

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

10879 *Resolución de 27 de junio de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de Igualada n.º 2, por la que se deniega la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario por la razón de considerar abusiva la cláusula referida al interés moratorio.*

En el recurso interpuesto por doña Paula Alonso Rodríguez, notaria de Barcelona, contra la nota de calificación del registrador de la Propiedad de Igualada número 2, don David Melgar García, por la que se deniega la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario concedido por la entidad «Caixabank, S.A.» por la razón de considerar abusiva la cláusula referida al interés moratorio.

Hechos

I

Mediante escritura pública autorizada el día 27 de marzo de 2018, con el número 761 de protocolo, por el notario de Barcelona, don Marco Antonio Alonso Hevia, actuando en sustitución y para el protocolo de su compañera de residencia, doña Paula Alonso Rodríguez, dos personas físicas, don O. C. F. y doña V. L. E, y una sociedad, «Gestión para el Tratamiento de la LOPD, S.L.», recibieron un préstamo que otra persona física, doña R. C. P., garantizaba con hipoteca sobre una finca de su propiedad, una casa sita en Piera, perteneciente al Registro de la Propiedad de Igualada número 2, que se declaraba que no era su vivienda habitual, en garantía de un préstamo hipotecario concedido por la entidad «Caixabank, S.A.», con destino a una actividad empresarial, profesional o comercial.

II

Presentada telemáticamente el mismo día de su otorgamiento dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Igualada número 2, fue objeto de la siguiente nota de calificación que, en cuanto a lo que afecta a este recurso, señalaba:

«Nota de calificación.

Hechos:

Único. Se presenta escritura de préstamo hipotecario autorizada por el Notario de Barcelona D. Marco Antonio Alonso Hevia el 27 de marzo de 2018 (n.º 771 [sic]), en la cual, dos de los tres prestatarios son personas físicas, de profesión respectiva «comercial» y «dependiente de comercio» y el tercero una persona jurídica representada a su vez por la primera de las dos anteriores. La hipotecante no deudora es también persona física, de profesión, según la comparecencia, "jubilada".

En la cláusula 3.ª se estipula un tipo de interés remuneratorio del 3,95% anual.

En la cláusula 6.ª se estipula un tipo de interés de demora del 9%.

En la cláusula 8.ª se establece la responsabilidad hipotecaria por intereses de demora hasta un límite de 18 mensualidades al tipo convenido (es decir, al 9%).

Fundamentos jurídicos.

I

Aplicabilidad de la normativa protectora de los consumidores y usuarios a este contrato:

En primer lugar, debe partirse de la aplicación al contrato de préstamo objeto de la escritura calificada de dicha normativa y, más concretamente, del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (TRLDCU) y, en los preceptos correspondientes, la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña.

Conforme al artículo 3 párrafo 1.º del Texto primeramente citado:

"Artículo 3. Concepto general de consumidor y de usuario.

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."

En parecidos términos se expresa la Ley Catalana de Consumo en su artículo 111-2, cuya letra a) considera, a los efectos de la misma, como personas consumidoras y usuarias a las personas físicas o jurídicas que actúan en el marco de las relaciones de consumo en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional.

Este último Texto, en coherencia con su vocación de regulación general de las relaciones de consumo y de protección de las personas consumidoras y usuarias (v. Artículos 111-1 y 112-1 a 112-5, integrantes del Capítulo II "Principios informadores del derecho de consumo" del Título I del Libro I), mantiene un concepto amplio de aquéllas, en el que se incluyen expresamente los socios cooperativistas en las relaciones de consumo con la cooperativa. Asimismo, el artículo 111-1.2 sujeta a los preceptos de la Ley Las relaciones de prestación de servicios entre las personas físicas empresarias que estén dentro del régimen especial de trabajadores autónomos y las empresas prestadoras de servicios básicos y servicios de trato continuado, así como las relaciones entre éstas y los entes que tengan la consideración de microempresas de acuerdo con la Recomendación 2003/361/CE, de 6 de mayo.

Todo lo cual da cuenta del carácter expansivo de la regulación positiva de las relaciones de consumo y de la clara intención del legislador, tanto estatal como autonómico, de dotar a sus preceptos de la máxima proyección posible, tanto objetiva (tipos de relaciones) como subjetiva (sujetos a los que se extiende la protección legal).

Objetivos con los que resultaría incompatible una interpretación reduccionista del ámbito, tanto subjetivo como objetivo, de tales leyes, así como la posibilidad de elusión de sus preceptos mediante la inclusión en los contratos de adhesión de simples manifestaciones formularias, sucintas o genéricas sobre tales extremos.

Esto último tiene relevancia en el presente caso. En efecto, a pesar de manifestarse que el préstamo se destina a una finalidad empresarial y de que la prestataria es una sociedad mercantil, lo cierto es que al menos uno de los deudores es persona física y no tiene una profesión que, directa o indirectamente, pueda considerarse relacionada con el objeto social de la sociedad mercantil también deudora. En efecto, la Sra. L. es "dependienta en comercio", por lo tanto, trabajadora por cuenta ajena. El otro deudor es también persona física que actúa en nombre propio (sin perjuicio de que también lo haga como representante de la sociedad mercantil también deudora), y de profesión "comercial", sin más. En cuanto a la hipotecante no deudora, además de persona física, es "jubilada". Entendemos pues que la intervención en nombre propio de los deudores Sres. C. y L. y de la hipotecante no deudora Sra. C., con profesiones que nada tienen que ver con la actividad de la sociedad mercantil prestataria, impide entender el contrato incluido en la excepción del artículo 3 párrafo 1.º TRLDCU.

Así resulta tanto de la normativa de que se ha hecho mérito más arriba como de la jurisprudencia que la interpreta.

Por lo tanto, tales personas físicas deben ser consideradas frente a la prestamista como consumidoras y usuarias, de acuerdo con lo dispuesto en el precepto transcrito más arriba.

Esta conclusión es conforme con la finalidad protectora del TRLDCU, reflejada entre otros en su artículo 8 b), conforme al cual:

"Son derechos básicos de los consumidores y usuarios:

b) La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular frente a las prácticas comerciales desleales y la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos."

Finalidad que comparte La Ley Catalana de Consumo, cuyo artículo 123-1 considera como derecho básico de las personas consumidoras la protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; declarando en su artículo 112-1 el carácter básico y sujeto a especial protección de los derechos en ella reconocidos a las personas consumidoras y usuarias; y afirmando a su vez en el artículo 112-2, que "Las relaciones de consumo deben fundamentarse en la buena fe y el justo equilibrio de las posiciones jurídicas, lo que excluye las prácticas comerciales desleales o abusivas y la inserción de cláusulas abusivas en los contratos".

Ha de tenerse en cuenta que el efecto que se pretende con la afirmación de que el préstamo sí se destina a una finalidad empresarial es la no aplicación al mismo de las normas de protección de consumidores y usuarios. Efecto que juega en beneficio exclusivo de la parte que ha redactado unilateralmente el contrato e impuesto en bloque dicha redacción, y que supone, en el extremo relativo a los intereses de demora, la posibilidad de la prestamista de exigir un tipo mayor que el establecido jurisprudencialmente para los contratos sujetos a dicha normativa.

De este modo, sostener que la sola presencia como prestatario de un comerciante (artículo 2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio) es suficiente para situar al contrato extramuros de la normativa específica reguladora de las relaciones con los consumidores y usuarios, privando de su protección a los demás intervinientes, aunque no sean comerciantes ni profesionales o lo sean de distinto ramo que aquél, sería contrario al espíritu y a la letra tanto del TRLDCU como de los preceptos constitucionales que desarrolla.

No puede obviarse el carácter de derecho básico que el propio Texto atribuye a la protección de los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores y usuarios; en particular frente a las prácticas comerciales desleales y la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos (artículo 8 b); ni tampoco el carácter irrenunciable de tales derechos básicos, que el artículo 10 del mismo Texto reconoce:

"La renuncia previa a los derechos que esta norma reconoce a los consumidores y usuarios es nula, siendo, asimismo, nulos los actos realizados en fraude de ley de conformidad con lo previsto en el artículo 6 del Código Civil."

En paralelo, la Ley de Consumo de Cataluña dice en su artículo 112-3 que: "Los derechos que la presente ley otorga a las personas consumidoras son irrenunciables y es nulo cualquier pacto que los excluya."

Si la sola presencia de un comerciante ex lege bastase para privar de esa protección legal a los demás intervinientes no comerciantes ni profesionales, se estaría legitimando la renuncia por parte de éstos a derechos reconocidos por la Ley como irrenunciables, con vulneración frontal del precepto transcrito más arriba.

En este sentido se ha pronunciado con claridad la Sentencia n.º 135/2017, de 23 de mayo de 2017, del Juzgado de Primera Instancia n.º 11 de Bilbao, en un caso idéntico al presente. Dicho fallo parte de los pronunciamientos del Auto del TJUE (sala Sexta), de 19 de noviembre de 2015, AA C-74/15, caso Dumitru Tarfau vs. Banca Comerciala

Intesa Sanpaolo Románia SA y otros (ECLI: EU: C: 2015: 772), con relación a una cuestión prejudicial relativa a la interpretación de los artículos 1.1 y 2 b) de la Directiva 93/13 sobre cláusulas de los contratos celebrados entre profesionales y consumidores. En la referida resolución, el Tribunal zanja con claridad la cuestión declarando entre otras cosas que:

"26. En cuanto a si puede considerarse 'consumidor', en el sentido del artículo [sic] 2, letra b), de la Directiva 93/13, una persona física que se compromete a garantizar las obligaciones que una sociedad mercantil ha asumido contractualmente frente a una entidad bancaria en el marco de un contrato de crédito, procede señalar que si bien tal contrato de garantía o de fianza puede calificarse, en cuanto a su objeto, de contrato accesorio con respecto al contrato principal del que emana la deuda que garantiza [véase, en el contexto de la Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales (DO L 372, p. 31), la sentencia Dietzinger, C-45/96, EU:C:1998:111, apartado 18], se presenta como 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. 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.

30. Dadas estas circunstancias, procede responder a las cuestiones prejudiciales planteadas que los artículos 1, apartado 1, y 2, letra b), de la Directiva 93/13 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."

Razones por las cuales el Juzgado desestima la demanda y confirma la calificación negativa de la Registradora.

A mayor abundamiento y con invocación expresa del artículo 8 b) y d) del TRLDCU (derechos básicos a la protección de los legítimos intereses económicos y sociales, y a la información correcta sobre los diferentes bienes o servicios), ha de añadirse que, de ninguna parte de la escritura ni de la documentación incorporada a ella resulta que los hipotecantes no deudores-fiadores hayan tenido conocimiento de las consecuencias que supondría para ellos, tanto desde el punto de vista económico como del jurídico, la no aplicación al préstamo de la normativa específica de las relaciones con consumidores y usuarios. No consta pues que sean conscientes de que el tipo de intereses de demora que figura en la cláusula sexta del contrato sea consecuencia necesaria y directa de dicha exclusión, y de que, en otro caso tal tipo habría sido forzosamente inferior.

Aunque dictada para otro supuesto distinto, es útil la doctrina de la RDGRN de 10 de noviembre de 2016 que, con cita de reciente jurisprudencia (SsTS 9 de mayo de 2013 y 8 de septiembre de 2014), hace hincapié en el deber de información, como derivado del principio de buena fe, de especial intensidad en el ámbito de la contratación en masa.

Por todo ello, entendemos que no es conforme a Derecho la cláusula 6.^a, en cuanto que no respeta el límite fijado jurisprudencialmente a los intereses de demora en aquellos préstamos en que intervienen consumidores y usuarios, y que por tanto, el mismo debe ser objeto de reducción a dicho límite, esto es, el tipo de interés remuneratorio más dos puntos.

Por la misma razón, debe modificarse la cláusula 8.^a para ajustar la responsabilidad hipotecaria al tipo aplicable (...)

Contra la presente calificación (...)

Igualada, catorce de mayo de dos mil dieciocho El Registrador, Este documento ha sido firmado digitalmente por el registrador: don David Melgar García con firma electrónica reconocida.»

Caducado el citado asiento de presentación, por diligencia de subsanación de la anterior escritura, autorizada el día 28 de febrero de 2019 por la notaria de Barcelona, doña Paula Alonso Rodríguez, las tres indicadas personas físicas, doña R. C. P., don O.C. F. y doña V. L. E., comparecieron al objeto de realizar una serie de manifestaciones. Don O. C. F. y doña V. L. E. manifestaron que, si bien sus profesiones en el momento del otorgamiento de la escritura aclarada, eran las indicadas en la misma, ambos ejercen -y ejercían entonces-, de forma paralela, una actividad empresarial a través de la sociedad «Gestión para Tratamiento de la LOPD, S.L.», de la cual son los dos únicos socios. Doña R. C. P., que tiene la condición de hipotecante no deudora y que, por tanto, queda al margen de la relación del contrato de préstamo entre «Caixabank, S.A.» y los otros dos comparecientes.

Presentada nuevamente la escritura de préstamo hipotecario, junto con la diligencia de subsanación antes indicada, en el registro de la Propiedad de Igualada número 2, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Nota de calificación.

Hechos:

Único. Se presenta nuevamente escritura de préstamo hipotecario autorizada por el Notario de Barcelona D. Marco Antonio Alonso Hevia el 27 de marzo de 2018 (protocolo n.º 771 [sic]), la cual fue ya calificada negativamente mediante nota de 14 de mayo de 2018.

Se aporta ahora una diligencia en la que comparecen los mismos otorgantes que en la escritura para manifestar:

En cuanto a D. O. C. F. y D.ª V. L. E., deudores, que además de la profesión que indicaron en la comparecencia de la escritura de préstamo hipotecario, ejercen asimismo la actividad mercantil propia de la sociedad prestataria "Gestión para Tratamiento de la LOPD, SL", de la que son únicos socios;

En cuanto a D.ª R. C. P., hipotecante no deudora, que "queda al margen de la relación contractual derivada del préstamo entre Caixabank y los otros comparecientes".

Fundamentos jurídicos.

Único.

Se deniega nuevamente la inscripción, dando por reproducido, en aras de la brevedad, el contenido del FJ I de la nota de calificación anterior de 14 de mayo de 2018.

En efecto, si bien la manifestación hecha por los deudores podría servir para entender que concertaron el préstamo en ejercicio de la actividad empresarial propia de la mercantil prestataria, no ocurre lo mismo respecto de la hipotecante no deudora. Esta última carece de toda relación con la empresa y su actividad, por lo que sigue teniendo el carácter de consumidora y usuaria frente al Banco a quien garantiza con el inmueble de su propiedad. Por ello y dado que las responsabilidades derivadas de dicho contrato le afectarán igualmente, debe mantenerse la nota en los términos en que fue emitida y en consecuencia, deben modificarse las cláusulas 6.ª y 8.ª del contrato de préstamo en la forma que allí se expuso.

El defecto se considera subsanable, no extendiéndose anotación preventiva por no haberse solicitado.

Contra la presente calificación (...)

Igualada, catorce de marzo de dos mil diecinueve. El Registrador, Este documento ha sido firmado digitalmente por el registrador: don David Melgar García con firma electrónica reconocida.»

III

Contra la anterior nota de calificación, doña Paula Alonso Rodríguez, notaria de Barcelona, interpuso recurso el día 5 de abril de 2019 mediante escrito en los siguientes términos:

«(...) el defecto concreto señalado por el Registrador, y al que me opongo, es la vulneración de los límites aplicables a los intereses de demora en los préstamos hipotecarios con consumidores. Si bien es cierto que la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña, en su artículo 3.1, define quién es consumidor, habiendo sido declarado nulo el artículo 251-6. 4 de la misma Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña, por Sentencia del TC (Sala Pleno) número 54/2018, de 24 mayo 2018, los límites a los intereses de demora, en los préstamos hipotecarios con consumidores, se encuentran establecidos por Sentencia del TS de 3 de junio de 2016, así como en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria, de modo que la legislación que se invoca, es la estatal.

Este recurso tiene como antecedentes los siguientes hechos:

1. El día veintisiete de marzo de dos mil dieciocho, ante mí, se otorgó escritura de préstamo con garantía hipotecaria sobre la finca número 1344 de Piera, inscrita en el Registro de la Propiedad número 2 de Igualada.

Intervinieron en ella: don O. C. F. y doña V. L. E. como parte deudora, haciéndolo además don O. C. F. en representación de la mercantil Gestión para Tratamiento de la LOPD, S.L., también parte deudora; y doña R. C. P. como parte hipotecante no deudora, indicándose que el préstamo sí se destina a una finalidad empresarial, profesional o comercial.

En cuanto a sus profesiones, los otorgantes manifestaron ser: comercial, don O. C. F.; administrativa doña V. L. E.; y jubilada doña R. C. P.

El interés ordinario, pacto tercero, fue del 3.950%; el interés de demora, pacto sexto, fue del 9%; y el mismo tipo del 9% se aplicó a los efectos de determinar la responsabilidad hipotecaria, pactos sexto y octavo.

2. El día 14 de mayo de 2018, el Registrador titular del Registro de la Propiedad número 2 de Igualada, emitió nota de calificación en la que atribuyó carácter de consumidor tanto a don O. C. F. y doña V. L. E., parte deudora, como a doña R. C. P., parte hipotecante no deudora, y solicitó la adecuación del interés de demora para ajustarlo al límite de interés remuneratorio más dos puntos establecido por el Tribunal Supremo en su sentencia de 3 de junio de 2016, y, consecuentemente, la modificación del pacto octavo relativo a la determinación de la responsabilidad hipotecaria.

3. El día veintiocho de febrero de dos mil diecinueve comparecieron ante mí doña R. C. P., don O. C. F. y doña V. L. E., y manifestaron estos dos últimos que, si bien sus profesiones en el momento del otorgamiento de la escritura aclarada, eran las indicadas en la misma, ambos ejercen –y ejercían entonces–, de forma paralela, una actividad empresarial a través de la sociedad Gestión para Tratamiento de la LOPD, SL, de la cual son los dos únicos socios.

4. El día 14 de marzo de 2019, el Registrador titular del Registro de la Propiedad número 2 de Igualada, emitió nueva nota de calificación en la que se remitió a su calificación inicial, precisando que, "si bien la manifestación hecha por los deudores podría servir para entender que concertaron el préstamo en ejercicio de la actividad empresarial propia de la mercantil prestataria, no ocurre lo mismo respecto de la hipotecante no deudora. Esta última carece de toda relación con la empresa y su actividad, por lo que sigue teniendo el carácter de consumidora y usuaria frente al Banco a quien garantiza con el inmueble de su propiedad, Por ello y dado que las responsabilidades derivadas de dicho contrato le afectarán igualmente, debe mantenerse la nota en los términos en los que fue emitida y, en consecuencia, deben modificarse las cláusulas 6.ª y 8.ª del contrato de préstamos en la forma que allí se expuso." (...)

Ello expuesto, solicito de la Dirección General de los Registros y del Notariado la revocación de la calificación recurrida, ordenándose la práctica de la inscripción solicitada, sobre la base del siguiente fundamento único de Derecho:

No se discute el carácter de consumidor de la parte hipotecante no deudora, doña R. C. P., carácter que debe apreciarse con respecto a las partes intervinientes en el contrato de garantía hipotecaria, con independencia de la condición de las partes intervinientes en el contrato principal. No hay duda, por tanto, de que le es aplicable la normativa protectora de los consumidores. No obstante queda plantear, como hace la Dirección General de los Registros y del Notariado en resolución de fecha 31 de octubre de 2017, "si tal aplicabilidad sólo se extiende al contenido del contrato de garantía..., o alcanza también al propio contenido del contrato principal, de préstamo o crédito garantizado".

Ante esta pregunta, la Dirección General de los Registros y del Notariado estima que "si nos encontramos ante 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". Considera el órgano directivo que no serían abusivas "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 al os gastos repercutibles al deudor principal, cuando este interviene en el ámbito de su actividad empresarial o profesional, salvo que fuera otro su ámbito de aplicación".

Y continúa que "Determinado que la condición de consumidor del garante del préstamo hipotecario objeto de esta resolución no determina la extensión del control de abusividad respecto de las cláusulas del contrato principal de préstamo garantizado, se debe concluir que, en este supuesto, no son aplicables los límites que respecto de los intereses moratorios de los préstamos hipotecarios ha impuesto el Tribunal Supremo, ya que, como se ha indicado anteriormente, se trata de una operación de crédito entre profesionales en que el prestatario actúa en el ámbito de actividad empresarial y, por tanto, al margen de la normativa de protección de los consumidores".

No procede por ello la aplicación del límite establecido por Tribunal Supremo en su sentencia de 3 de junio de 2016.

Tampoco resultaría aplicable el límite establecido por el artículo 114 de la Ley Hipotecaria, pues el préstamo tiene una finalidad empresarial. No obstante, nótese que, siendo el interés legal del dinero vigente en el momento de la firma del contrato el 3%, el límite se cumple. No procede por ello la modificación del pacto sexto relativo a los intereses de demora. Tampoco procede, en consecuencia, la modificación del pacto octavo, relativo a la responsabilidad hipotecaria, por cuanto se remite al pacto sexto.

Es sobre la base de estos fundamentos de derecho que solicito a la Dirección General de los Registros y del Notariado estime este recurso y revoque la nota de calificación recurrida.»

IV

La registradora de la Propiedad interina de Igualada número 2, doña Esmeralda Pascual Chércoles, mantuvo la nota de calificación negativa objeto de recurso, emitió el preceptivo informe y elevó el expediente acompañado de la documentación necesaria 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.^a, 234.1.3.^a, 235, 238 y 241 del Reglamento Hipotecario; 517.2.4.^o 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 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 de 14 de julio y 31 de octubre de 2017, específicas en cuanto a los garantes de deuda ajena.

1. Cuestión a resolver. En el presente expediente, la única cuestión a resolver estriba en analizar si, concurriendo la figura del hipotecante en garantía de deuda ajena, persona física y consumidor, se ajusta o no a Derecho la cláusula de la escritura de préstamo hipotecario relativa al devengo de un interés moratorio fijo del 9% (estipulación 6.^a), superior en más de dos puntos porcentuales al interés ordinario pactado, también fijo del 3,95% (estipulación 3.^a), y si como consecuencia de ello debe modificarse paralelamente la responsabilidad hipotecaria por intereses moratorios, ya que en la estipulación 8.^a se determina la misma al tipo moratorio pactado (el citado 9%) y, además, en el último inciso de la estipulación 6.^a se señala que «a efectos hipotecarios el tipo garantizado de interés de demora nominal anual aplicable al préstamo será el nueve por ciento (9%)».

No se discute por la recurrente ni el carácter de consumidor de la persona hipotecante en garantía de deuda ajena, ni la aplicación de las Resoluciones de 19 de octubre de 2016, que permiten al registrador de la Propiedad aplicar en su calificación la jurisprudencia derivada de la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016 que considera abusivo, en los préstamos hipotecarios concertados entre un profesional del crédito y un consumidor, un interés de demora superior en más de dos puntos al interés ordinario pactado; doctrina que ha sido recogida por artículo 258.2 de la Ley Hipotecaria, reformado por la Ley 5/2019 de regulación de los contratos de crédito inmobiliario.

2. Las circunstancias del supuesto. Antes del examen de esas cuestiones, 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, 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) existen tres prestatarios, la mercantil «Gestión para Tratamiento de la LOPD, S.L.», y dos personas físicas, don O. C. F. y doña V. L. E., concurriendo en el primero la condición de administrador de la sociedad y, en ambos, el carácter de únicos socios de la misma (diligencia de subsanación); c) el destino del préstamo es una finalidad empresarial, profesional o comercial propia de la mercantil prestataria, y d) se hipoteca una casa de una persona física no deudora, la hipotecante en garantía de deuda ajena doña R. C. P., que manifiesta expresamente que la misma no constituye su domicilio habitual.

Por otra parte, no consta que se haya recibido información precontractual y que se haya firmado por parte de las personas físicas intervinientes, los prestatarios no beneficiados directos del crédito y la hipotecante de deuda ajena, la Ficha de Información Personalizada (FIPER) o, en su caso, la oferta vinculante, sino que únicamente se incorpora a la escritura de préstamo hipotecario un Anexo de las fórmulas matemática para el cálculo de las cuotas de amortización suscrito por los mismos.

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, por su parte, 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».

Además, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, junto con las tradicionales figuras de garantía del fiador, avalista o del hipotecante de deuda ajena (de vivienda u otro tipo de inmueble), considera también como garante a la figura del deudor solidario no beneficiario del préstamo (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17/3/1998, Asunto Dietzinger), es decir, aquellas personas que, aunque no sean los verdaderos destinatarios finalistas del crédito, asumen, sin embargo, directamente el pago del mismo y son parte en el contrato principal de préstamo o crédito. Por tanto, a estos deudores solidarios les será aplicable la jurisprudencia, que se expone en el apartado siguiente, según la cual la aplicación de la normativa de protección de los consumidores queda excluida si el garante (en este caso los prestatarios solidarios) guarda una vinculación funcional con la empresa prestataria al desarrollo de cuya actividad va dirigido el préstamo.

De no existir esa relación funcional de los prestatarios solidarios, no destinatarios finales del préstamo, con la empresa prestataria principal, la normativa de protección de los consumidores será aplicable en todos sus ámbitos, es decir, tanto en materia de transparencia material, como respecto del contenido de las cláusulas del préstamo hipotecario que habrán de adaptarse a dicha normativa porque el deudor solidario es parte directa en el contrato principal garantizado.

En el presente supuesto, como se ha indicado en el apartado anterior, los prestatarios personas físicas, no beneficiarios directos del crédito, manifiestan que el marido es administrador de la sociedad prestataria y que ambos son los únicos socios de la misma, con la que guardan, en consecuencia, una vinculación funcional, siendo, además, el destino del préstamo el propio de la actividad empresarial o comercial de la sociedad prestataria. De todo ello resulta que de conformidad con la doctrina y jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo español no es aplicable respecto de los mismos la normativa de protección de los consumidores en ninguna de sus facetas, como de hecho ya ha reconocido el registrador calificador en la recurrida segunda nota de calificación.

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).

Este carácter autónomo del contrato de garantía ha sido recogido en los Autos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de noviembre de 2015, C-74/15 (asunto Tarcău), y 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, los cuales 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 y/o hipoteca.

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 hipotecante de deuda ajena, doña R. C. P., tenga la condición de profesional o se encuentre de alguna manera vinculada funcionalmente con la empresa 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 garantía hipotecaria.

5. Efectos de la declaración del carácter de consumidor del garante. En cuanto a las consecuencias de declarar que el fiador, avalista o hipotecante no deudor 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 del 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 nacional 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 de 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, multivivas 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 garantizado, de préstamo o de crédito, 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 no consumidores, porque tal denegación, al ser la inscripción de la hipoteca constitutiva y dado los efectos que se anudan al artículo 130 de la Ley Hipotecaria, 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 no consumidor.

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 de garantía hipotecaria de un préstamo o crédito, las cláusulas que definen o delimitan el riesgo garantizado (las del préstamo) y el propio compromiso del fiador, deben ser objeto 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.

7. Efectos de la declaración del carácter de consumidor del garante. Como se ha indicado en el segundo fundamento de derecho, en el contrato de hipoteca que se trata no se han cumplido respecto de la hipotecante en garantía de deuda ajena, ninguno de los requisitos de transparencia material que son susceptibles de control desde el ámbito de la calificación registral, como son la firma de la FIPER o de la oferta vinculante, su concreto contenido informativo y, en su caso (no en el supuesto que nos ocupa), la confección de la denominada expresión manuscrita respecto a su conocimiento de la existencia de una cláusula suelo.

Por tanto, en el concreto supuesto objeto de este recurso no es inscribible la escritura de préstamo hipotecario porque la falta de los requisitos de incorporación y transparencia material respecto del hipotecante consumidor, objetivizados a efectos registrales a través de la suscripción de la Ficha de Información Personalizada, afecta al propio contrato de constitución del derecho real de hipoteca, el cual constituye el verdadero objeto de la inscripción.

En otro aspecto, es cierto que la aplicación de la legislación de consumo al contrato de fianza, aval o garantía en general no provoca, en la legislación vigente respecto del supuesto que se trata, efectos sobre la cláusula de los intereses de demora en la relación jurídica bilateral entre el prestamista y el prestatario no consumidor en los términos antes indicados, por lo que en esos supuestos, tal cláusula de intereses moratorios y su correlativa de la cobertura hipotecaria inmobiliaria, como regla general, deberán ser inscritas, sin perjuicio de su no aplicabilidad al garante consumidor en el momento en que el acreedor pretendiere hacer efectiva frente a él la garantía.

No obstante, cabe preguntarse si en el caso concreto de concurrencia de un hipotecante por deuda ajena, que tenga la condición de consumidor, puede existir alguna especialidad en lo relativo a la configuración de la responsabilidad hipotecaria por intereses moratorios.

A este respecto, debe recordarse la doctrina de este Centro Directivo relativa a que el carácter accesorio de la hipoteca respecto de la obligación garantizada (artículos 104 de la Ley Hipotecaria y 1957 del Código Civil) imposibilita la discrepancia entre los términos definitorios de la obligación asegurada y los de la extensión objetiva de la hipoteca en cuanto al crédito (artículos 9 y 12 de la Ley Hipotecaria); lo que provoca que la fijación del tipo máximo del interés, en este caso moratorio, a efectos de la fijación de la responsabilidad hipotecaria por tal concepto, no pueda ser superior al límite fijado, a efectos obligacionales, a la variabilidad del tipo de interés, o que no se puedan garantizar intereses que, según los términos del contrato, durante la vida del préstamo no podrán

generarse o que, por cualquier otra razón, no sean susceptible de una determinada cobertura hipotecaria (Resoluciones de 9 de octubre, 17 de noviembre y 21 de diciembre de 2015 y 21 de marzo de 2017).

La respuesta a esa pregunta no es unívoca, sino que dependerá de los concretos pactos concertados entre el acreedor hipotecario y el prestatario no consumidor. Así, si se hubieren pactado intereses remuneratorios variables, la aplicación del límite jurisprudencial para los intereses moratorios de no poder exceder de la adición de dos puntos al interés ordinario pactado, atribuye a aquellos también el carácter de variables y, en consecuencia, la necesidad de fijar un tipo máximo a efectos hipotecarios para los mismos. Este tipo máximo puede ser superior a la cifra que resultaría de la adición al inicial interés remuneratorio pactado del indicado excedido de dos puntos, por cuanto en el iter negocial ese interés moratorio superior es susceptible de devengarse y de ser exigible tanto respecto del prestatario como respecto del hipotecante de deuda ajena, aunque éste tenga la condición de consumidor, pues se desconocen las futuras oscilaciones del tipo de interés.

Ahora bien, en un escenario de interés remuneratorio fijo durante toda la vida del préstamo, como ocurre en el presente supuesto en que es del 3,95% nominal anual, el interés moratorio exigible respecto de aquellas personas que tuvieran la condición de consumidores sería también fijo del 5,95% nominal anual al aplicar el repetido sobregiro de dos puntos. Por tanto, independientemente de que el interés moratorio pactado del 9% nominal anual sea válido respecto del prestatario no consumidor, e inscribible a esos efectos obligacionales y para posibilitar la fijación de la deuda remanente (artículos 130 de la Ley Hipotecaria y 579 de la Ley de Enjuiciamiento Civil); dado que no podrá afectar al hipotecante consumidor ni ser objeto de pago directo al acreedor con la resultas del remate (artículo 682 de la Ley de Enjuiciamiento Civil «in fine»), no podrá ser objeto de cobertura hipotecaria, la cual debe limitarse a aquel tipo máximo de interés moratorio que es susceptible de afectar al hipotecante consumidor, que en este caso es del 5,95%. En consecuencia, debe modificarse la responsabilidad hipotecaria por intereses moratorios en el sentido señalado.

Por todo ello, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto y confirmar la nota de calificación del registrador de la Propiedad en los términos señalados, respecto de los requisitos de incorporación y de determinación de la responsabilidad hipotecaria por intereses moratorios, y estimar el recurso interpuesto y revocar la nota de calificación en cuanto a la necesidad de modificar la estipulación tercera de pacto de intereses moratorios.

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