

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

13614 *Resolución de 31 de octubre de 2017, 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 Cebreros, 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 don C. C. M., en nombre y representación de la entidad «Liberbank, S.A.», contra la nota de calificación del registrador de la Propiedad de Cebreros, don Francisco Javier Álvarez de Mon y Pan de Soraluze, 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.

Hechos

I

Mediante escritura otorgada ante la notaria de San Sebastián de los Reyes, doña María Jesús Arcos Domínguez, el día 20 de abril de 2017, con el número 1.179 de protocolo, dos personas físicas constituyeron hipoteca sobre dos fincas de su propiedad, una vivienda y un local de negocio, en garantía de un préstamo hipotecario concedido por la entidad «Liberbank, S.A.» a favor de la mercantil «Carl & Dian, S.L.U.», destinado a la inversión de activos encontrándose ambas fincas situadas en el término municipal de El Tiemblo.

II

Presentada dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Cebreros, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Previa calificación registral y en virtud de copia de la escritura otorgada el 20 de abril de 2017, presentada telemáticamente el 20 de abril de 2017 bajo el asiento 1069 del Diario 87, aportada carta de pago acreditando la liquidación del impuesto el 11 de mayo de 2017, se extiende la siguiente nota de calificación De la manifestación realizada en el precedente documento: “Que la mercantil Carl & Dian, S.L.U., ha solicitado a Liberbank, S.A., un préstamo con garantía hipotecaria de las fincas que en la presente escritura se describirán, con destino a inversión en activos fijos...”, se desprende que el préstamo hipotecario documentado no está sujeto a la normativa de protección de consumidores, acreditándose que no es un préstamo de consumo, por lo que la cuestión que se plantea, es si el interés de demora pactado es abusivo o no. En este caso se fija, a efectos obligacionales un tipo moratoria del 29%, y a efectos hipotecarios un tipo moratoria del 17,00%; en este sentido la RDGMR de 25 de abril de 2014 señala, para un supuesto análogo, que no pueda alegarse la operatividad en ámbitos distintos, obligacional e hipotecario, de los intereses pactados para establecer un tipo por encima del máximo permitido. A este respecto el TS en varias sentencias, entre otras la del 23 de diciembre de 2015 en relación con otra del 22 de abril de 2015, señala como abusivo cualquier interés igual o superior al 19% De acuerdo con todo lo indicado, se suspende la inscripción solicitada, a la espera, de que se acuerde un interés moratoria dentro de los límites permitidos, o se solicitara la inscripción sin la cláusula reguladora de intereses moratorias ni la responsabilidad hipotecaria pactada por este concepto. Todo ello sin perjuicio de la existencia de cláusulas o apartados que, si bien no impedirían la inscripción, no tendrán acceso al Registro, y que se detallarán en la posterior nota de calificación que recaiga con ocasión del despacho de este documento No se toma anotación preventiva

por no haber sido solicitada, conforme al Art. 65 de la Ley Hipotecaria. Contra la presente calificación (...) Cebreros, 29 de mayo de 2017. El registrador. Fdo. Javier Álvarez de Mon y Pan de Soraluce».

III

Contra la anterior nota de calificación, don C. C. M., en nombre y representación de la entidad «Liberbank, S.A.», interpuso recurso el día 7 de agosto de 2017 mediante escrito en los siguientes términos: «(...) Fundamentos jurídicos: I.–Competencia, procedimiento y legitimación: Art. 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria. II.–Fondo del asunto: Único.–El argumento empleado por el Registrador de la Propiedad de Móstoles para denegar la inscripción de la escritura de referencia radica en considerar que un interés de demora del veintinueve por ciento es abusivo por estar por encima del 19%, que es el que establecen entre otras las sentencias del TS de 23 de diciembre de 2015 y 22 de abril de mismo año. Sin embargo no podemos estar más en desacuerdo con el criterio mantenido por el Sr. Registrador dado que, los fundamentos en los que se apoya para fundamentar su resolución no son aplicables al caso que nos ocupa. Así: a) En primer lugar es relevante subrayar que, el préstamo formalizado en la escritura cuya calificación es causa del presente recurso no es un préstamo a un consumidor. Ello resulta acreditado (i) por lo dispuesto en el Exponen I de la escritura donde se indica como destino/objeto del préstamo “inversión en activos fijos” y (ii) es claro que, si el prestatario es una persona jurídica y el préstamo [sic] se destina a Inversión, el prestatario no reúne la condición de consumidor. Ninguna norma establece limitaciones a los tipos de interés de demora en préstamos con no consumidores. Todas las limitaciones legales existentes al respecto versan sobre préstamos [sic] con consumidores o para supuestos de hecho distintos del que aquí nos ocupa. A título de ejemplo: - El artículo 20.4 de la Ley 16/2011 regula los intereses de demora de los descubiertos en cuentas a la vista, cuyos titulares sean consumidores. Por tanto, un supuesto de hecho que, nada tiene que ver con el préstamo del que trae causa la calificación registral objeto de recurso, Operación de Préstamo y titular un No Consumidor. - Las limitaciones establecidas en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria para los intereses demora aplican a los préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda. Por tanto, dicha limitación no aplica en este caso, porque estamos ante un préstamo cuyo destino es la “inversión en activos fijos” (no la adquisición de una vivienda) y la hipoteca no está constituida sobre una vivienda. b) Por lo expuesto en la letra a) anterior no es aplicable la Jurisprudencia a la que alude el Registrador de Cebreros para calificar como abusivo el interés de demora pactado y ello porque: - STS de 23 de diciembre de 2015: Los pronunciamientos que contiene esta sentencia sobre la abusividad de los intereses de demora se refieren todos y cada uno de ellos a préstamos con garantía hipotecaria sobre viviendas, es decir a préstamos de consumidores. Por tanto supuesto de hecho que, nada tiene que ver con el que aquí nos ocupa. - STS 22 de abril de 2015 versa sobre los intereses de demora en los préstamos personales con consumidores sin garantía real. Igualmente un supuesto de hecho que, nada tiene que ver con el que aquí nos ocupa».

IV

El registrador de la Propiedad emitió informe el día 21 de agosto de 2017, 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, 234.1.3ª, 235, 238 y 241 del Reglamento Hipotecario; 517.2.4 y 682 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; los artículos 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) nº 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; el auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de noviembre de 2015; 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 y 17 y 18 de febrero y 3 de junio de 2016; 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, 13 y 29 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 14, 20 y 26 de julio de 2017.

1. Cuestiones a resolver. En el presente expediente, dados los términos del recurso interpuesto, la única cuestión debatida estriba en analizar si se ajusta o no a Derecho las concretas cláusulas de la escritura de préstamo hipotecario relativas, primero, al devengo de intereses moratorios fijo del 29%, y, segundo, a la constitución de hipoteca en cuanto a la responsabilidad hipotecaria por dichos intereses moratorios hasta un tipo máximo de 17%.

Antes del examen de esos defectos, junto otras cuestiones formales, 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 los Consumidores y Usuarios y/o Ley 2/2009), 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) el prestatario es una sociedad mercantil que tiene por objeto la prestación de servicios de hostelería; c) el destino del préstamo es «la inversión en activos»; d) los avalistas son dos personas físicas: una la propia administradora única de la sociedad prestataria y la otra, una persona de profesión cocinera que tiene su domicilio en la propia sede social de dicha sociedad, y e) los hipotecantes no deudores son dos personas físicas, al parecer los padres de la representante de la sociedad prestamista, que, aunque tienen de profesión ser empleados de hostelería, su domicilio se encuentra ubicado en una población de otra provincia a aquella donde la empresa tiene su sede social, precisamente en El Tiemblo, a cuyo término municipal pertenecen los inmuebles que se hipotecan. Además, una de las fincas hipotecadas tiene la condición de vivienda habitual de los hipotecantes (estipulación 10ª bis).

2. 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. b) (...) 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».

Partiendo de estas definiciones es evidente que en el presente supuesto el prestatario, la mercantil «Carl & Dian, S.L.U.», empresa dedicada a la hostelería, teniendo en cuenta que el préstamo tiene por finalidad la inversión en activos destinados a esa actividad, no tiene la condición de consumidor pues actúa dentro del marco de su actividad empresarial y, por tanto, la normativa de consumidores no es aplicable al contrato principal de préstamo o crédito hipotecario.

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 «per se» asuma la naturaleza que tuviere la principal.

3. Determinación de la normativa aplicable. El Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de noviembre de 2015, C-74/15, asunto Tarcau, señala 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 este auto (adopta esta forma porque la respuesta a esta cuestión prejudicial no suscita ninguna duda razonable en el Tribunal –artículo 99 del Reglamento de Procedimiento–) 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 (vid. las resoluciones de la Audiencia Provincial de Mallorca, Sección Quinta, auto de 21 de marzo de 2016; de Alicante, Sección Octava, sentencia de 30 de junio de 2016; Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimosexta, auto de 30 de junio de 2016; Audiencia Provincial de Álava, Sección Primera, sentencia de 10 septiembre 2015, y Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección Primera, sentencia de 6 de abril de 2016), 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 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 (...)».

4. Determinación de la normativa aplicable. Como consecuencia de todo lo expuesto, en el presente supuesto resulta aplicable la legislación de protección de los consumidores que resulta de la normativa anteriormente citada porque, si bien en los avalistas sí concurre la existencia de vinculación funcional con el prestatario (administrador-socio único y empleado respectivamente), intervienen dos personas físicas, los hipotecantes de deuda ajena de un local comercial de su vivienda habitual, que actúan con carácter de consumidores, ya que no resulta del documento notarial presentando a inscripción ni que se dediquen al ejercicio profesional de la concesión de garantías ni que guarden vinculación funcional con la sociedad prestataria.

Fijada la aplicabilidad de la normativa protectora de los consumidores, queda por determinar el ámbito y alcance 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 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.

De la misma manera, si la persona que firma el contrato de garantía tiene la condición de profesional del ramo, ello no afectará a la condición, en su caso, de consumidor del prestatario del contrato principal ni, por supuesto, excluirá el control de abusividad de sus cláusulas ni el resto de la normativa que le fuere aplicable.

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). No lo serían, «a sensu» contrario, 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, salvo que fuera otro su ámbito de aplicación.

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.

5. Los intereses moratorios en los préstamos entre profesionales. 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 a 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.

Así, tanto la Sentencia de 3 de junio de 2016, que señala como criterio objetivo de abusividad que el interés moratorio no podrá ser superior en más de dos puntos porcentuales al interés remuneratorio pactado, como las Sentencias de 23 de diciembre de 2015 y de 18 de febrero de 2016, a las que se refiere el registrador de la propiedad en su nota de calificación, que consideran abusivos los tipos de interés moratorios superiores al 19%, como las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que las sirven de sustento (ej. Sentencia de 14 de marzo de 2013), parten para llegar a dichos fallos del presupuesto de la aplicabilidad de la normativa sobre protección de los consumidores y de la existencia, en consecuencia, de un control de contenido o abusividad sobre tales cláusulas de intereses moratorios, posible por no definir el objeto principal del contrato; control que no opera en la contratación entre profesionales.

No obstante lo expuesto, se argumenta por un cierto sector doctrinal que una desproporción como la que nos ocupa entre el interés remuneratorio pactado, en la escritura de hipoteca que nos ocupa: el Euribor más 2,39 puntos, y el interés moratorio pactado: en este caso el fijo del 29%, no es adecuada, en todo tipo de contratos (incluso en los que el deudor es un profesional), para garantizar la realización de los objetivos que las normas que establecen un interés de demora en distintos campos de la contratación y en el ordenamiento jurídico general persiguen. Por ello, consideran que la adición de un porcentaje excesivo respecto del interés remuneratorio podría considerarse no sólo abusivo sino también ilegal porque lo que exceda de esa «cierta proporción» ya no cumple con la naturaleza de estos intereses, es decir, ya no serían auténticos intereses de demora.

Para defender esta postura se alude, en correlación a lo que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Supremo exponen como criterios para apreciar la existencia de abusividad, a diversas referencias legales que ofrece el ordenamiento jurídico, incluso en ámbitos ajenos al consumo, como: el artículo 7 de la Ley 3/2004, de lucha contra la morosidad en las operaciones mercantiles, que contempla el tipo de interés del Banco Central Europeo más 8 puntos; o el artículo 20 de la Ley 50/1980 de Contrato de Seguro, que contempla un interés de demora que será el tipo legal incrementado en un 50% (y sólo si la aseguradora dejase pasar dos años sin indemnizar al asegurado, se aplicaría al empresario asegurador un interés moratorio del 20%); de las que se podría extraer un criterio objetivo de incremento máximo.

Pero a este respecto debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que esa normativa a que se alude permite el pacto de interés moratorio superior; en segundo lugar, que se refiere a intereses de demora aplicables en otros ámbitos distintos del préstamo hipotecario

que aquí nos ocupa y, por último, la incompetencia del registrador para establecer un criterio objetivo de validez del interés moratorio, criterio que, en todo caso, corresponde fijar a los tribunales de Justicia y que debe ir referido, para poder servir de base a la calificación registral, a este específico ámbito de la contratación entre profesionales y no a la relaciones jurídicas con consumidores.

En conclusión, cuando no es aplicable la legislación especial en materia de consumidores, la relación jurídica, a salvo ciertos matices, se enmarca en el ámbito del contrato por negociación en donde la ponderación de los presupuestos del equilibrio prestacional se realiza conforme a los criterios de interpretación del Código Civil (artículo 1281 del Código Civil), que atiende, fundamentalmente, a la voluntad manifestada por las partes. Y, en este ámbito contractual, no es posible extrapolar los mecanismos de control de la abusividad propios de la contratación seriada con los consumidores.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto y revocar la nota de calificación del registrador.

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, 31 de octubre de 2017.—El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.