

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**9280** *Resolución de 14 de julio de 2017, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación de la registradora de la propiedad de Martorell n.º 2, por la que se deniega la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario.*

En el recurso interpuesto por don V. P. C., abogado, en nombre y representación de don C. C. G., contra la nota de calificación de la registradora de la Propiedad de Martorell número 2, doña Virginia Massana de Castro, por la que se deniega la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario.

#### Hechos

##### I

Mediante escritura autorizada ante el notario de Barcelona, don Antonio Alfonso Rosselló Mestre, el día 15 de diciembre de 2016, con el número 3.719 de protocolo, cuatro personas físicas recibieron un préstamo hipotecario destinado a la adquisición de maquinaria para el negocio de dos de ellas, las cuales hipotecaron un local de su propiedad, precisamente aquel en que se encuentra ubicado ese negocio, y otra de ellas hipotecó su vivienda habitual, encontrándose ambas fincas situadas en el domicilio de Esparraguera.

##### II

Presentada la indicada escritura en el Registro de la Propiedad de Martorell número 2, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Nota de Defecto Diario: 37 Asiento: 1169 Registro de la Propiedad de Martorell 2 Virginia Massana de Castro, Registradora de la Propiedad de Martorell-2, conforme a los artículos 18 y 19 bis de la Ley Hipotecaria, extendiendo nota de calificación, en base a los hechos y fundamentos de derecho siguientes: Hechos 1) El pasado 11 de febrero, fue presentada en el Registro copia en soporte físico, con número de entrada 2017/111, del documento autorizado por el Notario de Barcelona, Don Antonio Rosselló Mestre, el 15 de diciembre de 2016, bajo el número 3719 de su protocolo, que ha motivado el asiento de presentación número 1169 del Diario 37. 2) En virtud de la escritura calificada se constituye hipoteca en garantía de un préstamo distribuyéndose la responsabilidad hipotecaria entre una vivienda, finca 6584 de Esparraguera, y un local comercial, finca 5404 de Esparraguera. 3) No se acredita el cumplimiento del deber notarial de información del artículo 123.10 del Código de Consumo de Catalunya; teniendo en cuenta que estamos ante un préstamo garantizada con la vivienda habitual del deudor, por lo que los derechos del consumidor deben quedar mayormente garantizados. 4) No se respeta el límite al interés de demora que establece el artículo 251.6 del código de consumo de Catalunya, que debería tener un límite del 9 por ciento, estableciéndose un 13 por ciento en la escritura; de la misma manera que el tipo de interés ordinario pactado en la escritura del 12 por ciento, supera el expresado límite. 5) No consta en la escritura la manifestación del notario de que el acreedor no se dedica profesionalmente a la concesión de préstamos hipotecarios, para quedar excluido de la aplicación de la Ley 2/2009. Fundamentos de Derecho Vistos los artículos 123.10 del Código de Consumo de Catalunya, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 13 de septiembre de 2013 y 25 de septiembre de 2015; el artículo 251.6 del citado Código de Consumo y el artículo 1 de la Ley 2/2009. Por ello, se suspende la calificación del documento presentado, en base a las causas impeditivas

expresadas anteriormente. Contra la presente calificación (...) Martorell, a uno de febrero de dos mil diecisiete. La Registradora de la Propiedad Este documento ha sido firmado con firma electrónica reconocida por Virginia Massana de Castro Registradora de Martorell 2».

## III

Solicitada calificación sustitutoria, la misma correspondió al registrador de la Propiedad de Sabadell número 2, don José María Ramírez-Cárdenas Gil, quien confirmó, el día 9 de marzo de 2017, la nota de calificación de la registradora de la Propiedad de Martorell número 2 con base en los siguientes argumentos: «Primero: Que la primera cuestión planteada en la nota es que «No se acredita el cumplimiento del deber notarial de información del artículo 123.10 del Código de Consumo de Catalunya (si bien, se alega en la escritura su no aplicación, del tenor de la nota y, de la ausencia de determinados extremos contemplados en el documento, y de los artículos que citaré de dicha Norma, justifican su aplicación)...», se ha de destacar que en el apartado III del otorgamiento y autorización, el Notario autorizante afirma que «Enterado, según dice, por la lectura que ha practicado y por mis explicaciones verbales, el señor compareciente hace constar libremente su consentimiento al contenido de la escritura, así como el sometimiento de sus efectos a la entidad que representa» -página 35 in fine y 36-, es evidente que existen más de un señor compareciente, una señora -al menos- y no existe ninguna entidad representada, sí personas físicas; luego de su propia dicción y literalidad, existe una contradicción que hace consecuente la afirmación de la falta de información exigida en la calificación. En más el art. referido, 123-10.2.3 y 4, dispone «(...)». De lo que nada resulta de la escritura aportada. Segundo: La segunda cuestión planteada, es que «No se respeta el límite de intereses de demora que establece el artículo 251.6 del Código de Consumo de Catalunya, que debería tener un límite del 9 por ciento, estableciéndose un 13 por ciento en la escritura; de la misma manera que el tipo de interés ordinario pactado en la escritura del 12 por ciento, supera el expresado límite.», si bien dicho precepto, se concreta en su apartado 4.- (del referido art 251.6) al decir, «(...)». Con lo cual, de lo pactado resulta vulnerado dicho precepto. Tercero: El tercer extremo calificado, dice, «No consta en la escritura la manifestación del notario de que el acreedor no se dedica profesionalmente a la concesión de préstamos hipotecarios, para quedar excluidos de la aplicación de la Ley 2/2009.», y, no obstante afirmarse en el cuerpo de la escritura, páginas 34 y 35, la no aplicabilidad de la Ley de Consumo de Cataluña, su art. 112-3 de la misma, dispone que «Los derechos que la presente ley otorga a las personas consumidoras son irrenunciables y es nulo cualquier pacto que los excluya.», por lo que consecuencia de ello, es necesario la declaración de habitualidad o no del interviniente como prestamista (persona física) a los efectos de calificar su habitualidad/profesionalidad o no en la realización de estas operaciones de préstamos con garantía hipotecaria, y así el art. 261-1 Definiciones, dice, que a los efectos de la presente Ley (de consumo catalana), «(...)», luego el «no constar» impide conocer dicho extremo, y, con ello la legislación que le es aplicable. No es válido, a mi entender, el criterio de finalidad del préstamo con garantía hipotecaria alegado en la escritura, al consistir, según se manifiesta, la finalidad del préstamo, en la compra de maquinaria para el comercio de la calle (...) de Esparraguera, ya que «la finalidad para la que pueda utilizarse el crédito o préstamo» (cfr. art. 262-4.1.b Ley Consumo Cataluña y siguientes), es uno de los requisitos que se ha de contener en la información que el prestamista ha de realizar conforme al mismo artículo referido, además de lo especificado en las letras d) y g), del referido artículo -entre otras-. Por más doctrina, las Resoluciones alegadas en la nota recurrida de fecha 13 de septiembre de 2013 y 25 de septiembre de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado. En base a todo lo argumentado, a la escritura, a la nota de calificación y al historial de la finca, en base a los hechos y fundamentos de derecho de todo lo aportado califico sustitutoriamente mantener la calificación recurrida (cfr. artículos 19 bis 5ª último inciso, y, 326.1 de la Ley Hipotecaria) en base a los extremos calificados únicos sobre los que puede versar la sustitución, y, por su consecuencia la calificación sustitutoria».

## IV

Contra la nota de calificación sustituida, don V. P. C., abogado, en nombre y representación de don C. C. G., interpuso recurso el día 28 de abril de 2017 en los siguientes términos: «Hechos. Primero.—La calificación que se recurre deniega en esencia la inscripción del documento referido en el expositivo del presente escrito en el supuesto incumplimiento del deber notarial de información del artículo 123.10 del Código de Consumo de Cataluña; la falta de respeto al límite al interés de demora que establece el artículo 251.6 del Código de Consumo de Cataluña; y no constar en la escritura la manifestación del notario de que el acreedor no se dedica profesionalmente a la concesión de préstamos hipotecarios, para quedar excluido de la aplicación de la ley 2/2009. Segunda.—Infracción del artículo 111.1 del Código de Consumo de Cataluña; del artículo 1 de la Ley 2/2009 y de los Es necesario remarcar tal como consta expresamente en la escritura de préstamo el exponiendo tercero: III.—Con la finalidad de comprar maquinaria para el comercio de la calle (...) de Esparraguera bajo el nombre de «A. B.» propiedad de B. G. F. y M. M. F., y a solicitud de la parte deudora, se ha convenido un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, que formalizan los señores comparecientes, según intervienen, y que se registrará por las disposiciones que se articulan a continuación. De lo que debe concluirse que la operación de préstamo tiene una clara finalidad empresarial, por lo que primero que debe dilucidarse es si el contrato suscrito entre las partes entra dentro del ámbito de aplicación de la normativa protectora de Consumidores y Usuarios, y en concreto del Código de Consumo de Cataluña y la Ley 2/2009. De no ser objeto de cobertura, es clara la inaplicabilidad de las referidas normas, y en consecuencia no existiría impedimento alguno para la inscripción del documento presentado: Establece el Código de Consumo Artículo 111-1. Objeto y ámbito «(...)». Artículo 111-2. «(...)». Desde esta perspectiva legal es clara que el contrato de préstamo objeto de calificación no se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la referida norma por lo que cualquier referencia a la legislación protectora carece de fundamento alguno. El contrato de préstamo tiene una finalidad específica, determinada expresamente por la parte prestataria: para la compra de una maquinaria destinada a la actividad que se desarrolla en el local objeto de garantía, sin que el hecho de que el objeto de la garantía (una sola de las garantías) recaiga sobre la vivienda habitual modifique dicha circunstancia. La vivienda habitual es objeto de protección en el ámbito del procedimiento de ejecución hipotecaria o común, con normas que o bien posibilitan la rehabilitación del préstamo (o puesta al día), normas especiales de adjudicación establecidas en el artículo 671 de la LEC, o limitaciones en los importes de las costas causadas, pero en nada el hecho de que la garantía recaiga sobre una vivienda habitual determina el ámbito de aplicación de la norma. En el mismo sentido se encuentra la referencia a la Ley 2/2009, puesto que su ámbito aplicación queda igualmente circunscrito al ámbito de consumidores y usuarios, como se desprende del artículo 1 de la meditada ley. Artículo 1 (...) Pero a mayor abundamiento dicho extremo fue recogido en la propia escritura de préstamo, donde tras recoger las modificaciones legislativas introducidas por la ley 1/2013 y de aplicación a todo tipo de ejecuciones las partes, y el Notario autorizante ya advirtió que atendida la finalidad del préstamo: «Se hace constar que no es de aplicación de la Ley de la Generalitat de Catalunya 20/2014 de 29 de diciembre de modificación de la Ley 22/2010 de 20 de julio del Código de Consumo de Catalunya, ni la Ley 2/2009 de 31 de marzo al consistir la finalidad del préstamo la compra de maquinaria para el comercio de la calle (...) de Esparraguera» Tercera.—La exigencia del deber notarial de información exigida por el artículo 123.10 del Código de Consumo no es por lo tanto de aplicación, sin que ello suponga reconocer que en el contrato suspendido de inscripción, se haya omitido toda la información esencial y referente a los elementos esenciales del contrato, y sin perjuicio igualmente de que la parte prestataria siempre tiene abiertas las acciones que estime conveniente en defensa de sus derechos, pero nunca al amparo de la normativa protectora. Cuarta.—Respecto de los límites de intereses ordinarios como de demora, tampoco deben ser objeto de calificación negativa por las mismas razones, ya que el ámbito de este contrato queda circunscrito al principio de autonomía de la voluntad (pacta sunt servanda). Hacemos propios los argumentos recogidos en la

resolución de la DGRN de fecha 25 de septiembre de 2015 cuando dice: «(...)». Quinta.— Tanto la jurisprudencia menor como la del Alto Tribunal han confirmado la inaplicabilidad de las normas de consumo a aquellas operaciones que tienen una finalidad empresarial o mercantil, en materia de cláusulas abusivas, así la sentencia de del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Córdoba de fecha 30 de junio de 2014 determina: «los actores pretenden la nulidad determinadas cláusulas insertas en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria por considerarlas abusivas dada su condición de consumidores, y para ello se apoyan (en su demanda y en su escrito de apelación) en el RDL 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. Por ello, a los efectos de esta litis resulta decisivo el que los actores sean o no sea consumidor, a lo que se dedica el siguiente fundamento jurídico. Cuarto.—Para determinar el concepto de consumidor debe partirse de la normativa constituida por el Texto Refundido Para la Defensa de los Consumidores y Usuarios aprobado por Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, y no de la Ley 26/84, 19 julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, habida cuenta que la fecha del contrato, 1.10.2008, es posterior a la entrada en vigor del citado texto refundido (Disposición Final 2 a). No obstante conviene recordar que la Ley de 1984 definía al consumidor y al usuario desde una doble perspectiva, la primera, positiva ‘a los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden’ y la segunda, desde un prisma negativo que excluye del anterior concepto a ‘quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros’. Por consiguiente, el ámbito de aplicación de la referida normativa quedaba limitada a aquellos casos en que existe una verdadera relación de consumo, entendida como relación de derecho privado, contractual o extracontractual, en la que alguna persona física o jurídica aparece como destinataria final de bienes o servicios facilitados o suministrados por una empresa, un profesional, o la Administración, quedando excluidas las relaciones entre simples particulares o entre empresarios, lo que implica una cierta situación de desigualdad justificadora de la singular protección legal dispensada al consumidor, así como un uso personal, familiar o doméstico de los bienes o servicios, ajeno al mercado de los mismos y que impide que vuelvan a introducirse en él. Y, en tal sentido, señala la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2005 que (...)» Quinta [sic].—Infracción del artículo 18 de la Ley Hipotecaria. Establece el artículo 18 de la Ley Hipotecaria «(...)». En la calificación negativa recurrida se excede de esa función calificadoras al no fundarse exclusivamente la calificación en lo que resulta del título, hasta el punto de omitir en toda la calificación la finalidad empresarial del contrato de préstamo expresamente determinado por la parte prestataria, poniendo unidamente el énfasis en que una de las garantías tiene por objeto la vivienda habitual, hecho o condición que como hemos remarcado para nada supone entrar en el ámbito de aplicación de las distintas normas autonómicas, estatales o comunitarias de protección de los consumidores. No hay rastro alguno en el título, (ni en los libros del Registro) que permitan al Registrador incluir la operación de préstamo en el ámbito y objeto del Código de Consumo de Cataluña, o la Ley 2/2009. Sexto.—Pero si ha quedado debidamente acreditado la inaplicabilidad de las normas sustantivas referidas en los fundamentos de derecho, tampoco puede entenderse de aplicación las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de septiembre de 2013 y 25 de septiembre de 2015, ya que estas parten del presupuesto no discutido por ninguno de los interesados, del carácter de consumidor de los prestatarios, lo que no ocurre en la calificación cuya revocación interesamos, sin que tampoco podamos saber con absoluta certeza las razones por las que la Registradora les otorga dicho carácter (obviando las manifestaciones expresas al efecto), porque ningún razonamiento al respecto existe en la nota de calificación, salvo una mención expresa a la vivienda habitual. Fundamentos de Derecho Primero.—Impugnación del recurso Se

interpone este recuso ante la DGRN, ya que al no fundamentarse ni la calificación ni el recurso en normas exclusivas del derecho autonómico catalán, es competente el referido organismo, conforme doctrina de la DGRN de fecha 25 de septiembre de 2015».

V

La registradora de la Propiedad emitió informe el día 15 de abril 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 51 y 149.1, números 1, 6, 8, 11 y 13, de la Constitución Española; 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, 234.1.3<sup>a</sup>, 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; 1 y 18 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; 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; 28, 34, 49, 113, 120-2, 123, 126-3 y 147-2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña; 111-1, 111-2, 123-10, 251-6, 333-1, 333-7 y 333-10 del Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña; 1, 3.3 y 3.4 de la Ley 5/2009, de 28 de abril, de los recursos contra la calificación negativa de los títulos o las cláusulas concretas en materia de derecho catalán que deban inscribirse en un registro de la propiedad, mercantil o de bienes muebles de Cataluña; 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 el Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de noviembre de 2015; las Sentencias del Tribunal Constitucional de 18 de diciembre de 1981, 17 de mayo de 1985, 30 de junio de 1991, 23 de septiembre de 2004, 23 de septiembre de 2009 y 16 de enero de 2014, y Auto del Tribunal Constitucional de 12 de abril 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 y 17 y 18 de febrero y 3 de junio de 2016; y las Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado de 20 de mayo de 1987, 16 de julio de 1996, 28 de enero de 1998, 18 de junio de 2004, 2 y 3 de septiembre y 5 de octubre de 2005, 19 de abril y 27 de junio de 2006, 19, 22, 24 y 25 de marzo de 2008, 1 de octubre y 4 de noviembre de 2010, 11 de enero, 8 de junio, 16 de agosto y 11 de noviembre de 2011, 26 de abril y 20 de junio de 2012, 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 y 4 de enero, 10 de febrero, 9 y 10 de marzo, 1 de julio y 24 de noviembre de 2016.

1. Cuestiones a resolver. En el presente expediente, dados los términos del recurso interpuesto, la cuestión debatida estriba en analizar si se ajustan o no a Derecho las razones jurídicas aducidas por la registradora en su calificación para denegar la inscripción del todo o de las concretas cláusulas de la escritura de préstamo hipotecario relativas, primero, al cumplimiento por el notario autorizante de sus deberes de información para con los consumidores del Código de consumo de Cataluña; segundo, al devengo de intereses moratorios y a la constitución de hipoteca en cuanto a la responsabilidad hipotecaria por dichos intereses moratorios y, tercero, la necesidad por parte del acreedor de cumplir con las exigencias de la Ley 2/2009 o su acreditación de no ser profesional de la concesión de préstamos.

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 (Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 2007, Ley 2/2009 y/o Código de consumo de Cataluña), ya que la contestación que se dé a la misma condiciona la respuesta a esos defectos señalados en su nota por la registradora de la Propiedad.

Para ello debe tenerse en cuenta que en este supuesto concurren las siguientes circunstancias: a) el prestamista no hace manifestación alguna acerca de si dedica o no profesionalmente a la financiación; b) los prestatarios son cuatro personas físicas, dos de las cuales no actúan como consumidores dado que el destino del préstamo es la adquisición de maquinaria para un negocio del que son titulares, pero en los otros dos si concurre la condición de consumidores ya que ambos son deudores solidarios, lo que les atribuye la condición de garantes y, además uno de ellos es hipotecante de deuda, en parte, ajena, y c) una de las fincas gravadas es la vivienda habitual de la hipotecante.

2. Constitucionalidad del Código de consumo de Cataluña. Con carácter previo se plantean en el recurso dos cuestiones formales que es necesario abordar: a) el órgano competente para resolver el recurso (la Dirección General de Registros y del Notariado del Ministerio de Justicia o la Dirección General de Derecho y de Entidades Jurídicas de la Generalitat de Cataluña) dado que el fundamento de derecho de la denegación registral se apoya, en cuanto a las dos cuestiones principales, en sendos artículos del Código de consumo de Cataluña y b) la posibilidad de utilización en la calificación registral de una norma dictada por una Comunidad Autónoma cuando existe una aparente vulneración de las competencias constitucionales sobre la materia, y sus efectos sobre la inscripción mientras tal norma esté vigente.

Estas cuestiones ya fueron analizadas en la Resolución de 25 de septiembre de 2015 y reiteradas en otras once Resoluciones posteriores de fechas 9 (dos), 10 (dos) y 21 de octubre, 10 (dos) y 17 de noviembre y 21 de diciembre de 2015 y 4 de enero y 9 de marzo de 2016 sobre la misma materia, y cuyo contenido se reproducirá en lo pertinente, si bien en aquellos supuestos el otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario había sido anterior la interposición del recurso de inconstitucionalidad contra el Código de consumo de Cataluña y de la subsiguiente suspensión de la aplicación de algunos de sus artículos.

A este respecto debe tenerse en cuenta que por Auto del Pleno del Tribunal Constitucional de 12 de abril de 2016, en relación con el recurso de inconstitucionalidad número 5459-2015, interpuesto por el Gobierno contra los artículos 3, 8, 13, 17, 18.2 y 20 y la disposición adicional primera de la Ley 20/2014, de 29 de diciembre, de modificación de la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña, para la mejora de la protección de las personas consumidoras en materia de créditos y préstamos hipotecarios, vulnerabilidad económica y relaciones de consumo, se acordó mantener la suspensión, declarada por Providencia del Tribunal Constitucional de 6 de octubre de 2015, de la aplicación de determinados artículos de la misma (artículos 17 y 20), y levantar tal suspensión en cuanto al resto, entre ellos el artículo 13 que añade un nuevo apartado 4 al artículo 251.6 de la Ley 22/2010 relativo a cuando se consideran abusivas las cláusulas relativas a los intereses moratorios y remuneratorios.

En consecuencia, en tanto no se resuelva el citado recurso de inconstitucionalidad tal artículo debe ser aplicado dentro del ámbito que le es propio y con el alcance registral que

se determina en los fundamentos de derecho siguientes, respecto de todas aquellas escrituras autorizadas antes de su suspensión (9 de octubre de 2015, fecha de publicación en el «Boletín Oficial del Estado» de la Providencia de suspensión) o después del levantamiento de la misma (21 de abril de 2016, fecha de publicación en el «Boletín Oficial del Estado» del Auto de levantamiento).

3. Competencia para resolver este recurso. No cabe duda que la cuestión de la «protección de consumidores y usuarios» se trata de una materia transversal cuya regulación aparece en combinación con otros sectores de actividad que se relacionan con ella, como puede ser la legislación civil, registral, mercantil, financiera, etc.; por lo que la resolución de esta cuestión previa que nos ocupa exige el análisis de las concretas competencias que ostentan el Estado y las Comunidades Autónomas en esta materia de la «defensa de consumidores y usuarios» y la subsunción del hecho concreto objeto del expediente en el contexto normativo adecuado.

Así, la legislación estatal en materia de consumo viene constituida fundamentalmente, con el carácter de normativa básica aplicable a todo el territorio nacional, por Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación; el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios; 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; la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios; la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, 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; la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social -que recoge normativa sobre los intereses moratorios y las denominadas cláusulas suelo, entre otras- y, por último, la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito. El título competencial del Estado en el ámbito de todas estas normas se encuentra recogido en los números 1, 6, 8, 11 y 13 del artículo 149.1 de la Constitución Española que atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre las siguientes materias: condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos; legislación mercantil; legislación civil en materia de bases de las obligaciones contractuales y ordenación de los registros; bases de la ordenación del crédito, banca y seguro; y bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, respectivamente, según recogen las disposiciones finales primeras de la Ley sobre condiciones generales de la contratación y de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, la disposición final segunda de la Ley 2/2009, la disposición final cuarta de la Orden EHA/2899/2011 o la disposición final tercera de la Ley 1/2013.

En aplicación de estas competencias exclusivas, especialmente de las referidas a la materia de fijación de las bases de las obligaciones contractuales, de ordenación de los registros e instrumentos públicos y de ordenación del crédito y de la banca, las normas citadas han tenido como objeto establecer un régimen jurídico uniforme de protección de los consumidores y usuarios en el ámbito de todo el Estado, entre cuyas normas básicas se encuentran la proclamación de la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas de los contratos de préstamo y crédito hipotecarios con subsistencia del contrato (artículos 83 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y 8 de la Ley sobre condiciones generales de la contratación) y la determinación de los límites de las cláusulas hipotecarias y los requisitos de transparencia contractual de las mismas para que puedan acceder al registro de la propiedad (ej. artículos 84 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, artículo 114 de la Ley Hipotecaria o artículo 6 de la Ley 1/2013).

Por su parte la Comunidad Autónoma de Cataluña regula la materia de «consumo» fundamentalmente en la Ley 22/2010, de 20 de julio, que aprueba el Código de consumo de Cataluña, y por la Ley 20/2014, de 29 de diciembre, de modificación del Código de consumo de Cataluña para la mejora de la protección de las personas consumidoras en

materia de créditos y préstamos hipotecarios; en uso de la competencia en materia de consumo que le atribuye, según sus respectivos preámbulos, «el artículo 123 del Estatuto de autonomía atribuye a la Generalidad y de acuerdo con lo establecido por los artículos 28, 34 y 49 del propio Estatuto, en el marco del artículo 51 de la Constitución, con relación a la actividad financiera de las cajas de ahorros y de las entidades de crédito a que se refieren los artículos 120.2 y 126.3 del Estatuto (...), y el artículo 113 del Estatuto de autonomía que recoge expresamente la competencia de la Administración de la Generalidad para desarrollar, aplicar y ejecutar la normativa de la Unión Europea que afecte al ámbito de sus competencias».

Pues bien, esas competencias de la Comunidad Autónoma de Cataluña en materia de consumo se circunscriben básicamente a la regulación de órganos y procedimientos de mediación, de los procedimientos administrativos de queja y reclamación, regulación de la información en materia de consumidores, y a los actos de ejecución reglados que le atribuya la legislación estatal sobre la actividad de las entidades de crédito (artículos 123 y 126 del Estatuto de Cataluña). Congruentemente con este ámbito competencial, la legislación catalana no contiene normas acerca de las consecuencias civiles de las cláusulas abusivas sobre la eficacia de los contratos de préstamo hipotecario ni sobre la inscripción registral de los mismos, sino que se limita a establecer unas sanciones en forma de multa e indemnización, en su caso, por daños y perjuicios (artículos 333-1 y -7 del Código de consumo de Cataluña), añadiendo el artículo 333-10 unas medidas complementarias tendentes al cese de la incorporación de dichas cláusulas o a la imposición de una dación en pago «cuando exista una relación directa entre la cláusula abusiva y tal medida».

A este respecto, la Sentencia del Tribunal Constitucional número 157/2004, de 23 de septiembre, señala que «la STC 71/1982, a propósito de la regulación de lo que deba entenderse por cláusulas contractuales abusivas en perjuicio del consumidor, consideró como de pertenencia estatal la normación de la condiciones generales de contratación o de las distintas modalidades contractuales, e igualmente la de la responsabilidad por los daños originados en la adquisición, utilización o disfrute por los consumidores de bienes, medios o servicios, ya que el régimen de unas y otras materias, incardinado en la legislación civil (art. 149.1.8 CE), debe ser uno y el mismo para todo el territorio del Estado (FF.JJ 14 y 19). No es, claro está, que a las normas autonómicas no les quepa disciplinar determinados tipos de venta o articular dispositivos preventivos o correctores de los eventuales abusos a que ciertos contratos puedan conducir; de lo que se trata es de que a través de tales normas no se produzca un novum en el contenido contractual o, en otros términos, de que no se introduzcan derechos ni obligaciones en el marco de las relaciones contractuales privadas (STC 88/1986, FJ 5). Por último, aun cuando las normas autonómicas persigan, mediante el reforzamiento de las obligaciones del vendedor, la protección del consumidor y del usuario, la determinación del contenido de los contratos y de las acciones por incumplimiento, saneamiento o resolución se inserta dentro de la competencia estatal exclusiva atribuida al Estado por los arts. 149.1.6 y 8 CE (STC 62/1991, FJ 4 e), STC 264/1993, de 22 de julio, FJ 5)».

4. Competencia para resolver este recurso. Según el artículo 324 de la Ley Hipotecaria «las calificaciones negativas del registrador podrán recurrirse potestativamente ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en la forma y según los trámites previstos en los artículos siguientes, o ser impugnadas directamente ante los juzgados de la capital de la provincia a la que pertenezca el lugar en que esté situado el inmueble, siendo de aplicación las normas del juicio verbal y observándose, en la medida en que le sean aplicables, las disposiciones contenidas en el artículo 328 de esta Ley. Cuando el conocimiento del recurso esté atribuido por los Estatutos de Autonomía a los órganos jurisdiccionales radicados en la Comunidad Autónoma en que esté demarcado el Registro de la Propiedad, el recurso se interpondrá ante el órgano jurisdiccional competente. Si se hubiera interpuesto ante la mencionada Dirección General, ésta lo remitirá a dicho órgano».

Por su parte, el artículo 147-2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña atribuye a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de régimen de los recursos sobre la

calificación de los títulos o las cláusulas concretas en materia de Derecho catalán que deban inscribirse en un Registro de la Propiedad, Mercantil o de Bienes Muebles de Cataluña, competencia desarrollada por la Ley 5/2009, de 28 de abril, del Parlamento de Cataluña, que, tras su derogación parcial por la sentencia del Tribunal Constitucional número 4/2014 de 16 de enero, atribuye a la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat de Cataluña la resolución de los recursos contra la calificación registral únicamente cuando «las calificaciones impugnadas o los recursos se fundamenten de forma exclusiva en normas del derecho catalán o en su infracción» (artículos 1 y 3.4); añadiendo el apartado 3 del artículo 3 de la misma Ley ordena que «si la persona que presenta el recurso en el Registro lo interpone ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, y el registrador o registradora, manteniendo la calificación, entiende que, en aplicación del artículo 1, es competente la Dirección General de Derecho y de Entidades Jurídicas, deberá formar expediente en los términos establecidos legalmente y elevarlo a esta última con la advertencia expresa de aquel hecho».

Ello es así porque la citada sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 16 de enero de 2014 en el recurso de inconstitucionalidad número 107-2010 planteado contra la Ley catalana 5/2009 entendió que todo lo no incluido en los términos estrictos del precepto competencial estatutario constituye competencia exclusiva e indisponible del Estado, que no puede ser menoscabada a partir de la competencia de la Comunidad Autónoma para la conservación, modificación y desarrollo de su Derecho civil propio, aun cuando hubiera sido objeto de regulación en el Derecho civil catalán; de donde se concluye que la competencia para resolver recursos mixtos, es decir, basados en cuestiones específicas de derecho catalán como, además, en cuestiones de derecho común u otros derechos corresponde a la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Por tanto, cuando las calificaciones impugnadas o los recursos se fundamenten, de forma exclusiva, en normas de Derecho catalán o en su infracción deberán remitir el expediente formado a la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de Cataluña, aun cuando se hayan interpuesto ante la Dirección General de los Registros y del Notariado. Por el contrario, cuando la calificación impugnada o los recursos se fundamenten además, o exclusivamente, en otras normas o motivos ajenos al Derecho catalán, como es el caso, el registrador deberá dar al recurso la tramitación prevista en la Ley Hipotecaria y remitir el expediente formado a la Dirección General de los Registros y del Notariado en cumplimiento del artículo 324 de la Ley Hipotecaria.

Con base en todo lo expuesto este Centro Directivo se considera competente para resolver el presente recurso ya que la materia discutida no es de Derecho especial catalán, sino que versa sobre la determinación de las consecuencias civiles o contractuales de la aplicación de la normativa sobre protección de los consumidores y de las cláusulas abusivas de los contratos de préstamo o crédito hipotecario, la calificación registral de tales cláusulas y la regulación de los efectos que la aplicación de tal normativa y la apreciación registral de las mismas tiene sobre su inscripción, lo que es ajeno al Derecho catalán ya que está regulada por disposiciones de ámbito estatal (vid. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de junio de 2004, 27 de junio de 2006, 10 de noviembre de 2011, 26 de abril de 2012, 13 de septiembre de 2014, 25 de septiembre, 9, 10 y 21 de octubre, 10 y 17 de noviembre y 21 de diciembre de 2015 y 4 de enero de 2016). Así lo han entendido también tanto el recurrente como la registradora calificante, ya que el primero interpuso el recurso ante esta Dirección de Registros y del Notariado y el segundo lo ha remitido a la misma no aplicando el citado artículo 3.3 de la Ley 5/2009 del Parlamento de Cataluña.

5. 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 en los contratos a que se refiera esta Ley, actúan en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional».

Finalmente, en similares términos, aunque incluyendo a «los socios cooperativistas en las relaciones de consumo con la cooperativa» (apartado a), se pronuncia el artículo 111-2 de la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña, que define a los consumidores y usuarios como «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», calificando como empresario a «cualquier persona física o jurídica, pública o privada, que, en la realización de un negocio, un oficio o una profesión, comercializa bienes o servicios o, de cualquier otra forma, actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional» (apartado d).

Partiendo de estas definiciones es evidente que en el presente supuesto el matrimonio formado por doña B. G. F. y don M. M. F., propietarios del local comercial hipotecado y únicos titulares del negocio «A. B.» según la escritura calificada, negocio al que se destina la maquinaria respecto de cuya compra se ha concedido el préstamo, no tiene la condición de consumidores pues actúan dentro del marco de su actividad empresarial.

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 concedido a un no consumidor, porque para la determinación del carácter de consumidor del garante se atiende a las partes que intervienen en el contrato de garantía o de fianza y no en el contrato principal.

6. 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 las Audiencias Provinciales de Mallorca, Sección Quinta, auto número 62 de 21 de marzo de 2016, Audiencia Provincial de Alicante, Sección Octava, sentencia número 187 de 30 de junio de 2016, Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimosexta, auto número 275 de 30 de junio de 2016, Audiencia Provincial de Álava, Sección Primera, sentencia número 266 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 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, 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 (...)».

7. 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 existen dos personas físicas, doña M. C. M. G. y don S. O. B., que asumen una responsabilidad personal solidaria, como deudores, en un préstamo cuyo destino es ajeno a su actividad empresarial o profesional, y una hipoteca que recae sobre una vivienda que constituye el domicilio habitual de uno de dichos garantes de las obligaciones de los verdaderos beneficiarios del préstamo; no constando en el documento notarial presentando a inscripción que tales garantes tengan como profesión el afianzamiento, ni tampoco la existencia de una relación funcional con el negocio al que va destinado el crédito.

Esta conclusión no se ve alterada por la circunstancia de que tales personas sean deudores solidarios en vez de fiadores o avalistas, porque esa condición suele ser una imposición de las entidades financieras para obtener una mayor garantía para la deuda, y como tal no puede menoscabar los legítimos derechos de los consumidores (artículo 86 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios), sin perjuicio de la posible prueba en contrario que corresponde al acreedor. A este respecto, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de marzo de 1998, C-45/96, asunto Dietzinger, señala en su apartado 20 que la persona que se compromete a garantizar el reembolso de una deuda ajena «puede tener la condición de codeudor solidario o de fiador» y, claro está, de hipotecante.

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 crédito garantizado.

En este sentido, como regla general, se estima que 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.

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.

Otra excepción a esta regla vendría constituida, como ocurre en el presente supuesto, por la concurrencia en el garante de la condición de codeudor solidario no beneficiario del préstamo, pues en tal caso su carácter de parte en el contrato principal hace tránsito a la normativa aplicable a los consumidores en cuanto que éstos, en caso contrario, se verían abocados, desde el inicio, al pago de cantidades que con arreglo a aquella no le serían exigibles. En este ámbito mixto, aunque referido a contratos en que el préstamo va destinado en parte a una finalidad profesional y en otra parte a una finalidad privada, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sentado la doctrina de la aplicación de la normativa de consumidores (ej. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de enero de 2005, C-464/01, asunto Bay Wa AG).

Igualmente será de aplicación al contrato de fianza, en el que concurra la condición de consumidor en el fiador, 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 transcendencia jurídica y económica de las obligaciones que el fiador asume en caso de incumplimiento del deudor principal.

Por tanto, en los contratos de fianza en 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 fiador-consumidor acerca de los riesgos que asume y de su cuantificación.

Por último, en cuanto a si le son exigibles a la parte beneficiaria de la garantía, el acreedor profesional en el contrato principal que no es una entidad de crédito, los requisitos que para el ejercicio de esta actividad establece la Ley 2/2009 cuando contrata con un consumidor, esta Ley en su artículo 1.1 al regular su ámbito de aplicación recoge como actividades sujetas a la misma la concesión de préstamos o créditos hipotecarios, y la intermediación para la celebración de tales contratos, añadiendo en su número tercero, que ello se debe entender «sin perjuicio de lo dispuesto en otras Leyes generales o en la legislación de protección de los derechos de los consumidores y usuarios». En este supuesto existe un contrato de préstamo hipotecario concedido exclusivamente en beneficio de dos de los codeudores que actúan profesionalmente, pero que coexiste con una hipoteca en garantía de deuda ajena y con una suerte de fianza (asunción de deuda con carácter solidario) y, como se viene analizando, la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea extiende todas las medidas encaminadas a la protección de los consumidores a cualesquiera otros contratos concertados con consumidores de superposición de garantías respecto de los préstamos, teniendo en cuenta la estrecha relación existente entre el contrato de crédito y la fianza o la hipoteca constituidas en garantía de su ejecución.

En consecuencia, en el supuesto concreto objeto de este recurso, los tres defectos de la nota de calificación son susceptibles de inclusión en el ámbito de aplicación de las respectivas normas de protección de consumidores.

8. Los deberes de información notarial del Código de consumo de Cataluña. En cuanto al primer defecto de la nota de calificación, el incumplimiento por parte del notario autorizante de lo dispuesto en el artículo 123-10 número 2 del Código de consumo de Cataluña, dicho artículo dispone: «Las personas consumidoras, los avalistas y los terceros hipotecantes relacionados con el negocio de crédito o de préstamo hipotecario tienen derecho a recibir de los notarios, con una antelación de al menos cinco días hábiles y de modo que les sea comprensible, la siguiente información: a) El contenido de la escritura pública del contrato de crédito o préstamo hipotecario de la vivienda y sus consecuencias jurídicas y económicas para la persona consumidora, los avalistas y los terceros hipotecantes. b) Las consecuencias de una posible ejecución por impago y de las fluctuaciones del precio de mercado de la vivienda, la posibilidad de que las entidades de crédito pidan ampliaciones de garantía en determinados supuestos y los demás derechos y obligaciones que comporta el contrato de crédito o préstamo hipotecario. c) La información relativa al arbitraje de consumo y a los demás mecanismos extrajudiciales de resolución de los conflictos que son consecuencia de no atender las obligaciones derivadas del contrato».

La cuestión que se plantea con este defecto es si la omisión en la escritura de constitución de la hipoteca de haberse suministrado por parte del notario autorizante la información a que se refiere el número 2 del indicado precepto, por si sola, es motivo suficiente para suspender la inscripción de la hipoteca pactada, lo que hace preciso analizar el alcance de la calificación registral a estos efectos y la concreta naturaleza de las obligaciones recogidas en el indicado artículo 123-10, número 2, del Código de consumo de Cataluña.

Sobre esta materia, la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo recogida, entre otras, en las Sentencias de 18 de junio de 2012, 9 de mayo de 2013, 8 de septiembre de 2014 y 22 de abril y 23 de diciembre de 2015, ha sentado la doctrina acerca de que la contratación con condiciones generales constituye una categoría contractual diferenciada de la contratación negociada individual, que se caracteriza por tener un régimen propio y específico, que hace descansar su eficacia última, no tanto en la estructura del consentimiento del adherente, como en el cumplimiento por el predisponente de unos especiales deberes de configuración contractual en orden, especialmente al reforzamiento de la información. Estos deberes en el ámbito de la contratación de préstamos y créditos hipotecarios, a nivel nacional, se materializa en el seguimiento del proceso de contratación e información regulado en la Orden Ministerial EHA 2899/2011.

A este respecto ya ha tenido esta Dirección General ocasión de manifestarse en Resoluciones como las de 13 de septiembre de 2013, 5 de febrero de 2014 o 22 de enero, 28 de abril y 25 de septiembre de 2015, en el sentido que el registrador de la Propiedad en el ejercicio de su función calificador, especialmente en presencia de préstamos o créditos hipotecarios concedidos a personas físicas y garantizados con viviendas, o en las que éstas sean garantes, «deberá también rechazar la inscripción de las escrituras de hipotecas respecto de las que no se acredite el cumplimiento de los requisitos de información y transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, y la forma -normal o reforzada- que, en cada caso, el legislador haya elegido para asegurarse del conocimiento por parte de los usuarios de los productos bancarios, del riesgo financiero que comporta el contrato en general o alguna de las singulares cláusulas financieras o de vencimiento anticipado que lo componen –Orden EHA 2899/2011, art. 6 de la Ley 1/2013, etc.–». La protección del consumidor, que pretenden tanto la normativa como la jurisprudencia señaladas, alcanza, por tanto, a la totalidad del proceso de contratación que culmina en la constitución de la hipoteca mediante su inscripción en el Registro de la Propiedad y que se inicia con la puesta a disposición del consumidor de la información precontractual (ficha de información precontractual, oferta vinculante y ficha de información personalizada) suficiente para que éste pueda analizar y conocer el alcance y las implicaciones del contrato que pretenda suscribir, y continúa con la posibilidad de estudiar el contrato de préstamo durante tres días antes de su firma y las obligaciones de información y asesoramiento que la normativa vigente impone al notario autorizante del préstamo.

De lo expuesto hasta ahora se infiere que el registrador de la Propiedad no sólo puede sino que debe comprobar si en el proceso de contratación han sido cumplidos los requisitos de información establecidos en la normativa vigente, ya que se trata de un criterio objetivo de valoración de la transparencia contractual y se incardina dentro del denominado control de incorporación de las condiciones generales a los contratos de adhesión recogido en los artículos 5.1, 7 y 8 de la Ley sobre condiciones generales de la contratación. Ahora bien, ese control de incorporación, como han tenido ocasión de señalar las Sentencias del Tribunal Supremo antes citadas, se refiere a los requisitos de información que afectan al contenido de las cláusulas incorporadas al contrato y posibilitan una adecuada formación de la voluntad contractual del consumidor y su real conocimiento y comprensión de los términos del contrato, es decir, tanto de las consecuencias económicas que supone para él el contrato celebrado, como de su posición jurídica en el mismo y de los efectos que su incumplimiento puede ocasionarle y asume.

Pues bien, estos mismos criterios han de aplicarse al artículo 123-10, número 2, del Código de consumo de Cataluña, que, además, no ha sido objeto del recurso de inconstitucionalidad antes citado, ya que en él concurre la consideración de su aplicabilidad al supuesto concreto objeto de este expediente: préstamo o crédito hipotecario cualesquiera que fuera su finalidad o la naturaleza de la finca hipotecada, con tal de que el prestatario tenga la condición de consumidor. Además, según el artículo 111-1 del Código de consumo de Cataluña el ámbito de aplicación del mismo tiene lugar en el ámbito territorial de Cataluña, extendiendo su tutela a todos los consumidores que operen en dicho territorio, con independencia de su residencia, y en este caso la finca hipotecada se encuentra ubicada en Esparraguera y, además, los prestatarios son vecinos de la misma población. Por otra parte, dicho artículo 123-10, número 2, debe considerarse compatible con su homónimo, el artículo 30 de la Orden EHA 2899/2011 nacional, por cuanto supone únicamente un reforzamiento de la protección del consumidor a través de la potenciación de dispositivos correctores de las asimetrías informativas de las partes contratantes, sin que impliquen una alteración del contenido del contrato de préstamo y de las acciones por incumplimiento o resolución, las cuales se insertan dentro de la competencia exclusiva estatal (cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional número 157/2009, de 23 de septiembre).

Pero, precisamente ese propio ámbito del control de incorporación antes señalado y los términos del artículo 30 de la Orden EHA 2899/2011, que constituye la regla general de la actuación notarial en este campo, genera que no todo requisito o información recogido en la norma catalana que analizamos deba tener la misma consideración a los efectos de la inscripción registral. Así, se pueden señalar los tres siguientes niveles diferenciados:

La obligación del notario de poner a disposición del prestatario con una antelación de al menos cinco días hábiles el contenido de la escritura pública del contrato de crédito o préstamo hipotecario de la vivienda, que amplía los tres días recogidos en el artículo 30.2 de la Orden EHA 2899/2011, debe integrarse con éste en el sentido que, también en el supuesto de aplicación de la norma catalana, «el cliente podrá renunciar expresamente, ante el notario autorizante, al señalado plazo siempre que el acto de otorgamiento de la escritura pública tenga lugar en la propia notaría». Pues bien, el cumplimiento de este requisito de puesta a disposición del deudor para su examen del proyecto de escritura de préstamo hipotecario (el número de días que en cada caso procedan), la efectividad de ese estudio anticipado o la renuncia del prestatario a su derecho a examinar el proyecto, debe tener un reflejo expreso en la propia escritura de formalización de la hipoteca, en cuanto que constituye un trámite del proceso de contratación cuya omisión puede afectar a la eficacia del contrato de adhesión de préstamo hipotecario.

El notario también debe velar porque se haya cumplido la obligación del predisponente y él mismo debe proporcionar de modo que sea comprensible información acerca de las consecuencias jurídicas y económicas para la persona consumidora, los avalistas y los terceros hipotecantes del contrato de préstamo hipotecario (así se dispone expresamente por el artículo 123-10 del Código de consumo de Cataluña), así como de las consecuencias de una posible ejecución por impago y de las fluctuaciones del precio de mercado de la vivienda, la posibilidad de que las entidades de crédito pidan ampliaciones de garantía en

determinados supuestos y los demás derechos y obligaciones que comporta el contrato de crédito o préstamo hipotecario; requisito cuyo cumplimiento, indudablemente, debe ser objeto de control registral en cuanto es determinante de una adecuada formación de la voluntad contractual del consumidor, y del conocimiento real por el deudor de los concretos riesgos contratados. La concreta redacción del artículo de referencia y su propio contenido, hacen que no pueda entenderse comprendido dentro de los términos más detallados de la información notarial recogida en el artículo 30.3 de la Orden EHA 2899/2011 que se refiere a la información acerca del «del valor y alcance de los obligaciones de todo tipo que asume», y en concreto, de la forma de operar de los tipos de interés variable y las cláusulas limitativas de dicha variabilidad, de los sistemas de amortización y los períodos de carencia o de interrupción de la amortización, de las comisiones y otros costes que asume el deudor, o de los riesgos especiales que pueden generarse en su contra en caso de préstamo en divisas, de contrato de cobertura del tipo de interés asociado o de hipoteca inversa.

Y, finalmente, respecto de la información relativa al arbitraje de consumo y a los demás mecanismos extrajudiciales de resolución de los conflictos que son consecuencia de no atender las obligaciones derivadas del contrato; al tratarse de una información que no repercute en la comprensión del prestatario acerca de las consecuencias económicas y jurídicas de lo que firma, se encuadra dentro de los deberes generales del notario de informar a las partes sobre ciertos aspectos asociados al contrato que se va a otorgar, pero que no afectan a la validez civil del mismo y carecen, por tanto, de repercusión de carácter registral.

En la escritura que es objeto de este expediente únicamente se señala que las partes manifiestan que «no es de aplicación la Ley de la Generalitat de Catalunya de 20/2014 de 29 de diciembre de modificación de la Ley 22/2010 de 20 de julio de Código de Consumo de Catalunya, y la Ley 2/2009 de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios, al consistir la finalidad del préstamo la compra de maquinaria para el comercio de la calle (...) de Esparraguera»; lo que, como se ha explicado anteriormente, no constituye el único criterio para determinar dicha aplicación.

Por tanto, sin prejuzgar la falta de otros requisitos de la contratación con consumidores según lo expuesto en los fundamentos de derecho anteriores, en cuanto a este defecto el recurso debe ser desestimado, excepto en lo referente a la información relativa al arbitraje de consumo y a los demás mecanismos extrajudiciales de resolución de los conflictos que son consecuencia de no atender las obligaciones derivadas del contrato, que debe ser estimado en este concreto aspecto.

9. Los intereses moratorios. Respecto a la aplicabilidad del límite que a los intereses moratorios de los préstamos hipotecarios impone el artículo 251-6, número 4, del Código de consumo de Cataluña, a primera vista parece que esta materia de la fijación de los límites de los intereses moratorios en las escrituras de préstamo y crédito hipotecario y la determinación de los criterios para apreciar la abusividad de las cláusulas de los contratos celebrados con consumidores, correspondería según los títulos competenciales analizados en el fundamento de Derecho tercero a la legislación estatal, dado que es el Estado quien ostenta competencias para garantizar la igualdad de todo los españoles en el ejercicio de sus derechos y sobre la legislación mercantil, civil -bases de las obligaciones contractuales- y de ordenación del crédito, de acuerdo con el artículo 149.1 materias 1ª, 6ª, 8ª, y 11ª de la Constitución.

También se ha alegado por sectores doctrinales la posible vulneración por parte del artículo 251-6, número 4, del Código de consumo de Cataluña de la normativa europea de consumidores ya que no se limita a fijar un límite legal a los intereses moratorios sino que impone a los jueces «ex lege» la declaración de la abusividad de las cláusulas a las que se refiere, lo que supone una limitación del libre ejercicio de las funciones jurisdiccionales en la apreciación de la abusividad, limitación que es rechazada expresamente por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de enero 2015, en los asuntos acumulados C 482/13, C 484/13, C 485/13 y C 487/13). Así, la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre

las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, como ocurre con la legislación estatal española, se limita a proporcionar a la autoridad judicial unos criterios abstractos de valoración y a incorporar una lista indicativa y genérica de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas, y no a señalar unos supuestos específicos y determinados como los que recoge el indicado artículo de la legislación catalana.

Ahora bien, el registrador de la Propiedad carece de facultades para analizar la legalidad o constitucionalidad de las disposiciones que ha de aplicar en el ejercicio de su función, sino que debe limitarse a apreciar la validez de los actos dispositivos atendiendo al ordenamiento jurídico vigente y aplicable en cada momento, ya sea éste comunitario, estatal o autonómico. Tampoco es el recurso gubernativo el medio apropiado para apreciar esa posible inconstitucionalidad por lo que, en tanto no se haya presentado por la Administración competente el correspondiente recurso y tenga lugar la suspensión cautelar de la norma o un pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional o el que proceda sobre su inconstitucionalidad o ilegalidad, la norma de referencia debe ser aplicada por el registrador, pues de lo contrario estaría haciendo una dejación de sus funciones (vid. Resoluciones de 5 de octubre de 2005 y 19 de abril de 2006).

Sentado este criterio de aplicabilidad de la norma catalana en el momento del otorgamiento de la escritura, debe destacarse, sin embargo, que la determinación de los efectos civiles y registrales de esas normas autonómicas relativas a la cláusulas contenidas en los contratos de préstamo y crédito hipotecario en que estén involucrados consumidores, corresponde a la legislación estatal y, en consecuencia, serán paralelos a los regulados por la legislación sectorial de consumo de ámbito nacional para cada tipo de esas cláusulas, de tal manera que, como ya se trató en las Resoluciones de 25 de septiembre, 9 y 10 de octubre y 17 de noviembre de 2015, entre otras, respecto a las cláusulas que vulneren la limitación catalana de los intereses moratorios, el efecto civil será la nulidad de pleno derecho y el registral el de su no inscripción de las mismas en todo caso (artículos 8 de la Ley sobre condiciones generales de la contratación, 83 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y 114.3.º de la Ley Hipotecaria).

Además, debe tenerse en cuenta que las Comunidades Autónomas, con base en el reparto constitucional previsto en el artículo 149.1 de la Constitución Española, gozan de competencias legislativas en materia de ordenación del crédito (artículo 149.1.11.ª) pudiendo desarrollar la legislación básica del Estado en materia de protección de los clientes de servicios y productos bancarios, siempre que no vulneren la legislación básica del Estado, por lo que en el momento de la calificación, la cuestión radicaba en determinar si la legislación divergente establecida por la Ley 20/2014 del Parlamento de Cataluña se solapa con la legislación básica estatal y hace imposible su aplicación al tener que prevalecer ésta, o si, por el contrario, es posible una aplicación armónica y coordinada de ambas normas.

10. Los intereses moratorios y ordinarios. A este respecto debe señalarse que la legislación estatal, tras la Ley 1/2013, regula los intereses moratorios, en lo que ahora nos interesa, en el párrafo tercero del artículo 114 de la Ley Hipotecaria que dispone que «los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil»; de donde se infiere que la limitación a los intereses moratorios sólo opera en los contratos del préstamo o crédito hipotecarios destinados a la adquisición de la vivienda habitual del deudor, en este caso, ontológicamente persona física, y en los que se hipoteca dicha vivienda habitual, es decir, no son aplicables a préstamos o créditos hipotecarios con otra finalidad, aunque lo sean con fines de consumo, el deudor tenga la condición de consumidor y la finca hipoteca constituyera su domicilio habitual, y en tales casos el registrador sólo podrá rechazar su inscripción si superan como es el caso el límite de objetivo de abusividad fijado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016 de dos puntos por encima del tipo remuneratorio pactado.

Por su parte el artículo 251-6, número 4, letra a), del Código de consumo de Cataluña en su redacción de la Ley 20/2014 dispone que «en los contratos de créditos y préstamos hipotecarios se consideran abusivas las siguientes cláusulas: a) Las que incluyan un tipo de interés de demora superior a tres veces el interés legal del dinero vigente en el momento de la firma del contrato»; lo que implica un ámbito de aplicación diferente ya que comprende todos los préstamos o créditos hipotecarios cualesquiera que fuera su finalidad o la naturaleza de la finca hipotecada, con tal de que el prestatario tenga la condición de consumidor; así como un diferente límite de interés moratorio ya que la fecha de referencia para fijarlo será la fecha de la escritura de constitución de hipoteca y no el momento del devengo de tales intereses como en el supuesto del artículo 114 de la Ley Hipotecaria.

En el supuesto objeto de este recurso la finalidad del préstamo garantizado con la hipoteca no es la adquisición de la vivienda habitual de los prestatarios como expresamente se indica en la parte expositiva sino otra distinta: la compra de maquinaria; por lo que no resulta aplicable, y no lo hace la registradora, la legislación estatal, ya que el ámbito de esta limitación, como tiene declarado la Dirección General de los Registros y del Notariado (vid. Resolución de 25 de abril de 2014), no puede ser extrapolado a supuestos no contemplados en la norma ni ser objeto de interpretación extensiva.

Sin embargo, como ya se resolvió en las Resoluciones de 25 de septiembre y 8 y 9 de octubre de 2015, entre otras, sí sería aplicable, en la medida que en el momento de su otorgamiento (15 de diciembre de 2016) se había levantado la suspensión de la aplicabilidad de la norma derivada de la presentación del recurso ante el Tribunal Constitucional (fundamento de Derecho segundo), y a que no parece incompatible en este extremo, la citada norma autonómica catalana.

Pues bien, esta norma catalana sí es vulnerada ya que el límite legal, en la fecha de otorgamiento de la escritura, de los intereses moratorios era del tipo del 9% nominal anual durante toda la vida del préstamo, mientras que la cláusula sexta del contrato en cuanto a dicho interés de demora señala que «en caso de demora la parte prestataria deberá satisfacer al acreedor intereses de demora a razón del 13% anual como indemnización por el retraso en el cumplimiento de la obligación (...)».

Además, se pactan en la estipulación tercera un interés ordinario del 12% nominal anual, también durante toda la vida del préstamo, es decir, superior al interés moratorio máximo que se puede pactar, lo que constituye también un defecto por aplicación de la doctrina de esta Dirección General, plasmada, entre otras, en las Resoluciones de 22 de julio de 2015 y 10 de febrero de 2016, que señala que por su propia naturaleza el interés ordinario no puede ser superior al interés moratorio en un mismo contrato. Es evidente, como ya se manifestara en anteriores resoluciones a las que nos remitimos, que todo interés moratorio, por su propia condición de cláusula indemnizatoria y/o disuasoria (según la función que le tenga atribuida el legislador) tiene que ser superior al interés ordinario que tiene una función meramente remuneratoria, y ambos tipos de interés deben guardar en todo caso una cierta proporción, pronunciándose siempre la Ley en el sentido de que los intereses de demora debe calcularse partiendo de los intereses ordinarios previamente pactados o de su asimilado el interés legal del dinero. Así, entre las distintas determinaciones legales acerca de los intereses moratorios caben citar la limitación del artículo 4 del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, que fija el interés moratorio en dos puntos por encima de los intereses remuneratorios pactados; o la del artículo 576.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que fija el interés de la mora procesal en el interés legal del dinero más dos puntos; o la del artículo 20 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, que fija el interés moratorio de los descubiertos en cuenta corriente en 2,5 veces el interés legal del dinero; o, finalmente, la del citado artículo 114, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria, que para el préstamo destinado a la adquisición de la vivienda habitual la fija en tres veces el interés legal del dinero.

En este mismo sentido se han manifestado las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de abril y 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero y 3 de junio de 2016 que, considerando que se debe evitar que los intereses ordinarios sean superiores a los moratorios, fija como

doctrina jurisprudencial, la primera de ellas para los préstamos personales y la última para los préstamos hipotecarios, que en los contratos de préstamo concertados con consumidores, es abusiva la cláusula no negociada que fija un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado. Además, tales sentencias establecen la doctrina que en los contratos de préstamo con garantía real -también en los demás-, en caso de nulidad de la cláusula de intereses moratorios «la nulidad sólo afectará al exceso respecto del intereses remuneratorios pactados».

En consecuencia, el registrador debe en este supuesto concreto rechazar la inscripción de la cláusula discutida en cuanto contraria, por un lado, a una norma prohibitiva y, por otro lado, a la jurisprudencia del Tribunal Supremo; y eso es lo que efectivamente ha hecho la registradora, por lo que el defecto debe ser confirmado, sin poder abordar ahora, por no haber sido objeto de referencia en la nota de calificación, las repercusiones de esta conclusión en el tipo máximo a efectos hipotecarios de la responsabilidad hipotecaria por ambos conceptos.

11. La inscripción en el Registro especial de prestatarios profesionales no entidades de crédito. Establecida la conclusión de la inclusión del supuesto objeto de este recurso dentro del ámbito objetivo de la Ley 2/2009 y el carácter de consumidor del garante, queda por determinar si concurre el otro presupuesto de aplicación de la citada Ley, es decir, el carácter profesional del prestamista, que le obliguen a la inscripción en el correspondiente registro especial y a la aportación de aval bancario o seguro de responsabilidad civil.

Pues bien, como señalan entre otras las Resoluciones de 4 de febrero, 13 de julio y 28 de julio de 2015 y 10 de marzo y 1 de julio de 2016, el carácter de habitualidad en la concesión de préstamos no tiene una definición precisa en la legislación en general ni en la específica, siendo las diferentes normas que, de un modo u otro, aluden a este término las que en ocasiones han fijado criterios objetivos para considerar la existencia de tal carácter (por ejemplo la legislación fiscal para entender como habitual un domicilio). Fuera de estos supuestos la resolución de la controversia sobre el carácter habitual o no de una actividad sólo puede producirse por la valoración de las pruebas existentes en uno u otro sentido.

En el caso que nos ocupa el prestamista no hace manifestación alguna acerca de su carácter o no de profesional en la concesión de préstamos, sino que se limita a señalar que la escritura de préstamo hipotecario no está sujeta a la aplicación de la Ley 2/2009 porque la finalidad del mismo es la compra de maquinaria. A este criterio se opone la registradora calificante en la nota de calificación, primero, por no constar en la escritura la manifestación del acreedor de no dedicarse profesionalmente a la concesión de préstamos hipotecarios, y, segundo, porque tal actividad profesional puede afirmarse de forma objetiva debido a la concesión por la recurrente de una pluralidad de créditos hipotecarios inscritos en distintos distritos registrales, según pone de manifiesto en el informe, como resultado de la consulta al Servicio de Interconexión entre Registros.

Es doctrina de este Centro Directivo señalada en numerosas Resoluciones, que el registrador en el ejercicio de su función calificadora sobre la legalidad, puede tener en cuenta los datos que resulten de organismos oficiales a los que pueda acceder directamente, no sólo para el mayor acierto en la calificación sino también para liberar a los interesados de presentar documentos que puede obtener directamente cuando ello le sea factible sin paralizar el procedimiento registral o cuando sea especialmente útil para el ejercicio adecuado de la calificación registral. Así, este Centro Directivo ha admitido la posibilidad de que el registrador de la propiedad, en el ejercicio de sus funciones, pueda consultar de oficio el Registro Mercantil (Resolución de 16 de febrero de 2012), así como que pueda proveerse de la prueba a su alcance si puede acceder a ella con facilidad (Resolución de 28 de febrero de 2012), siendo compatible el principio de rogación que exige que se inscriba lo que se pide con la posibilidad de consulta al Registro Mercantil por parte del registrador de la propiedad para acreditar el cargo y la representación del administrador de una sociedad, atendiendo a los principios de facilidad probatoria, proporcionalidad, eficacia, legalidad y tutela del interés público, siempre que los datos se

puedan obtener con facilidad (Resoluciones de 11 de junio, 5, 24 y 30 de octubre y 6 de noviembre de 2012 y 24 de junio de 2013), pudiendo incluso consultar de oficio en algún caso el Registro General de Actos de Última Voluntad para aclarar una determinada cuestión (Resolución de 1 de junio de 2013), o calificar la declaración de concurso por consulta al Registro Mercantil o al Registro Público Concursal (Resoluciones de 1 y 11 de julio y 6 de septiembre de 2013), o, por último, consultar, como ha ocurrido en este caso, los asientos del Servicio de Interconexión entre los Registros en relación con la habitualidad de los prestamistas que no tengan el carácter de entidades financieras (Resoluciones de 4 de febrero y 13 y 28 de julio de 2015 y 10 de marzo, 11 de julio y 24 de noviembre de 2016).

En definitiva, se trata de obtener datos que de manera objetiva e indubitada, acrediten o complementen el contenido de la documentación presentada o que apoyen la emisión de una calificación lo más precisa y acertada posible, y en este sentido el otorgamiento de sucesivos préstamos hipotecarios en un número considerable constituye, indudablemente, un indicio suficiente del desarrollo de una actividad profesional, que justifica la exigencia por parte del registrador del cumplimiento de los requisitos legales aplicables; quedando desvirtuada la manifestación del prestamista de no ejercer de forma profesional la actividad efectuada en la escritura o de no ser aplicable la Ley 2/2009, por los datos obrantes en el mismo o en los diferentes Registros de la Propiedad, que revelan una habitualidad en la concesión de préstamos con garantía hipotecaria.

Por tanto, en el supuesto objeto de este expediente se considera que la concesión de varios créditos vigentes (no se precisa su número), constituye prueba objetiva suficiente de la habitualidad en el ejercicio de tal actividad, circunstancia que si bien no convierte al prestamista en profesional, justifica la denegación de la inscripción registral mientras no exista prueba en contrario, correspondiendo al acreedor la carga de la prueba, tanto del cumplimiento de los requisitos legales o su no necesidad - artículo 8 de la Ley 2/2009-, como, en su caso, de la concurrencia de negociación individual en torno a las cláusulas de los contratos en que intervenga un consumidor -artículo 82.2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios-.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto y confirmar la nota de calificación de la registradora en cuanto a todos los defectos recurridos, con la salvedad indicada en cuanto a la información sobre arbitraje y sin perjuicio de admitirse prueba en contrario respecto aquellos aspectos que se señalan.

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, 14 de julio de 2017.-El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.