cuestión si el consumidor, tras haber sido informado al respecto por dicho juez, manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de tal cláusula» de tal forma que «cuando considere que tal cláusula es abusiva se abstendrá de aplicarla, salvo si el consumidor se opone». De igual manera, señaló la citada resolución de 19 de mayo de 2017 a este respecto «el registrador de la propiedad, aunque no sea juez, tampoco puede rechazar la prestación expresa del consentimiento, por parte del deudor, a unas determinadas condiciones contractuales a las cuales se adapta a posteriori una oferta vinculante; si ese consentimiento se otorga después de haber sido informado adecuadamente por la nota de calificación registral de la no vinculación para él de esas cláusulas o del contrato en su conjunto y se presta consentimiento expreso en escritura pública. Piénsese, además, que, en caso contrario, el efecto que se produce, es decir, la obligación de restitución de todo el dinero recibido, el cual puede haberse invertido en la finalidad para la que se pidió, resultaría perjudicial para el deudor al impedir la subsistencia del contrato.»

Además, las partes contratantes, según el ordenamiento jurídico nacional, deberán acudir nuevamente al notario para otorgar la correspondiente escritura de subsanación, el cual, a la hora de autorizar la escritura de subsanación también debe informar al prestatario consumidor de que las cláusulas o el contrato en su conjunto no le vinculan por la existencia de la nulidad y, eventualmente, como en el supuesto objeto de este recurso, se deberá iniciar de nuevo todo el procedimiento contractual, incluida el acta notarial de transparencia material, cuyos importantes efectos se han indicado anteriormente.

En este sentido en las Conclusiones del Abogado General Sr. Henrik Saugmandsgaard Øe en la cuestión prejudicial C452/18, asunto XZ contra Ibercaja Banco SA, en el que se debatía precisamente sobre el fallo de la sentencia del Tribunal Supremo español de 11 de abril de 2018 antes citado, se propuso al Tribunal de Justicia que respondiera del siguiente modo: «Cuando un profesional y un consumidor están vinculados por un contrato, en el marco del cual se suscitan serias dudas en cuanto al potencial carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, de una cláusula del contrato y las partes, mediante un acuerdo posterior, han modificado la cláusula en cuestión, confirmado la validez del contrato inicial y renunciado mutuamente a ejercitar acciones que traigan causa de su clausulado, el artículo 6, apartado 1, de la citada Directiva no se opone a que dicho acuerdo tenga eficacia vinculante respecto al consumidor, siempre que medie el consentimiento libre e informado de este último a tal acuerdo.» Es decir, el Abogado General admite expresamente que el derecho del consumidor a renunciar a la protección que le brinda la Directiva (y las respectivas normas nacionales) puede hacerse tanto en sede judicial como contractualmente con posterioridad a la celebración del contrato; si bien añade que tal contrato de novación se encontrará, igualmente, sujeto al control judicial que deberá comprobar, especialmente, si las cláusulas de ese contrato han sido negociadas individualmente o, por el contrario, impuestas por el profesional y, en este último caso, si se han cumplido los imperativos de transparencia, equilibrio y buena fe que se derivan de la Directiva 93/13/CEE.

Este criterio ha sido confirmado por la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de julio de 2020 en el referido asunto C-452/18, según la cual: «(...) 28. Por lo tanto, debe admitirse, de forma análoga y tal como observó fundamentalmente el Abogado General en los puntos 39 a 42 de sus conclusiones, que un consumidor pueda renunciar a hacer valer el carácter abusivo de una cláusula en el marco de un contrato de novación mediante el que este renuncia a los efectos que conllevaría la declaración del carácter abusivo de tal cláusula, siempre y cuando la renuncia proceda de un consentimiento libre e informado». Por lo demás, en esta

sentencia cita otras del mismo Tribunal de las que resulta que el consumidor puede no valerse del sistema de protección prevenido en la Directiva 93/13 no solo en el ámbito del control de oficio por el juez sino también cuando la nulidad de la cláusula puede comportar la del contrato.

Por otra parte, esta Dirección General comparte las afirmaciones vertidas por el Abogado General en la nota (54) de tales Conclusiones, al añadir que «La determinación de si el consentimiento del consumidor es «libre» debe efectuarse a la luz de las normas nacionales en materia de vicios del consentimiento. Además, en cuanto a si el consentimiento del consumidor es o no «informado», los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros pueden establecer garantías que acompañen a operaciones tales como la novación, la confirmación o la transacción, con objeto, precisamente, de garantizar que las partes convienen tal operación con pleno conocimiento de causa (...).».

En conclusión, en el presente supuesto, en caso de tener finalmente los prestatarios la condición de consumidores, como en el supuesto de la Resolución de 19 de mayo de 2017, en el cual tampoco se habían cumplido los deberes de información y transparencia material establecidos en la Ley 2/2009, se entiende que ninguna cláusula ha sido incorporada al contrato y que éste, en consecuencia deviene ineficaz por incumplimiento de los requisitos ineludibles del proceso de contratación de hipotecas en garantía de préstamos sujetos a la Ley 5/2019 a que se refiere la resolución de 27 de julio de 2020.

Pero debe admitirse que el déficit de transparencia material sea enmendada en una nueva escritura en la que los deudores, después de ser advertidos expresa y especialmente por el notario autorizante sobre la no vinculación de las cláusulas no transparentes, decidan confirmar la subsistencia del contrato con sujeción a la Ley 5/2019, con aplicación de las normas sobre transparencia material establecidas en ella, sin necesidad de restitución de las prestaciones si los consumidores prestan su consentimiento informado sobre tal extremo en caso de que consideren más ventajosa esta posibilidad que la ineficacia del contrato primitivo o que la novación extintiva (baste pensar en la posibilidad de que les sea imposible, difícil o perjudicial la restitución así como –por ejemplo, por razones de solvencia o de mercado– la nueva contratación de otro préstamo de las mismas características con otra entidad; sin que, por lo demás, pueda descartarse que una vez cumplidas las normas sobre transparencia y sustantivas de la Ley 5/2019, el préstamo sea económicamente idéntico al primitivo –e incluso también jurídicamente con la única salvedad de acomodación de las causas de vencimiento anticipado a la que se refiere el registrador en su calificación, que quedarían sujetas a la norma imperativa del artículo 24 de dicha Ley). En definitiva, corresponde decidir al prestatario, con base en su consentimiento libre e informado, decidir si insta la declaración de ineficacia del contrato, la realización de una novación extintiva o de una novación meramente modificativa, todo ello sin perjuicio de los derechos de terceros conforme a las reglas generales.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto y confirmar la nota de calificación recurrida.

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, 27 de julio de 2020. La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.