

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

2432 *Resolución de 10 de febrero de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de Móstoles n.º 1, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario por razón de existir cláusulas abusivas, en concreto una de tipo de interés ordinario excesivo y una de desproporcionada retención de cantidades del capital concedido.*

En el recurso interpuesto por don A. R., en calidad de administrador único de la mercantil «Préstamos Prima, S.L.», como representante del acreedor hipotecario la mercantil «Qogir Préstamos, S.L.U.», contra la nota de calificación del registrador de Propiedad de Móstoles número 1, don José Ángel Gutiérrez García, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario concedido por los recurrentes, por razón de existir cláusulas abusivas, en concreto una tipo de interés ordinario excesivo y una desproporcionada retención de cantidades del capital concedido.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 6 de agosto de 2015 por don Alejandro Miguel Velasco Gómez, notario de Madrid, número 1.560 de protocolo, doña M. C. M. G. otorgó una escritura de escritura de préstamo hipotecario a favor de la mercantil «Qogir Préstamos, S.L.U.», cuya hipoteca grava una vivienda, la finca registral número 350 del Registro de la Propiedad de Móstoles número 1.

II

Dicha escritura fue presentada en el Registro de la Propiedad de Móstoles número 1 el día 7 de agosto de 2015, asiento 12 del Diario 66, entrada número 1752/2015, siendo objeto de calificación negativa el día 5 de octubre de 2015, notificada el día 10 de octubre de 2015 y que, a continuación, se transcribe: «Registro de la Propiedad de Móstoles 1 Entrada N.º: 1752 del año: 2.015 Asiento N.º: 12 Diario: 66 Presentado el 07/08/2015 a las 09:00 Presentante: Prestamos Prima SL Interesados: Qogir Prestamos SL, doña M. C. M. G. Previa calificación de la precedente escritura de préstamo con hipotecaria, otorgada el día seis de agosto del año dos mil quince, ante el Notario de Madrid, Don Alejandro Miguel Velasco Gómez, con número de protocolo 1.560, presentado en este Registro con el Asiento 12 del Diario 66, se suspende la inscripción del mismo, en cuanto a la finca registral 350, por el siguiente/s defecto/s subsanable/s: Hechos: - Se acompaña escritura de ratificación otorgada el día 7 de agosto de 2015, ante el Notario de Barcelona, Don Jesús Benavides Lima, protocolo 2949, que ha sido presentada en esta oficina, por vía telemática el día 11 de agosto de 2015, y motivó el asiento 26 del Diario 66. - En la cláusula tercera de la escritura precedente se establece que durante toda la vigencia de la operación, día a día, sobre el capital pendiente de amortizar, el préstamo devengará un interés fijo del diecisiete por ciento anual. - La finca hipotecada tiene el carácter de vivienda habitual. Defectos: 1.-Intereses remuneratorios: - El Tribunal Supremo considera que los intereses remuneratorios forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario y definen el objeto principal del contrato, (sentencias del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2012 y 9 de mayo de 2013). En definitiva los intereses ordinarios tienen una función fundamentalmente remuneratoria. - Como ha señalado la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de julio de 2015, el Registrador en el

ejercicio de su función de calificación debe entrar a analizar la regularidad de los intereses ordinarios, ya que en el supuesto concreto que analizó la citada resolución declaró lo siguiente: «pueden existir también supuestos especiales de limitación objetiva de la cuantía de los intereses ordinarios, cuando resulta del propio contrato que los mismos exceden de la función que les es propia, como ocurre en el presente supuesto, en que se pacta un interés ordinario del 14,99% durante toda la vida del contrato y un interés moratorio de tres veces el interés legal del dinero (10,50% en el momento de la firma de la escritura de préstamo hipotecario), ya que por definición el interés ordinario no puede ser superior al interés moratorio en un mismo contrato». Por lo tanto, con mayor motivo el mismo criterio debe aplicarse al documento presentado, en el que como se ha indicado, se ha establecido un interés ordinario del 17% (superior al interés ordinario de la escritura que analizó la citada resolución de Dirección General de los Registros y del Notariado), y en la escritura objeto de calificación se pacta un interés de demora que «será el resultado de multiplicar por tres el tipo de interés legal anual vigente en el momento, del devengo», esto es en la actualidad el 10,50%, por lo que no procede la inscripción de la citada cláusula al haberse estipulado un interés ordinario superior al interés de demora. Por otro lado, hay que destacar que en la actualidad el euríbor está fijado en un tipo del 0,139 por ciento, por lo que no cabe entender que un tipo ordinario del 17% tenga un carácter meramente remuneratorio. 2.-Cláusula Primera de la escritura precedente: - Se advierte error en la redacción de la escritura al indicar la forma en que la prestataria recibe el capital: En el párrafo sexto de dicha estipulación se dice que «1.190 euros son recibidos mediante transferencia a la cuenta número (...), siete mil quinientos sesenta y cuatro euros (7.564€) beneficiario M. R. N. en pago de sus honorarios como intermediario en la operación»; se debe aclarar cuál de las dos es la cantidad a que se refiere. Además se aprecia error en el número de cuenta y en la cantidad señalada no consta en los justificantes de transferencias que se incorporan a la escritura. - Por otro lado, tanto de la ficha de información precontractual (FIPRE) como de la ficha de información personalizada (FIPER) no resulta que la prestataria hay sido informada de las retenciones que iba a soportar en la entrega del capital concedido (17.000 euros), de forma que en la realidad sólo recibe las cuantías indicadas en la escritura, siendo el resto del capital retenido en la forma que se desglosa en la escritura, y, por lo tanto, no entregado. Dicha circunstancia no aparece reflejada en las fichas FIPRE y FIPER, incorporada a la escritura. Hay que tener en cuenta que el artículo 82.1 del RDL 1/2007 señala que «Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.» Por lo tanto, no consta que la voluntad del deudor hay podido formarse de forma adecuada, al apreciarse que la información en la fase precontractual ha sido incompleta. (Salvo que se acredite de otro medio que efectivamente sí tuvo lugar dicha información previa). Artículos 6, 1255, 1256 y 1288 Código Civil, 1, 2, 6, 8, 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. Se comunica que la hipoteca que se inscriba en su día lo será sin aquellos pactos o cláusulas contrarios a normas imperativas o carentes de transcendencia real y que no deben ser objeto de inscripción, según reiteradas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Contra esta calificación (...) Móstoles, a cinco de octubre del año dos mil quince. El registrador (firma ilegible) Don José Ángel Gutiérrez García».

III

Contra la nota de calificación don A. R., en calidad de administrador único de la mercantil «Préstamos Prima, S.L.», como representante del acreedor hipotecario la mercantil «Qogir Préstamos, S.L.U.», interpuso recurso mediante escrito de fecha 10 de noviembre de 2015, con entrada en esta Dirección General el día 16 de noviembre de 2015, recurso que fue remitido al Registro de la Propiedad de Móstoles número 1 y recibido por éste el día 19 de noviembre de 2015. Los argumentos del recurso son en los siguientes: «Alegaciones Primero.—Cláusula tercera. Intereses remuneratorios. En la resolución que dicta el registrador del Registro de la Propiedad de Móstoles nº 1, los intereses remuneratorios, que se pactan entre las partes en la escritura de préstamo hipotecario, otorgada en fecha seis de agosto de dos mil quince ante el notario don Alejandro Miguel Velasco Gómez, bajo su protocolo número 1.560 del año 2015, se declaran abusivos. El registrador justifica que los intereses pactados son abusivos en base a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de julio de 2015, la cual establece que en aquellos Préstamos suscritos con consumidores no podrán exceder los intereses de demora (los mismos están limitados a multiplicar tres veces el interés legal del dinero). Esta limitación se establece únicamente para la contratación con consumidores y ésta no es la condición de ninguna de las partes de suscriben el citado préstamo con garantía hipotecaria. Doña M. C. M. G., que suscribe el préstamo en calidad de deudora e hipotecante, se dedica al «comercio», realidad que constata el notario en la escritura de préstamo hipotecario suscrito, y, Qogir Préstamos, S.L., parte prestamista, tiene como objeto social «La concesión de Préstamos hipotecarios tanto a personas físicas como jurídicas que actúen dentro de su ámbito de actividad profesional y/o empresarial». Con lo que cabe concluir que las partes están contratando en calidad de profesionales y ninguna de ellas en calidad de consumidor, como tampoco se ha contratado en un escenario de desesperación, por parte de la Sra. M. Toda vez que todas y cada una de las cláusulas que configuran el préstamo ha sido negociada por ambas partes. No debemos olvidar que cuando las partes son profesionales y contratan actuando dentro de su ámbito profesional, como sucede en el presente supuesto, debe prevalecer el principio de libertad de la voluntad de precios, el cual es básico para sostener el esquema liberal de nuestro Código Civil que sienta la base del sistema económico sobre el libre intercambio de bienes y servicios y la autonomía privada de las partes, «pacta sunt servanda». De modo que, es necesario hacer hincapié que la libertad de precios según lo acordado por las partes, se impone como pieza maestra de la doctrina liberal en materia de contratos (SSTS 9 de abril 1947, RJ 1947, 898, 26 de octubre de 1965, RJ 1965,4468, 29 de diciembre 1971, RJ 1971, 5449 y 20 de julio 1993, RJ 1993, 6166). Por todo lo expuesto, queda patente que los intereses remuneratorios pactados entre las partes (ambos profesionales y actuando en el marco de su profesión) no pueden declararse abusivos, en tanto que éstos están negociados y pactados en virtud de la libertad de precios, de modo que la cláusula debe inscribirse. Segundo.—Cláusula primera de la escritura precedente. Capital del préstamo. En la resolución que se impugna, declara abusiva la cláusula primera, alegando que no consta que se haya informado a la Sra. M. sobre las retenciones que debía soportar en el momento de la entrega del capital concedido, ya que consecuentemente la Sra. M. no pudo formar su voluntad de forma adecuada, debido a la falta de información precontractual. Es totalmente cierto que Qogir Préstamos, S.L. no traslada una información precontractual en la que conste la distribución que la Sra. M. decide hacer sobre el dinero que recibe, ya que quién determina tal distribución, es la Sra. M., la cual por las razones que ella tuviera ordenó a la parte acreedora que se transfirieran aquellas cantidades a quién ella indicó en el momento de la firma, de modo que Qogir Prestmos, S.L. se limitó a acatar las órdenes que le dio su clienta. El único importe que se le retuvo y que consta como importe a retener en la «oferta vinculante», entregada a la Sra. M. 14 días antes de la suscripción del préstamo y protocolizada en la escritura, es el importe equivalente a la cuota de ajuste y la primera cuota que tendría que haber satisfecho la deudora. Tercero.—Aclaración. El registrador solicita que se aclare sí la Sra. M. R. N. en pago de sus honorarios recibió 1.190 euros, o bien 7.564 euros, aclarar que el importe que se le transfiere, según consta

en las transferencias que se protocolizan en la escritura de préstamo hipotecario, es de mil ciento noventa euros (1.190 euros)».

IV

El registrador emitió informe el día 24 de diciembre de 2015, manteniendo su calificación, y lo remitió, junto con el resto del expediente, a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 6, 1255, 1256 y 1288 del Código Civil; 12, 18 y 258 de la Ley Hipotecaria; 3 y 4 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; 2 a 4, 15, 18, 19 y 29 de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) nº 1093/2010; 1, 2, 5 a 9, 22 y 23 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación; 3, 4, 80 y 82 a 90 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias; 1, 5, 12 a 18 y 19 a 22 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito; 22 a 26 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios; 1 de la Ley de 23 de julio de 1908, de Represión de la Usura; 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 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 y 25 de marzo, 22 de abril y 23 de diciembre de 2015, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de febrero de 2005 y 28 de febrero y 5, 17 y 18 de marzo de 2008, en cuanto al ámbito objetivo del recurso; 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, 2 de enero, 2 de marzo, 1 de junio, 1 y 11 de julio y 6 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 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 22 de julio de 2015, sobre cuantía del interés ordinario en relación con el moratorio y retenciones del capital concedido.

1. El presente expediente se refiere a una escritura de préstamo hipotecario entre una persona física y una mercantil sujeta a la Ley 2/2009 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, cuyos requisitos cumple; constituyendo la finca hipoteca una vivienda que se manifiesta que es la habitual de la deudora hipotecante. La finalidad del préstamo se expresa tanto en la oferta vinculante como en la escritura de constitución del préstamo hipotecario que es con destino a las actividades económicas del prestatario, pero sin indicar cuáles sean éstas y sin justificar tampoco la condición de comerciante, empresario o profesional del mismo. Igualmente se da cumplimiento a los requisitos de información de la Orden EHA/2899/2011 de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

El primero de los defectos apuntados por el registrador de la Propiedad se refiere a la falta de proporción entre la cuantía de los intereses ordinarios o remuneratorios, recogidos en la cláusula tercera de la escritura, que son fijos al 17% durante toda la vigencia de la operación, y la de los intereses moratorios, regulados en la cláusula séptima, en que se

establece que el tipo de interés de demora será el resultado de multiplicar por tres el tipo de interés legal anual vigente en el momento del devengo (el interés legal que para el año 2015 se fijó en el 3.5%, con lo que el interés de demora aplicable, sería en el año 2015 del 10.5%). Argumenta el registrador como fundamento jurídico de su nota que estructuralmente, por la naturaleza de la función respectiva, el interés ordinario no puede ser superior al interés moratorio pactado en el mismo contrato.

El segundo defecto se subdivide, a su vez, en dos subdefectos: un primero consistente en la existencia de un error de redacción en la cláusula primera de la escritura en que constan dos cantidades distintas (1.190 euros y 7.564 euros) como entregadas a una misma persona física doña M. R. N. por la entidad prestamista por cuenta de la parte prestataria. Y un segundo consistente en que en la misma cláusula se retienen del capital concedido otras cantidades cercanas al 73% del capital (sin indicar cuáles sean esas concretas que se retienen incorrectamente) que, según el registrador, ni en la ficha de información precontractual (FIPRE) ni en la oferta vinculante o ficha de información personalizada (FIPER) resultan mencionados, ni informado el prestatario de que esa retención iba a tener lugar, por lo que se entiende que son abusivas. En concreto esas cantidades retenidas son: 441,52 euros para pagar la cuota de ajuste y la primera cuota de intereses, 20 euros por gastos de transferencia, 6.723,02 euros para pagar las deudas que el prestatario mantiene de la comunidad de propietarios del edificio al que pertenece la finca hipoteca, 1.190 euros para el pago a la mercantil «El Prestador, S.L.» los honorarios de intermediación, 1.190 euros para pagar a doña M. R. N. los honorarios de intermediación, 194,81 euros para pagar a la mercantil «Katra Tasación» los gastos de la tasación del inmueble hipotecado, 121 euros para pagar a don A. R. R. los honorarios de abogado de la preparación documental, y 2.900 euros como provisión de fondos para el pago de los gastos de impuesto de Actos Jurídicos Documentados, Notaria, Registro de la Propiedad y gestoría.

La parte recurrente manifiesta, en cuanto al primer defecto, que la limitación de que los intereses remuneratorios no pueden ser superiores a los moratorios opera sólo en materia de consumidores y que, en este caso, el deudor se dedica al comercio, como se constata en el expositivo II de la escritura, no es aplicable la Ley de la Usura y todas las cláusulas han sido negociadas. En cuanto al primer subdefecto del defecto segundo señala que efectivamente se trata de un error material y que la cantidad correcta es la primera, es decir, 1190 euros. Y, por último, en cuanto al segundo subdefecto del defecto segundo, que las cantidades retenidas que no constan en la oferta vinculante se pagaron a terceros por indicación del prestatario.

2. Las cuestiones que se discuten en este recurso son cuatro: la aplicabilidad al supuesto de hecho 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, cuando el préstamo o crédito se conceda a personas físicas para destinarlo a su actividad de comercial, empresarial o profesional; si la limitación funcional de que los intereses remuneratorios no pueden ser superiores a los moratorios es aplicable aun cuando no lo sea el citado Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre; si tienen carácter abusivo las retenciones de cantidades de capital a que hace referencia la nota de calificación registral, y, finalmente, si con la manifestación en el escrito de recurso de cuál fue la cantidad realmente retenida se puede entender subsanado el error cometido en la cláusula primera al señalar una doble cifra de retención respecto a doña M. R. N.

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 es o no ajustada a Derecho tanto formal como sustantivamente; no pudiendo entrar a valorar otros posibles defectos que pudiera contener la escritura u otros argumentos no

esgrimidos en la nota de calificación que pudieran llevar a la denegación de las cláusulas objeto de la controversia

3. En cuanto a la primera cuestión a examinar, la aplicabilidad al supuesto de hecho objeto del recurso 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, se trata de una temática que ya fue abordada en extenso por la Resolución de 28 de abril de 2015 a la que se remite la presenta y que distinguía, entre otros, dos ámbitos distintos de aplicación de la legislación de consumidores respecto de los Préstamos y créditos hipotecarios: el general en materia de consumo que regula el citado Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, y el especial referido a los préstamos y créditos hipotecarios garantizados con viviendas, como es el caso objeto de este expediente, que regula la Orden EHA/2899/2011 sobre transparencia y protección de los clientes de servicios bancarios.

Comenzando por este segundo ámbito, el artículo 19 de la Orden EHA/2899/2011 circunscribe su aplicación, en lo que ahora nos interesa, «a los servicios bancarios de crédito y préstamo hipotecario, en adelante préstamos, celebrados con un cliente, persona física, en los que la hipoteca recaiga sobre una vivienda o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir», es decir, parece que el prestatario debe ser una persona física pero ni se exige que la vivienda sea la habitual del deudor ni que el préstamo tenga por finalidad la adquisición de la vivienda, ni tampoco que la persona física a la que se concede el crédito actúe en condición de consumidor en los términos que se verán.

Esta interpretación respecto del carácter del deudor hipotecario como una persona física que no es necesario actúe en concepto de consumidor, se ve reforzada, en este ámbito, por la dicción del artículo 1 de la citada Orden 2899/2011 que dispone que su objeto es «garantizar el adecuado nivel de protección de los clientes de entidades de crédito, mediante la implantación de medidas de transparencia en la prestación de servicios financieros bancarios», añadiendo el número 1 del artículo 2 que «se entenderá, a estos efectos, por clientes y clientes potenciales a las personas físicas» y su número 4 que «cuando el cliente actúe en el ámbito de su actividad profesional o empresarial, las partes podrán acordar que no se aplique total parcialmente lo previsto en esta orden, con la excepción de lo establecido en las normas relativas a créditos y Préstamos hipotecarios».

Por su parte, la Ley 2/2009 por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, en el artículo 1 concreta su ámbito de aplicación a la contratación de los consumidores –personas físicas y jurídicas– con aquellas personas físicas o jurídicas –no entidades de crédito– que, de manera profesional, concedan préstamos o créditos hipotecarios bajo la forma de pago aplazado, apertura de crédito o cualquier otro medio equivalente de financiación. Si bien de conformidad con lo dispuesto en su artículo 1.3 y en la disposición adicional única, serán de aplicación a los préstamos hipotecarios otorgados por estos profesionales no entidades de crédito la Orden EHA/2899/2011 y toda norma que contenga un régimen de mayor protección de los consumidores y usuarios, en sus propios términos.

Por lo que respecta al ámbito de aplicación general de la normativa de consumidores, el Real Decreto Legislativo 1/2007, Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, difiere en dos puntos principales de la normativa especial: por un lado se amplía, abarcando el concepto de consumidor también a las persona jurídicas, y por otro lado se restringe, al excluir los supuestos en que el deudor hipotecario actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional. Así el artículo 3 de dicha norma dispone que se consideran consumidores o usuarios «las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión (...) y las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a su actividad comercial o empresarial», es decir, como señala su Exposición de Motivos y el artículo 1.2, a aquellas personas que intervienen en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni

directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros.

De lo expuesto se puede concluir que la normativa sobre el proceso de contratación y transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios es aplicable en los siguientes supuestos: a) préstamos y créditos hipotecarios otorgados por entidades de crédito o profesionales que recaigan sobre una vivienda, aunque ésta no tenga el carácter de vivienda habitual, siempre que pertenezcan a una persona física, aunque el propietario –que también se considera cliente– no sea el prestatario e incluso si éste es una persona jurídica, y con independencia de la finalidad del préstamo, es decir, aunque sea de tipo mercantil, y b) préstamos y créditos hipotecarios otorgados por entidades de crédito o profesionales en que el prestatario sea una persona física y que tengan por finalidad adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir. Y, por su parte, las normas contenidas en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios serán aplicables a los préstamos y créditos hipotecarios otorgados por entidades de crédito o profesionales en que el prestatario sea una persona física o jurídica que tenga la condición de consumidor, cualquiera que sea el tipo del inmueble hipotecado y el carácter de su propietario, siempre que el destino de la operación sea de consumo, es decir, ajeno, en su caso, a su actividad empresarial o profesional.

En el presente supuesto concurren los presupuestos necesarios para la aplicación de la Orden EHA/2899/2011: prestamista profesional dedicado habitualmente a la concesión de Préstamos, prestatario persona física y dueña de una vivienda que es el inmueble hipotecado; por lo que al cumplirse los requisitos de tramitación e información de la misma –especialmente Ficha de información precontractual y Ficha de información personalizada con carácter de oferta vinculante– y también los especiales que la Ley 2/2009 impone al prestamista profesional no entidad de crédito, debe entenderse que la escritura se ajusta a derecho en canto a estos extremos, no obstante la incongruencia del contenido en el Expositivo II de la escritura cuando afirma que «al actuar el prestatario en el ámbito de su actividad empresarial no ostenta la condición de consumidor, con lo que no es aplicable la Ley 2/2009, no obstante lo cual se han seguido los trámites fijados por dicha Ley y se han cumplido los requisitos exigidos por la misma en cuanto a transparencia de las condiciones financieras en la redacción de la escritura y en el proceso de contratación»; porque como queda expuesto esos requisitos sí deben ser cumplidos.

En cuanto a la concurrencia de los presupuestos para la aplicación de la normativa general de protección de los consumidores, dado que en el expositivo II, como se ha señalado, el prestatario manifiesta, por un lado, que el préstamo se destina a su actividad económica aunque sin especificar cual fuera ésta y, por otro lado, que actúa en el ámbito de su actividad empresarial; se entiende que no tiene lugar y, por tanto, que tal normativa no es aplicable, por lo que en este caso las condiciones generales del contrato sólo pueden ser objeto de control de incorporación y de legalidad, pero no de transparencia sustantiva ni de abusividad. *Lege ferenda* sería conveniente que la actividad a la que se aplica el préstamo se especificara en la escritura e incluso que tuviera que acreditarse mediante un certificado de la Hacienda Pública acerca de la actividad en que el prestatario estuviera dado de alta en el censo de actividades económicas; pero en la situación legislativa actual esas especificaciones no son exigibles, siendo suficiente con la manifestación del prestatario en sentido de no actuar como consumidor.

4. Según el artículo 5 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación: «1. Las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes (...) No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas (...) 5. La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez», requisito de incorporación que en la reglamentación sectorial de los préstamos y créditos hipotecarios queda cumplida, en los supuestos de su ámbito de aplicación antes señalado, con el seguimiento del proceso de

contratación recogido en la Orden EHA/2899/2011 que los registradores de la Propiedad deben calificar como han señalado, entre otras, las Resoluciones de esta Dirección General de fechas 5 de febrero de 2014 y 28 de abril de 2015.

Por su parte, el artículo 8.1 de la citada Ley sobre condiciones generales de la contratación dispone que «serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención», lo que exige un control de la legalidad por parte de los registradores de la propiedad en los términos de los artículos 12 y 18 de la Ley Hipotecaria y demás normas aplicables en esta materia, tal como ha sido sintetizado, entre otras, en las Resoluciones de 28 de abril y 25 de septiembre de 2015.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2012, cuyo criterio ha sido ratificado por las de 9 de mayo de 2013, 8 de septiembre de 2014 y 25 de marzo y 22 de diciembre de 2015, entre otras, señala que la contratación por medio de condiciones generales propias de los contratos de adhesión, está sujeta al control de inclusión o incorporación de las condiciones generales al contrato a tenor de lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley sobre condiciones generales de la contratación (información y claridad gramatical), tanto si el contrato se suscribe entre empresarios y profesionales como si se celebra con consumidores; y tratándose de consumidores, además, a un control adicional de transparencia o comprensibilidad dirigido a comprobar si el consumidor ha tenido un conocimiento real y razonablemente completo de cómo operan en la economía del contrato las distintas cláusulas predispuestas. Este control de transparencia es competencia exclusiva de los jueces, salvo en lo relativo a la aplicación del artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que es una manifestación del mismo, en los supuestos de las cláusulas limitativas de la variabilidad del tipo de interés, cláusulas multidivisa y contratos de cobertura de tipos de interés asociados.

Superado este segundo control de transparencia, en presencia de consumidores, si la cláusula concreta sirve para definir o describir el objeto principal del contrato, como ocurre con los intereses remuneratorios, el Tribunal Supremo señala que no es posible un control de equilibrio o abusividad intrínseca, el cual sí opera ante otro tipo de cláusulas predispuestas; control de abusividad que corresponde a los jueces, pero que los registradores de la Propiedad deben entrar a valorar en los supuestos a que se refieren las Resoluciones de este Centro Directivo antes citadas (existencia de resolución judicial firme del Tribunal Supremo referida a préstamos hipotecarios o supuesto de abusividad objetiva apreciable directamente por el registrador), y cuyo análisis se obvia por no ser materia objeto del presente recurso.

5. Abordando ahora el primer defecto de fondo de la nota de calificación, el pacto de un interés remuneratorio fijo del 17,00% durante toda la vida del préstamo, frente lo que afirma el recurrente, el registrador calificante no lo deniega por considerarlo abusivo por notablemente superior al normal del mercado, lo que no podría hacer, en primer lugar, porque, como se ha expuesto anteriormente, no nos encontramos en el ámbito de préstamos a consumidores y, en segundo lugar, porque, aunque nos encontráramos en tal ámbito, al ser un elemento definitorio del objeto principal del contrato, en los términos que éste ha sido definido por el Tribunal Supremo, no podría ser objeto de tal calificación de desequilibrio. Respecto de un análisis más detallado de esta cuestión nos remitimos a la Resolución de 22 de julio de 2015 en que tal circunstancia de abusividad sí fue alegada por el registrador.

Por tanto, al constituir el interés ordinario o remuneratorio un elemento esencial del contrato de préstamo hipotecario en el sentido que define la contraprestación del préstamo y la cuota de amortización, queda al margen tanto de la calificación registral como de la ponderación judicial, ya que, en un sistema de economía de mercado como el español, corresponde a la iniciativa empresarial fijar el 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, 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.

Lo que el registrador realmente argumenta para denegar tal cláusula de intereses ordinarios es la aplicación de la doctrina derivada de la Resolución de 22 julio 2015 de esta Dirección General, que vino a señalar que existen supuestos especiales de limitación objetiva de la cuantía de los intereses ordinarios, como ocurre en el presente supuesto en el que se pacta un interés ordinario superior al interés moratorio, ya que por definición el interés ordinario no puede ser superior al interés moratorio en un mismo contrato.

Y no puede sino reiterarse este criterio ya que, aun cumplidos los requisitos de incorporación de las condiciones generales en el caso de no concurrir consumidores, como ocurre en este supuesto, o los requisitos de incorporación y compresibilidad real en el caso de concurrir consumidores; ello no significa 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 la Represión de la Usura considera usurarios «aquellos 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. Ahora bien, 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 de 7 de julio de 2002), lo que hace que no pueda ser calificada por el registrador.

En segundo lugar, como ya se expuso en la citada Resolución, pueden existir también supuestos especiales de limitación objetiva de la cuantía de los intereses ordinarios, cuando resulte del propio contrato que los mismos exceden de la función que les es propia, como ocurre en el presente supuesto, en que se pacta un interés ordinario del 17,00% durante toda la vida del contrato y un interés moratorio de «tres veces el interés legal del dinero» (10,50% en el momento de la firma de la escritura de préstamo hipotecario 9,00% en la actualidad), ya que por su propia naturaleza el interés ordinario no puede ser superior al interés moratorio en un mismo contrato, y ello aun cuando el interés moratorio que se pacta pudiera ser superior por no tener el préstamo la finalidad de la adquisición de la vivienda habitual y, en consecuencia, no ser aplicable la limitación del artículo 114.3.º de la Ley Hipotecaria.

Es evidente que todo interés moratorio, por su propia condición de cláusula indemnizatoria o disuasoria tiene que ser superior al interés ordinario que tiene una función meramente remuneratoria, y ambos tipos de interés deben guardar en todo caso una cierta proporción, pronunciándose siempre la Ley en el sentido de que los intereses de demora debe calcularse partiendo de los intereses ordinarios previamente pactados o de su asimilado el interés legal del dinero. Así, entre las distintas determinaciones legales acerca de los intereses moratorios caben citar la limitación del artículo 4 del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, que fija el interés moratorio en dos puntos por encima de los intereses remuneratorios pactados; o la del artículo 576.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que fija el interés de la mora procesal en el interés legal del dinero más dos puntos; o la del artículo 20 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, que fija el interés moratorio de los descubiertos en cuenta corriente en 2,5 veces el interés legal del dinero; o, finalmente, la del citado del artículo 114, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria,

que para el préstamo destinado a la adquisición de la vivienda habitual la fija en tres veces el interés legal del dinero. En este mismo sentido se han manifestado las recientes Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de abril y 23 de diciembre de 2015 que, considerando que se debe evitar que los intereses ordinarios sean superiores a los moratorios, fija como doctrina jurisprudencial, en la primera de ellas, que en los contratos de préstamo sin garantía real concertados con consumidores, es abusiva la cláusula no negociada que fija un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado, que considera el más idóneo, y, en la segunda, que en los contratos con garantía real -también en los demás-, en caso de nulidad de la cláusula de intereses moratorios «la nulidad sólo afectará al exceso respecto del intereses remuneratorios pactados». Por tanto, al haberse pactado un interés remuneratorio notablemente superior al moratorio, respecto de este defecto debe confirmarse la nota del registrador.

6. En cuanto al primer subdefecto del segundo defecto de fondo de la nota de calificación, la existencia de un error de redacción en la cláusula primera de la escritura en que constan dos cantidades distintas (1.190 euros y 7.564 euros) entregadas a una misma persona física doña M. R. N. por la entidad prestamista por cuenta de la prestataria, que entiende el registrador que debe rectificarse en escritura pública con consentimiento de todos los otorgantes; debe señalarse que, en principio, los simples errores materiales fácilmente identificables por el registrador, no deben impedir la inscripción, sin perjuicio de que, una vez practicada ésta, pudiera ser corregido por el notario, de oficio o a instancia de parte interesada, al amparo del artículo 153 del Reglamento Notarial, como ya señalara la Resolución de 26 de mayo de 2006.

Además, en concreto en materia de medios de pago, este Centro Directivo tiene declarado que con independencia de los requisitos de identificación que al notario impone la regla 2.^a del párrafo segundo del artículo 177 del Reglamento Notarial; a efectos de calificación registral, estos requisitos se cumplen tanto si las circunstancias legales constan en la escritura por manifestación de las partes, como si los mismos sólo constan por soporte documental que se incorpora formando un todo indivisible con la escritura, y que, en consecuencia, han de ser también calificados por el registrador (cfr. Resoluciones de 21 de marzo de 2007 y 5 de mayo de 2011). Esto es lo que ocurre en el presente supuesto, en el que la certificación de la referida transferencia, con la cifra realmente retenida -1.190 euros-, se incorpora en la escritura, por lo que en cuanto a este defecto el recurso debe ser estimado.

7. En cuanto al segundo subdefecto del segundo defecto de fondo de la nota de calificación, la retención del capital concedido de cantidades cercanas al 73% del capital, que, según el registrador no resultan mencionadas ni en la ficha de información precontractual (FIPRE) ni en la oferta vinculante o ficha de información personalizada (FIPER) ni informado expresamente el prestatario de que esa retención iba a tener lugar, por lo que la deniega por contravenirse el artículo 82.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios al generar un desequilibrio de derechos y obligaciones en perjuicio de consumidor; debe señalarse, en primer lugar, que tal artículo no es aplicable a presente expediente por cuanto, como se ha expuesto en un fundamento de derecho anterior, el deudor no tiene la condición de consumidor, sino que los artículos aplicables son los números 5.1 y 7.1 de la Ley sobre condiciones generales de la contratación relativas a los requisitos de incorporación de las condiciones generales respecto de cualquier contratante adherente, artículos que excluyen tal incorporación cuando el predisponente no ha informado expresamente al adherente de su existencia.

Las cantidades no entregadas al prestatario se pueden dividir en dos grupos, el primero formado por unos importes que representan pagos a terceras personas que el prestamista efectúa a solicitud y por cuenta del prestatario, en cuanto que son deudas del mismo ajenas al contrato de préstamo hipotecario estrictamente considerado; y el segundo formado por una serie de gastos que en el contrato de préstamo se convienen que sean a cargo del prestatario, pero que, frente a la afirmación del registrador, sí constan

relacionados con tal carácter en las FIPRE y FIPER, unas veces como cantidades fijas y otras como cálculos provisionales -cantidades a cuenta-.

En concreto respecto de los importes del primer grupo, esas cantidades retenidas son 6.723,02 euros para pagar las deudas que el prestatario mantiene de la comunidad de propietarios del edificio al que pertenece la finca hipoteca, 1.190 euros para el pago a la mercantil «El Prestador, S.L.» los honorarios de intermediación y 1.190 euros para pagar a doña M. R. N. los honorarios de intermediación. Se trata, como se ha indicado, de pagos a terceros por cuenta del deudor, perfectamente justificados y legales, y así respecto de los gastos de la comunidad horizontal de propietarios, resultan de certificación de su administrador y parte de los mismos, ya en vía ejecutiva, han originado la correspondiente anotación preventiva de embargo; y respecto de las dos cantidades referentes a los honorarios por la intermediadora financiera, tampoco pueden ser objeto de tacha de legalidad ya que constituye el precio del objeto principal de otro contrato suscrito por el deudor, el de intermediación, cuyo importe está regulado en los artículos 5 y 20 de la Ley 2/2009 en términos de libre mercado e información precontractual.

En relación a estos pagos, para el contrato de compraventa, pero aplicable mutatis mutandis a este supuesto de préstamo hipotecario, esta Dirección General ya ha manifestado que la posibilidad de que el pago del precio de la compra lo efectúe el comprador a un tercero (por ejemplo el gestor) es perfectamente admisible (artículos 1162 y 1163 del Código Civil) y nada tiene que ver con la identificación de los medios de pago. Por ello, si se identifica el medio empleado por el comprador para el pago a ese tercero, y el vendedor se da con ello por pagado, el registrador no puede entrar a calificar la causa por la que éste se da por pagado con esa entrega a tercero. (cfr. Resolución de 16 de octubre de 2014).

El segundo grupo de cantidades retenidas está constituida por 441,52 euros para pagar la cuota de ajuste y la primera cuota de intereses, 20 euros por gastos de transferencia, 194,81 euros para pagar a la mercantil «Katra Tasación» los gastos de la tasación del inmueble hipotecado, 121 euros para pagar a don A. R. R. los honorarios de abogado de la preparación documental de la hipoteca, y 2.900 euros como provisión de fondos para el pago de los gastos de Impuesto, Notaría, Registro de la Propiedad y gestoría. Pues bien, es práctica relativamente frecuente en los contratos de préstamo hipotecario 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, en principio, no se puede hacer tacha alguna a estas retenciones ni a la cuantía de las mismas siempre que los conceptos a que se refiere se encuentren debidamente identificados, figuren en la información precontractual y guarden relación con las operaciones asociadas al préstamo, no comprendiendo la retención de gastos por servicios no solicitados por el deudor; y ello sin perjuicio que el pago de alguno de esos gastos correspondieran por ley al prestamista y no pudieran imponerse al adherente (cfr. Sentencia del Tribunal Supremo 23 de diciembre de 2015), lo cual no puede valorarse en este recurso al no haber sido alegado por el registrador.

En concreto, en el presente supuesto, no sólo se encuentran tales gastos detallados en el contrato de préstamo, en la propia escritura y en la FIPRE y en la FIPER u oferta vinculante a ella incorporada, en concreto los gastos de tasación, y los gastos de abogado, Notaría, Registro de la Propiedad, impuestos y gestoría, sino que, además, se faculta expresamente por la entidad «Préstamos Prima, S.L.» (gestora) 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 estos gastos se pagarán a la firma de la escritura de préstamo hipotecario».

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 hecho tacha de legalidad a la cláusula ya que no se correspondería a una causa adecuada.

Por último, respecto de la retención de «la cuota de ajuste y la primera cuota de intereses», dado que se refiere al pago de lo que constituye en el tráfico ordinario la primera cantidad a pagar, es decir, el pago del primer plazo, en este caso sólo de intereses, y no de una propia retención, su legalidad tampoco plantea objeción alguna.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso en cuanto al primer defecto y estimarlo en cuanto al segundo en los términos que resultan de los anteriores pronunciamientos.

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, 10 de febrero de 2016.—El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.