

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

8910 *Resolución de 12 de junio de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad de Pola de Siero, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo con garantía hipotecaria.*

En el recurso interpuesto por don Gerardo von Wichmann Rovira, notario de Alcobendas, contra la calificación del registrador de la propiedad de Pola de Siero, don Enrique Español Batalla, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo con garantía hipotecaria.

Hechos

I

Mediante escritura otorgada el 27 de noviembre de 2019 ante el notario de Alcobendas don Gerardo von Wichmann Rovira, con número 5.030 de protocolo, se formalizó un préstamo concedido por «Nationale–Nederlanden Vida Compañía de Seguros y Reaseguros, Sociedad Anónima Española» a una persona física y en garantía del mismo se constituyó hipoteca sobre la vivienda habitual del prestatario. En dicha escritura se expresa que el prestatario «es empleado de la sociedad compareciente, de cuya entidad ha solicitado que le sea concedido un préstamo con garantía hipotecaria para financiar la reforma de la finca descrita (...) por cuanto la sociedad sigue una política de ayuda a la adquisición de viviendas para empleados siempre que se trate de la primera vivienda o de su vivienda habitual».

II

Presentada copia autorizada de la escritura en el Registro de la Propiedad de Pola de Siero, fue objeto de calificación negativa por el registrador, don Enrique Español Batalla, con los siguientes fundamentos jurídicos:

«Tratándose de un préstamo hipotecario sobre vivienda habitual concedido por empleador a empleado y por tanto no sujeto a las disposiciones de la Ley 5/2019 de Contratación de Créditos Inmobiliarios por la excepción recogida en el art. 2.4, ello no quiere decir que siendo el prestatario consumidor no se le apliquen el resto de disposiciones vigentes en materia de transparencia, en particular, además de la Ley Hipotecaria, las disposiciones de la Ley 2/2009 de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos hipotecarios para la celebración de contratos de préstamo o crédito.

El hecho de que la entidad concedente del préstamo tenga como objeto la actividad del seguro no significa que se trate de un acto ocasional, pues del servicio de interconexión de los Registros de la Propiedad resulta que dicha entidad figura como titular de numerosos préstamos hipotecarios inscritos en variados Registros. Ello revela el ejercicio profesional de la actividad de concesión de préstamos, concurriendo los elementos objetivos y subjetivos que determinan la aplicación de la Ley 2/2009 y sus normas de transparencia, siendo los derechos reconocidos por la referida ley irrenunciables para los consumidores que contraten las actividades incluidas en su ámbito conforme al art. 2 de la misma. Además, conforme al art. 18 Ley 2/2009, los registradores denegarán la inscripción de escrituras públicas de préstamo con garantía hipotecaria cuando no cumplan la legalidad vigente y especialmente los requisitos

impuestos en dicha ley. Así, por ejemplo (arts. 12 y ss.), no se recoge en el título ninguna información previa al contrato, folleto informativo, oferta vinculante, servicios accesorios, etc. sino simplemente la hoja que recoge el mero cuadro de amortizaciones. Tampoco se acredita la inscripción en el registro a qué se refiere el art. 3 por parte de la acreedora citada ni que haya contratado (art. 7) un seguro de responsabilidad civil o aval bancario que cubra las responsabilidades en que pueda incurrir por la realización de los servicios de la concesión de préstamos hipotecarios, todo lo cual lleva a la imposibilidad de practicar la inscripción en tanto no se acrediten dichos requisitos o sean debidamente subsanados.

Por otra parte, en cuanto a los pactos concretos de la hipoteca, y en lo relativo a los intereses moratorios, la escritura recoge por error la redacción derogada del antiguo art. 114 LH, que debe ser sustituida por la vigente después de la reforma de dicho artículo por la Ley 5/2019 LCCI, y así, tampoco es posible por su carácter imperativo y que no admite pacto en contrario, con independencia de que sea superior inferior, pactar un interés moratorio diferente al de 3 puntos superiores al remuneratorio. Así se expresa con claridad reformado art. 114 LH: “En el caso de préstamo o crédito concluido por una persona física que esté garantizado mediante hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial, el interés de demora será el interés remuneratorio más tres puntos porcentuales a lo largo del período en el que aquel resulte exigible. El interés de demora sólo podrá devengarse sobre el principal vencido y pendiente de pago y no podrá ser capitalizado en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Las reglas relativas al interés de demora contenidas en este párrafo no admitirán pacto en contrario”.

Resolución:

Y en base a los anteriores hechos y fundamentos de derecho, se acuerda suspender la práctica de los asientos solicitados por los defectos subsanables indicados.

La presente calificación negativa determinar la prórroga del asiento de presentación por el plazo que señala el artículo 323.1.º de la Ley Hipotecaria (...)

Contra la presente calificación se puede (...)

Pola de Siero, a 23 de enero de 2020.–El registrador.»

III

Mediante escrito que causó entrada en el citado Registro de la Propiedad el día 18 de febrero de 2020, el notario autorizante de la escritura calificada, don Gerardo von Wichmann Rovira, interpuso recurso contra la anterior calificación con los siguientes fundamentos jurídicos:

«I. En su calificación el registrador parte de la base de que el préstamo no queda sujeto a la ley 5/2019, por ser de aplicación la excepción establecida en el art. 2.4 de la misma, ya que se trata de un préstamo concedido “por un empleador a sus empleados a título accesorio y sin intereses o cuya Tasa Anual Equivalente sea inferior a la del mercado y que no se ofrezcan al público en general” (letra a), no obstante lo cual, considera aplicable la ley 2/2009 de 31 de diciembre porque considera que la entidad prestamista –que no es una entidad de crédito sino una entidad aseguradora– actúa en “el ejercicio profesional de la actividad de concesión de préstamos”, lo que deduce, sin más, de que de la consulta realizada al servicio de interconexión de los Registros de la Propiedad “resulta que dicha entidad figura como titular de numerosos préstamos hipotecarios inscritos en variados Registros”.

Es cierto que la Dirección General (así en la Resolución de 13 de diciembre de 2018) ha admitido que el registrador en el ejercicio de su función calificadora sobre la legalidad pueda tener en cuenta los datos que resulten del Servicio de Interconexión entre los Registros, en relación con habitualidad de los prestamistas que no tengan el carácter de entidades financieras; pero lo ha hecho precisando que como el carácter de

habitualidad en la concesión de préstamos –que es lo que determinaría la aplicación de la ley 2/2009 de 31 de diciembre– no tiene una definición precisa en la legislación en general ni en la específica, la resolución de la controversia sobre el carácter habitual o no de una actividad sólo puede producirse por la valoración de las pruebas existentes en uno u otro sentido, y aunque el otorgamiento de sucesivos préstamos hipotecarios en un número considerable constituye un indicio suficiente del desarrollo de una actividad profesional, se trata de una prueba objetiva que si bien no convierte necesariamente al prestamista profesional, justifica la denegación de inscripción registral mente no existe prueba en contrario.

Pues bien, de la propia escritura resulta claramente probado que la entidad prestamista no actuaba en ejercicio profesional de la actividad de concesión de préstamos:

La Dirección General, en la resolución de 20 de diciembre de 2019 sobre la actuación notarial y registral en aplicación de la ley 5/2019, indicó que para la aplicación de la exención establecida en el art. 2.4 a de la Ley, relativa a los préstamos concedidos a los empleados, debía atenderse al “título accesorio” de la concesión de estos préstamos establecido por el precepto, considerando que “cuando la norma exige que el préstamo sea concedido a título accesorio se refiere a que ese tipo de préstamos sea, para la entidad concedente del préstamo, accesorio respecto de su actividad principal, en el sentido de que si ésta consiste en la concesión de préstamos (...), la concesión a los trabajadores de estos préstamos no tiene para la entidad esa finalidad lucrativa que le es propia, sino otra distinta, como puede ser el cumplimiento de una política social de la empresa (...), concediendo a los empleados un incentivo adicional como es la obtención de estos préstamos en condiciones privilegiadas”. Además, indicaba que “el hecho de que el préstamo se conceda a un empleado en la aplicación de lo acordado en el convenio colectivo la política social o laboral de la empresa, y así se indica en la escritura debe ser suficiente para acreditar su condición de préstamo exceptuado”.

Pues bien, si la razón esencial de la exclusión de tales préstamos del ámbito de aplicación de la ley 5/2019 es que aun tratándose de entidades financieras, éstas no actúan en la concesión de los mismos en el ejercicio profesional de su actividad principal, sino en ejercicio de una actividad accesorio en beneficio de sus empleados, con mayor razón, cuando el objeto y actividad principal de la entidad prestamista no sea propiamente financiero, sino la actividad aseguradora, debe estimarse que tal entidad, cuando lleva a cabo la concesión de préstamos a sus empleados, no actúa –como señala el registrador– en el ejercicio profesional de la actividad de concesión de préstamos, sino en una actividad accesorio derivada de su política social, y así se hace constar en la propia escritura, cuyo Expositivo II aclara, tanto que el prestatario es empleado de la sociedad prestamista, como que el préstamo obedece a la política de la sociedad de ayudar a la adquisición viviendas para sus empleados y siempre que se trate de la primera vivienda o la vivienda habitual.

No desvirtúa lo anterior el hecho de la entidad prestamista figure como titular de numerosos préstamos hipotecarios inscritos en variados Registros, pues aparte de que todos ellos pueden ser préstamos concedidos a empleados –y normalmente lo serán, sin que el registrador haya comprobado, ni parece que pueda comprobar tal circunstancia– y ello no influiría en el régimen concreto del préstamo que es objeto de la escritura calificada, pues tal multiplicidad en la concesión de préstamos es sólo, como ha dicho la Dirección General, mero indicio de habitualidad, pero ello queda contradicho por la clara prueba que de que, en el concreto préstamo que nos ocupa, la entidad prestamista actúa en ejercicio de una actividad accesorio en beneficio de sus empleados y no en el ejercicio profesional de la actividad de concesión de préstamos.

II. En cuanto al segundo defecto, el problema de fondo es que, según indica el registrador, conforme a la redacción actual del art. 114 LH los intereses moratorios establecidos en él, es decir tres puntos superiores al interés remuneratorio, son inmodificables, señalando que “tampoco es posible por su carácter imperativo que no

admite pacto en contrario, con independencia de que sea superior o inferior, pactar un interés moratorio diferente al de tres puntos superiores al remuneratorio”.

El art. 114 LH, cuya redacción viene dada por la disposición final primera de la Ley 5/2019, y cuyo texto coincide sustancialmente con el art. 25 dicha Ley, debe interpretarse conforme a la finalidad de la indicada ley, que es “establecer determinadas normas de protección de las personas físicas que sean deudores, fijadores 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 e inmuebles construidos o por construir” (art. 1, es decir, debe interpretarse como medida de protección del deudor que impida la renuncia a los derechos que la ley le reconoce, pero no parece aplicable si el régimen estipulado en el contrato es más favorable para él, como ocurre si se pacta un tipo de interés de demora inferior al legal. Al fin y al cabo, el prestamista podría renunciar a establecer intereses de demora, por lo que no se ve razón que impide pactarlos en cuantía inferior a la legal. Considerar, entonces, que la norma obliga a pactar necesariamente intereses de demora y en la medida señalada por la ley, conduce al absurdo interpretar una norma dictada para proteger a los deudores en perjuicio de ellos.

Por lo demás, es cierto que la minuta empleada por la entidad prestamista contiene, en parte, la redacción anterior del art. 114 LH, pero tal redacción no se contradice con el régimen legal actual, pues contiene las dos precisiones esenciales: que los intereses de demora tienen un límite máximo legal y que no pueden ser capitalizados, salvo en el caso del art. 579 LEC.»

IV

El registrador de la propiedad informó y elevó el expediente a esta Dirección General mediante escrito de 24 de febrero de 2020.

Fundamentos de Derecho

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

1. Mediante la escritura que es objeto de la calificación impugnada se formaliza un préstamo concedido por «Nationale–Nederlanden Vida Compañía de Seguros y Reaseguros, Sociedad Anónima Española» a una persona física y en garantía del mismo se constituyó hipoteca sobre la vivienda habitual del prestatario finca. En dicha escritura se expresa que el prestatario «es empleado de la sociedad compareciente, de cuya entidad ha solicitado que le sea concedido un préstamo con garantía hipotecaria para financiar la reforma de la finca descrita (...) por cuanto la sociedad sigue una política de ayuda a la adquisición de viviendas para empleados siempre que se trate de la primera vivienda o de su vivienda habitual». Entre otros pactos, se fija un interés del 0,761 por ciento nominal anual, revisable cada año de modo que será el resultante de sumar al Euribor un margen de 1,10 porcentual. El interés de demora es el interés remuneratorio más dos puntos porcentuales y no podrá ser superior a tres veces el interés legal del dinero.

El registrador suspende la inscripción solicitada porque: 1.º Entiende que el hecho de que la entidad concedente del préstamo tenga como objeto la actividad del seguro no significa que se trate de un acto ocasional, pues del servicio de interconexión de los Registros de la Propiedad resulta que dicha entidad figura como titular de numerosos préstamos hipotecarios inscritos en variados Registros, de modo que, a su juicio, revela el ejercicio profesional de la actividad de concesión de préstamos, concurriendo los elementos objetivos y subjetivos que determinan la aplicación de la Ley 2/2009 y sus normas de transparencia, siendo los derechos reconocidos por la referida ley irrenunciables para los consumidores que contraten las actividades incluidas en su ámbito conforme al artículo 2 de la misma; y 2.º La escritura recoge por error la redacción derogada del antiguo artículo 114 de la Ley Hipotecaria, que debe ser sustituida por la vigente después de la reforma de dicho artículo por la Ley 5/2019, y así, tampoco es posible por su carácter imperativo y que no admite pacto en contrario, con independencia de que sea superior inferior, pactar un interés moratorio diferente al de tres puntos superiores al remuneratorio.

El recurrente sostiene que de la propia escritura resulta claramente probado que la entidad prestamista no actuaba en ejercicio profesional de la actividad de concesión de préstamos; que si la razón esencial de la exclusión del ámbito de aplicación de la ley 5/2019 de los préstamos concedidos a los empleados es que aun tratándose de entidades financieras, éstas no actúan en la concesión de los mismos en el ejercicio profesional de su actividad principal, sino en ejercicio de una actividad accesorio en beneficio de sus empleados, con mayor razón, cuando el objeto y actividad principal de la entidad prestamista no sea propiamente financiero, sino la actividad aseguradora, debe estimarse que tal entidad, cuando lleva a cabo la concesión de préstamos a sus empleados, no actúa –como señala el registrador– en el ejercicio profesional de la actividad de concesión de préstamos, sino en una actividad accesorio derivada de su política social, y así se hace constar en la propia escritura. Y, en cuanto al segundo defecto, alega que el artículo 114 de la Ley Hipotecaria, cuyo texto coincide sustancialmente con el artículo 25 de la Ley 5/2019, debe interpretarse como medida de protección del deudor que impida la renuncia a los derechos que la ley le reconoce, pero no parece aplicable si el régimen estipulado en el contrato es más favorable para él, como ocurre si se pacta un tipo de interés de demora inferior al legal. Además, afirma que la redacción de la escritura no se contradice con el régimen legal actual, pues contiene las dos precisiones esenciales contenidas en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria: que los intereses de demora tienen un límite máximo legal y que no pueden ser capitalizados, salvo en el caso del artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2. Este Centro Directivo, respecto del artículo 2.4 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, ha tenido oportunidad de analizar qué debe entenderse por préstamos concedidos por un empleador a sus empleados a título accesorio y sin intereses o cuya Tasa Anual Equivalente sea inferior a la del mercado y que no se ofrezcan al público en general (cfr. la Resolución de 20 de diciembre de 2019 y la Instrucción también de 20 de diciembre de 2019) debe ahora reiterarse.

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. (...)».

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Hechas estas consideraciones previas, debe determinarse si en el presente caso el préstamo formalizado en la escritura calificada comporta por parte de la sociedad prestamista –como sostiene el registrador– el ejercicio profesional de la actividad de concesión de préstamos, con los elementos objetivos y subjetivos que determinan la aplicación de la Ley 2/2009.

Este criterio no puede ser confirmado, si se tiene en cuenta el ámbito de aplicación de la citada Ley 2/2009. Así, el artículo 1.1 de esta Ley, en su redacción originaria, establecía lo siguiente: «Lo dispuesto en esta Ley será de aplicación a la contratación de los consumidores con aquellas personas físicas o jurídicas (en adelante, las empresas) que, de manera profesional, realicen cualquiera de las actividades que consistan en: a) La concesión de préstamos o créditos hipotecarios bajo la forma de pago aplazado, apertura de crédito o cualquier otro medio equivalente de financiación. b) (...)». Pero la disposición final novena de la Ley 5/2019 modificó dicho precepto, que quedó redactado de la siguiente forma: «Lo dispuesto en esta Ley será de aplicación a la contratación de los consumidores con aquellas personas físicas o jurídicas (en adelante, las empresas) que, de manera profesional, realicen cualquiera de las actividades que consistan en: a)

La concesión de préstamos o créditos hipotecarios, distintos a los previstos en el artículo 2.1.a) y b) de la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, bajo la forma de pago aplazado, apertura de crédito o cualquier otro medio equivalente de financiación. b) (...)».

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

Tampoco puede olvidarse que tanto la Ley 2/2009 como la Ley 5/2019 se aplica a préstamos concedidos «de manera profesional»; según el artículo 2.1, último párrafo, de la Ley 5/2019: «Se entenderá que la actividad de concesión de préstamos hipotecarios se desarrolla con carácter profesional cuando el prestamista, sea persona física o jurídica, intervenga en el mercado de servicios financieros con carácter empresarial o profesional o, aun de forma ocasional, con una finalidad exclusivamente inversora». Y debe ponerse en relación este requisito con uno de los presupuestos necesarios para que los préstamos concedidos por el empleador a empleados queden excluidos de la aplicación de la Ley 5/2019, cual es que sea concedido a título accesorio, lo que se refiere como ya se ha expuesto anteriormente a que ese tipo de préstamos sea, para el prestamista, accesorio respecto de su actividad principal, como ocurre en el presente caso con la sociedad de seguros, pues la concesión de préstamos a sus empleados no tiene por finalidad obtener mediante aquellos unos beneficios aceptables que cumplan con el ánimo de lucro que constituye la finalidad propia de las sociedades mercantiles, sino otra distinta, como puede ser el cumplimiento de una política social de la empresa que se diseña a través del convenio, o la mejor implementación de la política de personal, concediendo a los empleados un incentivo adicional como es la obtención de estos préstamos en condiciones privilegiadas. Así, resulta claro que, de este tipo de préstamos a empleados, accesorios respecto de la actividad principal de la prestamista (aseguradora), no puede afirmarse que se realicen «con una finalidad exclusivamente inversora». Y, por otra parte, del ámbito de aplicación de la referida Ley 2/2009 resultan claramente excluidos los préstamos garantizados con hipoteca que recaiga sobre inmueble residencial, como ocurre en el presente caso.

4. Según el segundo de los defectos expresados en la calificación impugnada, considera el registrador que, conforme al artículo 114 de la Ley Hipotecaria, no es posible por su carácter imperativo pactar un interés moratorio diferente al de tres puntos superior al remuneratorio, aunque sea inferior como ocurre en este caso.

Ciertamente, la Dirección General de los Registros y del Notariado en su interpretación del apartado 2 del artículo 25 de la Ley 5/2019 ha entendido que «frente al régimen general de autonomía de la voluntad dentro de los límites legales en la contratación, el legislador español ha optado por un régimen de exclusión de la misma en materia de intereses de demora, con el fin de evitar cualquier discusión sobre la transparencia o abusividad de la cláusula reguladora de dichos intereses. Se trata, pues, de una decisión de política legislativa que excluye por completo la negociación, y por consiguiente la fijación de un tipo de demora inferior al legal» (Resoluciones de 5 y 19 de diciembre de 2019 y 15 y 28 de enero de 2020).

Pero, al margen de dicha interpretación sobre la que ahora no debe decidirse, es también cierto que en el presente caso dicha norma no es aplicable, como ha quedado expuesto, y no puede obviarse que se trata de un préstamo concedido por un empleador a su empleado (que es precisamente lo que tiene como consecuencia que no se aplique la Ley 5/2019). Por ello, la cuestión planteada por la calificación recurrida debe analizarse desde esta perspectiva y a la luz del artículo 28.3 de la Directiva 2014/17/UE, el cual establece con relación al interés de demora en la ejecución hipotecaria que: «Los Estados miembros podrán autorizar a los prestamistas a imponer recargos adicionales al

consumidor en caso de impago. Los Estados miembros que se acojan a esta posibilidad determinarán el valor máximo de tales recargos».

El tipo de interés legal de demora en los préstamos hipotecarios a que se refiere el citado artículo 114 de la Ley Hipotecaria en el caso concreto ahora analizado debe ser interpretado atendiendo a la interpretación literal y teleológica de la Directiva 2014/17/UE, como un tipo legal máximo respecto de la entidad prestamista, pero no respecto del prestatario que tenga la consideración de consumidor.

Carecería de sentido la finalidad de protección de la Directiva 93/13/CEE frente a cláusulas abusivas si no existiera la posibilidad para el consumidor de reducir el tipo máximo del interés de demora fijado por la ley o incluso de no pactarse tipo de interés de demora alguno. No parece que la Directiva 2014/17/UE haya querido modificar el nivel de protección del consumidor establecido en la Directiva 93/13/CEE, por lo que el artículo 114, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria (modificado, como se ha expuesto, por disposición final primera, apartado «Dos» de la Ley 5/2019) en un supuesto como el presente excluido de la aplicación de dicha Ley 5/2019, y teniendo en cuenta que se trata de un norma relativa a la responsabilidad que por intereses de demora puede garantizar la hipoteca, debe interpretarse entendiendo que, al establecer un tipo legal de demora, se excluye la fijación del interés moratorio de la posibilidad de negociación de los particulares en perjuicio del consumidor.

Si se siguiera la interpretación literal del artículo 114 de la Ley Hipotecaria que propugna el registrador en su nota de calificación resultaría que no cabría pactar en el presente caso particular de préstamo de empleador a empleado (préstamo excluido del ámbito de aplicación de la Ley 5/2019) intereses de demora inferiores a los tres puntos por encima del interés remuneratorio. En definitiva, tal consumidor resultaría perjudicado por la referida reforma legislativa.

Es cierto que las normas de transposición de la Directiva pueden incrementar en el Derecho nacional el nivel de protección del consumidor, pero lo que no tiene sentido es acudir a una interpretación no literal de la Directiva que disminuya ese nivel de protección.

Debe advertirse, además, que precisamente por tratarse de préstamo a empleado y en atención a esta cualidad se concede en condiciones mejores de las que se ofrecen al público en general, proporcionando al trabajador una retribución adicional, y entre esas condiciones más favorables se puede incluir, sin duda, un interés de demora inferior al fijado legalmente.

En consecuencia debe concluirse que, en un caso como el presente, el carácter imperativo del artículo 114, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria, y concretamente la prohibición de pacto en contrario en materia de intereses de demora están referidos a la forma de cálculo del interés de demora, a la prohibición de capitalización y al tipo máximo fijado por la ley, tipo que –en caso de préstamos hipotecarios con consumidores– regirá en defecto de cláusula expresa más favorable en beneficio del consumidor.

Por último, debe acogerse favorablemente la alegación del recurrente cuando afirma que la redacción de la escritura no se contradice con el régimen legal actual, pues contiene las dos precisiones esenciales contenidas en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria, respecto del límite máximo y respecto de su capitalización.

Atendiendo a las circunstancias de hecho y a los Fundamentos de Derecho expuestos, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la calificación impugnada.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 12 de junio de 2020.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.