

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

- 10150** *Resolución de 13 de junio de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación de la registradora de la propiedad de Salamanca n.º 3, por la que se deniega la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario concedido por la indicada entidad por la razón de considerar abusiva la cláusula referida al interés moratorio.*

En el recurso interpuesto por doña S. C. T., en nombre y representación de la entidad «Caja Rural de Salamanca, S.C.C.», contra la nota de calificación de la registradora de la Propiedad de Salamanca número 3, doña Cecilia Sánchez Fernández-Tresguerres, por la que se deniega la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario concedido por la indicada entidad por la razón de considerar abusiva la cláusulas referida al interés moratorio.

#### Hechos

I

Mediante escritura otorgada ante el notario de Salamanca, don Carlos Hernández Fernández-Canteli, el día 27 de diciembre de 2018, con el número 4.388 de protocolo, dos personas físicas constituyeron hipoteca sobre una finca de su propiedad, una vivienda sita en la ciudad de Salamanca, que se declaraba que no era su vivienda habitual, en garantía de un préstamo hipotecario concedido por la entidad «Caja Rural de Salamanca, S.C.C.», a favor de las mismas personas hipotecantes, destinado a «la cancelación de préstamos varios y a la adquisición de una cabeza tractora para el ejercicio de su actividad empresarial» de ambos, y en el que aparecía como avalista una hija de los mismos.

II

Presentada telemáticamente dicha escritura el mismo día de su otorgamiento en el Registro de la Propiedad de Salamanca número 3, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria (reformado por Ley 24/2001 de 27 de diciembre) y 100 del Reglamento Hipotecario:

La Registradora de la Propiedad que suscribe, previo examen y calificación del documento presentado el día 27/12/2018, bajo el asiento número 1757 del Tomo 34 del Libro Diario y número de entrada 1897/2018, que corresponde a Escritura de préstamo hipotecario otorgada por Caja Rural de Salamanca, autorizada por Don Carlos Hernández Fernández-Canteli, el día 27/12/2018, bajo el número 4388 de su Protocolo, he resuelto suspender la práctica de los asientos solicitados en base a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho:

Hechos:

Resultan de la cláusula sexta de la escritura que es objeto de calificación, cuando estipula un interés de demora fijado en el tipo fijo del 17,56%, cuando la finalidad del préstamo, de un lado, es mixta –cancelar «préstamos varios» y adquirir maquinaria necesaria para el ejercicio de actividad industrial–, y de otro lado, interviene Doña L. A.

G. como avalista, sin que conste su profesión y resultando del documento que actúa en un ámbito ajeno a la actividad mercantil/industrial de los prestatarios hipotecantes, Don J. O. A. S. y Doña M. P. G. R.

#### Fundamentos de Derecho:

Resultan del marco normativo general de protección del consumidor, definido por los Directivas 2011/83/UE, por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE, y el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, cuyo artículo 3 establece, con carácter general:

"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."

Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.»

La Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016, que en la contratación con consumidores, declara abusivo todo tipo de interés de demora que exceda en dos puntos del tipo de interés ordinario pactado en el contrato.

Y el Auto del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta) de 19 de noviembre de 2015, que, en síntesis de doctrina, establece que los artículos 1, apartado 1 y 2 letra b) de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que dicha Directiva pueda aplicarse a un contrato de garantía inmobiliaria o de fianza celebrado entre una persona física y una entidad de crédito para garantizar obligaciones que una sociedad mercantil o empresario ha asumido contractualmente frente, la referida entidad en el marco de un contrato de crédito, cuando esa persona física actúe con un propósito ajeno a la actividad profesional y carezca de vínculos funcionales con la citada sociedad.

Y, por considerarlo un defecto subsanable, procedo a suspender la práctica de los asientos solicitados.

No se toma anotación preventiva por defecto subsanable por no haber sido solicitada.

Contra esta calificación (...).

Salamanca, a veinticuatro de enero de 2019. La Registradora de la Propiedad (firma ilegible), Cecilia Sánchez Fernández-Tresguerres».

### III

La entidad «Caja Rural de Salamanca, S.C.C.» recibió el día 25 de enero de 2019 notificación de la expresada calificación desfavorable, por lo que, dentro del plazo de quince días, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria, se solicitó la aplicación del cuadro de sustituciones a fin de que por el registrador sustituto, correspondiendo tal asignación al registrador de la Propiedad de Alba de Tormes, se calificase favorablemente el título, acordando su completa inscripción. La registradora de la Propiedad accidental de Alba de Tormes, doña Sara Rubio Martín, con fecha 26 de febrero de 2019, formuló la correspondiente calificación sustitutoria en la que se confirmó la nota recurrida con la misma argumentación contenida en la precedente. Finalmente, con fecha 27 de febrero de 2019, se notificó la calificación sustitutoria desfavorable a la entidad solicitante.

## IV

Contra la nota de calificación sustituida, doña S. C. T., en nombre y representación de la entidad «Caja Rural de Salamanca, S.C.C.», interpuso recurso el día 25 de marzo de 2019 en virtud de escrito y los siguientes términos:

«Hechos y fundamentos.

Primero.—(...).

Tercero.—En primer lugar, y respecto a la finalidad de la operación, contrariamente a lo dispuesto en la calificación recurrida, la finalidad del préstamo está totalmente adscrita a actividad comercial/industrial de los prestatarios.

Tal como se establece en la cláusula Séptima de la referida escritura, así como en el Exponen II de la misma, la finalidad del préstamo es la «cancelación de préstamos varios y adquisición de cabeza tractora para el ejercicio de su actividad empresarial». La realidad, y lo que debe entenderse de dicha redacción, es que tanto los préstamos cancelados como la adquisición de la cabeza tractora eran para el ejercicio de la actividad profesional de los prestatarios.

No se trata de una operación con finalidad mixta, sino que el destino era completamente la actividad empresarial de los prestatarios. Así queda constatado igualmente con el manuscrito (...) en el que se manifiesta claramente por el propio prestatario que los préstamos cancelados con el préstamo hipotecarlo suscrito con Caja Rural de Salamanca también estaban destinados a la actividad profesional de los prestatarios.

Por tanto, se trata en este caso de un préstamo destinado íntegramente a actividad mercantil/industrial, por lo que no resultan aplicables ni la doctrina ni los controles relativos a consumidores.

Cuarto.—Sin perjuicio de la anterior alegación, y dado que la base de la calificación desfavorable recurrida es la consideración del interés de demora pactado como abusivo dada la intervención de D.<sup>a</sup> L. A. G. como garante persona física ajena a la actividad profesional objeto del préstamo, debemos manifestar que la nota de calificación impugnada contradice la doctrina de la DGRN, expresada en la Resolución número 13614/2017, de 31 de octubre de 2017 (RJ\2017\6060), que estableció que la condición de consumidor del garante de un préstamo hipotecario no determina la extensión del control de abusividad respecto de las cláusulas del contrato principal de préstamo garantizado, entre las que se encuentra el pacto sobre los intereses moratorios. En relación al que, tratándose de una operación de crédito entre profesionales en la que el prestatario actúa en el ámbito de su actividad empresarial, no resultan aplicables los controles normativos y jurisprudenciales de protección de los consumidores y, por tanto, tampoco los límites que respecto a los intereses moratorios de los préstamos hipotecarios ha impuesto el TS en la contratación con consumidores.

Por tanto, la calificación desfavorable recurrida infringe la doctrina de la DGRN resumida en la citada resolución, de tal manera que no resulta conforme a derecho la suspensión de la inscripción por este motivo, al no resultar aplicables al pacto sobre los intereses de demora alcanzado entre prestamista y prestatarios no consumidores, los controles de abusividad específicos de consumo; sin que la condición ajena de la garante respecto de la actividad profesional de los prestatarios a la que va destinada la operación implique a efectos del pacto sobre intereses moratorios la aplicación de los controles y criterios específicos de consumo.

Por lo expuesto,

A la Dirección General de los Registros y del Notariado solicito que admita el presente escrito, con los documentos que acompaño, tenga por presentado recurso gubernativo contra la calificación desfavorable de la Ilma. Sra. Registradora del Registro de la Propiedad número 3 de Salamanca de fecha 24 de enero de 2019 por la que acordaba suspender la inscripción de la escritura de préstamo hipotecario formalizada el 27 de diciembre de 2018 ante el Notario D. Carlos Hernández Fernández-Canteli, bajo

el número 4388 de su protocolo y, en su virtud y previos los trámites que procedan, dicte resolución por la que estimando el presente recurso, revoque la nota de calificación recurrida, ordenando la inscripción del título».

## V

Notificada la interposición del recurso al notario de Salamanca, Carlos Hernández Fernández Canteli, como autorizante de la escritura de préstamo hipotecario cuya inscripción se había suspendido, éste presentó el día 11 de abril de 2019 su escrito de alegaciones con el siguiente tenor:

«Carlos Hernández Fernández Canteli se adhiere al recurso planteado entendiendo que sin perjuicio del carácter accesorio del aval respecto a la operación principal de préstamo, habría que distinguir dos relaciones distintas:

- a) Entidad financiera-prestatario.
- b) Entidad financiera-avalista.

La primera relación sería una operación pura mercantil que se regiría por las condiciones generales establecidas en el préstamo.

La segunda relación en principio se regiría por las mismas condiciones con las limitaciones establecidas en la Ley de consumidores y usuarios.

Y todo ello en base a que si el aval se realizara fuera del documento del préstamo, como un documento separado y no del mismo documento, el aval no condicionaría las condiciones generales establecidas en el préstamo general».

## VI

La Registradora de la Propiedad emitió informe el día 8 de abril de 2019, confirmando la nota de calificación en todos sus extremos, y elevó el expediente a este Centro Directivo.

**Fundamentos de Derecho**

Vistos los artículos 1109, 1129, 1256, 1826, 1832, 1833 y 1852 del Código Civil; 12, 18, 19 bis, 27, 98, 107, 110.2, 114, 129.2.c), 130, 143, 324 y 326 de la Ley Hipotecaria; 7, 9, 51.6.<sup>a</sup>, 234.1.3.<sup>a</sup>, 235, 238 y 241 del Reglamento Hipotecario; 517.2.4 y 682 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil; 2, 3, 4 y 83 a 91 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias; 1, 3, 5, 7 y 8 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación; 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social; 2, 19 y 30 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios; 3 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; 3 de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo; 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; las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de marzo de 1998, 20 de enero de 2005, 13 de marzo de 2013 y 21 de enero de 2015, y los autos del mismo tribunal de 19 de noviembre de 2015 y 14 de septiembre de 2016; las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1996, 24 de febrero de 1997, 9 de marzo de 2001, 5 de

octubre de 2005, 19 de abril de 2006, 4 de julio y 12 de diciembre de 2008, 27 de mayo y 16 de diciembre de 2009, 18 de junio de 2012, 9 de mayo y 13 de septiembre de 2013, 8 de septiembre de 2014, 25 de marzo, 22 de abril y 23 de diciembre de 2015, 17 y 18 de febrero y 3 de junio de 2016, 5 de abril y 7 de noviembre de 2017 y 17 de mayo de 2018; la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 30 de septiembre de 2015; el auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 6 de abril de 2016; la sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 1 de San Sebastián de 2 de octubre de 2014; la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Écija de 11 de diciembre de 2015; la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 11 de Bilbao de 23 de mayo de 2017, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 y 19 de septiembre y 28 de noviembre de 2013, 5 de febrero, 25 de abril, 23 de julio, 1 de agosto, 9 y 13 de septiembre y 2, 3, 4, 6 y 9 de octubre de 2014, 22 de enero, 4 de febrero, 30 de marzo, 28 de abril, 13, 22 y 28 de julio, 25 de septiembre, 9, 10 y 21 de octubre, 10 y 17 de noviembre y 21 de diciembre de 2015, 4 de enero, 10 de febrero, 9 y 10 de marzo, 1 de julio y 24 de noviembre de 2016 y 26 de julio de 2017, sobre aplicación 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, en general, y de 29 de septiembre de 2014 y 14 de julio y 31 de octubre de 2017, específicas en cuanto a los garantes de deuda ajena.

1. Cuestiones a resolver. En el presente expediente, dados los términos del recurso interpuesto, son dos las cuestiones a resolver: la primera, si en un préstamo destinado a una finalidad mixta es aplicable la normativa de protección de los consumidores, ya que la registradora calificante considera que la expresión de «cancelar préstamos varios» no tiene carácter empresarial. Y la segunda, estriba en analizar si se ajusta o no a Derecho la cláusula de la escritura de préstamo hipotecario relativa al devengo de un interés moratorio fijo del 17,56% (superior en más de dos puntos porcentuales al ordinario pactado), ya que la registradora calificante la considera abusiva por entender que la avalista interviniente, doña L. A. G., tiene la condición de consumidora y ello condiciona el contenido de las cláusulas del préstamo hipotecario avalado.

2. Antes del examen de esos defectos debe determinarse si el préstamo hipotecario objeto del recurso se encuentra o no sujeto a la legislación sobre protección de los consumidores y en qué medida (Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios de 2007, Ley 2/2009, etc.), ya que la contestación que se dé a la misma puede condicionar la respuesta que deba darse a la cuestión de fondo jurídico acerca de la abusividad de los intereses moratorios pactados.

Para ello debe tenerse en cuenta que en este supuesto concurren las siguientes circunstancias: a) el prestamista es una entidad financiera; b) los prestatarios e hipotecantes son dos personas físicas que manifiestan se decidan a una actividad empresarial agrícola; c) el destino del préstamo es «cancelar préstamos varios y adquirir maquinaria necesaria para el ejercicio de actividad industrial»; d) la avalista es una persona física: la hija de los prestatarios que no se indica tenga una relación funcional con la empresa o industria de éstos; y e) la finca hipotecada es una vivienda que se manifiesta expresamente que no constituye la vivienda habitual de los prestatarios, aunque en la comparecencia se indica que es su domicilio.

Además, concurren las circunstancias de que la Ficha de Información Personalizada (FIPER) ha sido suscrita tanto por los prestatarios como por el avalista, todos los cuales también han redactado la expresión manuscrita acerca de su conocimiento sobre la existencia de cláusula suelo a que se refiere el artículo 6 de la Ley 1/2013 de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios. En cuanto la información y asesoramiento notarial, el aval se ha firmado como una estipulación más dentro del contrato de préstamo hipotecario y con unidad de acto con el mismo, por lo que debe entenderse también cumplida respecto a la avalista.

3. Determinación de la normativa aplicable. El artículo 2 de la Directiva 93/13/CEE de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, define la condición de «consumidor» como «toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional», y como «profesional» a «toda persona física o jurídica que, en las transacciones reguladas por la presente Directiva, actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada».

De conformidad con ese marco normativo, el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, señala que constituyen su ámbito de aplicación «las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios» (artículo 2); se consideran consumidores o usuarios «las personas físicas o jurídicas o entidades sin personalidad jurídica que actúan en un ámbito ajeno a una actividad comercial, empresarial, oficio o profesión» (artículo 3) y, se consideran empresarios «toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión» (artículo 4). Y la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios, señala en el artículo 1 que constituye su ámbito de actuación: «1. 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 (...) Tienen la consideración de consumidores las personas físicas y jurídicas que, en los contratos a que se refiera esta Ley, actúan en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional».

En el presente supuesto los prestatarios-hipotecantes, que son cónyuges, manifiestan que el destino del préstamo es «cancelar préstamos varios y adquirir una cabeza tractora para el ejercicio de actividad empresarial» de los prestatarios, sin precisar si esos préstamos pertenecían a ámbito privado o empresarial; y no determinan expresamente cuál de ellos es el empresario, sino que se hace referencia únicamente a la parte prestataria, por lo que debe entenderse que ambos se decidan a la actividad empresarial de transporte de mercancías (agrícola según la registradora calificante).

La registradora calificante considera que es aplicable la normativa de protección de los consumidores respecto de los prestatarios, primero, porque en la escritura no se reseña por el notario la profesión de cada uno en la comparecencia, exigencia de la Ley 10/2010, de 28 de abril, lo que excluiría la presunción de ejercicio conjunto de la industria o comercio. Y, segundo, porque la expresión de «cancelar préstamos varios» no tiene per se carácter empresarial, pudiendo incluir préstamos de carácter privado, y ese destino empresarial no se puede presumir, de conformidad con el principio contra proferentem que inspira la normativa europea y española en materia de protección del consumidor. Por tanto, sigue diciendo, se trata de un préstamo de finalidad mixta –sólo parcialmente destinado a financiar una actividad empresarial o profesional– que debe ser considerado como consumidor, como se desprende, según manifiesta en su informe, del considerando 17 de la Directiva 2011/83, de derechos de los consumidores, y del idéntico considerando 12 de la Directiva 2014/17, sobre crédito inmobiliario.

Adicionalmente, se señala en el informe como argumentación complementaria, que el Tribunal Supremo ha afirmado en reiterada jurisprudencia la naturaleza civil de la actividad agrícola, que puede constituir objeto social de una sociedad civil a efectos del artículo 1666 del Código Civil y 116 del Código de Comercio, con fundamento, en lo aplicable al caso, en los artículos 311 y 326 del mismo Código. Este criterio, sigue diciendo la registradora, ha sido validado en el ámbito fiscal, donde la Dirección General de Tributos, en su Consulta Vinculante 2380/2015, de 28 de julio, ha señalado que, puesto que las actividades agrícolas están excluidas del ámbito mercantil, la sociedad civil cuyo objeto social sea la actividad agrícola no tendrá la consideración de

contribuyente del Impuesto de Sociedades por no cumplir los requisitos establecidos en el artículo 7.1.a) de la Ley del Impuesto sobre Sociedades y que, consecuentemente, seguirá tributando como entidad en atribución de rentas conforme al régimen especial regulado en la Sección 2 del Título X de la Ley de Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Respecto a estas afirmaciones debe señalarse, en primer lugar, que, en el ámbito del ejercicio del comercio por persona casada y la consideración de consumidor del cónyuge no comerciante, el Tribunal Supremo en su Sentencia número 594/2017, de 7 de noviembre, considera, en su supuesto semejante, que la esposa (o, en su caso, el esposo), también prestataria, si bien no actuó en el marco de su propia actividad empresarial, sí tenía una vinculación funcional con dicha actividad, por cuanto, en el derecho mercantil español, los cónyuges no son ajenos a las deudas contraídas por sus consortes en el ejercicio del comercio, debiendo responder de las mismas en base a los artículos 6 y 7 del Código de Comercio, que regulan la responsabilidad del cónyuge del empresario respecto a la actividad realizada por éste, salvo oposición expresa.

En cuanto al supuesto de contratos mixtos o de doble finalidad –privada y empresarial–, la regla imperante en materia de protección de consumidores no es la de aplicación automática de esta normativa especial en caso de concurrencia de una finalidad personal, sino la de aplicación de la normativa correspondiente al objeto predominante del contrato, en el caso de los préstamos y créditos, la cifra cuantitativamente mayor del capital destinado a la finalidad empresarial –cabeza tractora– o de la destinada a una finalidad personal –cancelación de préstamos varios–, si es que lo fuera.

A este respecto, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de enero de 2005, C-464/01 (asunto Bay Wa AG), consideraba que en tales supuestos de contratos de doble finalidad no es aplicable la normativa de consumidores salvo que el uso profesional sea marginal hasta el punto de tener un papel insignificante en el contexto global de la operación de que se trate, siendo irrelevante a este respecto el hecho de que predomine el aspecto no profesional.

Pero este criterio no ha sido recogido por las Directivas 2011/83, sobre los derechos de los consumidores, y 2014/17, sobre contratos de crédito celebrados con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, que en sus considerandos 17 y 12 respectivamente señalan que: «No obstante, en el caso de los contratos con doble finalidad, si el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona y el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato, dicha persona deberá ser considerada como consumidor». Esta misma criterio ha sido recogida por la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2017, en la que se resuelve un supuesto de contrato con doble finalidad (personal y profesional), estableciendo que «el criterio del objeto predominante ofrece una herramienta para determinar, a través de un examen de la globalidad de las circunstancias que rodean al contrato –más allá de un criterio puramente cuantitativo– y de la apreciación de la prueba practicada, la medida en que los propósitos profesionales o no profesionales predominan en relación con un contrato en particular. De manera que, cuando no resulte acreditado claramente que un contrato se ha llevado a cabo de manera exclusiva con un propósito ya sea personal, ya sea profesional, el contratante en cuestión deberá ser considerado como consumidor si el objeto profesional no predomina en el contexto general del contrato, en atención a la globalidad de las circunstancias y a la apreciación de la prueba».

En el supuesto que nos ocupa, es cierto de la escritura de préstamo hipotecario no resulta cuál es el destino predominante del préstamo, al no señalarse la cuantía aplicable a cada finalidad, y que el Tribunal Supremo ha establecido en la Sentencia dictada que la carga de la prueba corresponde al predisponente, presumiéndose, en caso contrario, una presunción de finalidad personal o lo que es lo mismo que a falta de prueba el contratante deberá ser considerado consumidor. Ahora bien, el documento manuscrito firmado por los prestatarios (documento 6) y presentado junto con el escrito de recurso,

en el que manifiestan expresamente que los préstamos que se pretenden cancelar son propios de su actividad empresarial (compra de camión, de plataforma de camión y de circulante para el negocio), podría constituir suficiente prueba de que la finalidad del préstamo, en realidad, no es mixta sino exclusivamente profesional.

Por último, respecto a la situación que excluye las actividades agrícolas del ámbito mercantil, debe señalarse que el hecho cierto de que los agricultores y ganaderos no estén sometidos al Derecho Mercantil, no impide su calificación como empresarios en los términos de la legislación sobre consumo y, en este sentido, la redacción dada al artículo 3 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios por la Ley 3/2014, según la cual son consumidores «las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión», llevan claramente a considerar como «no consumidor» a aquella persona física o jurídica, que adquiere maquinaria agrícola para integrarla en los usos propios de la actividad concreta de que se trate.

Pero es que, además y fundamentalmente, de los términos de la escritura calificada y de la documentación complementaria lo que resulta es que la empresa de que son titulares los prestatarios no es agrícola sino de transporte de mercancías por carretera o similar, pues es el correcto significado de la expresión «cabeza tractora» es el de camión y no de tractor, lo que por si hubiera alguna duda se ratifica en el aludido documento número 6, que se acompaña al recurso, en el que se habla expresamente de compra de camiones.

De todo lo expuesto se infiere que en el presente supuesto los prestatarios personas físicas tienen la condición de consumidores, dado que con la documentación aportada en ese momento de realizar la calificación recurrida, no resultó acreditado que el préstamo tuviere por finalidad exclusiva o predominante una inversión destinada a la actividad empresarial propia de los prestatarios.

Por tanto, sin perjuicio de la posibilidad de acreditar lo contrario mediante la aportación de documentación adecuada al Registro de la Propiedad al solicitar una nueva calificación, en el marco de este recurso, procede determinar la aplicación de la legislación de consumo al contrato de préstamo objeto del mismo y, por tanto, la limitación a la cláusula de intereses de demora de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016 de un sobregiro de dos puntos sobre el interés ordinario, lo que supone que la previsión contractual de un interés de demora del 17,56% sería nula por abusiva.

4. Determinación de la normativa aplicable. Pero el ámbito de aplicación de la normativa de protección de consumidores no se limita a las personas deudoras principales del crédito, verdaderos beneficiarios del mismo, ni atiende solamente al destino o finalidad por la que el mismo se concede, sino que su aplicabilidad se extiende a aquellos supuestos en que interviene un fiador, avalista o garante en general que, siendo consumidor, procede a garantizar un préstamo o crédito concedido a un no consumidor, porque para la determinación del carácter de consumidor del garante se debe atender a las partes que intervienen en el contrato de garantía o de fianza y no en el contrato principal. Es decir, constatada la existencia de dos relaciones jurídicas distintas, una principal y otra accesoria, las mismas deben ser contempladas de manera autónoma, sin que la accesoria (garantía) por se asuma la naturaleza que tuviere la principal (préstamo).

Los Autos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de noviembre de 2015, C-74/15 (asunto Tarcau) y de 14 de septiembre de 2016, C-534/15 (asunto Dumitras), en el primero de los cuales se solicitaba anulación de los contratos de garantía hipotecaria y de la fianza y en el segundo la nulidad de determinadas cláusulas de los contratos de crédito por abusivas, señalan que «los artículos 1, apartado 1, y 2, letra b), de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que dicha Directiva puede aplicarse a un contrato de garantía inmobiliaria o de fianza celebrado entre una persona física y una entidad de crédito para garantizar las

obligaciones que una sociedad mercantil ha asumido contractualmente frente a la referida entidad en el marco de un contrato de crédito, cuando esa persona física actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional y carezca de vínculos funcionales con la citada sociedad».

Los argumentos de estos autos (adoptan esta forma porque la respuesta a esta cuestión prejudicial no suscita ninguna duda razonable en el tribunal –artículo 99 del Reglamento de Procedimiento–), tomando como modelo el primero, son los siguientes: a) las normas uniformes sobre cláusulas abusivas deben aplicarse a todos los contratos celebrados, sean del tipo que sean, entre un profesional y un consumidor (apartado 21), por lo que, sin perjuicio de las posibles excepciones, el objeto del contrato carece de pertinencia para definir el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CEE, al contrario que otras Directivas cuyo ámbito de aplicación es más específico (apartado 22); b) la Directiva 93/13/CEE define los contratos a los que se aplica atendiendo a la condición de los contratantes, según actúen o no en el marco de su actividad profesional (apartado 23), lo que responde a la idea «que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas» (apartado 24); c) esta protección es especialmente importante en el caso de un contrato de garantía o de fianza celebrado entre una entidad financiera y un consumidor porque el compromiso personal del garante o del fiador de pagar la deuda asumida contractualmente por un tercero comporta para quien lo asume obligaciones onerosas, que tienen como efecto gravar su propio patrimonio con un riesgo financiero a menudo difícil de calibrar (apartado 25), y d) si bien el contrato de fianza o garantía puede calificarse, en cuanto a su objeto, de contrato accesorio con respecto al contrato principal del que emana la deuda que garantiza, se trata de un contrato distinto desde el punto de vista de las partes contratantes, ya que se celebra entre personas distintas de las partes en el contrato principal y, por tanto, la calidad en la que las mismas actuaron debe apreciarse con respecto a las partes en el contrato de garantía o de fianza (apartado 26).

De conformidad con esta doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el actual criterio mayoritario de los órganos jurisdiccionales españoles se inclina por aplicar, al amparo del artículo 4 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial española, directamente la citada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la materia, acudiendo, como presupuesto previo para la determinación del ordenamiento jurídico aplicable, a la indagación acerca de la condición del fiador o hipotecante de deuda ajena, en su relación con el objeto garantizado o con su actividad profesional pues, como hemos visto, la condición de consumidor del garante no viene determinada por razón de la naturaleza de la obligación garantizada con la fianza.

Es por ello que, en la actualidad en el Derecho español, como ya ha declarado el Tribunal Supremo –Sala Civil– en su Sentencia número 1901/2018, de 17 de mayo, siguiendo camino marcado por numerosas Audiencias Provinciales, se entiende que la persona física que se constituye en garante de la ejecución de las obligaciones de una sociedad mercantil no tendrá la condición de «consumidor», en el sentido del artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13, cuando el órgano judicial competente aprecie que tal garantía está relacionada con sus actividades comerciales, empresariales o profesionales o se concede por razón de los vínculos funcionales que mantiene con dicha sociedad, como ser socio, administrador o apoderado. En caso contrario, es decir, cuando el fiador actúa con fines de derecho privado, incluso aunque reúna la condición de pariente próximo de los administradores o socios de la mercantil, sí se le reconoce la condición de «consumidor» y toda la protección derivada de la misma.

En consecuencia, no resultando de la documentación presentada que la avalista se encuentre de alguna manera vinculada funcionalmente con los empresarios a quienes se concede el préstamo, debe reconocerse que tiene la condición de consumidora y, por tanto, que la normativa de protección de los consumidores es aplicable al contrato accesorio de aval.

5. Efectos de la declaración del carácter de consumidor del garante. En cuanto a las consecuencias de declarar que el fiador o avalista tiene la condición de consumidor, las sentencias recaídas en los juzgados y audiencias españolas sobre esta materia han sido de tres tipos: a) aquellas que, como la sentencia de 2 de octubre de 2014 del Juzgado de lo Mercantil número 1 de San Sebastián o el auto de 11 de diciembre de 2015 Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Écija, anulan la cláusula de afianzamiento, declarando la nulidad de aval y la no ejecución del avalista, en tanto que considera que la renuncia a los derechos de excusión, orden, división y exclusión, no fue justificada ni transparente y tampoco se probó que fuese negociada; b) aquellas que, como la sentencia de 30 de septiembre 2015 de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, consideran que la renuncia a los expresados beneficios legales por parte del avalista le coloca en una posición jurídica prácticamente idéntica a la del deudor principal a quien avala y queda respondiendo de la misma manera que el deudor, pero se limitan a declarar nula la renuncia por el consumidor avalista a los derechos que le reconoce el Código Civil, pero se mantiene la validez del aval prestado, en todo lo demás, y c) aquellas otras a las que, como el auto de 6 de abril de 2016 de la Audiencia Provincial de Pontevedra o la sentencia de 23 de mayo de 2017 del Juzgado de Primera Instancia número 11 de Bilbao, la apreciación de la condición de consumidor del avalista o garante hipotecario, les lleva a aplicar la correspondiente normativa de protección del consumidor, y a anular por abusiva, a todos los efectos, la propia cláusula de intereses moratorio de un contrato de crédito, incluso respecto a los prestatarios, a pesar de que el préstamo tenía por objeto la financiación de una empresa.

Con todo, el Tribunal Europeo no establece que las cláusulas de garantía o fianza prestadas por estas personas en operaciones de préstamo con sociedades mercantiles sean nulas. El aval prestado no es nulo per se, sino que será el juez nacional, quien deberá valorar en cada caso, y con las pruebas existentes, si efectivamente la cláusula de garantía en sí misma es nula (si se ha obviado totalmente la legislación de consumo), o bien solo determinadas cláusulas del propio contrato de garantía, o eventualmente también del contrato de préstamo, son inaplicables al consumidor garante. El tribunal, deberá apreciar la nulidad de la cláusula si considera que no se informó adecuadamente al consumidor, de las consecuencias que lleva, en el caso de impago del avalado, la firma del contrato de garantía, o si, se produce para la entidad financiera una ventaja desproporcionada. O, puede declarar la cláusula de afianzamiento válida, pero apreciar que no le sean aplicables, la renuncia a los derechos de excusión, orden y división (que suele predisponerse en estos contratos); o incluso que no le sean aplicables alguna de las cláusulas del contrato de préstamo, como el tipo de interés de demora, la cláusula suelo o las de vencimiento anticipado, en caso de que no se hayan cumplido respecto de las mismas con el avalista los requisitos de transparencia material y las concretas cláusulas se consideren abusivas, aplicando la legislación de consumidores.

A este respecto el Tribunal Supremo, en la expresada Sentencia número 1901/2018, de 17 de mayo, la cual no declara la nulidad del aval, establece que únicamente procede declarar la ineficacia de la cláusula suelo respecto de la fiadora que carecía de vínculo funcional con la empresa prestataria, por falta de transparencia contractual, pero no respecto de la parte prestataria, ni respecto del resto de fiadores y garantes hipotecarios que sí tengan ese vínculo funcional; sin que ahora se prejuzgue sobre si esta conclusión jurídica podrá mantenerse o no tras la entrada en vigor de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

6. Efectos de la declaración del carácter de consumidor del garante. En el ámbito estrictamente hipotecario es destacar la doctrina sentada por esta Dirección General, referida al ámbito de aplicación del artículo 6 de la Ley 1/2013 de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios y la Orden EHA 2889/2011 de transparencia y protección de clientes de servicios bancarios, de hacer extensiva la protección que al consumidor prestatario dispensan tales normas (persona física que grava una vivienda de su propiedad), también al hipotecante no deudor persona física que grava una vivienda de su propiedad en garantía de una deuda ajena, aunque el deudor fuera una

entidad mercantil y el préstamo fuera destinado a su actividad mercantil, comercial o profesional.

Esta doctrina se encuentra recogida, entre otras, en las Resoluciones de 29 de septiembre de 2014 y 28 de abril de 2015. La Resolución de 29 de septiembre de 2014 señala que la exigencia de documento manuscrito impuesta por el artículo 6 de la Ley 1/2013 para los casos que el mismo prevé (singularmente, cláusulas suelo, multidivisas o swaps en los préstamos hipotecarios con consumidores), es aplicable no solo al prestatario consumidor persona física, sino también al hipotecante no deudor persona física, porque si bien el precepto habla específicamente de «cliente-deudor» y no se refiere al hipotecante no deudor, ello no debe llevar a una interpretación literal de la norma, sino que sobre ésta debe prevalecer una interpretación extensiva «pro-consumidor», en coherencia con la finalidad legal de favorecer la información, y por ende la protección, de los usuarios de servicios financieros; «máxime si como ocurre en el supuesto enjuiciado tal hipotecante asume una responsabilidad personal solidaria que le separa de la responsabilidad estrictamente limitada al bien garantizado que debe presidir la figura del hipotecante no deudor conforme al artículo 140 de la Ley Hipotecaria».

Por su parte la Resolución de 28 de abril de 2015 concluye que la normativa española sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (Orden EHA 2899/2011) es aplicable en los siguientes casos: «a) préstamos y créditos hipotecarios sobre una vivienda, aunque ésta no sea la habitual del hipotecante, siempre que pertenezca a una persona física, aunque ésta no sea el prestatario, que puede ser una persona jurídica; y b) préstamos y créditos hipotecarios en que el prestatario sea una persona física y que tengan por finalidad adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir (...)», un ámbito, por lo demás, muy semejante al de la nueva Ley 5/2019.

El problema que se plantea, una vez fijada la aplicabilidad de la normativa protectora de los consumidores a alguno o todos los garantes concurrentes, es determinar el ámbito y alcance registral de la misma o, dicho de otro modo, si tal aplicabilidad sólo se extiende al contenido concreto del contrato de garantía o fianza, o alcanza también al propio contenido del contrato, principal, de préstamo o crédito garantizado, en el momento de practicar la inscripción.

En este sentido, como regla general, se estima que si nos encontramos antes dos relaciones jurídicas distintas y autónomas y si la determinación de la aplicación de las normas uniformes sobre cláusulas abusivas debe apreciarse, como se ha explicado anteriormente, en atención a la calidad con la que los intervinientes actúan en el contrato de garantía (se encuentre éste incorporado al contrato de préstamo o se pacte posteriormente), el control de abusividad o de contenido del mismo debe circunscribirse a sus concretas cláusulas, pero no extenderse a las cláusulas específicas del contrato principal de préstamo garantizado, a la que le será aplicable la normativa que corresponda en atención, igualmente, a la condición de sus partes contratantes. Una cosa es que en el momento de aplicarse el aval o la garantía que fuere, determinada cláusula del contrato de préstamo no le sea aplicable al avalista o al hipotecante de deuda ajena; y otra bien distinta, que se deniegue la inscripción de tal cláusula cuando la misma sí es aplicable a los prestatarios e incluso a los hipotecantes de deuda ajena, porque tal denegación, al ser la inscripción de la hipoteca constitutiva, privaría de la posibilidad de accionar esa cláusula frente a las indicadas personas.

Así, serían abusivos o contrarios a normas imperativas, el pacto por el que el fiador se obligue a más que el deudor principal (artículo 1826 del Código Civil), el que exonere al acreedor negligente de consentir el beneficio de excusión del fiador en el supuesto de los artículos 1832 y 1833 del Código Civil, o el de renuncia a la extinción de la fianza cuando por algún hecho del acreedor no pueda quedar subrogado en los derechos o hipotecas del mismo (artículo 1852 del Código Civil). Pero como el contrato de aval o de fianza no es inscribible, tal nulidad carecería de efectos registrales.

También podrían ser abusivas e inaplicables respecto del garante, las cláusulas del contrato principal de crédito relativas a la limitación a la baja de los tipos de interés, a los

límites de los intereses moratorios o a los gastos repercutibles al deudor principal, cuando éste interviene dentro del ámbito de su actividad empresarial o profesional. Pero, como ya se ha indicado anteriormente, esta circunstancia no debe impedir la inscripción de esas cláusulas para que puedan ser aplicadas al prestatario.

Igualmente será de aplicación al contrato de garantía o fianza, en el que concurra la condición de consumidor en el garante, toda la normativa relativa a la información precontractual, requisitos de incorporación y transparencia material acerca de la concreta obligación que constituye su objeto, de sus condiciones económicas y de la trascendencia jurídica y económica de las obligaciones que el garante o fiador asume en caso de incumplimiento del deudor principal. Por tanto, en los contratos de fianza o garantía de un préstamo o crédito, las cláusulas que definen o delimitan el riesgo garantizado (las del préstamo) y el propio compromiso del fiador, forman parte del objeto mismo del contrato de garantía y, en tal concepto, no son susceptibles de apreciación de su carácter abusivo, que no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación; pero sí deben ser objeto del resto de los controles propios de la legislación sobre consumidores, en cuanto que el cumplimiento de los requisitos del proceso legal de contratación forma parte de la necesaria y adecuada comprensión por parte del garante-consumidor acerca de los riesgos que asume y de su cuantificación.

Como se ha indicado en el primer fundamento de derecho, en este contrato se han cumplido, tanto respecto de los prestatarios como respecto de la avalista, todos los requisitos de transparencia material que son susceptibles de control desde el ámbito de la calificación registral, como son la firma de la FIPER, su concreto contenido informativo y la confección de la denominada expresión manuscrita respecto a su conocimiento de la existencia de una cláusula suelo.

No obstante, aun cuando la aplicación de la legislación de consumo al contrato de fianza no provoca efectos sobre la cláusula de los intereses de demora en la relación jurídica bilateral entre el prestamista y el prestatario en los términos indicados, sin embargo, dado que esta última, conforme a lo antes razonado, queda igualmente sujeta a la referida legislación de consumo por tratarse de un préstamo de finalidad mixta en la que no se ha acreditado oportunamente en el trámite de la calificación su finalidad predominante profesional o empresarial, procede confirmar el defecto relativo a la nulidad por abusividad de la cláusula de los intereses de demora en los términos más arriba señalados.

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

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, 13 de junio de 2019.—El Director General de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.