

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

- 10280** *Resolución de 22 de julio de 2015, 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 Logroño n.º 2, 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 un tipo de interés ordinario excesivo y una desproporcionada retención de cantidades del capital concedido.*

En el recurso interpuesto por don J. V. H. y doña R. L. H. contra la nota de calificación del registrador de Propiedad de Logroño número 2, don Carlos Pindado López, 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 16 de enero de 2015 por don Gonzalo Sánchez Casas, notario de Logroño, número 23 de protocolo, don J. V. H. y doña R. L. H. otorgaron una escritura de préstamo hipotecario a favor de don P. S. T. que grava una vivienda, la finca registral número 2.022 del Registro de la Propiedad de Logroño número 2.

II

Dicha escritura fue presentada en el Registro de la Propiedad de Logroño número 2 el día 16 de enero de 2015, asiento 29 del Diario 52, entrada número 138/2015, y fue objeto de calificación negativa el día 16 de febrero de 2015, con la siguiente nota de calificación: «(...) Fundamentos de Derecho: Arts. 18 y 21 de la Ley Hipotecaria. Denegada la inscripción por existencia de cláusulas abusivas en el documento presentado. La cláusula primera que supone para el prestatario la detracción de casi la mitad de la cantidad prestada en concepto de comisión, gastos previstos para Notaría Registro y Oficina Liquidadora y otros, da lugar junto con los intereses pactados en la cláusula tercera, a un claro desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, contra lo dispuesto en los artículos 80 y 82 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios. Dicho carácter abusivo se ha calificado conforme a los criterios establecidos en las Resoluciones de la Dirección General de Registros y Notariado, como las de 1-10-2010 y 13-9-2013. Este defecto tiene carácter de insubsanable. Todos los defectos son subsanables salvo aquellos que expresamente se manifieste lo contrario. Contra la presente calificación (...) Logroño, a dieciséis de febrero de dos mil quince. El registrador Firmado con firma electrónica Avanzada».

III

Presentada solicitud de calificación sustitutoria ante el Registro de la Propiedad de Alfaro, su titular, don Pedro Bellón del Moral, en fecha 14 de abril de 2015, confirmó la nota de suspensión por los siguientes fundamentos de Derecho: «I.–Esta nota de calificación y su consiguiente acuerdo se extiende por el Registrador de esta oficina, competente por razón del cuadro de sustituciones, en el ámbito de sus facultades de calificación previstas por el artículo 18 y 19 Bis de la Ley Hipotecaria y 99 y siguientes de su Reglamento y

dentro del plazo legal de quince días hábiles a que se refiere el precepto legal citado. Así mismo, con arreglo a la reiterada doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, manifestada, entre otras, en las resoluciones de 16 de febrero de 2005, 28 de febrero, 5, 17 y 18 de marzo de 2008, esta calificación sólo puede versar sobre el defecto señalado en la primera calificación, no pudiendo entrar este registrador a calificar otros defectos que pudiera contener la escritura. II.—Don Carlos Pindado López, en su nota de calificación señala como defecto el carácter abusivo del contrato contenido en la escritura objeto de calificación, fundándose en las Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado de 1 de octubre de 2010 y 13 de septiembre de 2013, argumentando que, viendo en conjunto el interés pactado y la cantidad que en realidad obtiene el interesado después de restarle al préstamo el importe que por comisiones, gastos de intermediación, etc., supone un desequilibrio importante en la posición del consumidor final. La DGRN comienza anunciando en la resolución de 13 de septiembre de 2013 que la cuestión sobre la posible calificación del carácter abusivo de un contrato debe resolverse según la reiterada doctrina de este Centro Directivo (vid., por todas, las R. 1 de Octubre de 2010 R. 4 de noviembre de 2010 R. 21 de diciembre de 2010 R. 11 de enero de 2011 R. 8 de junio de 2011 R. 16 de agosto de 2011), así como en sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009 y la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de junio de 2009; esta jurisprudencia de la Corte de Luxemburgo excluye la posibilidad de entender que la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas que sanciona el artículo 83.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, requiera de una previa declaración judicial. La nulidad de pleno derecho actúa *ope legis* o por ministerio de la ley y, en consecuencia, como ha destacado la doctrina, las cláusulas afectadas por tal nulidad han de tenerse “por no puestas” tanto en el ámbito judicial como en el extrajudicial y, en consecuencia, también en el registral. Por este mismo motivo, la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, en su párrafo 123, y en relación con los límites a la autonomía procesal en materia de cláusulas abusivas, afirma que no obstante el límite que impone la exigencia de que la sentencia sea congruente con el suplico, «este límite no entra en juego en los supuestos de nulidad absoluta, ya que en tales casos el Ordenamiento reacciona e impone a los poderes del Estado rechazar de oficio su eficacia, de acuerdo con el clásico principio *quod nullum est nullum effectum producit*, ya que, como afirma la STS 88/2010, de 10 de marzo, esa operatividad ipso iure es una de las características de la nulidad absoluta». Por ello, la nulidad que declara el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007 respecto de las condiciones generales abusivas, es una nulidad que declara directamente la misma ley, y el mandato legal de tenerlas «por no puestas» dirigido a todos los funcionarios que aplican la ley, y entre ellos los registradores, no queda subordinado a su previa declaración judicial. «En consecuencia, si no resulta necesaria la previa declaración judicial de la nulidad de la cláusula, en los términos indicados, para que pueda ser calificada negativamente por el registrador, con mayor motivo no será preciso que la eventual sentencia que declare dicha nulidad conste inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, pues, al margen de otras consideraciones el artículo de la Ley Hipotecaria no exige dicha inscripción, como tampoco la exige el artículo 18 de la Ley 2/2009, de 31 de enero), tal exigencia infringirla el reiterado principio de efectividad de las Directivas europeas en materia de consumidores». Finalmente, esta doctrina sostenida por esta Dirección General de los Registros y del Notariado en relación con la calificación de las cláusulas financieras abusivas según la Directiva 93/13/CE, ha quedado reforzada tras las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de junio de 2012 y 14 de marzo de 2013, que han reafirmado el «principio de efectividad» de las Directivas comunitarias en el sentido antes expuesto. De lo anteriormente expuesto se deduce la posibilidad de poder calificar el carácter abusivo de una cláusula del contrato sin necesidad de previa declaración de nulidad judicial, o de su previa inclusión en su caso, en registro de condiciones generales de la contratación. En el caso concreto, dado el supuesto de hecho de la escasa cantidad prestada (13.000 euros), de la cantidad retenida (cerca de 5000 euros) y de los intereses pactados, muy superiores a los del mercado (14 %), se

estima el carácter abusivo del contrato, con arreglo a los artículos 80 y 83 de la ley de consumidores y usuarios, máxime cuando en ningún caso están debidamente justificados los gastos de notarla, registro, pago de impuesto y la comisión de la entidad intermediaria. Con arreglo a lo anterior, el Registrador que suscribe ha acordado confirmar el defecto señalado en la calificación sustituida».

IV

Contra la nota de calificación original, don J. V. H. y doña R. L. H., mediante escrito de fecha 7 de mayo de 2015, interpusieron dentro del plazo legal recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado con base en los siguientes argumentos: «Primero.—En relación con la conclusión interpretativa que alcanza el Registrador en su nota sobre el carácter abusivo del contrato celebrado entre particulares.—Sobre la extralimitación del registrador en el caso concreto.—El artículo 4 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, establece el Concepto de empresario, señalando que «A efectos de lo dispuesto en esta norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.». El artículo 3 de referido cuerpo legal define el Concepto general de consumidor y de usuario, «A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión». En este supuesto, la parte prestamista no tiene la condición de empresario a los efectos de lo dispuesto en el art. 4 del citado RD Legislativo 1/2007. Consta en la escritura que don J. V. H., y doña R. L. H. son pensionistas, tal y como figura en la escritura calificada, sin que la concesión del préstamo tenga un «propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión», como señala el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Por su parte, la Directiva 93/13/CEE define al consumidor y al profesional en el artículo 3 en los siguientes términos: A efectos de la presente Directiva se entenderá por «consumidor»: toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional; c) «profesional»: toda persona física o jurídica que, en las transacciones reguladas por la presente Directiva, actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada. Por tanto, el Registrador, lleva a cabo una labor que excede la propia de su cargo, por cuanto trata de aplicar la legislación de consumidores y usuarios a un préstamo entre dos particulares, sin que conste que la parte prestataria sea empresaria a los efectos de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Segundo.—Sobre el contenido concreto de los elementos que el registrador considera abusivos. Independientemente del anterior motivo, procedemos en el presente motivo de recurso a argumentar el rechazo a los fundamentos de la nota de calificación sobre el contenido concreto del carácter abusivo del contrato. A) Interés remuneratorio pactado en escritura.—Señala la nota que el interés remuneratorio pactado (14,99%), es muy superior a los de mercado, sin mayor argumentación que fundamente su afirmación. En este sentido, la AP de A Coruña (Sección 3ª) Sentencia núm. 487/2012 de 11 octubre (JUR\2012\367895) siguiendo la Doctrina del TS, mantiene que los intereses remuneratorios debe valorarse si son notablemente superiores al normal del dinero utilizando un término de comparación que permita discernir qué es o no interés normal. La nota de calificación, ni siquiera fundamenta el criterio por los que los considera «muy superiores» a los de mercado, y por tanto, según su razonamiento, abusivos. No obstante lo anterior, lo cierto es que el interés remuneratorio es un elemento esencial del contrato de préstamo. No es discutido si el control registral de contenido puede referirse a los elementos esenciales del contrato, básicamente, al precio. Dispone el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE que «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». De este modo, los objetos principales de la relación de cambio pueden someterse a un control de incorporación, pero no de contenido. Se trata de impedir, por esta vía, una intervención sobre los precios, preservándose, así, los fundamentos de nuestro sistema de libre mercado. El TRLCDCU no ha incluido un precepto como el de la Directiva, lo cual no puede significar que quepa control de contenido sobre el precio, o en nuestro caso, sobre el tipo de interés remuneratorio de un préstamo, por cuanto lo contrario vulneraría los principios de nuestro derecho constitucional y civil (arts. 10.1 y 38 CE, 1255, 1291, 1293 CC, etc.) donde se deduce que no cabe control de contenido sobre el precio. Así lo ha entendido también el Tribunal Supremo (SSTS 18.6.2012, RJ 8857; y 9.5.2013, RJ 3088). En concreto el TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia núm. 406/2012 de 18 junio (RJ\2012\8857) niega la posibilidad de efectuar un control de abusividad respecto a los intereses remuneratorios por constituir un elemento esencial del contrato y estar vedado por la Directiva 93/13/CEE, sin perjuicio de la posibilidad de someterlos al control de transparencia y, en su caso, a la LRU; y en el mismo sentido STS 9.5.2013, RJ 3088. La reciente Sentencia 21/2014 treinta de septiembre de dos mil catorce, de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife interpreta, en el mismo sentido anterior, que no cabe referir el carácter abusivo a lo que es objeto principal del contrato como es el interés remuneratorio, al integrar la remuneración por el capital que se presta. De la misma forma se pronuncian la AP de Barcelona (Sección 13ª) Sentencia núm. 180/2013 de 26 marzo (JUR\2013\188059), Sentencia núm. 69/2013 de 14 febrero JUR\2013\130897; o la AP de Madrid (Sección 9ª) Sentencia núm. 381/2013 de 17 septiembre (JUR\2013\313628). Descartan dichas resoluciones 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, y sin perjuicio, claro está, del control establecido en la LRU. La AP de Valencia (Sección 115) Sentencia núm. 43/2013 de 30 enero (JUR\2013\155138) nuevamente reitera la imposibilidad de calificar como abusivo el interés remuneratorio por constituir un elemento esencial del contrato y responder al principio de libertad de precios, cuyo límite y control se ejerce por la LRU. En consecuencia, no cabe control de contenido (y por tanto, no es posible analizar si es o no abusiva) sobre la cláusula que fija el interés retributivo en un préstamo. Aunque según la Jurisprudencia citada las cláusulas que versan sobre elementos esenciales del contrato no están sometidas al control de contenido, sí quedan sujetas al control de transparencia. La importante STS 9.5.2013 (RJ 3088) considera que existe un doble filtro de transparencia en los contratos celebrados con consumidores: un primer control de transparencia documental, que rige para todas las condiciones generales, que superado permite la incorporación de las mismas al contrato. Y un segundo control de transparencia reforzado o específico para los elementos esenciales del contrato, que ha de permitir que el consumidor pueda conocer con claridad y sencillez tanto la «carga económica» del contrato (el «precio» que debe abonar) como la «carga jurídica» del mismo (la distribución de los riesgos que de él derivan). De acuerdo a su Doctrina del T.S., la falta de transparencia sobre el objeto principal del contrato -precio y contraprestación- puede causar un perjuicio al consumidor, que consiste en la alteración inesperada del valor de la oferta, tal y como legítimamente se la había representado a partir de la información proporcionada por el empresario. En el caso que se califica, consta en la escritura calificada la ficha de información Personalizada (FIPER), en cumplimiento de lo establecido en el art. 22 conforme el modelo recogido en el Anexo II de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que se adjuntó a la escritura de préstamo con garantía hipotecaria cuya inscripción se deniega. En la referida Ficha, entregada y firmada con la antelación legalmente establecida, consta toda la información que debe ser entregada a los clientes de préstamos hipotecarios de acuerdo con la referida Orden Ministerial que tiene por objeto 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, constando en el apartado 2 de la Ficha, relativo a las características del préstamo lo siguiente: 2.- Características del préstamo: Importe del préstamo (moneda Euros), Duración del préstamo, Tipo de préstamo: Préstamo con garantía hipotecaria, Clase de tipo de interés aplicable y Comisión de intermediación financiera sobre el importe del préstamo. Otros gastos: asistencia profesional a firma, tasación del inmueble, consulta en bases de morosidad, solicitud de notas simples (prevaloración online). Se efectúa retención igual al importe de 2 cuotas mensuales, que será reintegrada a la cancelación del préstamo. E importe total a reembolsar. Lo dicho no implica que nuestro derecho admita cualquier tipo de interés retributivo en los préstamos, aunque sean muy elevados. La Ley de 23 de julio de 1908, de Represión de la Usura, prohíbe los préstamos usurarios. Su artículo 1 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. El Tribunal Supremo, en Sentencia de 18 de junio de 2012 (posterior, por tanto, a la citada sentencia del TJCE), se pronuncia sobre esta materia de forma clara, afirmando que la aplicación de los controles derivados de la normativa sobre protección de consumidores no afecta al principio de libertad de precios o a su proyección respecto de la libertad de pacto de tipos de interés, ya que su determinación se/emite a los mecanismos del mercado ya su respectiva competencia. Sostiene también en Tribunal Supremo que el artículo 4.2 de la Directiva Comunitaria ha sido indirectamente transpuesto a través de la modificación del artículo 10.1.c) de la antigua Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios de 1984 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, por lo que puede afirmarse que no se da un control de precios ni del equilibrio de las prestaciones propiamente dicho. Afirma que no hay un interés «conceptualmente abusivo», sino que en todo caso, podrá haber un interés usurario cuando seden los requisitos precisos. A la vista de todo lo estudiado, queda claro que el vehículo adecuado para controlar el interés excesivo de un préstamo no es el control de cláusulas abusivas, por muy alto (abusivo) que pueda llegar a parecerle al Registrador en su nota. Como precio de un contrato, no puede ser controlado por los Tribunales, pues en nuestro ordenamiento es una pieza fundamental la libertad de precios. Los intereses remuneratorios excesivos podrían llegar a ser declarados como usurarios, pero sólo en conjunción con una serie de circunstancias añadidas de carácter subjetivo que determinan que se esté llevando a cabo, en realidad, una aplicación concreta del principio de respeto a la buena fe, moral y orden público establecido por el artículo 1255 del Código Civil, más que un verdadero control de precios, lo que no es el caso calificado por el registrador. A este respecto, intereses usurarios extremo que la nota no refiere, por cuanto los califica de abusivos- la AP de Sevilla (Sección 5ª) Sentencia núm. 411/2012 de 26 julio (JUR\2012\353565) rechaza la consideración de usurario de un contrato de tarjeta de crédito (intereses del 24,60 % de la entidad «Cofidis») debido, entre otras causas a que el prestatario no prueba situación angustiosa, inexperiencia o limitación de facultades mentales a la hora de la contratación. Igualmente, la AP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3ª) Sentencia núm. 149/2013 de 16 abril (JUR\2013\248375) rechaza de plano que el contrato pueda ser declarado usurario ya que no se acredita ni alega en la demanda ninguna circunstancia del art. 1 LRU (interés notablemente superior al del dinero y situación angustiosa, inexperiencia o limitación de facultades mentales). La AP de Murcia (Sección 5ª) en Sentencia núm. 370/2013 de 22 octubre (JUR\2013\346685), se pronuncia de la siguiente forma: «En el presente caso no existe ni una sola prueba en virtud de la cual se pueda entender que la Sra. M. se encontraba en una situación de angustia o necesidad extrema que le obligase a aceptar un contrato de préstamo con unos intereses remuneratorios del 26 % anual.» El TS ha declarado (STS 7.7.2002) que «la calificación de los intereses a efectos de usura en sentido legal no puede hacerse por el tanto por

ciento de devengo sobre el principal, sino depende de las circunstancias en que se desenvuelva el mercado monetario... el criterio del interés normal del dinero lo marca el mercado, en una situación de libertad de estipulación». En este sentido, se descarta por la jurisprudencia el carácter usurario de los intereses comprendidos en el umbral del 21,55% y el 24%. el acuerdo jurisprudencial respecto a la validez y carácter no usurario de los tipos remuneratorios comprendidos entre en 21,55 % y el 24 % (y, por supuesto, los inferiores,) entre otras, la SAP de Barcelona (Sección 14ª) núm. 92/2013 de 13 febrero JUR\2013\110828; SAP de Asturias (Sección 7ª) núm. 261/2013 de 10 junio JUR\2013\245139; SAP de Valencia (Sección 11ª) núm. 43/2013 de 30 enero JUR\2013\155138; STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia núm. 406/2012 de 18 junio RJ\2012\8857). B) Cantidad retenida para Gastos entendida como «abusiva».—La Nota de calificación recurrida, indica que la cantidad retenida para gastos y comisión de la intermediación financiera puede ser abusiva, puesto en colación con el tipo de interés, y (sic) «la escasa cantidad prestada», máxime cuando «en ningún caso están debidamente justificados los gastos de Notaría, registro, pago de impuesto y la comisión de la intermediación financiera». En el último párrafo de la ficha FIPER, (adjunta a la escritura calificada) el Sr S. T. reconoce haber recibido copia de la misma, así como desglose informativo estimativo, de los gastos totales que conllevaría la firma de préstamo hipotecario solicitado. Una vez analizada la información facilitada por BEP Corporación Financiera S.L, siendo voluntad del Sr S. contratar el referido préstamo de acuerdo con las condiciones establecidas en la ficha FIPER, la entidad intermediaria emitió el 8 de enero de 2015 oferta vinculante, de acuerdo con el art. 23 de la Orden EHA/2899/2011, y conforme con el artículo 16 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. En la citada oferta vinculante constan claramente detallados los datos de la operación, enumerándose todos y cada uno de los gastos y comisiones a cargo de los prestatarios, facultando la parte prestataria a «BEP Corporación Financiera S.L.» para suplir los gastos necesarios para asegurar la correcta inscripción de la hipoteca y de los títulos previos a la escritura así como los gastos derivados de la cancelación de cargas y anotaciones preferentes a dicha hipoteca. 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». A este respecto, tal y como tiene reconocidas resoluciones de la DGRN es práctica habitual de las operaciones de préstamo hipotecario (incluso las bancarias) se lleve a cabo retención de la cantidad del préstamo para el pago precisamente de conceptos relativos a los gastos e impuestos que la operación genera. En el presente supuesto no sólo se encuentra detallado en el contrato de préstamo las partidas y las cantidades que la integra, sino que en la Ficha, entregada y firmada con la antelación legalmente establecida, consta toda la información que debe ser entregada a los clientes de préstamos hipotecarios de acuerdo con la citada Orden Ministerial que tiene por objeto 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, constando en el apartado 2 de la Ficha, entre otras lo siguiente: Comisión de intermediación financiera sobre el importe del préstamo, Otros gastos: asistencia profesional a firma, tasación del inmueble, consulta en bases de morosidad, solicitud de notas simples (prevaloración online). Se efectúa retención igual al importe de 2 cuotas mensuales, que será reintegrada a la cancelación del préstamo. Importe total a reembolsar. En cuanto a la comisión de la intermediadora financiera, consta en la escritura no sólo la citada comisión sino que «BEP Corporación Financiera, S.L.» con CIF (...) se halla registrada en el Registro Estatal de Empresas previsto en la Ley 2/2009 del 31 de marzo, con el número de registro 348/2012 de la sección segunda. En el Artículo 5 de la Ley 2/2009 del 31 de marzo se 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. De igual forma los precios, tarifas y gastos repercutibles a que se refiere el apartado anterior se recogerán en un folleto, que se redactará de forma clara, concreta y fácilmente comprensible para los consumidores, evitando la inclusión de conceptos innecesarios o irrelevantes. En el presente supuesto, figura claramente en el apartado 2 de la ficha que la comisión por la intermediación financiera será del 15%, sin que la misma pueda considerarse ni abusiva, ni usuraria».

V

El notario autorizante presentó escrito de alegaciones con fecha 18 de mayo de 2015, consistentes básicamente en afirmar: que la abusividad no puede ser controlada por los registradores de la Propiedad por carecer de todos los elementos probatorios necesarios para ello; que el tipo de interés del 14,99% es difícil de ser declarado objetivamente abusivo ya que se ha acudido a este préstamo ante la falta de financiación bancaria y además, hasta el plazo final de sesenta meses sólo se deben pagar cuotas por intereses; que las cantidades retenidas se encuentran debidamente desglosadas, y que el prestatario fue bien informado de todos los pormenores de la operación

VI

El registrador emitió informe el día 25 de mayo de 2015, manteniendo su calificación, y elevó el 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, 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, 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; 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 y 22 de abril 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, 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 y 3, 6 y 9 de octubre de 2014 y 28 de abril de 2015, en cuanto al control de cláusulas abusivas, y de 4 de febrero de 2015, sobre habitualidad en la concesión de préstamos.

1. El presente expediente se refiere a una escritura de préstamo hipotecario entre personas físicas con la intervención de un intermediario financiero y con cumplimiento de

los requisitos de información de la Orden EHA/2899/2011 de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, tanto en cuanto a la empresa intermediaria como en cuanto a las estipulaciones del préstamo hipotecaria, en el cual se pacta un interés remuneratorio fijo del 14,99% y se retiene por el intermediario aproximadamente el 38% del capital concedido para el pago de diversos gastos, comisiones e impuestos, cláusulas estas últimas que el registrador de la propiedad calificante considera abusivas. Según se manifiesta en la escritura, la vivienda hipotecada no tiene la consideración de vivienda habitual.

Las cuestiones que se discuten en el recurso son tres, la aplicabilidad al supuesto de hecho del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios dado que los prestamistas son personas físicas que no están dedicados con habitualidad a la concesión de préstamos, la competencia de los registradores de la Propiedad para calificar con carácter general el carácter abusivo de las cláusulas de los préstamos hipotecarios y, finalmente, si realmente tienen tal carácter los dos indicados pactos a que hace referencia la nota de calificación registral.

2. 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.

3. En cuanto la primera cuestión a tratar, la aplicabilidad al supuesto de hecho del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, teniendo en cuenta que los prestamistas son personas físicas que, según manifiestan expresamente, no están dedicados con habitualidad a la concesión de préstamos, es decir, que no tienen a los efectos de dicha norma la consideración de «empresa», debe recordarse ahora que, como ya se señaló en la Resolución de 28 de abril de 2015, «las normas contenidas en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios serán aplicables a los préstamos y créditos hipotecarios en que el prestatario sea una persona física o jurídica que tenga la condición de consumidor –lo que no discuten las partes en este expediente–, 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 la actividad empresarial o profesional del deudor».

Queda por tanto determinar si esta normativa de protección de los consumidores es también aplicable cuando el prestamista no sea ni una entidad de crédito ni una persona física o jurídica de las que se dedican profesionalmente a la concesión de préstamo o créditos hipotecarios –artículo 1.1.a de la Ley 2/2009– pero concurre la intermediación de una empresa dedicada profesionalmente a esta actividad –artículo 1.1.b Ley 2/2009–. A este respecto, es cierto que el artículo 4 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios establece, al fijar el ámbito objetivo de su aplicación, que para ello es necesario que el prestamista tenga la condición de empresario, entendiéndose por tal «a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión», en este caso la actividad de concesión de préstamos.

Por tanto, dado que los prestamistas son personas físicas que han manifestado expresamente que no están dedicados con habitualidad a la concesión de préstamos, circunstancia que al no haber sido contradicha por el registrador calificante por consulta al «Servicio de interconexión de los Registros de la Propiedad» en los términos que resultan de la Resolución de 4 de febrero de 2015, ni haberse alegado tampoco la posible insuficiente a estos efectos de tal manifestación; debe tenerse por buena y, en principio,

como causa de exclusión de la aplicación de la citada Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y paralelamente de la Ley 2/2009 y de la Orden EHA 2899/2011.

No obstante, la intervención de la empresa de intermediación «BEP Corporación Financiera, S.L.» provoca la aplicación de la citada 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, ya que según su artículo 1, número 1, letra b) tiene lugar cuando una persona física o jurídica realiza de manera profesional actividades de «intermediación para la celebración de un contrato de préstamo o crédito con cualquier finalidad, a un consumidor, mediante la presentación, propuesta o realización de trabajos preparatorios para la celebración de los mencionados contratos, incluida, en su caso, la puesta a disposición de tales contratos a los consumidores para su suscripción». Consecuentemente con ello la entidad de intermediación deberá informar al consumidor, con carácter previo al contrato y en el mismo contrato, sobre las circunstancias de la propia empresa, del servicio de intermediación ofrecido, de las condiciones del contrato de intermediación (artículos 20 y 21 de la Ley 2/2009) y, además, acerca de todo aquello que resulte exigible por la normativa específica sobre el contrato o contratos de préstamo o crédito que ofrezcan al consumidor (artículo 22, números 3 y 5, de la Ley 2/2009).

En aplicación de lo dispuesto en el número 5 del artículo 22 de la Ley 2/2009 parecería que las obligaciones de información precontractual, transparencia, oferta vinculante, ficha de información personalizada (Orden EHA 2899/2011) y la normativa sobre cláusulas abusivas (Real Decreto Legislativo 1/2007) referidas al préstamo o crédito hipotecario ofrecido y aceptado, sólo serían aplicables si ese concreto préstamo o crédito, por razón de los sujetos intervinientes, objeto o finalidad, estuviera sujeto a dicha normativa, lo que en este supuesto, como se ha indicado, en principio, no tiene lugar.

Pero concurren una serie de circunstancias especiales que a juicio de este Centro Directivo, teniendo en cuenta que la normativa sobre transparencia y abusividad no debe ser objeto de una interpretación literal sino que debe prevalecer una interpretación extensiva proconsumidor en coherencia con la finalidad legal de favorecer respectivamente la información y la protección de los usuarios de servicios financieros (cfr. Resolución de 29 de septiembre de 2014), abogan por la aplicación de ambas normas. Esas circunstancias son la aportación de una oferta vinculante y una ficha de información personalizada referida específicamente al préstamo hipotecario escriturado; la concurrencia en el objeto de la empresa de intermediación, también, la actividad de concesión de préstamos y créditos hipotecarios; la indicación expresa en el número 13 de la FIPER de la aplicación al contrato de préstamo del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios; la ausencia tanto en la oferta vinculante como en la FIPER de toda referencia a los prestamistas que firman la escritura, de tal manera que la oferta aparece realizada directamente por la empresa «BEP Corporación Financiera, S.L.»; y, por último, que las estipulaciones del contrato de préstamo hipotecario están redactadas al modo de los contratos de adhesión, por lo que muchas de sus cláusulas deben presumirse predispuestas y no negociadas.

4. Respecto a la cuestión de si la calificación registral se extiende al concreto ámbito del carácter abusivo de las cláusulas de los préstamos hipotecarios, este Centro Directivo ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas Resoluciones entre las que destacan las de 1 de octubre de 2010, 16 de agosto de 2011, 13 de septiembre de 2013, 5 de febrero y 3 de octubre de 2014 y 28 de abril de 2015, las que, siguiendo el criterio de interpretación sistemática de las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de mayo y 13 de septiembre de 2013, han fijado el alcance de la calificación registral respecto de la abusividad –control de contenido– y transparencia –control de incorporación y comprensibilidad– de las estipulaciones financieras de los préstamos hipotecarios.

En concreto de la Resolución de 13 de septiembre de 2013 recordando el origen comunitario de gran parte de la normativa española en esta materia y la necesidad de que las autoridades nacionales realicen una interpretación conforme al Derecho comunitario

del ordenamiento nacional, en este caso la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores (transpuesta mediante el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios) y 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, pendiente de transposición; señala que el denominado «principio de efectividad» de las normas europeas sobre protección de los consumidores (cfr. Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27 de junio de 2000, 21 de noviembre de 2002, 26 de octubre de 2006, 4 de junio de 2009, 14 de junio de 2012 y 14 de marzo de 2013) impone a los Estados miembros, en los contratos celebrados entre un consumidor y un profesional en el que figure una cláusula abusiva, la disposición de medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas y la operatividad ipso iure de la nulidad de las mismas sin que el consumidor tenga que impugnar judicialmente con éxito dicha cláusula abusiva.

Esta nulidad de pleno derecho, en este caso la declarada en el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007 respecto de las condiciones generales abusivas, actúa *ope legis* o por ministerio de la Ley y, en consecuencia, como han destacado las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de mayo y 13 de septiembre de 2013, las cláusulas afectadas por tal nulidad han de tenerse «por no puestas» tanto en el ámbito judicial como en el extrajudicial y también en el registral; por lo que su exclusión por el registrador de la Propiedad no queda subordinado a su previa declaración judicial ni a requisito complementario alguno (inscripción en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación), especialmente cuando se trata de algunas de las cláusulas incluidas en la llamada doctrinalmente «lista negra» recogida en los artículos 85 a 90 de dicho Real Decreto Legislativo al no requerir una valoración o ponderación de las circunstancias concurrentes en función de conceptos jurídicos indeterminados.

En definitiva, sólo una interpretación de los objetivos específicos de los artículos 12, 18 y 258.2 de la Ley Hipotecaria coordinada y ponderada con la normativa de protección de consumidores, 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 calificadoradora del registrador respecto de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado a la que se refiere el párrafo segundo del reiterado artículo 12 de la Ley Hipotecaria y a su posible abusividad. De este modo, dentro de los límites inherentes a la actividad registral, el registrador podrá realizar una actividad calificadoradora de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado, en virtud de la cual podrá rechazar la inscripción de una cláusula, desde luego cuando su nulidad derive de su oposición a una norma imperativa o prohibitiva, o hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, pero también en aquellos otros casos en los que se pretenda el acceso al Registro de aquellas cláusulas cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado por el registrador de forma objetiva.

Debe recordarse aquí que según el artículo 82, número 1, del Real Decreto Legislativo 1/2007 «se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas 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», añadiendo en su número 3 que «el carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa», y finalmente en el número 4 que «en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive: a) vinculen el contrato a la voluntad del empresario, b) limiten los derechos del consumidor y usuario, c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato, d) impongan al consumidor y usuario garantías

desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba, e) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato».

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.

Así, como tiene declarado está Dirección General en la citada Resolución de 13 de septiembre de 2013, precisamente en la que funda el registrador su denegación, el registrador de la Propiedad no puede reputar como abusiva una cláusula –en aquel momento una cláusula suelo antes de su regulación– por un pretendido desequilibrio existente en las contraprestaciones de las partes, pero sí debe calificar la observancia de los requisitos de transparencia. Por el contrario sí se podría denegar una cláusula que reserve a favor del acreedor la facultad de modificación unilateral de la hipoteca sin señalar los motivos objetivos para ello en el contrato (contraria objetivamente al artículo 85.3 Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios) o el establecimiento de redondeos en los intereses variables sólo al alza (contrario objetivamente al artículo 87.5 Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios).

Por tanto, los motivos del recurso, basados en la no aplicación de la normativa sobre defensa de los consumidores y usuarios y en la extralimitación del registrador en su función calificadoras respecto de las cláusulas abusivas, han de ser desestimados.

5. Abordando ahora el primer defecto de fondo de la nota de calificación, el pacto de un interés remuneratorio fijo del 14,99% por considerarlo abusivo al resultar desequilibrante en conjunción con los gastos y comisiones retenidas y notablemente superior al normal del mercado; debe señalarse que, en principio, al constituir el interés ordinario o remuneratorio un elemento esencial del contrato de préstamo hipotecario a los efectos de definir la contraprestación del préstamo y el objeto principal del contrato, queda al margen tanto de la calificación registral como de la ponderación judicial, ya que 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.

Antes del análisis más detallado de esa circunstancia debe reiterarse que el registrador no puede denegar la inscripción de cláusulas determinadas de los préstamos hipotecarios si no expone una adecuada fundamentación jurídica, no pudiendo tampoco rechazarlas con la simple referencia a un precepto legal o a una resolución o sentencia si no se argumenta acerca de las razones para su aplicación (cfr. Resolución de 28 de abril de 2015); lo que en este caso sería suficiente para estimar el recurso respecto de las dos

cuestiones de fondo ya que el registrador se limita a indicar que el interés ordinario es muy superior al normal del mercado y los gastos y comisiones retenidas, elevados y desequilibrantes, pero sin fundamentar el criterio por los que los considera «muy superiores» a los de mercado, y por tanto, según su razonamiento, abusivos.

Es cierto que existen ciertas sentencias de Juzgados de Primera Instancia y Mercantil (cfr. sentencias del Juzgado Mercantil número 1 de San Sebastián de 29 de abril de 2014, del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Valladolid de 18 de febrero de 2015 y del Juzgado Mercantil número 7 de Barcelona de 16 de marzo de 2015) 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 como 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 3 de junio –caso Arpad Kásler– de 2014).

Sin embargo no es éste el criterio del Tribunal Supremo español (cfr. Sentencias de 18 de junio de 2012 y 9 de mayo de 2013, entre otras) 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 diciendo 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 tenor del artículo 7.1 de la Ley sobre condiciones generales de la contratación y 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 comprensible 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 sobre condiciones generales

de la contratación 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».

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 3ª), la sentencia número 21/2014, de 30 de septiembre, de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, la Sentencia número 180/2013, de 26 marzo, de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 13ª), la sentencia número 381/2013, de 17 septiembre, de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 9ª), o la sentencia número 43/2013, de 30 enero, de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 11ª); 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 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.

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.

En segundo lugar, 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 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, 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 de la Ley Hipotecaria.

Es evidente que todo interés de mora –como ya se ha dicho–, 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 mora 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 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 artículo 114, número 3, 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 manifiesta la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2015 que fija como doctrina jurisprudencial 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.

6. Por último, en cuanto al segundo defecto de fondo de la nota de calificación, la retención por el acreedor de aproximadamente el 38% del capital concedido para el pago de los gastos de notaría, gestoría y registro de la propiedad e impuesto de Actos Jurídicos Documentados (1.745 euros), gastos de tasación (300 euros), comisión de entrada (130 euros), gastos de estudio, asistencia y prevaloración (480 euros que se desglosan), comisión de intermediación (1950 euros) y dos meses de intereses para ser reintegrados a la cancelación del préstamo (324,78 euros); cláusula que el registrador de la propiedad calificante considera abusiva por suponer un desequilibrio de las partes dado su montante proporcional y por no estar debidamente justificados.

En primer lugar debe decirse a este respecto que es práctica relativamente frecuente en los 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 encontrarnos 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.

Queda, por último, el análisis de la retención de «dos meses de intereses para ser reintegrados a la cancelación del préstamo (324,78 euros)», cuya admisibilidad plantea dudas ya que la misma ni responde a un gasto que el propio préstamo hipotecario conlleva ni a un servicio expresamente solicitado por el prestatario y, además, no obstante su retención, dicha cantidad genera intereses como si se hubiera realmente entregado. Así, ni en la escritura de constitución de la hipoteca ni en ninguno de los documentos incorporados a la misma se indica la finalidad de dicha retención ni se contiene información alguna acerca de las razones en que se fundamenta, lo que provoca que deba tenerse por no puesta, ya que al cobrarse intereses por dicha cifra no entregada del capital, la cláusula debe considerarse abusiva por aplicación del principio general recogido en el párrafo inicial del artículo 87 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, al determinar una falta objetiva de reciprocidad en el contrato en perjuicio del consumidor.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto y confirmar la nota de calificación del registrador en los términos que resultan de la última consideración de los fundamentos de Derecho quinto y sexto y estimar el recurso y revocar la nota del registrador en cuanto al resto.

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, 22 de julio de 2015.—El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.