

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

- 87** *Resolución de 12 de diciembre de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de propiedad de Felanitx n.º 2, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario.*

En el recurso interpuesto por don E. S. V., abogado, en nombre y representación de don M. C. P., contra la calificación del registrador de Propiedad de Felanitx número 2, don Álvaro Lázaro Martínez, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el 15 día de junio de 2018 por el notario de Palma de Mallorca, don José Luis Gómez Díez, con el número 2.456 de protocolo, don J. S. F. y doña J. A. F. constituyeron una hipoteca a favor del prestamista, don M. C. P., en garantía de un préstamo por un principal de 415.000 euros, garantizado con una casa chalet, la finca registral número 25.449 del Registro de la Propiedad de Felanitx número 2, ubicada en el término municipal de Santanyí, y que no constituye la vivienda habitual de los prestatarios.

II

Presentada telemáticamente el día 15 de junio de 2018 dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Felanitx número 2, el día 25 de junio de 2018 se aportó por don F. B. L., gestor, copia soporte papel del indicado documento, acreditándose el pago del impuesto mediante justificantes de recepción, pago y presentación, y fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Álvaro Lázaro Martínez, registrador de la Propiedad titular del Registro de Felanitx 2.

Certifico: Que se ha calificado el precedente documento presentado en soporte informático en esta Oficina, habiéndose acreditado el pago del impuesto mediante justificantes de recepción, y pago y presentación, de la Agencia Tributaria de les Illes Balears, número de expediente 141902018017200, procediéndose a la notificación al Notario autorizante, por vía telemática, mediante la siguiente nota de calificación que se transcribe en su integridad:

El Registrador de la Propiedad que suscribe, previo examen y calificación del documento presentado en este Registro bajo el asiento 1907 del diario 68, escritura otorgada el 15 de junio del 2018 ante el Notario de Palma de Mallorca, José Luis Gómez Díez, número 2456 de protocolo, de conformidad con el artículo 18 de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento, y tras examinar el contenido de los asientos del Registro, suspende la inscripción solicitada en base a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho:

La escritura que motiva la presente calificación formaliza un préstamo hipotecario cuya garantía se constituye a favor de don M. C. P., con D.N.I. (...), persona inscrita como prestamista en el Registro Estatal de Empresas, con número de registro (...), sobre la finca registral 25.449 del término municipal de Santanyí, casa chalet (...) de dicho

término, en garantía de las obligaciones derivadas del préstamo concedido por éste prestamista a los titulares de la finca don J. S. F. y doña J. A. F., con la finalidad de financiar la adquisición de una vivienda a la parte deudora.

El Registrador que suscribe esta Nota de Calificación y a los solos efectos de admitir o no la inscripción del documento presentado, entiende que a tenor del contenido del párrafo 2.º del artículo 1.º de la Ley de 23 de julio de 1908 «sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios» el contrato que ha de garantizar la hipoteca cuya constitución se pretende, es nulo al suponerse recibida del prestamista la suma cuatrocientos quince mil euros en concepto de principal del préstamo, cantidad mayor que la verdaderamente entregada, por cuanto efectivamente se han deducido de la cantidad entregada los intereses ordinarios que ascienden a treinta y tres mil doscientos euros; y además la restante cantidad de trescientos ochenta y un mil ochocientos euros, si bien se manifiesta que a petición de la parte deudora se le entregan mediante cuatro cheques bancarios, esta cantidad tampoco se ha entregado al deudor, por cuanto se entregan efectivamente quince mil sesenta y cuatro euros con cincuenta céntimos a don F. B. L. en pago de comisión de apertura del préstamo, mediante cheque bancario a su favor emitido por la «Banca March, S.A.» procedentes de la cuenta bancaria abierta de la parte prestamista en esta entidad de crédito; la cantidad de diez mil novecientos euros con setenta y ocho céntimos mediante cheque bancario a su favor emitido por la «Banca March, S.A.» procedentes de la cuenta bancaria abierta de la parte prestamista en esta entidad de crédito a favor de Don F. B. L. en pago de gastos relativos a la formalización de la operación (AJD, notaría, registro, etc.); trescientos veinte mil ochocientos treinta y cuatro euros con setenta y dos céntimos a favor del «Banco de Sabadell, S.A.» en concepto de saldo deudor para la cancelación de las hipotecas que gravan el inmueble que ahora se pretende hipotecar mediante cheque bancario a su favor emitido por la «Banca March, S.A.» procedentes de la cuenta bancaria abierta de la parte prestamista en esta entidad de crédito; y la cantidad de treinta y cinco mil euros a favor de la mercantil «Financial Solutions Mallorca, S.L.», que no consta debidamente identificada en el título, en pago de los servicios de intermediación prestados en esta operación, mediante cheque bancario a su favor emitido por la «Banca March, S.A.» procedentes de la cuenta bancaria abierta de la parte prestamista en esta entidad de crédito. Por tanto y teniendo en cuenta además que el contrato de préstamo es un contrato real -que presupone para su perfección la entrega simultánea de la cosa- es claro, del propio documento y de circunstancias objetivas, que no ha habido entrega de dinero al prestatario por parte del prestamista, lo cual es subsumible dentro del supuesto de hecho contemplado en el párrafo 1.º del artículo segundo de la «Ley Azcárate».

Además e independientemente de la cuestión de nulidad del contrato apreciada por el Registrador que suscribe, atendiendo al hecho de que la presente operación está sujeta a lo prevenido en 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, y el carácter imperativo de los derechos reconocidos por esta Ley a los consumidores que contraten las actividades incluidas en su ámbito de aplicación; según el artículo 17 de éste precepto, los contratos de préstamo o crédito hipotecario concedidos por las empresas, tal y como define este concepto la propia Ley en su artículo 1, el prestamista en este caso, deberán cumplir las condiciones previstas en la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, cuya referencia, según la disposición Adicional Única de la Ley 2/2009 debe entenderse hoy realizada a la Orden EHA/2899/2011, de 28 octubre, de transparencia y protección del cliente y servicios bancarios, y concretamente a lo recogido en su título III. Sin embargo, no consta en el título que motiva esta calificación el cumplimiento de lo previsto en los artículos 13 «Folleto informativo sobre préstamos o créditos hipotecarios.», 14 «Información previa al contrato», 16 «Oferta vinculante.», y 17 «Contrato» de la Ley 2/2009. Además, el artículo 18. «Deberes notariales y registrales.» de la Ley 2/2009 establece que, en su condición de funcionarios públicos y derivado de su deber genérico

de control de legalidad de los actos y negocios que autorizan, los notarios denegarán la autorización del préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando el mismo no cumpla la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley, y del mismo modo, los registradores denegarán la inscripción de las escrituras públicas de préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando no cumplan la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley.

Acuerdo:

En vista de los citados [sic] hechos y fundamentos de derecho se suspende la inscripción del precedente título.

La presente calificación negativa determina la prórroga del asiento de presentación por el plazo señalado en el artículo 323.1.º de la Ley Hipotecaria.

Contra la presente nota de calificación (...) Felanitx, 12 de julio de 2018.

Y para que conste, expido la presente en Felanitx, doce de julio del dos mil dieciocho (firma ilegible).

Álvaro Lázaro Martínez.»

Con fecha 12 de julio de 2018 se notificó la referida calificación al notario autorizante y al presentante del título, don F. B. L., quedando prorrogado el asiento causado por el plazo de 60 días al amparo del artículo 323, párrafo primero, de la Ley Hipotecaria.

Retirado el título por el presentante, con fecha 7 de agosto de 2018 se devolvió al Registro acompañado de una diligencia de subsanación extendida el día 1 de agosto de 2018 por el mismo notario autorizante de la escritura objeto de calificación, que llevaba anexada un documento denominado «Oferta vinculante hipoteca tipo fijo de préstamo hipotecario». La reseñada diligencia tenía por objeto la aclaración de determinados extremos de la forma de entrega del importe del préstamo a los que se refería la anterior nota de calificación; y la incorporación al contrato de préstamo hipotecario concedido de la oferta vinculante para la formalización del mismo, según lo prevenido en 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. El referido documento «Oferta vinculante hipoteca tipo fijo de préstamo hipotecario», el cual no estaba firmado por la parte prestamista, recogía entre otras condiciones financieras: el capital del préstamo, por el importe antes indicado; el tipo de los intereses ordinarios y su forma de pago, por anticipado descontándolos del capital que se entrega; y los «gastos preparatorios», entre los que no figuraba comisión de clase alguna, ni posibles gastos de intermediación.

Se volvió a suspender la inscripción del referido título por las siguientes razones:

«El Registrador de la Propiedad que suscribe, previo examen y nueva calificación del documento presentado en este Registro bajo el asiento 1907 del diario 68, escritura otorgada el 15 de junio del 2.018 ante el Notario de Palma de Mallorca, José Luis Gómez Díez, número 2456 de protocolo, retornado a esta Oficina con fecha 7 de agosto del 2.018 acompañado de una diligencia de subsanación extendida por igual fedatario el 1 de agosto del 2.018 que lleva anexada un documento denominado «Oferta Vinculante Hipoteca Tipo Fijo de Préstamo hipotecario», a efectos de subsanar los defectos que se indican en la anterior nota de calificación de fecha 12 de julio del 2.018 que motivó la prórroga del indicado asiento, de conformidad con el artículo 18 de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento, y tras examinar el contenido de los asientos del Registro, suspende la inscripción solicitada en base a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho:

La escritura que motiva la presente calificación formaliza un préstamo hipotecario por importe de 415.000,00 euros cuya garantía se constituye a favor de don M. C. P., con D.N.I. (...), persona inscrita como prestamista en el Registro Estatal de Empresas, con número de registro (...), sobre la finca registral 25.449 del término municipal de Santanyí, casa chalet (...) de dicho término, en garantía de las obligaciones derivadas del

préstamo concedido por éste prestamista a los titulares de la finca don J. S. F. y doña J. A. F., con la finalidad de financiar la adquisición de una vivienda a la parte deudora. La reseñada diligencia tiene por objeto la incorporación al contrato de préstamo hipotecario concedido de la Oferta Vinculante para la formalización del mismo, contrato que atendido lo anterior está sujeto a lo prevenido en 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, por lo ésta oferta vinculante debe cumplir las condiciones previstas en la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, cuya referencia, según la disposición Adicional Única de la Ley 2/2009 debe entenderse hoy realizada a la Orden EHA/2899/2011, de 28 octubre, de transparencia y protección del cliente y servicios bancarios, y concretamente a lo recogido en su título III. El referido documento «Oferta Vinculante Hipoteca Tipo Fijo de Préstamo hipotecario», el cual no está firmado por la parte prestamista, recoge entre otras condiciones financieras: el Capital del Préstamo, por el importe antes indicado; el tipo de los intereses ordinarios y su forma de pago, por anticipado descontándolos del capital que se entrega; los «Gastos preparatorios», entre los que no figura comisión de clase alguna, ni posibles gastos de intermediación.

El Registrador que suscribe esta Nota de Calificación y a los solos efectos de admitir o no la inscripción del documento presentado, continua entendiendo que a tenor del contenido del párrafo 2.º del artículo 1.º de la Ley de 23 de julio de 1908 «sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios» el contrato que ha de garantizar la hipoteca cuya constitución se pretende, es nulo al suponerse recibida del prestamista la suma cuatrocientos quince mil euros en concepto de principal del préstamo, cantidad mayor que la verdaderamente entregada.

Esta nulidad se continua apreciando, a pesar de lo expuesto por el fedatario autorizante en la diligencia de subsanación citada, por que independientemente de que si se haya entregado a los prestatarios una parte de la suma del préstamo, 77,30 por ciento, destinado a la amortización anticipada de otro préstamo, el aludido párrafo 2.º del artículo 1.º de la Ley de 23 de julio de 1908, establece la nulidad del contrato cuando se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada, sin fijar ningún tipo de margen o cuota para la no aplicación de este supuesto; consta en el propio título que efectivamente se han deducido de la cantidad entregada los intereses ordinarios que ascienden a 33.200,00 Euros; y además de la restante cantidad, si bien se manifiesta que a petición de la parte deudora se le entregan mediante cheques bancarios, de esta cantidad tampoco se ha entregado al deudor: 15.064,50 Euros que se entregan efectivamente a don F. B. L. en pago de comisión de apertura del préstamo, mediante cheque bancario a su favor emitido por la «Banca March, S.A.» procedentes de la cuenta bancaria abierta de la parte prestamista en esta entidad de crédito; la cantidad de 10.900,78 Euros que se entregan efectivamente mediante cheque bancario a favor del mismo señor B. emitido por la «Banca March, S.A.» procedentes de la cuenta bancaria abierta de la parte prestamista en esta entidad de crédito, en pago de gastos relativos a la formalización de la operación (AJD, notaría, registro, etc.); y la cantidad de 35.000,00 Euros que se entregan efectivamente a la mercantil «Financial Solutions Mallorca, S.L.», en pago de los servicios de intermediación prestados en esta operación, mediante cheque bancario a su favor emitido por la «Banca March, S.A.» procedentes de la cuenta bancaria abierta de la parte prestamista en esta entidad de crédito.

A mayor abundamiento de lo ya expresado en la anterior nota de calificación, del examen de la Oferta Vinculante ahora acompañada, y atendiendo a lo prevenido en 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, que faculta a las empresas a establecer libremente sus tarifas de comisiones, condiciones y gastos repercutibles a los consumidores, sin otras limitaciones que las contenidas en esta Ley, en la Ley de 23 de julio de 1908

«sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios», y en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, en materia de cláusulas abusivas, resulta que:

1) A pesar de que el artículo 5) «Obligaciones de transparencia en relación con los precios.» de la Ley 2/2009, en el apartado b) de su número 2, establece que en los préstamos o créditos hipotecarios sobre viviendas, como en el supuesto objeto de la presente, la comisión de apertura, que se devengará una sola vez, englobará cualesquiera gastos de estudio, de concesión o tramitación del préstamo o crédito hipotecario u otros similares inherentes a la actividad de la empresa ocasionada por la concesión del préstamo o crédito; y que las restantes comisiones y gastos repercutibles a cargo del consumidor, que la empresa aplique sobre estos préstamos o créditos, deberán responder a la prestación de un servicio específico distinto de la concesión o de la administración ordinaria del préstamo o crédito; no consta en la oferta vinculante referencia alguna al pago de 15.064,50 a don F. B. L., quien no consta debidamente identificado en el título, en pago de comisión de apertura del préstamo, ni al pago de 35.000,00 euros a favor de la mercantil «Financial Solutions Mallorca, S.L.», que tampoco no consta debidamente identificada en el título, en pago de los servicios de intermediación prestados en esta operación.

2) El mismo artículo 5) de la Ley 2/2009, en su número 3 establece que las empresas no podrán cargar cantidades superiores a las que se deriven de las tarifas, aplicando condiciones más gravosas o repercutiendo gastos no previstos.

3) La ley 2/2009, respecto a la Actividad de contratación de préstamos o créditos hipotecarios, establece en su Artículo 14. «Información previa al contrato.» que la empresa deberá suministrar de forma gratuita al consumidor, con una antelación mínima de cinco días naturales a la celebración del contrato y, en todo caso, antes de que asuma cualquier obligación derivada de la oferta o del contrato de préstamo o crédito hipotecario, en cuanto a éste, información del precio total que debe pagar el consumidor a la empresa con inclusión de todas las comisiones, cargas y gastos, así como todos los impuestos pagados a través de la empresa o, cuando no pueda indicarse un precio exacto, la base de cálculo que permita al consumidor comprobar el precio, así como la tasa anual equivalente expresada mediante un ejemplo representativo; que la empresa deberá suministrar al consumidor información con la indicación de que puedan existir otros impuestos o gastos que no se paguen a través de la empresa o que no los facture ella misma, y que en el caso de que estos gastos fueran causados por entidades o personas designadas por la empresa deberá hacerse constar cuáles son y su cuantía.

4) La ley 2/2009, en su Capítulo III «Actividad de intermediación», establece que las empresas independientes sólo podrán percibir retribución cuando se haya pactado el importe de la remuneración mediante documento en papel u otro soporte duradero, y prohíbe a las empresas percibir de los clientes o las empresas el precio o los fondos que constituyan el contrato principal.

Independientemente de la cuestión de nulidad del contrato a tenor de lo dispuesto en la Ley de 23 de julio de 1908 apreciada por el Registrador que suscribe, a los solos efectos de admitir o no la inscripción del documento presentado; la presente operación está sujeta a lo prevenido en la Ley 2/2009; son de carácter imperativo los derechos reconocidos por esta Ley a los consumidores que contraten las actividades incluidas en su ámbito de aplicación, tal y como dispone este precepto; son nulos la renuncia previa a tales derechos y los actos realizados en fraude de Ley, conforme a lo previsto en el artículo 6 del Código Civil; y tal como establece el artículo 18. «Deberes notariales y registrales.» de la Ley 2/2009, en su condición de funcionarios públicos y derivado de su deber genérico de control de legalidad de los actos y negocios que autorizan, los notarios denegarán la autorización del préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando el mismo no cumpla la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley, y del mismo modo, los registradores denegarán la inscripción de las escrituras públicas de préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando no cumplan la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en ésta Ley.

Por último, y en cuanto al medio de subsanación empleado por el notario autorizante –Diligencia de subsanación por omisión del artículo 153 del Reglamento Notarial–, no es un medio idóneo por cuanto, habida cuenta de la importancia de la rectificación (incorporación de la Oferta Vinculante previa) es preciso la comparecencia y consentimiento de las partes mediante una escritura complementaria.

Acuerdo:

En vista de los citados [sic] hechos y fundamentos de derecho se suspende la inscripción del precedente título.

La presente calificación negativa determina la prórroga del asiento de presentación por el plazo señalado en el artículo 323.1.º de la Ley Hipotecaria.

Contra la presente nota de calificación (...)

Felanitx, 14 de agosto del 2018. El registrador (firma ilegible), Fdo. Álvaro Lázaro Martínez.»

III

Contra la anterior nota de calificación, don E. S. V., abogado, en nombre y representación de don M. C. P., interpuso recurso el día 13 de septiembre de 2018, siendo los argumentos del recurso los siguientes:

«(...)

II. Mi patrocinado resulta ser parte legitimada a los presentes efectos, de conformidad con lo establecido en el artículo 325 LH. Asimismo, quien suscribe se halla facultado para la interposición de este recurso, a tenor de las facultades que obran en el poder que ha sido señalado.

III. Que entendiendo dicha calificación lesiva para los intereses de mi representado, y no ajustada a derecho, dicho sea en estrictos términos de defensa, mediante el presente escrito y al amparo del art. 324 y siguientes de la Ley Hipotecaria, en la representación que ostento, formulo recurso ante la Dirección General de Registros y del Notariado en base a las siguientes,

Alegaciones:

Primero.–En virtud de Nota de Calificación de fecha 14/08/2018, el Registrador de la Propiedad titular del Registro de Felanitx 2, acordó suspender la inscripción del título identificado en el antecedente I, y ello en atención a los motivos que serán objeto de desarrollo y oposición en los siguientes expositivos.

Segundo.–En la resolución objeto del presente, constan como antecedentes, relevantes a los presentes efectos, los siguientes extremos:

1. La circunstancia de que D. M. C. P., resulta ser persona inscrita como prestamista en el Registro Estatal de empresas.

2. Que la finalidad del préstamo lo fue la de financiar la adquisición de una vivienda.

En cuanto al segundo de los extremos reseñados, y si bien en la escritura (Expositivo Segundo), se cita que «la parte acreedora ha accedido a financiarla adquisición de una vivienda a la parte deudora», lo cierto es se trata de un error expositivo, toda vez que la finalidad real fue la de refinanciación deuda, tal y como consta en la oferta vinculante, suscrita por la parte prestataria. Tal aserto se puede constatar fácilmente del repetido instrumento público, con la simple observancia de la modalidad de pago contenida en la Estipulación Primera, en donde se hace constar que, precisamente a petición de la parte deudora, se entregan cuatro cheques bancarios:

a) El de mayor importe, por la suma de 320.824 €, se destinó a la cancelación de hipotecas que gravaban el inmueble objeto de la garantía hipotecaria, y que constan detalladas en el Expositivo Primero.

b) Los otros tres cheques, se entregan a la persona de D. F. B. L. y la mercantil Financial Solutions Mallorca SL, en pago de diversos conceptos, que nada tienen que ver con la adquisición de una vivienda.

Y exponemos lo anterior, a los efectos de valorar, más adelante, cuáles son las circunstancias concurrentes que, a nuestro entender, invalidan cualquier apreciación de préstamo usurario; sin perjuicio de dejar patente que ante el análisis pormenorizado que intenta realizar el Sr. Registrador, bien podría haberse valorado la finalidad real del préstamo, cual resulta ser la refinanciación de deuda, realizada al amparo de algún objetivo previsto por los prestatarios que debió aconsejar tal operación, pudiendo ser ventajosa, pero nunca la finalidad fue la adquisición de una vivienda habitual, más allá de la desafortunada dicción del Expositivo Segundo de la Escritura.

Tercero.—El primer motivo para acordar la suspensión de la inscripción solicitada, lo constituye la supuesta nulidad del contrato de préstamo por aplicación de lo prevenido en el artículo 1, párrafo 2.º de la Ley de 23/07/1.908, a cuyo tenor, son nulos los préstamos en los que se suponga recibida del prestamista una cantidad mayor a la verdaderamente entregada, y la realiza prima facie, de forma objetiva y automática, sin atender a todas las demás circunstancias concurrentes con el préstamo objeto de la garantía hipotecaria, a modo de que siguiendo la tesis del Sr. Registrador, sería suficiente con que se hubiera entregado una ínfima cantidad en concepto de intereses por anticipado, por ejemplo 1.000 €, para que ya el préstamo merezca la calificación de usurario, por ser, en palabras literales expuesta en la calificación, el importe del principal del préstamo «cantidad mayor que la verdaderamente entregada».

Como se expondrá más adelante, la calificación de préstamo usurario no puede devenir por una serie de categorías o clases, sino que el artículo de la Ley 23/07/1.908, debe interpretarse y aplicarse conjuntamente en función de todas y cada una de las circunstancias concurrentes, y en este sentido, baste reseñar cuál es el criterio del TS, que enmarca la Sentencia de la Sala 1.ª del TS, de fecha 2 Diciembre de 2014:

«A) En primer lugar, debe tenerse en cuenta que la Ley de Usura no puede dar lugar a su aplicación diferenciada o subdividida respecto de distintos 'tipos' de usura, ya sea distinguiendo en lo que tradicionalmente se ha referenciado como contratos usurarios, leoninos o falsificados; por razón de su interés elevado, de la situación angustiosa del deudor, o de la cantidad realmente entregada, o bien, con base a cualquier otra suerte de clasificación al respecto. Por el contrario, debe resaltarse que el control que se establece se proyecta unitariamente sobre la validez misma del contrato celebrado, sin que pueda diferenciarse la extensión o alcance de la ineficacia derivada. De ahí, entre otros extremos, que su régimen de aplicación, esto es, la nulidad del contrato de préstamo, o negocio asimilado, alcance o comunique sus efectos tanto a las garantías accesorias, como a los negocios que traigan causa del mismo.

B) La unidad de su régimen de aplicación determina que la interpretación y alcance del préstamo usurario se realice de un modo sistemático teniendo en cuenta la relación negocial en su conjunto, esto es, valorando en su totalidad las circunstancias y condiciones que determinan la celebración del contrato, y no una determinada circunstancia o condición, considerada autónomamente.»

Expuesto lo anterior, debemos analizar los fundamentos por los que el Sr. Registrador califica de usurario el préstamo, y que los concreta en las siguientes consideraciones:

– Que consta en el título que se «han deducido de la cantidad entregada los intereses ordinarios, que ascienden a 33.200 €».

– Que de la cantidad prestada se ha hecho pago a D. F. B. del importe de 15.064,50 € en concepto de comisión de apertura del préstamo. Dicho pago fue instrumentado por cheque bancario emitido por la entidad Banca March a favor del Sr. B., procedente de la cuenta titularidad de la parte prestamista.

– Que de la cantidad prestada se ha hecho pago a D. F. B. del importe de 10.900,78 €, en pago de gastos relativos a la formalización de la operación (AJD, notaría, registro etc.). Dicho pago fue instrumentado por cheque bancario emitido por la entidad Banca March a favor del Sr. B., procedente de la cuenta titularidad de la parte prestamista.

– Que de la cantidad prestada se ha hecho pago a la entidad Financial Solutions Mallorca SL, del importe de 35.000 € en concepto de pago de servicios de intermediación Dicho pago fue instrumentado por cheque bancario emitido por la entidad Banca March a favor del Sr. B., procedente de la cuenta titularidad de la parte prestamista

La calificación objeto de la presente, no ofrece mayores explicaciones sobre la conclusión alcanzada, limitándose a indicar los pagos que se han realizado a favor de personas diferentes a la parte prestataria, resultando que, de entrada, dicho sea con todos los respetos, consideramos con ello no se cumple con la exigencia de motivación suficiente a los efectos establecidos en el artículo 19 LH, ya que si bien es cierto que se invoca el precepto supuestamente conculcado, no se ofrece una explicación sobre el motivo por el que se concluye que los pagos que se han relacionado deben motivar la consideración de usurario del préstamo hipotecario, o dicho de otro modo, no se sustenta la conclusión alcanzada, ofreciendo además idéntico tratamiento a todos los conceptos, incluida la retención para el pago de impuestos y gastos, lo que ya de entrada, redundaría en la deficiente fundamentación de la resolución que ahora se combate. En tal sentido llama la atención que la nota de calificación no contiene referencia alguna a Resolución de la DGRN ni Sentencia, que pueda refrendar la calificación emitida.

Además, y con carácter general debemos indicar que la suspensión de la calificación registral en aplicación de las previsiones de la Ley Azcárate, ya nos ofrece bastantes dudas, ya que ello exige una valoración conjunta de todas las circunstancias concurrentes, en orden a su interpretación y aplicación, que solo compete a los Juzgados, y que exceden de las competencias propias del Registrador, tal y como se pone de relieve en la siguiente resolución del órgano al que nos dirigimos, a saber:

Resolución DGRN 1 de Febrero de 2018.

«En primer lugar, respecto del pacto de un interés remuneratorio fijo del 12% nominal anual, que el registrador considera abusivo y usurario al resultar desequilibrante en perjuicio de deudor en conjunción con los gastos y comisiones retenidas y notablemente superior ya que determina la cuantía de la contraprestación del préstamo que es el objeto principal del contrato de préstamo oneroso, queda al margen tanto de la calificación registral como de la ponderación judicial, por corresponder a la iniciativa empresarial la fijación del interés al que presta el dinero y diseñar la oferta comercial dentro de los límites fijados por el legislador al normal del mercado, debe señalarse, como ya hizo esta Dirección General, entre otras, en la Resolución de 7 de abril de 2016 que, en principio, al constituir el interés ordinario o remuneratorio un elemento esencial del contrato de préstamo hipotecario oneroso,

El control de los intereses ordinarios queda circunscrito, en consecuencia, al ámbito de las normas de la Ley de Represión de la Usura de 23 de julio de 1908, que como tal también queda al margen de la calificación registral al exigir su apreciación la ponderación de todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, para poder determinar que el prestatario ha aceptado el tipo de interés por las circunstancias de angustia en que se encuentra, lo que tampoco cabe extraer de las afirmaciones del registrador calificador.»

No obstante lo anterior, y a mayor abundamiento, respecto de los puntos referidos por el Sr. Registrador, pasamos a realizar las siguientes consideraciones en aras a desvirtuar la conclusión alcanzada:

- 1) Sobre el pago de los intereses ordinarios por anticipado.

No resulta determinante, por sí sola, la circunstancia de que se paguen los intereses por adelantado para la calificación de usurario del contrato de préstamo. Efectivamente el pago por anticipado de los intereses puede tenerse en cuenta para establecer la posible usura, pero como un elemento más a valorar dentro de otras muchas más circunstancias, y ello resulta un criterio mantenido por nuestros tribunales, de forma prácticamente unánime.

A tal fin, volvemos a referirnos a la Sentencia de la Sala 1.^a del TS, de fecha 2 Diciembre de 2014:

«En este orden, la interpretación normativa que desarrolla la sentencia recurrida no puede ser compartida por esta Sala a tenor de la doctrina jurisprudencial expuesta. En efecto, la sentencia de la Audiencia, al asumir la interpretación de la norma que realiza la sentencia de Primera Instancia, acerca de la exclusión de los intereses de demora del ámbito de aplicación de la Ley de Usura, contradice los criterios de unidad y sistematización que deben presidir la interpretación y aplicación de esta normativa. Por el contrario, desde su valoración conjunta y sistematizada se observa, con claridad, que en el presente caso resulta pertinente la calificación de préstamo usurario de acuerdo a la concurrencia de las siguientes circunstancias, a saber:

- a) la notable desproporción del interés de demora establecido (30%), reconocido expresamente por la sentencia recurrida.
- b) la constitución de una garantía hipotecaria muy superior a la cantidad garantizada.
- c) El cobro anticipado de los intereses ordinarios por todo el período antes de su respectivo vencimiento.
- d) El exiguo margen del plazo de devolución del préstamo, 6 meses, reconocido expresamente por la sentencia recurrida.
- e) La situación de angustia de la prestataria, circunstancia también reconocida expresamente por la sentencia recurrida.

Circunstancias a las que cabe sumar la promesa realizada, e incumplida, de obtención de un crédito bancario a largo plazo para la prestataria que aliviara la difícil situación económica que determinó la formalización del citado préstamo privado.»

Ninguna norma o interpretación jurisprudencial que verse sobre la materia objeto de análisis, ha proscrito de forma objetiva y automática el pago de los intereses por adelantado. En tal sentido y enlazando con el reproche efectuado anteriormente sobre la falta de motivación de la nota de calificación, debemos indicar que el Registrador, sin prueba alguna, concluye lo que los jueces y tribunales pueden apreciar únicamente dentro de un procedimiento contradictorio con práctica probatoria y valoración conjunta de otras circunstancias o extremos relevantes.

Pero es más tampoco dicha cuestión puede ser objeto de tratamiento conjunto con el resto de puntos que se tratarán a continuación, y con los que se refiere bajo la rúbrica «se suponga haber recibido mayor cantidad que la verdaderamente entregada», con los que no guarda relación alguna, porque, como ya hemos indicado, el tema del pacto del percibo de los intereses por adelantado, ninguna relación mantiene con tal cuestión en la que la engloba la resolución de continua referencia, reiteramos la cuestión relativa al cobro de los intereses no puede encuadrarse en el «apartado» del párrafo segundo del artículo 1 de la Ley Azcarate, y ello a tenor de la jurisprudencia que sobre la materia se ha ido desarrollando y de la que hemos resaltado la sentencia reproducida.

Debe resaltarse que es el propio registrador el que señala literalmente, al referirse al artículo 1 de la Ley 23/07/1.908, que se establece «la nulidad del contrato cuando se suponga recibida mayor cantidad que la verdadera entregada, sin fijar ningún tipo de margen o cuota para la no aplicación de este supuesto», lo que delata que tal como ya hemos reflejado, objetiviza la norma, sin posibilidad de análisis de las demás circunstancias concurrentes, de ahí que reiteremos el absurdo que puede significar que la simple entrega de 1.000 € como intereses anticipados, derive en la calificación de usura al objetivarse el alcance de la norma. Pero es más, resulta totalmente incierto que en el título se suponga recibida mayor cantidad que la verdadera entregada, ya que el Pacto Primero refleja que la cantidad efectivamente entregada es la de 381.000 €, diferenciándola del capital del préstamo y justificándose que se deduce una cantidad por intereses, por lo que, a nuestro juicio, no estamos ante el supuesto previsto en la norma que exige que «se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada» por cuanto se distingue y se acredita que la cantidad entregada por el importe de 381.000 €, fue recibida a satisfacción de los prestatarios, mediante cheques bancarios que se protocolizan, sin que exista una ficción en cuanto a la cantidad efectivamente entregada, sin perjuicio de atender que dicho pacto coincide con la oferta vinculante suscrita por los prestatarios.

En conclusión sin otros elementos como los relacionados por el Alto Tribunal, no puede colegirse, sin más, el carácter usurario del préstamo hipotecario contenido en el instrumento público cuya inscripción ha sido suspendida por el Registro de la Propiedad.

2) Sobre el pago de otros conceptos relacionados en la escritura pública.

En idénticos términos a los ya expresados, el pago de los conceptos a los que se hará referencia ninguna relación guarda con el «defecto» imputado por el Registrador.

Atendido lo anteriormente expresado, no se produce en el título de fecha 15/06/2018, discrepancia alguna entre la cantidad que se dice recibida y la verdaderamente recibida, por lo que debe estimarse el presente recurso. En apoyo de lo señalado, podemos traer a colación la siguiente resolución:

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 7 de abril de 2017:

«Pues bien, tanto si la cantidad fue recibida en efectivo metálico como expresamente se hace constar en la escritura de préstamo (si bien es cierto que no constan los medios de pago), como si la cantidad fue retenida en pago de la comisión mencionada, no nos encontraríamos ante el supuesto que el artículo 1 de la Ley Azcarate (EDL1908/41) sanciona con nulidad del préstamo, que no es sino el caso en que mediante la ficción de que se ha recibido cantidad mayor a la efectivamente recibida por el prestatario queden agravadas las condiciones económicas del contrato (...).»

El criterio expresado en la Sentencia resulta plenamente aplicable al presente supuesto. El que se abonen comisiones, en este caso a terceros, o se realicen pagos por cuenta del prestatario, no se subsume en el supuesto de hecho del segundo párrafo del artículo 1 de la Ley Azcarate, que queda reservado a los casos en que las cantidades no entregadas al prestatario revierten al prestamista convirtiéndose en una forma de remunerar el préstamo de forma encubierta. Ninguna vinculación puede establecerse entre el prestamista y D. F. B. ni la entidad Financial Solutions Mallorca SL, que permitiera ni tan siquiera fundar la más mínima sospecha para colegir conforme el registrador.

En este sentido procede analizar los diversos conceptos que obran en la escritura:

– 15.064,50 € entregados a don F. B., concepto consignado en la escritura: Comisión de apertura del préstamo.

Respecto a este concepto, debe señalarse que si bien la nomenclatura expresada en el instrumento público, nada afortunada por cierto, indica erróneamente que el pago se realiza por el concepto de comisión de apertura, lo realmente cierto es que ello

únicamente puede deberse a un error de transcripción de la escritura, por cuanto, la única persona legitimada para tal percibo, es el prestamista, el cual a tenor de la literalidad del propio título no percibe cantidad alguna por este concepto, más bien se advierte con meridiana claridad que es el prestamista quien, a requerimiento de los prestatarios, satisface dicha cantidad a un tercero que no es parte en el contrato, a saber, Don F. B.

No obstante lo anterior, debemos indicar que la DGRN en recientes resoluciones, ha considerado habitual y perfectamente válido, el devengo de una comisión de apertura.

– 10.900,78 € entregados a don F. B., concepto consignado en la escritura: Pago de gastos relativos a la formalización de la operación (AJD, notaría, registro etc.)

Respecto a este concepto, resulta perfectamente justificable y responde a una finalidad absolutamente legítima, esto es el pago de impuestos y gastos en nombre del prestatario. Resulta una cantidad finalista que en ningún momento ha revertido en el prestamista, ni implica una mayor onerosidad del mismo. Responde a idéntica motivación que el pago a la entidad bancada para la liquidación de cargas hipotecarias anteriores, realizada mediante cheque bancario emitido al efecto a favor de Banco Sabadell SA, por importe de 320.834,72 €. Y ello sin perjuicio de reiterar que se trata de un pago efectuado por el prestamista a requerimiento de los prestatarios.

Resolución de la DGRN de 1 de Febrero de 2018:

«En cuanto a la retención del 5,5% del capital concedido en concepto de provisión de fondos, es práctica habitual en los contratos de préstamo hipotecario que el acreedor retenga ciertas cantidades del préstamo para el pago precisamente de conceptos relativos a los gastos, comisiones e impuestos que la propia operación genera; por lo que no se puede hacer tacha alguna a este retención ni a la cuantía de la misma siempre que los conceptos a que se refiere se encuentren debidamente identificados (como ocurre en este supuesto) y guarden relación con las operaciones asociadas al préstamo. Adicionalmente este tipo de retenciones no pueden comprender gastos por servicios no solicitados por el deudor, que resultarían contrarios a lo dispuesto en el artículo 89.4 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, o gastos que por ley fueran de cargo del acreedor, que serían contrarios al artículo 89.3 de la misma ley, pero estas cuestiones no han sido puestas de manifiesto en la nota de calificación por lo que no pueden abordarse en este recurso.»

– 35.000 € entregados a la mercantil Financial Solutions Mallorca SL: En pago de servicios de intermediación.

Respecto a este concepto, responde al pago convenido por el prestatario con la indicada compañía y abonado por el prestamista a requerimiento de la propia parte prestataria, como pago en interés de esta última, cantidad que halla su origen en la causa indicada y que no ha revertido en el propio prestamista, ni supone mayor onerosidad del préstamo.

3) En relación al cumplimiento de las ubicaciones dimanantes de la Ley 2/2009.

En primer lugar fue aportada la oferta vinculante, en la que constan todas las condiciones del préstamo hipotecario, inclusive el importe correspondiente a los intereses remuneratorios, dentro del apartado referido al capital entregado. Si bien es cierto que por omisión no se adjuntó a la escritura, posteriormente en virtud de Diligencia de subsanación fue aportada la oferta vinculante.

Entendemos que procedía la subsanación del defecto señalado, ya que el cumplimiento en relación a la oferta vinculante, es determinante de una adecuada formación de la voluntad contractual del consumidor y del conocimiento real por el deudor de los concretos riesgos contratados, y por ende, su omisión puede afectar a la validez del contrato de adhesión de préstamo hipotecario de conformidad y en los términos que disponen los artículos 5, 7 y 10 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre

condiciones generales de la contratación, y el artículo 14.3 de la Ley 2/2009, únicamente en aquellos casos en los que verdaderamente no se haya practicado la información exigida. No obstante y a pesar de que los requisitos del proceso de contratación deben ser objeto de control de incorporación por parte del registrador de la Propiedad (Resoluciones DGRN de 5 de febrero de 2014 y 9 de marzo de 2016), de haberse verdaderamente cumplido (cual es el presente supuesto) y tratándose de una omisión formal en la redacción o confección de la escritura de préstamo hipotecario, resulta subsanable tal omisión.

Asimismo si se analiza el indicado documento, puede apreciarse que contiene idénticas condiciones a las del préstamo hipotecario, que son las que rigen la operación conforme al documento público, y con las que guarda la correlación legalmente establecida.

Tal y como consta en aquella, se indica que la finalidad del préstamo lo es la refinanciación de deuda, detallándose las condiciones económicas de la operación, en concreto el tipo de interés y el percibo por adelantado de los intereses remuneratorios, así como del TAE.

La referencia al resto de pagos realizados, no pueden traerse a colación como pretende el Sr. Registrador, simple y llanamente, porque los mismos no guardan relación alguna con el prestamista, y responden a pagos efectuados por expresa indicación del prestatario, tal y como ya se ha expuesto previamente, y además no obedecen ni afectan al precio del préstamo, por lo que no se hacen constar en la oferta vinculante.

En consecuencia quedan desvirtuadas todas las aseveraciones contenidas en los siguientes apartados.

Finalmente, no resulta de aplicación a la presente operación la normativa referida a la actividad de intermediación, puesto que no consta que nos hallamos ante una operación en la que se preste el indicado servicio.

Por todo ello,

Suplico a la DGRN que tenga por presentado este escrito, con los documentos adjuntos, tenga por formulado recurso contra la calificación de fecha 14/08/2018, y estimándolo acuerde la inscripción de la escritura de préstamo hipotecario de fecha 15/06/2018, alzándose la suspensión acordada».

IV

El día 24 de septiembre de 2018 se recibió en el Registro de la Propiedad de Felanitx número 2 escrito del notario de Palma de Mallorca, don José Luis Gómez Díez, complementando las alegaciones realizadas por el recurrente, don E. S. V., teniendo dicho escrito el siguiente contenido:

«1. Que en fecha 14 de agosto de 2018 fue notificado a don M. C. F., acuerdo de calificación negativa y suspensión de la inscripción de la Escritura por mí autorizada el 15 de junio de 2018 con el número 2.456 de mi protocolo.

2. Que Don E. S. V. como Abogado ha interpuesto recurso en nombre de Don M. C. P. Registro de entrada 2416/2018 presentado el 13 de septiembre de 2018.

3. Que el día 20 de septiembre de 2018 he recibido (...) escrito de fecha 18 de septiembre de 2018 del Sr. Registrador Don Álvaro Lázaro Martínez en que se me notifica el recurso de Don E. S. V. (...) actuando como apoderado de Don M. C. P. (...) todo ello de conformidad con el párrafo 5.º del artículo 327 de la Ley Hipotecaria.

Por todo ello como complemento al recurso presentado en nombre de Don M. C. F., en cuya argumentación coincido esencialmente, sin pretender, por tanto, sustituirlo si no complementarlo. En uso de del artículo 327 de la Ley Hipotecaria alego

Primero: En cuanto a la cita «la parte acreedora ha accedido a financiar la adquisición de una vivienda a la parte deudora».

Es una desafortunada cita, que debe haber sido una mala transcripción de la minuta facilitada. En todo caso es una expresión errónea, como se deduce del mismo documento y no anula ni invalida el contenido de la escritura, ni la esencia de la misma. Se trata de una refinanciación.

De todos modos, las normas o reglas de interpretación de los contratos se incluyen, entre otros, en los preceptos de los artículos 1281 a 1289 del Código Civil. El párrafo primero del artículo 1281 establece que, si la claridad de los términos de un contrato no deja dudas sobre la intención de las partes, no cabe la posibilidad de que entren en juego las restantes reglas de los artículos siguientes, que vienen a funcionar con carácter subsidiario, respecto a la que preconiza la interpretación literal. Queda claro, tanto en el texto legal como en la Jurisprudencia de los Tribunales, que hay que estar en la interpretación de los contratos a su conjunto y a la real voluntad de las partes.

Si nos fijamos en otras partes del redactado de la escritura, hay que tener en cuenta que, en la descripción del bien a hipotecar, los hipotecantes afirman que son dueño del mismo y luego en el título dicen literalmente: «Les pertenece por compra en virtud de escritura autorizada por el Notario de Málaga, Don Alfonso Casasola Tobia, el día veintitrés de enero de dos mil cuatro».

En el apartado cargas después de explicar todas las vicisitudes de sus hipotecas previas añaden «Dichas hipotecas están canceladas en virtud de escritura autorizadas por mí, el día de hoy, bajo el número de protocolo correlativo anterior al de la presente escritura, pendiente únicamente de su cancelación registral que se hará a la mayor brevedad posible, siendo de cuenta y cargo de la parte deudora todos los gastos que ello origine».

Y cuando se desarrolla la entrega del préstamo se dice «La cantidad de trescientos veinte mil ochocientos treinta y cuatro euros con setenta y dos céntimos (320.834,72 €) a favor del 'Banco de Sabadell, S.A.' en concepto de saldo deudor para la cancelación de las hipotecas que gravan el inmueble descrito.»

Del contexto de la escritura queda claro que estamos ante una refinanciación, sin que una mala expresión altere dicha naturaleza.

Segundo: En cuanto al tema de la falta de Oferta Vinculante, que en un primer momento se alegó.

Toda la documentación existía al tiempo de la firma del documento. La Oferta Vinculante no se incorporó, porque podía acompañar al documento firmado, si era necesario. De todos modos, se subsanó por diligencia. No se puede llegar a pensar que todo lo que no está incorporado en la escritura no existe, porque esto no es así.

Tercero.—El asunto de si es aplicable a la escritura la Ley 23/07/1908 de Usura.

Estoy de acuerdo en la argumentación realizada por el Señor Abogado Don E. S. V. Es excesiva la aplicación que hace el Señor Registrador del artículo 1 párrafo 2.º de la Ley de 23/07/1908, que convertiría casi todos los préstamos actuales, en los que haya refinanciaciones, en usurarios.

Es una práctica bancaria corriente refinar los intereses debidos, para evitar perjuicios a la gente y darles una viabilidad económica. Se les concede un nuevo capital que no se le llega a entregar al cliente, si no que se utiliza para pagar los intereses. A veces, incluso se le entrega dinero para pagar los gastos, todo ello incluido en el capital que se les presta de nuevo. Otras veces, en las situaciones recogidas en el Código de Buenas Prácticas Bancarias, los gastos los costea la Entidad Bancaria.

Pero en todos estos casos se le deja capital para pagar los intereses debidos, que se los cobran de antemano. Se trata de evitar la situación actual o previsible de impago de su hipoteca y consiguiente ejecución. Luego se incluyen cláusulas de condiciones económicas, aumentan plazos o dan periodos de carencia para facilitar el pago de la deuda.

Con la tesis del Señor Registrador, si los bancos dijese que no les entregan el dinero y se utiliza para pagar los intereses estaríamos en usura. Pero si no lo decimos, y

se cobran, no estamos ante usura. No estamos en usura en ningún caso porque la finalidad siempre es dar una viabilidad económica. Es exactamente lo que, a priori, ha hecho el señor Don M. C. F. [sic] No hay base probada para pensar lo contrario.

Para evitar este tipo de situaciones que se producirían con una aplicación rigorista del artículo I párrafo 2.º de la Ley de 23/07/1908, las distintas sentencias Judiciales que han interpretado dicho párrafo, como, por ejemplo, las mencionadas por el Abogado Don E. S. V.

El artículo 1 párrafo 2.º de la Ley de 23/07/1908 va dirigido a préstamos falsificados en que se dice que se debe cantidades que no existen. No es este el caso: todas las cantidades están documentadas.

Cuarto: Apoyo la argumentación efectuada por el Abogado de Don M. C. P. Y añadido que la calificación del Registrador le deja en una situación de indefensión, produciendo los mismos efectos, de hecho, que una Sentencia, pero, eso sí, sin Tribunal y sin posibilidad de argumentar. Es una calificación que, en mi opinión, que someto a otra mejor fundada, se extralimita de su función y entra en terrenos que son jurisdiccionales.

La calificación de nulo del préstamo sin que se califique de nula la cancelación anterior con la devolución de lo pagado produce además una situación de enriquecimiento sin causa de los deudores don J. S. F. y doña J. A. F. En mi opinión, ninguno de los comparecientes ha querido estas consecuencias».

V

El registrador de la Propiedad emitió el preceptivo informe el día 26 de septiembre de 2018, manteniendo su calificación en cuanto a los defectos recurridos, y lo remitió junto con el resto del expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 6, 1255, 1256, 1258, 1288, 1710, 1712 y 1713 del Código Civil; 12, 18, 258 y 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria; los artículos 3 y 4 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; 2 a 4, 15, 18, 19 y 29 de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n.º 1093/2010; 1,2, 5 a 9, 22 y 23 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación; 3, 4, 80 y 82 a 90 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, 5, 12 a 18 y 19 a 22 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; 22 a 26 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios; 1 de la Ley de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios; las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de junio de 2009, 14 de junio de 2012, 14 de marzo de 2013 y 21 de enero de 2015; las Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2002, 16 de diciembre de 2009, 10 de marzo de 2010, 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, 5 de noviembre y 23 de diciembre de 2015, 20 de mayo de 2016 y 15 de marzo de 2018, en materia de cláusulas abusivas; las Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2012, 22 de febrero de 2013, 21 de diciembre de 2014 y 25 de noviembre de 2015, en materia de aplicación de la Ley de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los préstamos usurarios; las Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2018, Sala Primera, y de 7 de noviembre de 2018, Sala Tercera, sobre los gastos del Impuesto sobre Actos Jurídicos

Documentados; las sentencias de las Audiencias Provinciales de Alicante, de 11 de diciembre de 2015, y de Madrid, de 7 de abril de 2017, sobre la misma cuestión, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de octubre de 2010, 18 de enero y 8 de junio de 2011, 23 de enero, 16 y 27 de febrero, 20 y 28 de junio y 18, 26 y 27 de julio de 2012, 1 de junio, 1 y 11 de julio y 6 de septiembre de 2013, 2 de enero, 2 de marzo y 13 de septiembre de 2013 y 5 de febrero de 2014, respecto a información a los consumidores en la contratación de créditos hipotecarios, de 13 de septiembre y 18 de noviembre de 2013, 5 de febrero, 20 de marzo, 25 de abril, 3 de junio y 3, 6 y 9 de octubre de 2014 y 28 de abril y 25 de septiembre de 2015, en cuanto a calificación registral de las cláusulas de los préstamos hipotecarios, de 4 de febrero y 13 de julio de 2015, sobre habitualidad en la concesión de préstamos, y de 30 de marzo y 22 de julio de 2015, 7 de abril de 2016 y 1 de febrero y 19 de julio de 2018, sobre intereses usurarios, cuantía del interés ordinario en relación con el moratorio y retenciones del capital concedido.

1. Como consideración previa debe tenerse en cuenta que, de conformidad con los artículos 324 y 326 de la Ley Hipotecaria y la doctrina de este Centro Directivo (cfr. Resoluciones de 16 de febrero de 2005, 5, 17 y 18 de marzo de 2008 y 1 de agosto de 2014), el objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la Propiedad y Mercantil es exclusivamente la determinación de si la calificación negativa realizada por el registrador titular del Registro en que debe inscribirse el negocio celebrado, también exclusivamente en cuanto a los puntos de la misma que hayan sido objeto del recurso, es o no ajustada a Derecho tanto formal como sustantivamente; no pudiendo entrar a valorar otros posibles defectos que pudiera contener la escritura.

En concreto, el presente expediente se refiere a una escritura de préstamo hipotecario en la que el prestamista es una persona física dedicada profesionalmente a la actividad de concesión de préstamos e inscrita en el Registro estatal a que se refiere la Ley 2/2009, de 30 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, ya que no tiene el carácter de entidad de crédito; las prestatarias e hipotecantes son dos personas físicas, y la finca hipotecada una vivienda que no constituye el domicilio habitual de las mismas. En consecuencia, es aplicable la legislación de protección de consumidores y usuarios, por lo que la cuestión debatida deberá ser resuelta en este marco, en cuanto fuere aplicable al defecto recurrido.

A este respecto, debe significarse que, en una primera nota de calificación, el registrador de la Propiedad señaló que no constaba en la escritura de préstamo hipotecario si se había dado cumplimiento al proceso de contratación y a los requisitos de información regulados en la Orden MEHA 2899/2011 de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, porque no se incorporaban a la misma ni la «Ficha de Información Personificada» ni la «Oferta Vinculante», ni, tampoco, el notario hacía mención alguna acerca de su exhibición.

En respuesta a este defecto, el notario autorizante extendió el día 1 de agosto de 2018 «diligencia de subsanación» en la que, aparte otras manifestaciones de dicho funcionario, se procedió a anexar a la escritura calificada testimonio de la «Oferta Vinculante» del préstamo. Medio de subsanación, calificado por el registrador de la Propiedad como una «diligencia de subsanación por omisión del artículo 153 del Reglamento Notarial», que no fue considerado por éste, en una segunda nota de calificación, como medio idóneo para subsanar el defecto aludido, por entender que la importancia de la rectificación (la incorporación de la oferta vinculante previa), hacía necesarios la comparecencia y el consentimiento de ambas partes contratantes mediante una escritura complementaria.

No se comparte este criterio. Es cierto que la diligencia de subsanación del artículo 153 del Reglamento Notarial solo sirve para rectificar los errores materiales, las omisiones y los defectos de forma padecidos en los documentos notariales. Como ha puesto de relieve esta Dirección General (vid., por todas, la Resolución de 5 de septiembre de 2017), sólo el notario autorizante podrá subsanar la falta de expresión en

el documento de sus juicios de identidad o de capacidad o de otros aspectos de su propia actividad en la autorización. Para realizar la subsanación se atenderá al contexto del documento autorizado y a los inmediatamente anteriores y siguientes, a las escrituras y otros documentos públicos que se tuvieron en cuenta para la autorización y a los que prueben fehacientemente hechos o actos consignados en el documento defectuoso. El notario autorizante podrá tener en cuenta, además, los juicios por él formulados y los hechos por él percibidos en el acto del otorgamiento y, el último apartado señala que «cuando sea imposible realizar la subsanación en la forma anteriormente prevista, se requerirá para efectuarla el consentimiento de los otorgantes o una resolución judicial». Pero no es menos cierto que el mismo Reglamento, en sus artículos 251 y 263, establece que la reproducción auténtica de los documentos originales que les son exhibidos a los notarios puede hacerse bien mediante testimonio por exhibición de carácter independiente, o bien mediante testimonio de incorporación a la matriz de un instrumento público de los documentos complementarios que sean procedentes. Esta incorporación, por otra parte, puede realizarse bien directamente en el momento de la elaboración de la escritura matriz, bien posteriormente por medio de una diligencia de incorporación, sin que exista ninguna norma que exija la comparecencia y el consentimiento de las partes contratantes si, como ocurre en el presente supuesto, el requisito de información precontractual fue verdaderamente cumplido y se trata solo de una omisión formal en la confección de la escritura de préstamo hipotecario.

Subsanado este defecto, la única cuestión que queda por dilucidar en este recurso, porque ese es el planteamiento de la nota de calificación, es la concurrencia en el supuesto que se examina de la nulidad del préstamo hipotecario convenido por razón de su carácter usurario, concretamente por suponerse recibida por el prestatario una cantidad notablemente mayor a la verdaderamente entregada por el prestamista (párrafo segundo del artículo 1 de la Ley de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios), debido a la pluralidad de cantidades retenidas por éste o efectivamente entregadas a terceras personas.

2. Concurrencia de la normativa sobre usura y sobre protección del consumidor, delimitación de sus respectivos ámbitos de control. En este ámbito debe recordarse que según doctrina del Tribunal Supremo (vid. Sentencias de 18 de junio de 2012 y 21 de diciembre de 2014) «la cuestión de la posible concurrencia de las normativas citadas en los supuestos de préstamos hipotecarios, porque así lo soliciten las partes, o bien, porque se considere de oficio su examen conjunto, caso que nos ocupa, ha sido tratada, en profundidad, por esta Sala en su Sentencia de 18 de junio de 2012 (núm. 406/2012). En ella declaramos que, si bien las partes pueden alegar inicialmente dichas normativas en orden a su posible aplicación al caso concreto, no obstante, su aplicación conjunta o integrada resulta incompatible al tratarse de controles causales de distinta configuración y alcance, con ámbitos de aplicación propios y diferenciados».

De forma sintética el Tribunal Supremo señala las siguientes diferencias técnicas en torno a la respectiva aplicación de ambas normativas: «Dentro de la aplicación particularizada de la Ley de Usura, conviene resaltar que su configuración normativa, con una clara proyección en los controles generales o límites a la autonomía negocial del artículo 1255 del Código Civil, especialmente respecto de la consideración de inmoralidad de los préstamos usurarios o leoninos, presupone una lesión grave de los intereses objeto de protección que, a diferencia de la tutela dispensada por la normativa de consumo y condiciones generales, se proyecta tanto sobre el plano del contenido patrimonial del contrato de préstamo, sobre la base de la noción de lesión o perjuicio económico injustificado, como en el plano causal de la validez estructural del contrato celebrado. Por contra, el control de contenido, como proyección de la aplicación de la cláusula abusiva, se cierne exclusivamente sobre el ámbito objetivo del desequilibrio resultante para el consumidor adherente en sus derechos y obligaciones; sin requerir para ello ninguna otra valoración causal acerca de la ilicitud o inmoralidad de la reglamentación predispuesta».

Como consecuencia de ello, el control de usura se proyecta unitariamente sobre la validez misma del contrato celebrado, que se contempla como única sanción (artículo 1 y 3 de la Ley de 1908), sin que pueda diferenciarse la extensión o alcance de la ineficacia derivada; de ahí que, como afirma el Tribunal Supremo en las Sentencias citadas, «su régimen de aplicación, esto es, la nulidad del contrato de préstamo, o negocio asimilado, alcance o comunique sus efectos tanto a las garantías accesorias, como a los negocios que traigan causa del mismo». Frente a ello, el control de contenido de la cláusula abusiva no se extiende a la eficacia y validez misma del contrato celebrado, esto es, no determina su nulidad, sino la ineficacia de la cláusula declarada abusiva que no pueda ser objeto de integración contractual ni de moderación, no extendiéndose sus efectos a las garantías accesorias.

Por último –sigue afirmando el Tribunal Supremo– cabe resaltar que esa diferenciación también resulta apreciable en la distinta función normativa que cumplen o desarrollan las dos figuras de que se trata y, así, señala que «aunque la Ley de Usura afecte al ámbito de protección de los terceros y al interés público, no obstante, su sanción queda concretada o particularizada en la reprobación de determinadas situaciones subjetivas de la contratación, sin más finalidad de abstracción o generalidad, propiamente dicha. En cambio, la normativa de consumo y la de contratación bajo condiciones generales, tienen una marcada función de configurar un importante sector del tráfico patrimonial destinado a la contratación seriada; de suerte que doctrinalmente dicho fenómeno en la actualidad se califique como un «auténtico modo de contratar», diferenciable del contrato por negociación, con un régimen y presupuesto causal también propio y específico (STS de 8 de septiembre de 2014, núm. 464/2014)».

3. Caracterización del denominado préstamo falsificado. El indicado párrafo segundo del artículo 1 de la Ley de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios, dispone que será nulo el contrato de préstamo «en que se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada, cualesquiera que sean su entidad y circunstancias», supuesto que tiene su razón de ser en el entendimiento de que las cantidades no entregadas al prestatario constituyen una forma de remunerar el préstamo de forma encubierta, agravando las condiciones económicas del contrato. Las consecuencias sustantivas de dicha nulidad son las previstas con carácter general en el artículo 3 de la propia Ley de 1908, esto es, que, declarada la nulidad del contrato, el prestatario estará obligado a entregar tan sólo la suma recibida, por lo que el prestamista deberá devolver los intereses indebidamente cobrados desde la formalización del contrato.

Por otra parte, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2015, para la aplicación de esos efectos comunes a la usura, basta con que se cumplan los requisitos de alguno de los tres supuestos tipificados en el artículo 1 de la Ley de 1908 para considerar el préstamo como usurario (préstamo usurario, leonino o falsificado), sin que sea preciso exigir la concurrencia de todos los requisitos, objetivos y subjetivos, previstos en el citado artículo.

En este marco interpretativo, es decir, cuando resulte evidente que, en realidad, el prestatario ha recibido una cantidad de dinero inferior a la nominalmente contratada (caso del denominado préstamo falsificado), como señala el Tribunal Supremo, «la aplicación de la usura se objetiva plenamente», de tal manera que hace posible la calificación registral de su concurrencia, si ello se deriva de los datos que obran en el escritura de constitución de hipoteca (artículo 18 de la Ley Hipotecaria), así como la aplicación de las consecuencias registrales de la nulidad del contrato –no inscripción de la hipoteca–, con independencia de las posibles consideraciones, que puedan concurrir, ya que, como igualmente recuerda el Tribunal Supremo, el párrafo segundo del artículo 1 de la Ley de 1908 resulta aplicable «cualquiera que sean la entidad y circunstancias» de la cantidad no entregada.

Estos efectos tan radicales de la usura implican que, en todo caso en el que existan evidencias de que el prestatario ha recibido una cantidad de dinero inferior a la que figura en el contrato, antes de practicar la inscripción, sea necesario examinar

cuidadosamente si efectivamente determinadas cantidades del nominal del préstamo deben entenderse, realmente, como no entregadas a los prestatarios.

Pero este obligatorio examen no implica que toda retención de cantidades por parte del prestamista o su entrega a terceras personas suponga, de forma automática, que nos encontramos en el supuesto de usura examinado. Antes al contrario, la regla interpretativa debe ser la de entender como verdaderamente entregadas al prestatario todas aquellas cantidades cuya finalidad sea atender el pago de deudas pendientes del mismo, aunque se verifiquen directamente a favor de sus acreedores, así como las cantidades que sean invertidas en el pago de obligaciones que son propias del deudor (sentencia número 488/2015, de 11 de diciembre, de la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Alicante), bien por ser el obligado legal al pago, bien por resultar así del contrato en virtud de pacto válido.

En cuanto a la acreditación de esa concreta finalidad de cada una de las entregas, es cierto que, el artículo 319.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil señala que «en materia de usura, los tribunales resolverán en cada caso formando libremente su convicción sin vinculación a lo establecido en el apartado primero de este artículo»; es decir, que, en lo que ahora afecta, las manifestaciones de las partes en la escritura de préstamo hipotecario acerca de las cantidades entregadas no hacen prueba plena de tal hecho.

Pero esa no vinculación afecta únicamente al ámbito jurisdiccional, en el que el prestatario puede aportar pruebas en sentido contrario al contenido de la escritura, las cuales deben ser admitidas y valoradas por el juez. Por el contrario, en el ámbito de la calificación registral debe estarse a la fuerza probatoria plena de los documentos públicos notariales acerca «del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella» (artículo 319.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), bien entendido que ello no excluye la competencia del registrador de la propiedad para considerar que el destino concreto manifestado de una determinada cantidad de dinero no supone, en todo o en parte y en sus propios términos, una entrega efectiva al prestatario.

4. Retenciones del importe del préstamo. La cláusula primera del préstamo hipotecario, cuya inclusión en la nota de calificación negativa es objeto de impugnación, es la siguiente: «la cantidad total de 415.000 euros del principal del préstamo, deducidos sus intereses ordinarios de 12 meses computados al 8% que ascienden a 33.200 euros, o sea la cantidad de 381.800 euros, se entregan a la parte prestataria, a petición de ésta, mediante cuatro cheques bancarios del siguiente tenor: a) uno de la cantidad de 15.064,50 euros que se entregan a don F. B. L. en pago de comisión de apertura del préstamo; b) otro de la cantidad de 10.900,78 euros que se entregan a favor del mismo señor F. B. L. en pago de gastos relativos a la formalización de la operación (AJD, notaría, registro, etc); c) otro de una cantidad de 35.000,00 euros que se entregan a la mercantil «Financial Solutions Mallorca, S.L.», en pago de los servicios de intermediación prestados en esta operación; y d) un último de una cantidad de 320.834,72 euros en concepto de saldo deudor para la cancelación de las hipotecas que gravan el inmueble hipotecado».

El registrador de la Propiedad en su nota de calificación entiende que el contrato de préstamo que ha de garantizar la hipoteca cuya constitución se pretende es nulo, al suponerse recibida una cantidad superior a la verdaderamente entregada, fundamentalmente por la retención de los importes correspondientes al pago anticipado de los intereses, la comisión de apertura, los gastos relacionados con la formalización de la operación y los costes de intermediación; y que, por tanto, y teniendo en cuenta, además, que el contrato de préstamo es un contrato real -que presupone para su perfección la entrega simultánea de la cosa- es claro, según resulta de la propia escritura de constitución de hipoteca y de circunstancias objetivas, que no ha habido la entrega de todo el dinero al prestatario por parte del prestamista, lo cual considera subsumible dentro del supuesto de hecho contemplado en el párrafo segundo del artículo 1 de la «Ley Azcárate», antes expuesto. Adicionalmente argumenta que algunas de esas

cantidades retenidas no constan en la oferta vinculante (la comisión de apertura y los costes de intermediación), o no están determinadas en la misma (gastos de impuestos, notaría y registro).

Por razones de claridad se analizan por separado las distintas retenciones efectuadas, pero, con carácter general se debe señalar, siguiendo la doctrina de las Resoluciones de este Centro Directivo de 22 de julio de 2015 y 19 de julio de 2018, que «es práctica frecuente en contratos de préstamos hipotecarios que el acreedor retenga ciertas cantidades del préstamo para el pago de conceptos relativos a los gastos, comisiones e impuestos que la propia operación genera; por lo que no se puede hacer tacha alguna a esta retención ni a la cuantía de la misma siempre que los conceptos a que se refiere se encuentren debidamente identificados y guarden relación con las operaciones asociadas al préstamo –lo que concurre en este caso respecto de todos los conceptos–, no comprendiendo la retención de gastos por servicios no solicitados por el deudor, que resultarían contrarios a lo dispuesto en el artículo 89.4 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios; a lo cual habría que añadir, en paralelo con la cláusula de imputación de gastos, que tampoco se opongan a una norma imperativa que los impute al prestamista, lo que resultaría contrario a lo dispuesto en el Artículo 89.3 de la citada Ley, y que la información precontractual suministrada contuviera la advertencia de que el préstamo hipotecario comprende otros costes, con relación de los mismos, los cuales que correrán, cuando proceda, por cuenta del prestatario».

5. El cobro anticipado de los intereses ordinarios por todo el período antes de su respectivo vencimiento. A este respecto señala el registrador de la Propiedad en su nota de calificación que, como se manifiesta en la propia escritura, se descuentan anticipadamente los intereses remuneratorios del préstamo, esto es la cantidad de 33.200 euros, pero sin precisar por qué este pago anticipado constituye un supuesto de no entrega del dinero al prestatario, que es el fundamento de su nota de calificación.

Es cierto que el Tribunal Supremo en su Sentencia de 2 de diciembre del 2014 indica que la valoración de un préstamo como usurario debe hacerse tomando en conjunto todos los indicios que concurren en el caso, entre los que enumera «el cobro anticipado de los intereses ordinarios por todo el período antes de su respectivo vencimiento»; pero, en primer lugar, lo hace refiriéndose a las circunstancias concurrentes para que el interés pueda considerarse usurario, lo que no es el supuesto objeto de este recurso, y, en segundo lugar, esa misma afirmación del Alto Tribunal pone de manifiesto que ese cobro anticipado ni constituye en sí mismo una práctica ilícita, ni tampoco implica sin más que deba entender como recibida una cantidad inferior a la manifestada.

Por otra parte, es habitual en los préstamos hipotecarios el anticipo, siquiera parcial, de los intereses ordinarios, como ocurre cuando se establece el sistema de amortización francés en el cual, debido a que las cuotas son constantes y se calculan en función del capital pendiente de amortizar, durante los primeros años de amortización del préstamo, se paga una cantidad bastante mayor de intereses que de capital y, en cambio, durante los períodos finales del préstamo, se paga bastante más capital y menos intereses.

El pago anticipado de los intereses es un sistema más de amortización de los préstamos, en el cual los intereses ordinarios se pagan al comienzo de cada período y, así, el efectivo inicial que recibe el prestatario será el importe del principal del préstamo menos los intereses correspondientes al primer período, y, de existir más períodos, la cuota que se sigue pagando al final de cada uno de ellos se compone de la amortización de capital de dicho período más los intereses del período siguiente, comprendiendo la cuota final únicamente el principal restante.

Por tanto, no existiendo ninguna norma o interpretación jurisprudencial que proscriba de forma objetiva y automática el pago de los intereses por adelantado, de lo que es prueba la Sentencia del Tribunal Supremo antes citada, no puede considerarse que tal cobro anticipado de todos los intereses ordinarios correspondientes al año pactado de amortización, incluso si éstos se han descontado del capital convenido, implique que la cantidad entregada al prestatario sea inferior a la pactada.

6. Coste de la intermediación y pagos a terceros. Respecto a los costes de intermediación la escritura calificada señala que una cantidad de 35.000 euros se entregan a la sociedad «Financial Solutions Mallorca, S.L.», en pago de los servicios de intermediación prestados en esta operación; y el registrador de la propiedad considera que no puede retenerse dicha cantidad porque tales servicios no constan debidamente identificados en la «FIPER», y porque la Ley 2/2009, en el capítulo referente a la «Actividad de intermediación», establece que las empresas independientes sólo podrán percibir retribución cuando se haya pactado el importe de la remuneración mediante documento en papel u otro soporte duradero.

Pero, en realidad, la «comisión de intermediación» constituye el precio o parte del objeto principal de un contrato suscrito por el deudor y el intermediario financiero, distinto del contrato de préstamo hipotecario, que es objeto de formalización e información precontractual al margen de éste, por lo que ni tiene porqué constar en la «FIPER» del préstamo ni es calificable por el registrador de la Propiedad. El pago directo por parte del acreedor, como ocurre en este caso, a la empresa intermediaria constituye, en consecuencia, un «pago a terceros» de obligaciones que son propias del deudor, por orden y cuenta de éste. La conclusión es que el importe correspondiente a este concepto de «comisión de intermediación» debe entenderse como efectivamente entregado al prestatario.

En relación con la presunta infracción, con esta retención, de la prohibición establecida en el artículo 22.3 de la Ley 2/2009, que establece la prohibición de las empresas intermediarias de «percibir de los consumidores el precio o los fondos que constituyan el contrato principal», se trata de una cuestión que ya ha sido tratada por esta Dirección General en las Resoluciones de 7 de abril de 2016 y 19 de julio de 2018, según las cuales, no obstante la colocación de la prohibición en el mismo artículo que regula la remuneración de las empresas intermediadoras (números 1 y 2) a continuación de la misma, en realidad, al igual que los números 4 y 5 del mismo artículo, se refiere a otras obligaciones adicionales en la actividad de intermediación. Es decir, no debe confundirse la retención como medio de pago de la legal retribución de la empresa de intermediación independiente (número 2 de citado artículo 22), con la percepción por la misma de todo o parte del capital del préstamo para otros fines distintos, como por ejemplo al pago de una deuda anterior que tuviere con su actual cliente. Este criterio viene confirmado, a juicio de este Centro Directivo, por la propia sistemática del artículo 22, cuyo número 1 se refiere a los intermediarios que trabajen en exclusiva para una o varias entidades de crédito, los números 2 y 4 a los intermediarios independientes, y los números 3 y 5 a los intermediarios en general; por lo que si el número 1 establece que los intermediarios en exclusiva «no podrán percibir retribución alguna del cliente» ya que les pagará la entidad de crédito, la prohibición del número 3, que es aplicable a todo tipo de intermediarios, no podrá referirse a «la no retención del importe de la remuneración al cliente», pues ello sería redundante.

En cuanto al pago por parte del prestamista a otros acreedores del prestatario de la cantidad de 320.834,72 euros en concepto de saldo deudor para la cancelación de las hipotecas que gravan el inmueble hipotecado, como ya ha reconocido el registrador de la Propiedad calificante, constituye también un supuesto de «pagos a terceros» que responde a una orden del propio prestatario a la entidad acreedora, lo que equivale a la entrega al mismo. Máxime en este supuesto en que la escritura de cancelación de tales hipotecas se otorgó el mismo día en la misma notaría como constan en el recurso.

Además, tanto los pagos antes analizados como aquellos de los que se tratará en el fundamento de derecho siguiente constan documentados mediante cheques bancarios cargados en cuentas abiertas por la parte prestamista en el «Banco March S.A.», copias de los cuales se incorporan a la escritura de préstamo hipotecario, por lo que al existir prueba de la cantidad entregada a cada uno de esos terceros, debe tenerse por reconocida y efectiva, al menos en el ámbito de la calificación registral, la entrega de las mismas al prestatario.

7. Comisión de apertura. A este respecto, la escritura calificada señala que la cantidad de 15.064,50 euros se entregan a don F. B. L. (al parecer un gestor), en pago de la comisión de apertura del préstamo; considerando el registrador de la Propiedad que la comisión de apertura debe responder a la prestación de un servicio específico distinto de la concesión o de la administración ordinaria del préstamo o crédito, lo que no se acredita, y que no consta en la oferta vinculante referencia alguna ni a la comisión de apertura ni a la identidad de la persona que la recibe.

Respecto a este concepto, la parte recurrente señala que si bien la nomenclatura expresada en el instrumento público indica erróneamente que el pago se realiza por el concepto de comisión de apertura, ello se debe a un error de transcripción de la escritura, por cuanto, la única persona legitimada para tal percibo es el prestamista, el cual a tenor de la literalidad del propio título no percibe cantidad alguna por este concepto que carece de relación con el prestamista, pero no indica cuál sea el concepto concreto en virtud el cual se entrega a ese tercero la indicada cantidad, sino que se limita a señalar que es claro que ese pago lo realiza el prestamista a requerimiento de los prestatarios.

En relación con esta comisión de apertura, o porcentaje que cobra el prestamista por la realización de estudios y la prestación de servicios al peticionario vinculados con la concesión de un préstamo o crédito, el artículo 3 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, dispone que las entidades acreedoras «podrán percibir comisiones o repercutir gastos por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por un cliente y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos». Y, por otra parte, según el artículo 16 en relación con el artículo 14 de la Ley 2/2009, aplicable a este supuesto por razón de la naturaleza del prestamista, el empresario, persona física o jurídica que, de manera profesional y sin ser una entidad de crédito, se dedique a la concesión de préstamos o créditos hipotecarios deberá informar al consumidor en la preceptiva «Ficha de Información Personalizada» o en la «Oferta Vinculante» acerca de «todas las comisiones, cargas y gastos, así como todos los impuestos pagados a través de la empresa o, cuando no pueda indicarse un precio exacto, la base de cálculo que permita al consumidor comprobar el precio».

Pues bien, aunque existen numerosas sentencias de tribunales inferiores que consideran como abusivas, en el caso concreto que analizan, las cláusulas que recogen una comisión de apertura, la doctrina que se extrae del conjunto de aquéllas es la de la validez de tal comisión de apertura siempre que su importe responda, realmente, a un gasto o a un servicio que tuvo que hacer el banco por la concesión del préstamo hipotecario, y que ha sido solicitado o aceptado expresamente por el prestatario, apreciación de la realidad del servicio prestado en el caso concreto que queda al margen de la calificación registral.

Pero en el supuesto específico que es objeto de este recurso concurren las siguientes circunstancias especiales: la primera, que tal comisión de apertura no consta como pactada ni en la oferta vinculante ni en la escritura de préstamo hipotecario, por lo que no es susceptible de imposición al deudor; la segunda, que en un primer momento se indica que ha sido percibida por una tercera persona ajena a la concesión del préstamo y, por tanto, inhabilitada para su cobro; y la tercera, que en una rectificación posterior se indica que no ha sido ese el motivo de la entrega, pero no se señala uno concreto que responda a una obligación del deudor.

En consecuencia, para que la inscripción de la hipoteca sea posible es necesario que bien se aclare en qué concepto concreto y legítimo recibió don F. B. L. los citados 15.064,50 euros o, en caso contrario, tal cantidad deberá ser entregada efectivamente al prestatario. Inscripción de la hipoteca que, en cualquier caso, exigirá también, dados los efectos de nulidad radical y originaria anudados a la usura y antes expuestos, el consentimiento expreso del prestatario en favor del mantenimiento de la operación.

8. Gastos asociados al préstamo hipotecario. En cuanto a la entrega por el prestamista al citado don F. B. L. de la cantidad de 10.900,78 euros «en pago de gastos relativos a la formalización de la operación (AJD, notaría, registro, etc)», señala el registrador de la Propiedad que tanto la oferta vinculante como la escritura carecen de suficiente información respecto de la obligación de pago por parte del prestatario de este tipo de gastos y acerca de la cuantía de los mismos. Por su parte, el acreedor manifiesta en su recurso que tales gastos responden a una finalidad absolutamente legítima, como es el pago de impuestos y gastos en nombre del prestatario, y que en ningún momento han revertido en el prestamista, ni implica una mayor onerosidad del préstamo.

A este respecto, en la oferta vinculante consta que «serán por cuenta del prestatario los gastos de tasación, verificación de la situación registral del inmueble, aranceles notariales, gastos de inscripción de la hipoteca, impuestos, conservación del inmuebles que se hipoteca y seguro de daños», y en la escritura de préstamo hipotecario se señala que serán de cargo de la parte prestataria los gastos de conservación del inmueble y el seguro de daños (estipulaciones 5.^a y 6.^a), así como todos los gastos e impuestos derivados de la escritura, hasta su inscripción, inclusive, en el Registro de la Propiedad (estipulación 14.^a), los cuales, se dice, han sido retenidos como consta en la entrega de cantidades (estipulación 1.^a), cuyos términos se reflejan literalmente al inicio de este fundamento de Derecho. Ciertamente, en la aludida reseña de las cantidades retenidas por este concepto genérico, falta la concreta asignación de la cantidad que se ha destinado al pago de cada uno de los expresados conceptos específicos (incluso se utiliza la expresión «etcétera»), lo que, además, debe ser puesto en relación con cuáles de los mismos pueden ser imputados al prestatario consumidor de conformidad con la normativa y jurisprudencia vigente en el momento de contratar el préstamo hipotecario.

En este sentido debe recordarse que según la jurisprudencia del Tribunal Supremo (ej., Sentencias de 23 de diciembre de 2015 y 15 de marzo de 2018) son nulas por abusivas aquellas cláusulas que atribuyan, indiscriminadamente y sin distinción, el pago de todos los gastos e impuestos de las escrituras de un préstamo hipotecario al prestatario, por conllevar para el consumidor un desequilibrio relevante y, además, porque según el artículo 89, números 2 y 3, de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios se considera abusiva «la imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario». No obstante, el Alto Tribunal añade en la primera de las Sentencias citadas que «la aplicación de la normativa reglamentaria referente a esos gastos permite una distribución equitativa de los mismos, ya que si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista», distribución equitativa que implica la existencia de una negociación.

En lo que afecta a los concretos conceptos cuyo pago por tercera persona es reintegrado a la misma, la viabilidad de su imputación al prestatario ya ha sido analizada en extenso por este Centro Directo, especialmente en la Resolución de 19 de julio de 2018. Baste aquí recordar que el pago del impuesto de actos jurídicos documentados de los préstamos hipotecarios correspondía, en el momento de la firma de la escritura calificada, como ha sido ratificado por la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 7 de noviembre de 2018, al prestatario; al igual que los gastos de tasación del inmueble, con las matizaciones que en la citada Resolución se señalan. Respecto de los gastos de Notaría, se puede concluir, en la misma línea que la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 25 de marzo de 2018, que, a falta de pacto de distribución equitativa de la minuta notarial u otro hecho singular, el pago del concepto de escritura matriz corresponde al prestatario, mientras que los de la copia autorizada expedida con carácter ejecutivo corresponde al concedente del crédito. Por su parte, los gastos de Registro de la Propiedad corresponde pagarlos al prestamista, como persona a cuyo favor se practica la inscripción, si bien, algunos gastos registrales accesorios referentes a la publicidad registral, como los de la previa verificación de la situación registral del inmueble, podrán imputarse al prestatario. Por último, en cuanto los gastos de gestión,

dado que en la situación vigente a la firma de la escritura calificada ambas partes estaban interesadas en la misma y a ambas beneficiaban los servicios de gestoría, cabe admitir una imputación igualitaria de sus costes o bien una imputación referida a la parte por cuya cuenta se verifica la respectiva gestión (liquidación del impuesto, presentación en el Registro de la Propiedad, etc.).

Por otra lado, es normal que los distintos conceptos que integran el grupo de gastos de formalización del préstamo hipotecario a los que se viene aludiendo (Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados, gastos de tasación, Notaría, gestoría y Registro de la Propiedad), carezcan de individualización de sus respectivas cuantías en la oferta vinculante, ya que la determinación exacta de las mismas corresponde a operadores independientes, por lo que respecto a estos gastos la cifra retenida suele tener la consideración de «provisión de fondos» sujeta a devolución en cuanto a la cuantía sobrante. Esta consideración de «provisión de fondos» debe entenderse también aplicable en el presente supuesto, no obstante, la expresión «en pago de los gastos (...)» utilizada en la escritura, porque salvo el concepto de gastos de tasación, al que no se alude expresamente en la escritura calificada, el resto de los gastos de este apartado son objeto de devengo y pago con posterioridad a la firma de la citada escritura.

Por tanto, también deberá rechazarse la inscripción de la hipoteca en supuestos como el presente, si no se aclara que el pago realizado lo es en concepto de «provisión de fondos» y, además, que sólo cubrirá la parte de los respectivos gastos que legalmente fueran de cuenta del consumidor conforme a los criterios antes señalados, excluyendo los gastos inimputables al mismo (como, por ejemplo, los registrales) que, en su caso, deberían devolverse al prestatario, siendo aplicables entonces los requisitos señalados en el fundamento de derecho anterior. Alternativamente podría acreditarse la realidad de los pagos, su destino y la imputabilidad del mismo al prestatario con la presentación de las facturas y cartas de pago de los correspondientes organismos y profesionales.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso en cuanto al segundo de los defectos de la nota de calificación, revocando respecto del mismo la calificación del registrador de la Propiedad; y confirmar parcialmente el primer defecto en los términos que resultan de los fundamentos de Derecho séptimo y octavo.

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

Madrid, 12 de diciembre de 2018.—El Director General de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.