

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

11305 *Resolución de 19 de julio de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad de Santa Lucía de Tirajana, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario.*

En el recurso interpuesto por don V. P. C., abogado, en nombre y representación de «Salines Rental Finance, S.L.», contra la calificación del registrador de Propiedad de Santa Lucía de Tirajana, don Javier Ángulo Rodríguez, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el notario de Santa Lucía de Tirajana, don José Andrés Vázquez Travieso, el día 16 de mayo de 2017, con el número 1.191 de protocolo, don M. M. S. y don M. A. M. M. constituyeron una hipoteca unilateral a favor de la prestamista, la mercantil «Salines Rental Finance, S.L.», en garantía de un préstamo por un principal de 21.700 euros garantizado con la finca registral número 32.690 del Registro de la Propiedad de Santa Lucía de Tirajana, que constituía la vivienda habitual de uno de los prestatarios solidarios, Don M. M. S.; la cual ha sido ratificada por la citada entidad prestamista el día 16 de mayo de 2017 ante el notario de Palma de Mallorca, don Antonio Roca Araño, con el número 361 de protocolo, y por la intermediaria financiera, la entidad «Kontaktalia Finance, S.L.», el día 16 de mayo de 2017, ante el notario de Barcelona, don Antonio Alfonso Rosselló Mestre, con el número 1.615 de protocolo.

II

Presentada dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Santa Lucía de Tirajana, por cuarta vez, el día 13 de abril de 2018, a las 14:57 horas, fue objeto de la siguiente nota de calificación, la cual es mera reiteración de las tres anteriores:

«Registro de la Propiedad de Santa Lucía de Tirajana.

Visto por Don Javier de Ángulo Rodríguez, Registrador de la Propiedad de Santa Lucía de Tirajana, Provincia de Las Palmas, el procedimiento registral identificado con el número de entrada 2460/2017 del presente año, iniciado como consecuencia de presentación en este Registro de los documentos que se dirán, en virtud de solicitud de inscripción.

En el ejercicio de la calificación registral sobre la legalidad de los documentos presentados, obrantes en el procedimiento de referencia, resultan los siguientes:

Hechos.

I. El documento objeto de la presente calificación es una escritura de préstamo garantizado con la constitución de hipoteca unilateral, autorizado por Don José Andrés Vázquez Travieso, Notario de Vecindario-Santa Lucía de Tirajana, el 16 de mayo de 2017, bajo el número 1191 de su protocolo, que fue presentado telemáticamente a las 13:39 horas del mismo día del otorgamiento, según el asiento número 3.218 del Diario 127. Suspendida la calificación el 26 de mayo pasado por falta de acreditación de la liquidación del impuesto, el 26 de junio se presenta copia autorizada de la escritura debidamente liquidada a la que se acompañan ratificación otorgada por el prestamista

el 16 de mayo de 2017 ante el Notario de Palma de Mallorca Don Antonio Roca Araño, número 1361 de su protocolo, así como ratificación otorgada por el intermediario financiero el 17 de mayo de 2017 ante el Notario de Barcelona Don Antonio Roselló Mestre, número 1615 de su protocolo, ambas mediante traslado a papel de copia electrónica, efectuado por el Notario autorizante de la escritura de hipoteca, Don José Andrés Vázquez Travieso, el 17 de mayo de 2017.

II. En dicho documento se han observado las circunstancias que se enumeran seguidamente, las cuales han sido objeto de calificación desfavorable:

Como cuestión previa, en cuanto a la competencia genérica del registrador para calificar tales extremos, resulta de aplicación de la doctrina de la DGRN, que señala, por ejemplo en la Resolución de 13 de septiembre de 2013, o en la de 20 de marzo de 2014, que el acceso al Registro de cláusulas personales o abusivas podría llevar a la inadmisibles consecuencia de que (al amparo de lo dispuesto en el artículo 130 de la Ley Hipotecaria se pretendiera el ejercicio de la acción hipotecaria en base a las mismas. En definitiva, concluye, solo una interpretación de los objetivos específicos del artículo 12 de la Ley Hipotecaria, coordinada y ponderada con la normativa sobre protección de consumidores y usuarios, unida a la posibilidad de apertura de la ejecución real hipotecaria con base en el artículo 130 de la Ley Hipotecaria y a los imperativos demandados por el ordenamiento comunitario, permiten definir el ámbito de la función calificadora del registrador respecto de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado, en virtud del cual podrá aquél rechazar la inscripción de una cláusula, no solo cuando su nulidad, por abusiva, hubiera sido declarada judicialmente, sino también cuando él mismo aprecie esa nulidad.

1. hipoteca se constituye sobre la vivienda habitual del prestatario, según manifestación realizada por el mismo y en la Cláusula 5.ª de la escritura se pacta un interés de demora del 16%.

2. El préstamo se formaliza por un importe de 21.700 €, a devolver en un plazo de 10 años, pero solo la cantidad de 12.800 € es entregada al prestatario, dado que 4.200 € se transfieren a la empresa Kontaktalia Finance S.L. en concepto de intermediación financiera; 3.500 € se transfieren a una cuenta de "J. C. M. F." en concepto de gastos; y se transfiere a otra cuenta a nombre de "J. J. C. C." la cantidad de 1.200 € en concepto de "pagos a terceros".

3. Se valora el inmueble según el Certificado de Tasación que se incorpora a la escritura en 81.327,19 €.

4. Se pacta una comisión por intermediación financiera a percibir por Kontaktalia Finance S.L. superior al 19% del principal del préstamo y se establecen una serie de gastos que en la Cláusula Octava Bis se imputan al prestatario.

5. La Cláusula 12.4 de la escritura, impone al deudor el pago de los honorarios de abogado y procurador del acreedor en la ejecución extrajudicial.

6. La Cláusula 6.2 de la escritura establece el vencimiento anticipado del préstamo en caso de impago de alguno de los gastos y tributos o las comisiones y compensaciones a que dicho pacto se refiere.

7. La Cláusula 7.ª de la escritura establece una serie de obligaciones de conservar la finca haciendo las reparaciones necesarias, permitir inspecciones del objeto hipotecado, tener la finca que se hipoteca asegurada de daños y otras.

8. En la Cláusula 3.ª de la escritura se pacta un interés ordinario fijo del 15%.

A los anteriores hechos, son de aplicación los siguientes

Fundamentos de Derecho.

I. Los documentos de todas clases, susceptibles de inscripción, se hallan sujetos a calificación por el registrador, quien, bajo su responsabilidad, ha de resolver acerca de la legalidad de sus formas extrínsecas, la capacidad de los otorgantes y la validez de los

actos contenidos en los mismos, de conformidad con lo establecido en los artículos 18 y 19 de la Ley Hipotecaria y 98 a 100 del Reglamento para su ejecución.

II. En relación a las circunstancias reseñadas en el Hecho II anterior, debe tenerse en consideración:

1. Dado que la hipoteca se constituye sobre la vivienda habitual del prestatario, y dado que conforme a la Resoluciones de la DGRN de 25 de abril y 3 de junio de 2014 se puede considerar o equiparar a un préstamo para la adquisición de la vivienda el destinado a la refinanciación, se deben respetar los límites establecidos por el párrafo 3º del artículo 114 de la Ley Hipotecaria, lo que no sucede en el presente caso al establecerse un interés de demora del 16 por ciento anual, superior al límite de 3 veces el interés legal del dinero. Subsancionable.

2. En el préstamo formalizado y que se pretenden garantizar con hipoteca sobre la vivienda habitual del prestatario, se hace teórica entrega de un préstamo de 21.700 €, a devolver en un plazo de 10 años, de cuyo importe solo la cantidad de 12.800 € es entregada al prestatario. La cifra de 4.200 € se transfiere a la empresa Kontaktalia Finance S.L. constituyendo una comisión superior al 19% del principal del préstamo, en concepto de intermediación financiera. La cifra de 3.500 € se transfiere a una cuenta de "J. C. M. F." en concepto de gastos por importe superior al 16% del principal del préstamo. Además se transfiere a otra cuenta a nombre de "J. J. C. C." la cantidad de 1.200 € en concepto de "pagos a terceros" por importe superior al 5% del principal del préstamo. En conclusión el prestatario no recibe siquiera el 60% del teórico importe prestado, siéndole distraídos casi un 40% de los fondos del contrato principal, lo que supone, dada la envergadura de la parte de fondos del contrato principal sustraída al prestatario, un incumplimiento de la prohibición establecida por el artículo 22.3 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo. Insubsancionable.

3. Se establece una garantía desproporcionada al riesgo asumido, dado que dicho riesgo es directamente equivalente al importe del préstamo —esto es, 21.700 €— y éste notoriamente inferior al valor de la vivienda habitual hipotecada —que en el Certificado de Tasación que se incorpora a la escritura se cifra en 81.327,19 €—, lo que supone una contravención del artículo 88.1, en relación con el artículo 82.4. letras c, d, y e, ambos 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.

4. La comisión por intermediación financiera percibida por Kontaktalia Finance S.L. —comisión superior al 19% del principal del préstamo y deducida de los fondos del contrato principal—, así como los gastos que en la Cláusula Octava Bis se imputan al prestatario, resultan envolver cláusulas de contenido abusivo en contravención de lo previsto en los apartados 3 y 5 del artículo 89 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

5. El pacto contenido en la Cláusula 12.4 de la escritura, sobre pago por el deudor de los honorarios de abogado y procurador del acreedor en la ejecución extrajudicial, no resulta inscribible por su carácter abusivo, dado que su intervención no es obligatoria y, según el artículo 236.K.3 del Reglamento Notarial, el notario debe practicar la liquidación de gastos considerando exclusivamente los honorarios de su actuación y los derivados de los distintos trámites seguidos, insubsancionable.

6. El pacto de vencimiento anticipado del préstamo contenido en la Cláusula 6.2 de la escritura, respecto del impago de alguno de los gastos y tributos o las comisiones y compensaciones a que dicho pacto se refiere, no respeta los límites imperativos previstos en el artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tras la Ley 1/2013, de 14 de mayo, el cual solo admite reclamarla totalidad de lo adeudado si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, mientras que la cláusula pactada permitiría declarar anticipadamente el vencimiento y reclamar la totalidad de la deuda por el impago de gastos de cuantía inferior a tres

plazos mensuales, o de vencimiento inferior a tres mensualidades, como pudiera ser una sola comisión por el impago de un recibo mensual o un gasto o tributo de muy reducida cuantía en relación al crédito concedido. El Tribunal Supremo, en Sentencias de 4 de junio de 2008 y 16 de diciembre de 2009 solo admite la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado basadas en una justa causa, es decir, cuando se trate de una verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial contraídas por el deudor, estimándolas abusivas en supuestos en que se prevea la facultad de vencimiento anticipado para incumplimientos irrelevantes o cuando se perjudica con su ejercicio de manera desproporcionada y no equitativa al prestatario. Insubsanable.

7. Se deniega la constancia registral de las meras obligaciones de conservar la finca haciendo las reparaciones necesarias, permitir inspecciones del objeto hipotecado, tener la finca que se hipoteca asegurada de daños, y en general las contenidas en la Cláusula 7.^a de la escritura, por no ser de naturaleza financiera ni determinar su incumplimiento el vencimiento anticipado de la hipoteca, por lo que no son susceptibles de inscripción conforme a los artículos 2 y 98 de la Ley Hipotecaria y 9 y 51 de su Reglamento y Resolución de la DGRN de 8 de junio de 2011. Insubsanable.

8. Se pacta un interés ordinario fijo del 15%, que resulta notoriamente desproporcionado y superior al habitual en el caso de préstamos hipotecarios concedidos por entidades financieras, lo que debe analizarse unido al hecho de que, como se ha indicado, en el Certificado de Tasación que se incorpora a la escritura se cifra en 81.327,19 € el valor de la vivienda habitual que se hipoteca para garantizar ese préstamo de 21.700 € (es decir, casi 4 veces más del importe del préstamo o un 374,77% del importe del préstamo), así como a que el valor para subasta se fija en el 75% del importe del valor establecido en el Certificado de Tasación. Ante tales datos, resulta pertinente traer a colación que, como ha señalado la DGRN, por ejemplo en Resolución de 22 de julio de 2015, si la voluntad del prestatario se ha formado correctamente, no cabe que el registrador califique de abusivos los intereses pactados. (...) Ahora bien, todo ello no significa que en nuestro Derecho el tipo de interés ordinario, por elevado que sea, quede totalmente fuera de control, pues le es aplicable, como antes se ha dicho, la Ley de Represión de la Usura. Y el artículo 1 de ésta dispone que será usurario el interés si resulta notablemente superior al interés del dinero y manifiestamente desproporcionado atendidas las circunstancias concurrentes. Es decir, que solo podrá el registrador apreciar el carácter abusivo si considera que el tipo de interés pactado es subsumible en el precepto legal; y ello, según las Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1998 y 7 de julio de 2002, solo será posible cuando el interés pactado se aparte de la "normalidad", atendidas las circunstancias concurrentes. Y eso, a juicio de la Dirección General, es lo que ocurría en el caso debatido, en el que se había pactado un tipo del 14,99% para toda la duración del préstamo. Y conforme al artículo 1 de la Ley de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios, "Será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso ó en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario á causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia ó de lo limitado de sus facultades mentales.. Será igualmente nulo el contrato en que se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada, cualesquiera que sean su entidad y circunstancias. Será también nula la renuncia del fuero propio, dentro de la población, hecha por el deudor en esta clase de contratos." Pues bien, en el presente caso resulta que el coste financiero que la prestataria ha de abonar por recibir el préstamo no es sólo el 15% de interés anual pactado bajo la denominación de "interés ordinario", sino además de casi un 40% del importe teórico del préstamo que con distintas denominaciones o por distintos conceptos es entregado o trasferido a personas o entidades distintas del prestatario, lo cual fundamenta apreciar que, como dice el artículo 1 de la Ley de Usura, pueda ser "notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado", o que, empleando los mismo términos que la DGRN en la resolución

citada “el interés pactado se aparte de la ‘normalidad’, atendidas las circunstancias concurrentes”. También, por lo que ha quedado expuesto, no es que haya indicios de que “se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada”, sino que confesadamente eso es lo que se documenta, dado que sólo se reciben por el prestatario 12.800 € de un préstamo por importe total de 21.700 €. Todo ello, unido a otros factores y circunstancias concurrentes, como la de que existe una sobre cobertura del riesgo, pues se hipoteca una vivienda, vivienda habitual del prestatario para mayor precisión, que vale un 374,77 % más que el importe del propio préstamo, conlleva que el registrador que suscribe, dentro de sus atribuciones, y sin merma de la posible revisión judicial de su calificación, considere y califique el presente préstamo, además de abusivo, subsumible en el ámbito del artículo 1 de la Ley de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios.

En consecuencia,

Acuerdo Denegar, la inscripción del documento objeto de la presente calificación, en relación con las circunstancias expresamente consignadas en el Hecho II de la presente nota de calificación, por la concurrencia de los defectos que igualmente se indican en el Fundamento de Derecho II de la misma nota. Quedando automáticamente prorrogado el asiento de presentación correspondiente durante el plazo de sesenta días a contar desde que se tenga constancia de la recepción de la última de las notificaciones legalmente pertinentes, de conformidad con los artículo 323 de la Ley Hipotecaria. No cabe, dado el carácter insubsanable de los defectos apreciados, solicitar que se practique la anotación preventiva prevista en el artículo 42.9 de la Ley Hipotecaria.

Notifíquese al presentante y al funcionario autorizante del título calificado en el plazo máximo de diez días (...)

Contra la presente nota de calificación negativa cabe (...)

Este documento ha sido firmado con firma electrónica reconocida por Javier Ángulo Rodríguez registrador/a de Registro Propiedad de Santa Lucia de Tirajana a día diecisiete de Abril del año dos mil dieciocho.»

III

Contra la anterior nota de calificación, don V. P. C., abogado, en nombre y representación de «Salines Rental Finance, S.L.», interpuso recurso mediante escrito de fecha 16 de mayo de 2018, siendo los argumentos del recurso los siguientes:

«Hechos.

Preliminar. Se consienten los pronunciamientos que no sean expresamente impugnados.

Primero. La calificación que se recurre deniega en esencia la inscripción del documento calificado en la existencia a juicio del Registrador de cláusulas abusivas dentro de las disposiciones financieras del préstamo y vencimiento anticipado, entendiendo esta parte que los argumentos plasmados en la calificación recurrida no justifican la denegación de la inscripción misma, ya que sin perjuicio de la fundamentación jurídica que se desarrollará en el presente recurso, y de las limitaciones establecidas por la propia normativa protectora de consumidores y usuarios, no puede el principio de la autonomía de la voluntad quedar reducido a la mínima expresión, ni la función calificadora sustituir, cuando no invadir, la función jurisdiccional.

Segundo. Infracción del artículo 114 de la Ley Hipotecaria y de las Resoluciones de la DGRN.

A) La calificación recurrida en el primero de sus fundamentos jurídicos, establece que la fijación de los intereses de demora pactados en la escritura de préstamo en su

disposición financiera quinta de la escritura de préstamo infringe el referido artículo 114 de la LH, al entender que solo por el hecho de que la garantía hipotecaria sobre el crédito, recaer sobre la vivienda habitual se podría equiparar, al supuesto de refinanciación; entendemos que el registrador y habiendo manifestado la parte prestataria que el destino del préstamo era la refinanciación de deudas, está equiparando ambas supuestos, algo que como se dirá, no se puede realizar.

En efecto la calificación está infringiendo las propias resoluciones de la DGRN en las que apoya su razonamiento, ya que las mismas remarcan la interpretación literal y restrictiva del artículo 114 de la LH, en el sentido de que solo para los supuestos de adquisición de la vivienda o de refinanciación de la deuda para la adquisición de la vivienda habitual podría establecerse esa limitación. La resolución mentada de 3 de junio de 2014 establece:

“Es cierto que la Exposición de Motivos de la Ley 1/2013 afirma que ‘especialmente relevante es el hecho de que, para las hipotecas constituidas sobre vivienda habitual, se limitarán los intereses de demora que pueden exigir las entidades de crédito a tres veces el interés legal del dinero’. Es igualmente cierto que la disposición transitoria segunda de la propia Ley 1/2013 dice así: ‘La limitación de los intereses de demora de hipotecas constituidas sobre vivienda habitual prevista en el artículo 3 apartado dos será de aplicación a las hipotecas constituidas con posterioridad, a la entrada en vigor de esta Ley. Asimismo, dicha limitación será de aplicación a los intereses de demora previstos en los préstamos con garantía de hipoteca sobre vivienda habitual, constituidos antes de la entrada en vigor de la Ley, que se devenguen con posterioridad a la misma, así como a los que habiéndose devengado en dicha fecha no hubieran sido satisfechos. En los procedimientos de ejecución o venta extrajudicial iniciados y no concluidos a la entrada en vigor de esta Ley, y en los que se haya fijado ya la cantidad por la que se solicita que se despache ejecución o la venta extrajudicial, el secretario judicial o el notario dará al ejecutante un plazo de 10 días para que recalculase aquella cantidad conforme a lo dispuesto en el apartado anterior’. Ahora bien, el hecho de que la Exposición de Motivos y la disposición transitoria se refieran genéricamente a las hipotecas en garantía de operaciones sobre vivienda habitual, sin especificar que se refieren a operaciones de adquisición, no puede enmendar el claro y determinante mandato contenido en el párrafo tercero del artículo 114 de la Ley Hipotecaria que por su carácter concreto y específico debe prevalecer según las reglas de la recta interpretación. 4. En el expediente que da lugar a la presente comparecen ante notaría el día 27 de enero de 2014 un matrimonio casado en régimen de gananciales y manifiestan que la vivienda que hipotecan en garantía del préstamo que reciben en el mismo acto es su vivienda habitual. Resulta del mismo título que la vivienda fue adquirida el día 24 de febrero de 2000 y del apartado de cargas que la finca está libre de cargas y gravámenes excepto afecciones fiscales según manifiestan los comparecientes, manifestación concordante con el contenido de la nota simple informativa expedida por el Registro e incorporada a la propia escritura del préstamo hipotecario calificado. En las estipulaciones, las partes se limitan a reconocer la entrega del préstamo que queda garantizado con la hipoteca. No hay pues indicio alguno en el título que permita sostener que la finalidad del préstamo recibido es la financiación de la vivienda habitual hipotecada. Es cierto, como ya afirmó la Resolución de este Centro Directivo de 18 de noviembre de 2013, que el mero hecho de que la adquisición de la vivienda sea anterior al préstamo actual no excluye ‘per se’ la posibilidad de que el préstamo actual pudiera tener la finalidad que exige el párrafo tercero del artículo 114 de la Ley Hipotecaria, pues puede suceder que incluso en tales circunstancias el destino del préstamo esté vinculado a la financiación de la adquisición de la vivienda (o de una parte de ella), lo que sucedería en caso de que el nuevo préstamo estuviera destinado a refinanciar el anterior (caso de existir) o a satisfacer el pago de todo o parte del precio de la adquisición, en caso de que éste hubiese sido aplazado o diferido en todo o en parte a fecha posterior a la del préstamo hipotecario cuestionado. Ahora bien, en el presente supuesto, como se ha dicho, los datos que constan en el Registro y en la documentación calificada no permiten alcanzar tal

conclusión. En efecto, por un lado, en la propia escritura calificada, en el apartado de cargas, se dice que la finca está libre de cargas; por otro, no existe ningún elemento en el presente expediente que presuponga o implique que el título de adquisición del Inmueble, recuérdese del año 2000, contuviese ningún aplazamiento del pago del precio, a cuyo cumplimiento pudiese servir el préstamo ahora obtenido, ni tal aplazamiento ha sido alegado por la registradora en apoyo de su tesis, aplazamiento cuyo cumplimiento carecería en todo caso de garantía real según lo antes indicado sobre el estado de cargas de la finca. En tales circunstancias no se advierte fundamento alguno tendente a justificar la aplicación de los límites legales a los intereses de demora que impone el artículo 114.3.0 de la Ley Hipotecaria respecto de los préstamos o créditos otorgados para la adquisición de la vivienda habitual y garantizados por hipoteca constituida sobre la misma vivienda o para exigir una declaración expresa de no destino del préstamo a la citada finalidad, lo que conduce a la revocación de la calificación impugnada. En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto y revocar la calificación registral en los términos que resultan de los fundamentos de Derecho anteriores.

Una atenta lectura de la escritura, nos lleva a la conclusión de que la finca aportada en garantía, se haya gravada con una hipoteca que se encuentra cancelada económicamente, por lo que malamente puede deducir el Registrador que el destino de la refinanciación de deudas del crédito puede tener por objeto o finalidad deudas que de una u otra manera se relacionen con la adquisición de la vivienda, y por consiguiente no puede considerarse ni equipararse ambas situaciones.

B) La calificación igualmente infringe la doctrina ya consolidada por el Tribunal Supremo como por la DGRN en relación con el suelo desde donde debe partirse para la fijación de los intereses de demora, que no puede ser otro que el ordinario pactado, y así la Resolución de la DGRN de 22 de julio de 2015 dice:

“es evidente que todo interés de demora por su propia condición de cláusula indemnizatoria o disuasoria, tiene que ser superior al interés ordinario, que tiene una función remuneratoria, y ambos tipos de interés deben guardar en todo caso una cierta proporción, pronunciándose siempre la ley en el sentido de que los intereses de mora deben calcularse partiendo de los intereses pactados.”

Tercero. No existe incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 22.3 de la Ley 2/2009.

La calificación recurrida, entiende que el hecho de que del importe del préstamo se retengan cantidades para pago de diferentes partidas, supondría una infracción 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.

Es necesario remarcar que esta circunstancia ya ha sido resuelto por la DGRN en diferentes resoluciones y así en la de 22 de julio de 2015 (BOE de 24 de septiembre de 2015) se dice: “En primer lugar debe decirse a este respecto que es práctica relativamente frecuente en contratos de préstamos hipotecarios 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 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 Por otra parte, en el presente supuesto no sólo se encuentra detallado en el contrato de préstamo, en la propia escritura o en la FIPER y en la oferta vinculante a ella incorporadas, las distintas partidas y las cantidades que integran la retención sino que, además, se faculta

expresamente por la parte prestataria a 'BEP Corporación Financiera, S.L.' para suplir, como es habitual, los gastos necesarios para asegurar la correcta inscripción de la hipoteca y de los títulos previos a la escritura así como los gastos derivados si los hubiera; lo que podría haber llegado a suponer incluso una retención mayor a la efectivamente realizada si hubiere sido necesario inscribir títulos previos o cancelar cargas y gravámenes inscritos con anterioridad. Asimismo, en el párrafo final del apartado referido a los gastos a cargo de los prestatarios de la oferta vinculante, se hace constar que: 'Todos los gastos derivados de la correcta tramitación e inscripción de la escritura de préstamo hipotecario, serán deducidos del importe del préstamo concedido en concepto de provisión de fondos'. Pero es que, además, al encontramos en presencia de un contrato de intermediación es aplicable el artículo 20 de la Ley 2/2009 según el cual el empresario que preste dicho servicio deberá informar al consumidor 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, y, en su caso, 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. No obstante 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', lo que implica un reconocimiento a la legalidad de tales retenciones. Respecto a la determinación de las cantidades específicas retenidas por cada concepto, sólo los gastos de Notaría, gestoría y Registro de la Propiedad e Impuesto de Actos Jurídicos Documentados carecen de individualización de sus respectivas cuantías, pero ello es normal, en cuanto a dichos conceptos, ya que la determinación exacta de las mismas corresponde a operadores independientes, por lo que respecto a estos gastos la cifra retenida tiene la consideración de 'provisión de fondos' sujeta a devolución en cuanto a la cuantía sobrante. Únicamente si se hubiera pactado la apropiación por el acreedor de las cantidades sobrantes se podría haber catalogado la cláusula como objetivamente abusiva por desequilibrio al amparo del artículo 87 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, ya que no se correspondería a una causa adecuada. En cuanto a la comisión de la intermediadora financiera, que asciende al 15% del capital prestado, tampoco puede ser objeto de apreciación acerca de su abusividad ya que constituye el precio del objeto principal de otro contrato suscrito por el deudor, se han cumplido también respecto al mismo las normas de información y la cuantía de la tarifa no plantea problemas de comprensibilidad, por lo que vale ahora todo lo expuesto respecto del interés remuneratorio en el fundamento de derecho anterior. Esta conclusión viene avalada por el artículo 5 de la Ley 2/2009 que establece que 'las empresas intermediadoras establecerán 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 y en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, en materia de cláusulas abusivas', lo que excluye la alegación del registrador de desequilibrio en su cuantía."

Respecto del pago a Terceros, así ordenó el prestatario a mi mandante que se hiciera la transferencia de la referida cantidad, desconociendo a que causa responde esa transmisión patrimonial, pero lo que es claro es que no es impuesta por mi mandante, respondiendo única y exclusivamente al mandato del prestatario y a con destino a la cuenta por el designada.

Cuarto. Establecimiento de una garantía desproporcionada, por infracción de lo dispuesto en el artículo 88.1 en relación con el 82.4 del TRLGCU.

En el tercero de sus fundamentos jurídicos, y sin perjuicio de la facultad del Registrador de llevar a cabo su función de control de las posibles cláusulas abusivas incorporadas a un contrato de préstamo sometido a inscripción registral, entendemos que de acuerdo con lo establecido por la DGRN el Registrador carece de información necesaria y relevante para afirmar la desproporción de la garantía. En este sentido la DGRN tiene establecido: (ya mencionada resolución de 22 de julio de 2015).

“Por tanto, existen dos tipos de cláusulas abusivas a efectos de calificación registral, un primer tipo compuesto por aquellas estipulaciones respecto de las cuales la apreciación de la abusividad sólo es posible considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, lo que exige la disponibilidad de unos medios probatorios de los que el registrador carece, y de una valoración de esas circunstancias concurrentes que, en consecuencia, el registrador no se encuentra en condiciones de efectuar, por lo que sólo podrán ser declaradas abusivas y nulas por los tribunales de Justicia. El segundo grupo está constituido por aquellas cláusulas que sean subsumibles en la llamada ‘lista negra’ de los citados artículos 85 a 90 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que al ser abusivas en todo caso podrán ser objeto de calificación registral con base en la antes expuesta nulidad ope legis de las mismas recogida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 2013, y por aquellas otras cláusulas que vulneren otra norma específica sobre la materia, como el artículo 114.3 de la Ley Hipotecaria respecto de los intereses moratorios o el artículo 6 de la Ley 1/2013 respecto de las cláusulas suelo. Pero el rechazo registral de dichas cláusulas sólo podrá tener lugar si su subsunción en los conceptos jurídicos legales puede realizarse de forma objetiva y debidamente fundamentada, es decir, siempre que no sea necesaria una ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso para comprobar su inclusión, lo que nos reconduciría al supuesto del párrafo anterior.”

Y es que en la concesión de un préstamo o crédito, juega un papel fundamental las circunstancias económicas y subjetivas del prestatario, siendo notorio y evidente, que en lo que se ha venido a denominar hipotecas de último recurso la garantía personal o de pago, puede ser insuficiente a los efectos de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de pago asumidas, por lo que si es voluntad del prestatario el convenir o consumir el contrato, deben reforzarse las medidas de garantía. Por lo tanto el estudio de la solvencia del deudor, de la viabilidad de las circunstancias concretas de la operación que llevan a pactar libremente la constitución de la garantía requiere del conocimiento de hechos y circunstancias de los que carece el registrador para afirmar que nos encontramos ante una garantía desproporcionada.

Quinto. Infracción del artículo 5 de la ley 2/2209 [sic].

Establece la calificación en el 4.º de sus fundamentos que el pago de la comisión de intermediación a cargo del prestatario y gastos en la forma establecida en el artículo octava Bis envuelven cláusulas de contenido abusivo.

El propio término utilizado en la calificación “resultan envolver” dejan a todas luces que la afirmación del Registrador se basa en meras presunciones y que carece (artículo 18 de la ley Hipotecaria) de conocimiento de cada una de las circunstancias que llevaron a pactar el pago de gastos en la forma realizada.

Tampoco califica el Registrador el defecto como subsanable o insubsanable, no pareciendo muy coherente, que aún presuponiendo a los meros efectos discursivos la abusividad de la cláusula, la consecuencia registral fuere de mayor gravedad y trascendencia que la declaración por parte de los órganos jurisdiccionales, que obligan a la devolución de los gastos abusivamente impuestos.

Sexto. Infracción de la doctrina consolidada del TS y DGRN en relación con el control de los intereses retributivos.

El control que efectúa el Registrador en su calificación de los intereses retributivos infringe la doctrina consolidada entre otras en la resolución ya referida de 22 de julio de 2015 cuando dice:

“En este mismo sentido de negar la posibilidad de entrar a valorar la abusividad de los intereses remuneratorios debido a que responden, en nuestro sistema económico, a los mecanismos del mercado (la oferta y la demanda), siempre que la voluntad del prestatario se haya formado correctamente, se han pronunciado también numerosas sentencias de distintas Audiencias Provinciales como las siguientes citadas en el recurso: la sentencia número 487/2012, de 11 de octubre, de la Audiencia Provincial de A Coruña

(Sección 3.ª), la sentencia número 21/2014, de 30 de septiembre, de la Audiencia Provincial de Santa 1 Cruz de Tenerife, la Sentencia número 180/2013, de 26 marzo, de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 13.ª), la sentencia número 381/2013, de 17 septiembre, de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 9.ª), o la sentencia número 43/2013, de 30 enero, de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 11.ª); por lo que este debe ser el criterio a seguir en esta materia. Excluida, en consecuencia, la calificación registral, como la judicial, sobre la abusividad de la cuantía de un determinado interés remuneratorio por ser definitorio del objeto principal del contrato y sin necesidad de entrar a valorar las circunstancias concurrentes en el momento de suscripción del contrato, lo que si procede es examinar si en el supuesto objeto del recurso se ha cumplido con el doble filtro de información y transparencia. Respecto del primero la respuesta debe ser afirmativa por cuanto se incorporan a la escritura de constitución de hipoteca tanto la oferta vinculante como la ficha de información personalizada que son los requisitos que impone a estos efectos la Orden EHA/2889/2011. Y en cuanto al segundo filtro, al tratarse de un interés fijo durante toda la duración del préstamo, pocas dudas puede plantear su comprensibilidad por parte del prestatario ya que no existen ni referenciales complejos, ni cláusulas suelo, ni redondeos, ni otro tipo de condiciones que pudieran dificultar un real entendimiento de las consecuencia económicas e importancia de este tipo de estipulación en el desarrollo del contrato. Ahora bien, esto no significa, como ponen de manifiesto los recurrentes, que en nuestro Derecho se admita cualquier tipo de interés remuneratorios en los préstamos, aunque sean muy elevados, sino que el mismo se haya limitado, en primer lugar, en la medida que sea aplicable la Ley de 23 de julio de 1908 de Represión de la Usura que prohíbe los denominados préstamos usurarios. Así, el artículo 1 de la Ley de Represión de la Usura considera usurarios ‘aquéllos préstamos en los que el interés pactado es notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales’, por lo que los intereses remuneratorios excesivos podrían llegar a ser declarados como usurarios —no abusivos—, pero sólo en conjunción con una serie de circunstancias añadidas de carácter subjetivo. Pero esta declaración de carácter usurario de los intereses exigirá la práctica de una prueba y una ponderación de las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto para apreciar adecuadamente si en el momento de la perfección del contrato estaba dentro de los límites de la ‘normalidad’ atendiendo a esas circunstancias (cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1998 y 7 de julio de 2002), que hace que no pueda ser calificada por el registrador. Es por ello que solo el prestatario está legitimado para accionar con amparo en la Ley de Represión de la Usura, excediendo el Registrador nuevamente sus facultades en su función calificadoradora.”»

IV

El registrador de la Propiedad emitió informe el día 4 de junio 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; 3 y 4 de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores; 2 a 4, 15, 18, 19 y 29 de la Directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial; 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, de 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 y 20 de mayo de 2016, en materia de cláusulas abusivas; 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 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 entidad mercantil dedicada profesionalmente a dicha actividad e inscrita en el Registro 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 constituye el domicilio habitual de las mismas. No se discute por la parte recurrente la legislación de protección de consumidores y usuarios, por lo que la cuestión debatida deberá ser resuelta en este marco y, a este respecto, debe significarse en primer lugar que se ha dado cumplimiento al proceso de contratación y a los requisitos de información regulados en la Orden EHA 2899/2011 de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

Las cláusulas del préstamo hipotecario cuya inclusión en la nota de calificación negativa son objeto de impugnación, ordenadas por el orden de las estipulaciones, son las siguientes: 1) la sociedad acreedora ha entregado a la parte prestataria solo una parte del importe del préstamo, en concreto 12.800 euros de los 21.700 euros a que asciende el préstamo; y el resto ha sido retenido por la misma para aplicarlo a diversas finalidades que constan debidamente especificadas en la escritura y son: a) 4.200 euros, en concepto de precio de intermediaria financiera, b) 3.500 euros se transfieren a una cuenta particular, que se supone de un gestor, en concepto de gastos de tasación, notaría, gestión, impuesto de actos jurídicos documentados, registro e impuesto de

bienes inmuebles, y c) 1200 euros se transfieren a otra cuenta a nombre de un particular, en concepto de «pagos a terceros» (estipulación 1.ª); 2) El tipo de interés remuneratorio pactado es de 15% fijo durante toda la vida del préstamo (estipulación 3.ª); 3) El tipo de moratorio pactado es del 16% fijo (estipulación 5.ª); 4) Se constituye hipoteca sobre una finca tasada en un importe (81.327,19 euros) muy superior al nominal del préstamo (21.700 euros) (estipulación 8.ª), y 5) Se pacta que serán a cargo del prestatario, entre otros, los gastos de tasación del inmueble que se hipoteca, los aranceles notariales y registrales, los gastos de tramitación de la escritura, los impuestos correspondientes a la constitución, modificación y cancelación de la hipoteca (estipulación 8.ª bis).

2. Ámbito de la calificación registral. Como segunda cuestión previa debe examinarse cuál es el ámbito de la calificación registral respecto del carácter abusivo de las cláusulas de los préstamos hipotecarios toda vez que el registrador de la propiedad señala en su nota de calificación, como fundamento de la misma, que los registradores pueden rechazar la inscripción de tales cláusulas, «no solo cuando su nulidad, por abusiva, hubiera sido declarada judicialmente, sino también cuando él mismo aprecie esa nulidad», sin matizar en modo alguno el alcance de esa apreciación registral.

A este respecto, según declaró, entre otras la resolución de esta Dirección General de 22 de julio de 2015, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 82.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, existen dos tipos de cláusulas abusivas a efectos de calificación registral: a) por un lado, aquellas estipulaciones respecto de las cuales la apreciación de la abusividad solo es posible considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, lo que exige la disponibilidad de unos medios probatorios de los que el registrador carece, y de una valoración de esas circunstancias concurrentes que, en consecuencia, el registrador no se encuentra en condiciones de efectuar, por lo que solo pueden ser declaradas abusivas y nulas por los tribunales de justicia; y b) por otro lado, aquellas cláusulas que sean subsumibles en la llamada «lista negra» de los artículos 85 a 90 de la Ley de Defensa de los Consumidores, que al ser abusivas en todo caso podrán ser objeto de calificación registral con base en la nulidad «ope legis» de las mismas declarada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 2013; así como aquellas cláusulas que vulneren normas específicas sobre la materia, como, por ejemplo, el artículo 114.3.º de la Ley Hipotecaria sobre intereses moratorios o el artículo 6 de la Ley 1/2013, sobre las cláusulas suelo. Además, el rechazo registral de estas cláusulas solo podrá tener lugar si su subsunción en los conceptos jurídicos legales puede hacerse de forma objetiva y debidamente fundamentada, es decir, siempre que no sea necesaria una ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso para comprobar su inclusión (lo que nos llevaría al apartado anterior); y teniendo en cuenta que siempre que el registrador rechace una cláusula ha de fundamentar adecuadamente su decisión. Adicionalmente, el Registrador también podrá rechazar por abusivas aquellas cláusulas del préstamo hipotecario que hayan sido declaradas nulas por sentencia del Tribunal Supremo con valor de jurisprudencia o por sentencias de tribunales inferiores que fueren firmes, siempre que estuvieran inscritas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

Por otra parte, como reitera la Resolución de 19 de mayo de 2017, el registrador también debe velar por la transparencia de las cláusulas contractuales predispuestas, y rechazar la inscripción de aquellas cláusulas hipotecarias respecto de las cuales no se acredite el cumplimiento de los requisitos de información y transparencia, y la forma, normal o reforzada, que en cada caso el legislador haya elegido para asegurarse el conocimiento por parte de los usuarios de los productos bancarios, del riesgo financiero que comporta el contrato en general o alguna de las singulares cláusulas.

3. Retenciones del importe del préstamo: coste de la intermediación y pagos a terceros. Por razones de claridad se analizan por separado las distintas retenciones efectuadas, pero, con carácter general se debe señalar, siguiendo la doctrina de la resolución de este Centro Directivo de 22 de julio de 2015, 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.

Como queda expuesto, en el presente supuesto se encuentran debidamente detallados en el contrato de préstamo, en la propia escritura y en la «Ficha de información personalizada —FIPER—» u oferta vinculante a ella incorporada, las distintas partidas y las cantidades que integran la retención: gastos de intermediación, gastos del contrato de préstamo hipotecario y pagos a terceros. Sólo los distintos conceptos que integran el grupo de gastos del «préstamo hipotecario» (gastos de tasación, notaría, gestoría, registro de la propiedad e impuesto de actos jurídicos documentados) carecen de individualización de sus respectivas cuantías, pero ello es normal, en cuanto a dichos conceptos, ya que la determinación exacta de las mismas corresponde a operadores independientes, por lo que respecto a estos gastos la cifra retenida tiene la consideración de «provisión de fondos» (así costa en la oferta vinculante) sujeta a devolución en cuanto a la cuantía sobrante. Únicamente si se hubiera pactado la apropiación por el acreedor de las cantidades sobrantes se podría haber catalogado la cláusula como objetivamente abusiva por desequilibrio al amparo del artículo 87 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, ya que no se correspondería a una causa adecuada.

A este respecto, según el artículo 20 de la Ley 2/2009 el empresario que preste el servicio de intermediación financiera deberá informar al consumidor 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, y, en su caso, 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. No obstante 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», lo que implica un reconocimiento a la legalidad de tales retenciones.

En concreto, en cuanto a la «comisión de intermediación», que asciende a la cifra alzada de 4.200 euros, no puede ser objeto de apreciación registral acerca de su abusividad ya que tal comisión constituye el precio o parte del objeto principal de un contrato suscrito por el deudor, distinto del contrato de préstamo hipotecario, respecto del que se han cumplido las normas de información precontractual, y cuya cuantía de la tarifa no plantea problemas de comprensibilidad, por lo que vale ahora todo lo se expone después en un apartado posterior respecto del interés remuneratorio del préstamo. Esta conclusión viene avalada por el artículo 5 de la Ley 2/2009 que establece que «las empresas intermediadoras establecerán 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 y en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, en materia de cláusulas abusivas», lo que excluye la alegación del registrador de desequilibrio en su cuantía.

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 a 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 la Resolución de 7 de abril de 2016, según la cual, no obstante la colación 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 concepto «pagos a terceros», el defecto también deber revocado porque responde a una orden de pagos del propio prestatario a la entidad acreedora (lo que equivale a la entrega), solicitando que se hiciera la transferencia de la referida cantidad de 1.200 euros, a otro acreedor que se identifica con su nombre y apellidos; como se infiere de la estipulación 1.^a de la escritura de constitución de la hipoteca, en la que se señala que esa transferencia debe realizarse en el plazo de tres días desde aquel en que tenga lugar la ratificación de la entidad prestamista, y que la misma deberá acreditarse al prestatario y tomarse razón en la escritura de préstamo hipotecario mediante diligencia. Igual consideración de «pago a tercero» debe darse, aunque este situada sistemáticamente dentro de los «gastos del contrato de préstamo hipotecario», a la retención para el pago de impuesto de bienes inmuebles correspondiente a los años 2014 a 2017, por un importe de 635,08 euros, ya que se trata de un gasto totalmente ajeno al préstamo hipotecario, se refiere a un impuesto que grava la propiedad del inmuebles y, además, su devengo ya he tenido lugar a la firma de la escritura.

4. Retenciones del importe del préstamo: gastos relacionados con el préstamo hipotecario. Según las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 23 de diciembre de 2015 y de 15 de marzo de 2018 (números 147 y 148) 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 89.2 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. Por último, cabe decir que esta negociación, permitida por la legislación de consumidores, posibilitaría no sólo el reparto equitativo de los indicados gastos sino también la compensación al prestatario por la asunción de los mismos, a cambio de otras ventajas en el resto de las condiciones financieras del préstamo y, en todo caso, excluiría, de existir, la posibilidad del control de abusividad.

En lo que afecta al pago del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados en los préstamos hipotecarios habrá que estar a las siguientes reglas, señaladas por las citadas Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018: a) Respecto de la constitución de la hipoteca en garantía de un préstamo, el

sujeto pasivo del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados es el prestatario; b) En lo que respecta al pago del impuesto de actos jurídicos documentados, en cuanto al derecho de cuota variable en función de la cuantía del acto o negocio jurídico que se documenta, será sujeto pasivo el prestatario, y c) En cuanto al derecho de cuota fija, por los actos jurídicos documentados del timbre de los folios de papel exclusivo para uso notarial en los que se redactan la matriz y las copias autorizadas, habrá que distinguir entre el timbre de la matriz y el de las copias autorizadas: respecto de la matriz, corresponde el abono del impuesto al prestatario, salvo en aquellos casos en que exista un pacto entre las partes sobre la distribución de los gastos notariales y registrales, en los que también se distribuirá el pago del impuesto por la matriz; mientras que, respecto de las copias, habrá que considerar sujeto pasivo a quien las solicite. Respecto de la argumentación jurídica para llegar a estas conclusiones nos remitimos al contenido de esas Sentencias y a la Resolución de esta Dirección General de 24 de mayo de 2017.

En cuanto a los gastos de tasación, notaría, Registro de la Propiedad y gestión, cada vez son más frecuentes las sentencias de tribunales inferiores (por todas, las sentencias de las Audiencias Provinciales de Asturias de 1 de febrero de 2017, de Pontevedra de 28 de marzo de 2017 y de Las Palmas de 6 de julio de 2017) que vienen considerando abusivas las cláusulas que imponen con carácter general dichos gastos al consumidor, por entender que responden fundamentalmente a un interés de la entidad crediticia y, más en concreto, respecto de los gastos de tasación y gestoría por tratarse de servicios accesorios (artículos 89.4 y 89.5 Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y artículo 15 de la Ley 2/2009 que se refiere a «tasación y otros servicios accesorios») que se imponen sin posibilidad de negociación. No obstante, este Centro Directivo, siguiendo la línea interpretativa mantenida por otras sentencias, considera que de la lectura de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015, deben extraerse unas conclusiones, que ponen en duda los términos tajantes de ese criterio de la jurisprudencia menor y que son: a) cada tipo de gasto debe imputarse a aquella parte del contrato a la que se le asigne una disposición legal; b) a falta de asignación legal los gastos corran a cargo de aquella parte que estuviera interesado en el servicio que se remunera, y c) que, en caso de que ambas partes estuvieran interesadas, cabe una distribución equitativa de los gastos de ese tipo.

En concreto, respecto de los gastos de tasación, en un principio la exigencia de una previa tasación pericial homologada del artículo 7 de la Ley de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, tenía como objeto prioritario garantizar el cumplimiento de los límites impuestos al importe de los créditos hipotecarios que puedan servir de garantía a las emisiones de cédulas o bonos hipotecarios (artículo 2 de la Orden ECO 805/2003), lo que servía de protección frente a la sobretasación no sólo a los inversores en el mercado hipotecario sino también al propio deudor, cualquiera que fuere su condición, previniendo situaciones de sobreendeudamiento; pero que indudablemente también interesaba e interesa a los prestamistas que fueran entidades de crédito en cuanto les posibilita la obtención de financiación mediante la titulización del préstamo hipotecario.

Paralelamente, en los artículos 682 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 129 de la Ley Hipotecaria, se imponía como presupuesto necesario de la ejecución directa hipotecaria y de la denominada venta extrajudicial, la fijación contractual del tipo para la subasta (no una tasación pericial homologada) que podía ser fijado libremente por las partes. Esta fijación del tipo de subasta, en principio, interesa al prestamista por cuanto obtiene de ese modo una garantía de ejecución rápida de su crédito en caso de incumplimiento, sin tener que esperar a la tasación pericial que habría de realizarse en el procedimiento ejecutivo ordinario; pero esa posibilidad de una ejecución eficaz de la finca hipotecada permite también al cliente bancario obtener unas condiciones de financiación más favorables en términos de interés y plazo de amortización. Posteriormente la Ley 1/2013 de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, a la primitiva finalidad de la tasación pericial de la Ley del Mercado Hipotecario, añadió, para

toda hipoteca ya se destine o no a servir de cobertura a una emisión de títulos hipotecarios, el amparo a los usuarios de los servicios financieros del peligro de la infravaloración del bien dado en garantía, situación que en los ciclos económicos de crisis y de contracción de la demanda inmobiliaria puede llegar a traducirse en un quebranto patrimonial relevante para el deudor ejecutado, sobre todo teniendo en cuenta que tanto las posturas mínimas admisibles en la subasta, como la posible adjudicación de la finca al acreedor, en los casos de subasta desierta por falta de licitadores, se determinan por un valor resultante de la aplicación de ciertos porcentajes (setenta o cincuenta por ciento, según se trata de vivienda habitual o no) sobre el tipo para subasta fijado en la escritura de constitución (artículos 670 y 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil); por lo que puede concluirse que la tasación pericial también en este ámbito interesa al prestatario. Por tanto, cabe afirmar que en esta materia ambas partes contratantes tienen interés y a ambas beneficia la realización de esa tasación pericial previa.

Pero es que, además, el valor real de la finca va a condicionar el importe al que puede ascender el préstamo hipotecario, por lo que la tasación se constituye en un presupuesto o dato necesario previo para formular la oferta del préstamo, por lo que se trata de un dato que debería aportar el solicitante junto con otros relativos a su solvencia (vid., por todas, las sentencias de las Audiencias Provinciales de Barcelona de 17 octubre de 2016, de Ávila de 3 de marzo de 2017 y de Pontevedra de 9 de marzo de 2017), circunstancia por la que no puede ser incluida en el grupo genérico de servicios accesorios no solicitados por el cliente. Es decir, la solicitud de un préstamo hipotecario lleva implícita, en el mercado del crédito hipotecario, la necesidad legal de tasar la finca que se ofrece en garantía o cuya adquisición se pretenda financiar y, en consecuencia, una solicitud implícita de la misma, por lo que su repercusión en el deudor no debería suscitar dudas de legalidad y así parece deducirse de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015.

Por otra parte, su consideración como servicio accesorio en el artículo 15 del al 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, no es impedimento para que se impute al prestatario, antes al contrario, de dicho artículo parece inferirse que se trata de un servicio preparatorio cuyo gasto puede correr a cuenta del consumidor, el cual tiene derecho a presentar su propia tasación (artículo 3 bis I de la Ley 2/1981 introducido por la Ley 41/2007), y que cuando es el prestamista quien concierta o efectúa directamente la tasación, por mediar el consentimiento del deudor, puede repercutir su importe a éste, debiendo únicamente cumplir con los requisitos de información que dicho artículo impone (la identidad de los profesionales seleccionados al efecto y las tarifas aplicables, debiendo entregar con posterioridad el informe de tasación o una copia del mismo).

La privación al consumidor del derecho a presentar su propia tasación sí vulneraría el artículo 86 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, de forma que la cláusula que así lo establezca será abusiva por limitar o privar al consumidor de sus derechos reconocidos por las normas dispositivas o imperativas; pero ese no ha sido el fundamento de la nota de calificación registral por lo que en el ámbito de este recurso no se puede entrar a valorar esta circunstancia que, en todo caso, debería ser resulta en el correspondiente procedimiento judicial.

En relación con los gastos de notaría, la norma sexta del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel notarial, dispone que la obligación de pago de los derechos notariales corresponderá «a los que hubieren requerido la prestación de funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente»; siendo la finalidad de la escritura pública de préstamo hipotecario, primero la de documentar el préstamo y la entrega de su importe con los efectos derivados de dicha forma pública, lo que beneficia al prestatario, y, segundo, la de asegurar la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad, necesaria tanto para la válida constitución

como para su posibilitar la ejecución de esta garantía con lo que se beneficia al prestamista. Es decir, como señalan las sentencias del Tribunal Supremo citadas la escritura pública obedece a los intereses de ambas partes y a ambas beneficia. Por su parte, el artículo 126 del Reglamento Notarial aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944 dispone que «en los supuestos de contratación bancaria, el derecho de elección de notario corresponderá al adquirente o cliente de aquellas, quien sin embargo, no podrá imponer notario que carezca de conexión razonable con algunos de los elementos personales o reales del negocio» y su artículo 63 reitera, con carácter general, que «la retribución de los notarios estará a cargo de quienes requieran sus servicios».

Es cierto, que la citada norma arancelaria no tiene como objeto determinar imperativamente cuál de los contratantes ha de hacer frente al pago de los aranceles notariales, sino únicamente quien asume la responsabilidad del pago frente al notario, independientemente de las relaciones internas entre las partes, pero se estima que debe ser tenida en cuenta como norma supletoria cuando se trate de valorar las cláusulas predisuestas o condiciones generales de la contratación. En concreto, en el ámbito de la calificación registral, dado que normalmente no se dispondrá del dato de quién requirió los servicios notariales y que el Registrador no puede fundar su calificación en presunciones, a falta de norma sustantiva que determine el obligado al pago, como la recogida en el artículo 1455 del Código Civil para la compraventa o en el artículo 1555.3 para el arrendamiento, se habrá de acudir, a la hora de calificar, a la consideración de la norma fiscal aplicable tal como ha sido interpretada por el Tribunal Supremo, en su Sala Contencioso-administrativa, en las Sentencias de 19 de noviembre de 2001, 24 de junio de 2002, 20 de octubre de 2004 o 27 de marzo de 2006, entre otras, y por su Sala Civil en las Sentencias de 15 de marzo de 2018 antes resumidas.

En definitiva, de la combinación de esas normas y finalidades se puede concluir, en la misma línea que las citadas Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018 que, en principio, salvo que se pruebe que el banco ha impuesto al deudor un notario determinado (lo que no es lo mismo que el ofrecimiento a firmar en una notaría), se acredite que ha sido el banco quien ha requerido directamente la función notarial (lo que como lo anterior habrá de hacerse en sede judicial) o hubiera un acuerdo para distribución de estos gastos; el pago del concepto de escritura matriz corresponde al prestatario; mientras que, respecto de las copias autorizadas, habrá que considerar sujeto pasivo a quien las solicite, siendo lo habitual que la copia autorizada que se expide por defecto tenga como finalidad servir de título ejecutivo (artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) a favor de la entidad de crédito, por lo que ésta será la obligada al pago.

Por lo que respecta a los gastos registrales, la norma quinta del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, dispone que el importe correspondiente a los derechos registrales se pagará «por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento, pero en el caso de las letras b) y c) del artículo 6 de la Ley Hipotecaria, se abonarán por el transmitente o interesado; y los derechos correspondientes a las certificaciones y manifestaciones serán de cargo de quienes las soliciten», lo que implica, con las mismas salvedades antes expresadas para los gastos notariales respecto del objeto de la norma, que la minuta del Registro de la Propiedad debe ser pagada, como regla, por el prestamista, dado que a su favor se inscribe la hipoteca (el préstamo como tal no es objeto de inscripción, sino únicamente en cuanto sirve para determinar una parte del contenido de la hipoteca: la obligación garantizada), si bien, algunos gastos registrales accesorios referentes a la publicidad registral, serán de cargo del prestatario si él la hubiere solicitado.

Por último, en cuanto a los gastos de gestoría, se trata de una labor que constituye un servicio accesorio y, como tal, la retribución de sus actuaciones correrá a cargo de aquella parte que hubiere solicitado y estuviera interesado en el tramitación a retribuir; por lo que, de conformidad con lo anteriormente expuesto, el obligado al pago será el

consumidor, cuando se trate de la tramitación de la liquidación del impuesto de actos jurídicos documentados, y el obligado al pago será el prestamista cuando se trate de la tramitación de la inscripción de la escritura en el Registro de la Propiedad. Es evidente que a la entidad de crédito le interesa la intervención de una gestoría de su confianza para asegurar la debida inscripción de la hipoteca, pero, al desconocer el registrador si ha habido una auténtica imposición de la misma al consumidor o un consentimiento del prestatario, a estos efectos debe considerarse ajustado a derecho la imputación contractual de los gastos de gestoría de forma equitativa, en los términos que se han expresado, es decir, en función del interés que la gestoría satisfaga en cada actuación.

De todo lo hasta ahora expuesto, resulta que, como regla general, deberá rechazarse la inscripción de aquella cláusula de imputación de gastos, en este caso la estipulación octava bis, y su correspondiente garantía hipotecaria, que no se ajuste, en perjuicio del consumidor, a los criterios anteriormente expuestos respecto de la asignación de los impuestos, aranceles y gastos, pero únicamente respecto del tipo o de los tipos de gastos afectados por la disconformidad, salvo que la cláusula sea absolutamente genérica en cuyo caso deberá rechazarse íntegramente. Igualmente deberá rechazarse la inscripción de la hipoteca, en supuestos como el presente, si no se aclara que las retenciones realizadas sólo cubrirán la parte de los respectivos gastos que legalmente fueran de cuenta del consumidor.

Ahora bien, en la concreta escritura cuya nota de calificación negativa es objeto de este recurso, en la estipulación octava bis relativa a «los gastos a cargo del prestatario», se señala expresamente que «debido a la negociación de ambas partes se acuerda que serán a cuenta y cargo de la parte prestataria:... (enumeración de los gastos a cargo del deudor)» y que «en este caso y como resultado de la expresada negociación las partes han convenido que la parte prestataria en base al tipo de interés, márgenes y comisiones acordadas para la operación de préstamo, asume el pago de la totalidad de los conceptos del presente apartado», lo que de ser cierto legitimaría este pacto de imputación de gastos y las retenciones verificadas, al haber desaparecido el desequilibrio relevante del consumidor. Sin poder valorar si se cumple, en el presente supuesto, el requisito de contraprestación respecto del tipo de interés, por las razones que luego se examinan, es cierto que no se ha impuesto comisión alguna al consumidor (cláusula segunda bis), y que en el contrato no existe margen o diferencial alguno, por cuanto el tipo de interés es fijo; lo que hace que, al menos por los motivos que se alegan en la nota denegatoria del despacho, este defecto deba ser revocado.

5. Intereses ordinarios y objeto principal del contrato. En cuanto a los intereses ordinarios, el registrador de la Propiedad en su nota de calificación señala que un interés remuneratorio del 15% fijo se considera «abusivo» y «usurario» dado que es notoriamente desproporcionado y superior al habitual en el caso de préstamos hipotecarios concedidos por entidades financieras. La argumentación del indicado carácter del interés ordinario se complementa con las circunstancias concurrentes en el escritura de préstamo hipotecario que se califica, que se establecen también como sendos defectos, siguientes: a) que se ofrece como garantía hipotecaria una finca tasada en un valor casi cuatro veces superior al importe del préstamo, y b) que se detrae de ese nominal del préstamo, vía retención, el 41% de su importe, por los conceptos antes expresados, lo que implica un considerable aumento del coste del préstamo.

Adicionalmente, el registrador señala que según la Resolución de esta Dirección General de 22 de julio de 2015, el registrador puede aplicar la Ley de Represión de la Usura, de 23 de julio de 1908, si considera que el interés pactado, por apartarse de la normalidad, es subsumible dentro del ámbito de su artículo 1 que dispone que el interés será usurario cuando resulte notablemente superior al interés del dinero y manifiestamente desproporcionado atendidas las circunstancias concurrentes; habiendo tal resolución considerado como tal un tipo del 14,99% para toda la duración del préstamo. Pero lo cierto es que la citada resolución no sentó el criterio que de la misma extrae el registrador calificante sino precisamente el contrario, como se expondrá a continuación, limitándose a señalar en cuanto a los intereses remuneratorios, como un

límite objetivo sí calificable, que no pueden ser superiores al tipo moratorio pactado, lo que no ocurre en el supuesto objeto de este expediente.

Por ello es conveniente recordar que la doctrina de este Centro Directivo al respecto, recogida en la propia resolución citada y más recientemente en las Resoluciones de 7 de abril de 2016 y 1 de febrero de 2018, es que, como regla, al constituir el interés ordinario o remuneratorio un elemento esencial del contrato de préstamo hipotecario oneroso (ese carácter tiene el bancario), 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. El control de los intereses ordinarios queda circunscrito, en consecuencia, añádian dichas resoluciones, 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 calificante.

Es cierto que existen una corriente doctrinal y ciertas sentencias de juzgados de Primera Instancia y de lo Mercantil que consideran los intereses ordinarios como un elemento accidental del objeto principal que es el préstamo porque según los artículos 1740 y 1755 del Código Civil (en el mismo sentido, los artículos 314 y 315 del Código de Comercio respecto del préstamo mercantil) «el préstamo puede ser gratuito o con pacto de pagar intereses» y, además, «no se deberán intereses sino cuando expresamente se hubieran pactado». Argumentan también estas sentencias que la no transposición al derecho nacional del artículo 4-2 de la Directiva 93/13/CEE según el cual «la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los bienes o servicios que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible», debe entenderse en el sentido de que el legislador español ha querido reforzar la protección de los consumidores facilitando el control judicial del precio o contraprestación de los contratos con consumidores, aun cuando éste se considera elemento esencial del negocio, ya que así lo permite la propia Directiva que, en su considerando duodécimo, autoriza a los Estados miembros a establecer una protección más elevada para los consumidores mediante normas nacionales más estrictas (cfr. Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de abril —caso Caja Madrid— y de 3 de junio —caso Arpad Kásler— de 2014).

Sin embargo no es este el criterio del Tribunal Supremo español (vid. Sentencias de 18 de junio de 2012, 9 de mayo de 2013, 8 de septiembre de 2014 y 25 de marzo y 23 de diciembre de 2015) que después de señalar que en nuestro sistema una condición general de la contratación puede referirse al objeto principal del contrato y que el carácter de condición general de la contratación no excluye el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial, considera que los intereses remuneratorios —y en su caso las cláusulas suelo— «forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario, definen el objeto principal del contrato (...) y cumplen una función definitoria o descriptiva esencial», lo que supondría la aplicación de la regla general de la exclusión de su control de contenido o abusividad.

No obstante, sigue afirmando el Alto Tribunal que «el hecho de que una cláusula sea definitoria del objeto principal no elimina totalmente la posibilidad de controlar si su contenido es abusivo», sino que tal cláusula se encuentra sujeta a un doble control, el control de incorporación o de información previa ajustada a la normativa según el artículo 7.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y la Orden EHA 2899/2011, y el control de transparencia, cognoscibilidad o comprensibilidad real— que exige que la cláusula se encuentre redactada de manera clara y comprensibile

como exigen los artículos 4.2 de la Directiva 93/13/CEE y 80.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Este segundo control tiene por objeto «que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la «carga económica» que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo».

Sostiene por otra parte el Tribunal Supremo en sentencia de 18 de junio de 2012, frente al criterio de las citadas sentencias de Juzgados de Primera Instancia, que el artículo 4.2 de la Directiva Comunitaria ha sido indirectamente transpuesto en España a través de la modificación del artículo 10.1.c) de la antigua Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios de 1984, llevada a cabo por la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1998, cuando se sustituyó la expresión amplia «justo equilibrio de las contraprestaciones» por «desequilibrio importante de los derechos y obligaciones», desplazándose el control desde el desequilibrio económico al desequilibrio jurídico, señalando expresamente que dicha modificación se realiza «en línea de lo dispuesto por la Directiva a la hora de limitar el control de contenido que podía llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula, de ahí que pueda afirmarse que no se da un control de precios, ni del equilibrio de las prestaciones propiamente dicho».

Excluida, en consecuencia, la calificación registral sobre la abusividad de la cuantía de un determinado interés remuneratorio por ser definitorio del objeto principal del contrato, lo que sí procede es examinar si en el supuesto objeto del recurso se ha cumplido con el doble filtro de información y transparencia. Respecto del primero la respuesta debe ser afirmativa por cuanto se incorporan a la escritura de constitución de hipoteca tanto la oferta vinculante como la ficha de información personalizada que son los requisitos que impone a estos efectos la Orden EHA 2889/2011. Y en cuanto al segundo filtro, al tratarse de un interés fijo durante toda la duración del préstamo, pocas dudas puede plantear su comprensibilidad por parte del prestatario ya que no existen ni referenciales complejos, ni cláusulas suelo, ni redondeos, ni otro tipo de condiciones que pudieran dificultar un real entendimiento de las consecuencias económicas e importancia de este tipo de estipulación en el desarrollo del contrato.

6. Intereses ordinarios y usura. Ahora bien —añadían las expresadas Resoluciones—, esto no significa que en nuestro derecho se admita cualquier tipo de interés remuneratorio en los préstamos hipotecarios, aunque sean muy elevados, sino que el mismo se haya limitado, fundamentalmente y en la medida que sea aplicable, por la Ley de 23 de julio de 1908, de Represión de la Usura, que prohíbe los denominados préstamos usurarios. Así, el artículo 1 de esta ley considera usurarios «aquéllos préstamos en los que el interés pactado es notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales», por lo que los intereses remuneratorios excesivos podrían llegar a ser declarados como usurarios —no abusivos—, pero sólo en conjunción con una serie de circunstancias añadidas de carácter subjetivo.

Pero esta declaración de carácter usurario de los intereses exigirá, como se ha señalado anteriormente, la práctica de una prueba y una ponderación de las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto para apreciar adecuadamente si en el momento de la perfección del contrato estaba dentro de los límites de la «normalidad» atendiendo a esas circunstancias (cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1998 y de 7 de julio de 2002), que hace que no pueda ser calificada por el registrador.

En cuanto a la posible afirmación de ser el tipo de interés remuneratorio pactado notablemente superior al normal del dinero, debe señalarse que no estamos ante un préstamo concedido por entidades de crédito, que ofertan bonificaciones al tipo de

interés remuneratorio pactado si el prestatario suscribe con la entidad acreedora la prestación de una serie de servicios de fidelización; y obtienen el dinero, en la actual coyuntura económica, del Banco Central Europeo a muy bajo coste. Por tanto, en todo caso, la comparativa debe hacerse respecto del tipo de interés habitual en ese otro mercado de préstamos, al que las personas y las empresas tiene que acudir cuando las entidades de crédito, una vez analizada su solvencia, de acuerdo con los parámetros fijados por la normativa de la Unión Europea, rechazan su concesión por razón del riesgo de la operación, toda vez que el valor de la garantía no puede ser el factor determinante de la concesión del préstamo, sino la solvencia del prestatario.

Pues bien, en este mercado alternativo del crédito, en el que no operan vinculaciones del deudor con otros servicios que oferta el prestamista, en el que el coste de obtener el dinero por las entidades que lo forman es superior al del mercado bancario, así como también es superior el riesgo del cobro de las operaciones financiadas; se puede considerar que el tipo fijo del 15% se trata de un interés ajustado al normal o medio de ese mercado, el cual oscila entre el 9% o 10% hasta y el 14% o el 15%.

7. Importe del préstamo y proporción con el valor de la finca hipotecada. En la nota de calificación recurrida se señala, como argumento complementario del carácter usurario de los intereses ordinarios y también como defecto independiente, que en el contrato se establece una garantía desproporcionada al riesgo asumido por el prestamista, dado que dicho riesgo es directamente equivalente al importe del préstamo —esto es, 21.700 euros— y éste es notoriamente inferior al valor de la vivienda habitual hipotecada —que en el certificado de tasación que se incorpora a la escritura se cifra en 81.327,19 euros—, lo que supone una contravención del artículo 88.1, en relación con el artículo 82.4. letras c, d, y e, ambos 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.

Ahora bien, lo primero que debe tenerse en cuenta a este respecto es que si bien el artículo 88.1 de la citada Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios enumera dentro de la cláusulas abusivas «la imposición al consumidor de garantías desproporcionadas al riesgo asumido», lo cierto es que el párrafo segundo de dicho artículo y número expresamente establece que «se presumirá que no existe desproporción en los contratos de financiación o de garantías pactadas por entidades financieras que se ajusten a su normativa específica», lo que debe aplicarse también a aquellas entidades que se encuentran sujetas a 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, porque el término entidades financieras es más amplio que el de entidades de crédito (que sólo incluye a Bancos, Cajas, Cooperativas de crédito y Establecimientos financieros de crédito) y porque así infiere del artículo 1.3 de dicha Ley.

Desde otro punto de vista, tampoco se considera que el argumento complementario de esa desproporción entre el importe del préstamo y la tasación de la finca hipotecada aporte nada en favor de la calificación registral del carácter abusivo o usurario de los intereses remuneratorios porque, en primer lugar, el valor de la garantía es indiferente a efectos jurídicos con relación al importe del préstamo u obligación garantizada. El deudor aporta la garantía de que dispone para obtener el crédito que precisa, y la finca gravada tendrá la tasación que le atribuya, de acuerdo con el método legal aplicable, el técnico competente en el momento de la constitución de la hipoteca; lo verdaderamente relevante a estos efectos es la determinación de la responsabilidad hipotecaria y su traslado al registro, que es lo que debe ajustarse a los parámetros de la obligación asegurada, correspondiendo, además, al hipotecante, en caso de ejecución, el sobrante que quede entre el valor del remate o adjudicación y el importe de esa responsabilidad hipotecaria, por lo que no resulta perjudicado por la indicada diferencia.

8. Interés moratorio. Otro de defecto recurrido de la nota de calificación consiste en que, partiendo de que la hipoteca se constituye sobre la vivienda habitual del prestatario y dado que, conforme a las Resoluciones de esta Dirección General de 25 de abril y 3 de

junio de 2014, se puede considerar o equiparar a un préstamo otorgado para la adquisición de la vivienda habitual el crédito destinado a la refinanciación del mismo, el registrador calificador considera que en el préstamo que es objeto de este recurso se deben respetar los límites establecidos por el párrafo tercero del artículo 114 de la Ley Hipotecaria, lo que no sucede en este caso ya que se establece un interés de demora fijo del 16% anual, superior al límite señalado en el citado artículo de la Ley Hipotecaria de 3 veces el interés legal del dinero, que hoy ascendería al 9%.

Es cierto, como afirman las citadas resoluciones que el mero hecho que la adquisición de la vivienda que se hipoteca sea anterior al préstamo actual que se pretende inscribir no excluye per se la posibilidad de que ese préstamo actual pudiera tener la finalidad que exige el párrafo tercero del artículo 114 de la Ley Hipotecaria, pues puede suceder que incluso en tales circunstancias el destino del préstamo esté vinculado a la financiación de la adquisición de la vivienda habitual, lo que sucedería, por ejemplo, en caso de que el nuevo préstamo estuviera destinado a refinanciar el anterior (caso de existir), a sustituirlo, o a satisfacer el pago de todo o parte del precio de la adquisición, en caso de que éste hubiese sido aplazado o diferido en todo o en parte a fecha posterior a la del préstamo hipotecario cuestionado. En estos supuestos, u otros semejantes, el tipo de interés moratorio sí estaría sujeto a la limitación cuantitativa establecida en el citado artículo.

Ahora bien, en el expediente que da lugar a la presente resolución resulta, de los datos del historial registral de la finca hipotecada, que la vivienda fue adquirida el día 27 de diciembre 2001 y que se encuentra gravada con una hipoteca a favor de otra entidad, cuya fecha final de vencimiento fue el 9 de febrero de 2014, sin que conste nota marginal alguna indicativa de haberse promovido su ejecución. A su vez, en el apartado de cargas de la escritura de préstamo hipotecario consta la manifestación de que tal hipoteca se encuentra cancelada económicamente, si bien pendiente de cancelación registral, por lo que no parece que nos encontremos ante uno de los supuestos subsumibles en el citado artículo 114 de la Ley Hipotecaria.

Además, en las estipulaciones de la escritura de préstamo hipotecario no figura indicación alguna acerca del destino del crédito a la «refinanciación» del préstamo obtenido para la adquisición de la vivienda, sino únicamente, en dos ocasiones (expositivo IV y cláusula 1.2), que el préstamo se destina a la «reunificación de deudas», lo que, en principio, en términos financieros, constituye una finalidad distinta de aquella, interpretación que, sin prejuzgar que en determinados casos pudiera comprender también una refinanciación del préstamo adquisitivo, se ve reforzada por el resto de las estipulaciones del contrato antes expuestas.

No hay pues indicio alguno en el título que permita sostener que la finalidad del préstamo recibido es la financiación de la vivienda habitual hipotecada, en todo o en parte, y en tales circunstancias no se advierte fundamento alguno tendente a justificar la aplicación de los límites legales a los intereses de demora que impone el repetido artículo 114.3.º de la Ley Hipotecaria, respecto de los préstamos o créditos otorgados para la adquisición de la vivienda habitual y garantizados por hipoteca constituida sobre la misma vivienda, o bien para exigir una declaración expresa de no destino del préstamo a la citada finalidad, lo que conduce a la revocación de la calificación impugnada.

Sin embargo, dado que, como se ha venido exponiendo, este préstamo se encuentra sujeto a la normativa de protección de los consumidores, sí sería aplicable a los intereses moratorios la jurisprudencia del Tribunal Supremo (vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016) que limita los mismos, en términos objetivos de abusividad, a dos puntos por encima de los intereses remuneratorios pactados. Pero esta limitación, aparte de no haber sido alegada en la nota de calificación, se respeta en el presente contrato ya que el interés moratorio máximo posible ascendería al 17% anual.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la calificación impugnada, con las matizaciones que resultan del fundamento de Derecho cuarto.

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, 19 de julio de 2018.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.