

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

- 4018** *Resolución de 7 de abril de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador de propiedad de Alicante nº 3, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario, 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 doña R. M. H., en calidad de acreedor hipotecario, contra la nota de calificación del registrador de Propiedad de Alicante número 3, don Fernando Trigo Portela, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario concedido por la recurrente, por razón de existir cláusulas abusivas, en concreto un tipo de interés ordinario excesivo y una desproporcionada retención de cantidades del capital concedido.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 29 de enero de 2015 por don Francisco José Alejandro Román Ayllón, notario de San Vicente del Raspeig, número 135 de su protocolo, subsanada por escritura autorizada por el citado notario de San Vicente del Raspeig el día 14 de mayo de 2015, número 720 de protocolo, y ratificada en escritura autorizada por el notario de Salamanca, don Carlos Higuera Serrano, el día 14 de mayo de 2015, número 806 de protocolo, don J. F. R. R. y doña B. Y. C. O. constituyeron una hipoteca en garantía de un préstamo por un principal de 40.000 euros sobre la finca registral número 52.417 del Registro de la Propiedad de Alicante número 3, a favor de la prestamista, doña R. M. H.

II

Dicha escritura y sus complementarias fueron presentadas en el Registro de la Propiedad de Alicante número 3, asiento 488 del Diario 142, entrada número 593/2015, y fueron objeto de calificación negativa el día 12 de junio de 2015, que se notificó en tiempo y forma al presentante y al notario autorizante, no reproduciéndose la nota de calificación, ya que la misma no ha sido el objeto del presente recurso.

III

El día 11 de diciembre de 2015, bajo el asiento número 1247, del Diario 145, se volvió a presentar la citada escritura de préstamo hipotecario autorizada por el notario de San Vicente del Raspeig, don Francisco José Alejandro Román Ayllón, el día 29 de enero de 2015, con el número 135 de protocolo, en unión de las indicadas escritura de subsanación autorizada por el citado notario de San Vicente del Raspeig el día 14 de mayo de 2015, número 720 de protocolo, y escritura de ratificación autorizada por el notario de Salamanca, don Carlos Higuera Serrano, el día 14 de mayo de 2015, número 806 de protocolo, y fueron objeto de calificación negativa el día 22 de diciembre 2015, debidamente acreditada su entrega al presentante el 28 de diciembre de 2015 y al notario autorizante el día 29 de diciembre de 2015. La nota de calificación se expresa en los siguientes términos: «Conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria (reformado por Ley 24/2001 de 27 de diciembre) y 98 y siguientes del Reglamento Hipotecario: El Registrador de la Propiedad que suscribe, previo examen y calificación del documento presentado por correo, por don

A. G. G., el día 11/12/2015, bajo el asiento número 1247, del tomo 145 del Libro Diario y número de entrada 9077, que corresponde al documento autorizado por el notario de San Vicente del Raspeig, don Francisco José Alejandro Román Ayllón, con el número 135/2015 de su protocolo, de fecha 29/01/2015, en unión de escritura de subsanación autorizada por el citado notario de San Vicente del Raspeig, el catorce de mayo de dos mil quince, protocolo 720 y de copia autorizada electrónica exacta de la escritura de ratificación autorizada por el notario de Salamanca, don Carlos Higuera Serrano, el catorce de mayo de dos mil quince, protocolo 806, trasladada a papel por el notario de San Vicente del Raspeig, don Francisco José Román Ayllón, el quince de mayo de dos mil quince, ha resuelto no practicar los asientos solicitados en base a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: Hechos: Se engloban en el préstamo cantidades que superan el 25%, del mismo y que no recibe la prestataria. Esta cláusula podría considerarse abusiva. El préstamo asciende a 40.000 euros. De esta cantidad se retienen las siguientes, que no recibe el prestatario, pero respecto de las cuales está obligado a pagar el 14,99 por ciento anual durante cinco años. 400 euros corresponden a la comisión de apertura. Suponen pagar además 299,8 euros de intereses. 994,34 euros que corresponden a dos mensualidades de intereses, que retiene Bep Corporación Financiera, y que devolverá dentro de cinco años. Esta entidad financiera no paga intereses al prestatario por este dinero, pero el prestatario sí paga intereses de dicho importe a la prestamista, lo que supone 745,25 euros de intereses. Esta cláusula no tiene apoyo legal alguno. 2.550 euros serán destinados al pago de la formalización de la escritura, y de cancelación de cargas anteriores (que no existen), Notaría, Registro, Gestoría y otros. El notario no consigna la cantidad que ha devengado al pie de la copia, por lo que no se puede saber a cuánto asciende sus honorarios. No obstante, en ningún caso llegarán junto con Registro y Gestoría a 2.500 euros. Tampoco se establece que se vaya a hacer una liquidación y devolver el sobrante al prestatario, por lo que tendrá que pagar intereses, incluso por el sobrante si lo hubiere, aunque lo perciba, que ascenderán a 1.873.75 euros. 6.000 euros se destinarán al pago de la intermediación financiera a Bep Corporación Financiera. S.L. lo que supondrá otros 4.497 euros de intereses. Además, en este último caso se conculca el artículo 22 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamo o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito que dice: Obligaciones adicionales en la actividad de intermediación... 3. Se prohíbe a las empresas percibir de los consumidores el precio o los fondos que constituyan el contrato principal. Cabe recordar aquí el artículo 2 de dicho cuerpo legal: Carácter imperativo. Los derechos reconocidos por esta Ley a los consumidores que contraten las actividades incluidas en su ámbito de aplicación son irrenunciables, siendo nulos la renuncia previa a tales derechos y los actos realizados en fraude de Ley, conforme a lo previsto en el artículo 6 del Código Civil. Y también el artículo 18: Deberes notariales y registrales. Del mismo modo, los registradores denegarán la inscripción de las escrituras públicas de préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando no cumplan la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley. El prestatario recibe sólo 30.050.66 euros y queda obligado a pagar intereses al 14.99 por ciento de 40.000 euros. La T.A.E. es del 16.39%. Los intereses a reembolsar ascienden en total a 30.105,12 euros. Estando el Euribor a una cantidad inferior al 1 por ciento es evidente el carácter abusivo del conjunto de este título. Fundamentos de Derecho: Artículos 18, 19 bis de la Ley Hipotecaria: Artículos 4, 5, 14, 15, 16, 17 y 18 de la Ley 2/2009 de 31 de marzo, siendo las exigencias establecidas en dichos artículos aplicables a los contratos que se celebren a partir de la entrada en vigor de la Ley, según la Disposición Transitoria única de la misma. Sentencia de la Audiencia de Badajoz de 20 de noviembre de 2015. "...un préstamo con un interés moratorio del 12.95% es un préstamo con cláusula abusiva (artículo 85.6 del Código del Consumidor. Real Decreto Legislativo 1/2007). En dicha sentencia se determinó que: "Los intereses moratorios fijados al 12,95%, resultan abusivos y, por tanto, deben ser declarados nulos." Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2015, por infringir el artículo 1 de la Ley 23 julio 1908 de Represión de la Usura, esto es, "que se estipule un interés

notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso”. Artículo 5 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo: Obligaciones de transparencia en relación con los precios.—1. Las empresas 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.—En las tarifas de comisiones o compensaciones y gastos, repercutibles, incluidas las actividades de asesoramiento, se indicarán los supuestos y, en su caso, periodicidad con que serán aplicables. Las comisiones o compensaciones y gastos repercutidos deben responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos. En ningún caso podrán cargarse comisiones o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme y de forma expresa por el consumidor.—El artículo 51 de la Constitución Española establece que los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. Artículo 18 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo. Deberes notariales y registrales. Del mismo modo, los registradores denegarán la inscripción de las escrituras públicas de préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando no cumplan la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley. Se advierte que la intermediación financiera en la ficha aparece como la concédeme del préstamo, y no aparece en ningún momento reflejada la prestamista persona física. El importe del préstamo se efectúa desde una cuenta de la entidad financiera y no de la persona física prestamista, aunque se dice que es por cuenta de la misma, pero sin justificarlo. Por ello ante un posible fraude de Ley como es el de utilización de una persona como aparente concédeme del préstamo recordamos que el artículo 6 del Código Civil dice: 4. Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir. — Y por considerarlo un delecto se procede a la denegación de los asientos solicitados del documento mencionado. Contra esta calificación (...) Alicante, veintidós de diciembre del año dos mil quince. El Registrador (firma ilegible) Fdo: Fernando Trigo Portela».

IV

Contra la nota de calificación, doña R. M. H., en calidad de acreedor hipotecario, mediante escrito, de fecha 5 de enero de 2016, interpuso, ante el Registro de la Propiedad de Alicante número 3, el correspondiente recurso el día 11 de enero de 2016. Los argumentos del recurso son en los siguientes: «(...) por medio del presente escrito interponemos recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, de acuerdo con los artículos 324 y 327 de la Ley Hipotecaria, todo ello conforme con los siguientes: Motivos.—Previo.—Mediante escritura de fecha 29 de Enero de 2015, autorizada por el Notario José Alejandro Román Ayllón bajo el número 135 de su protocolo, se otorgó escritura de préstamo hipotecario, mediante el cual, la que suscribe el presente recurso — por medio de la entidad financiera intermediaria “Bep Corporación Financiera, S.L.” con CIF (...) y que 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.”—, concedió a Don J. F. R. R. y Doña B. Y. C. O. un préstamo por un principal de cuarenta mil euros (40.000€), con garantía hipotecaria sobre la finca registral número 52.417 del Registro de la Propiedad de Alicante, Número tres. De la cantidad prestada, cuarenta mil euros se retuvo la suma de nueve mil novecientos cuarenta y nueve euros con treinta y cuatro céntimos (9.949,34 €) detallándose en la escritura principal y en la de subsanación el concepto de las partidas que la integraban. Es decir, cuatrocientos euros (400,00 €) destinados al pago de la comisión de apertura estipulada en la cláusula cuarta, un importe de novecientos noventa y nueve euros con treinta y cuatro céntimos (999,34 €) correspondiente al importe de dos cuotas mensuales comprensivas de intereses para garantía y siendo devuelta a la cancelación del préstamo. Un importe de dos mil quinientos cincuenta euros (2.550,00 €) destinados al pago de los gastos de formalización de la

escritura y de cancelación de cargas anteriores (Notaría, Registro, Gestoría y otros) y la cantidad de seis mil euros (6.000,00 €), al pago de la intermediación financiera a “Bep Corporación Financiera, S.L.”. El registrador denegó la inscripción al considerar que no estaban identificados los medios de pago, que los datos de la intermediadora resultaban insuficientes, que no se acreditaba la constitución del seguro de responsabilidad civil con entidad autorizada o aval bancario que exige el artículo 7; y finalmente que “se engloban en el préstamo cantidades que superan el 25% del mismo y que no recibe la prestataria. Esta cláusula podría considerarse abusiva”. Por sendas escrituras de catorce de mayo de dos mil quince se subsanó, complementó y aclararon dichos extremos, en concreto: A.– Resulta de lo expuesto en el Expositivo II) de la escritura de subsanación, referido a la identificación de los medios de pago, a tal efecto, la parte prestataria, confiesa que las partidas están debidamente identificadas, y que el mero hecho de que quien cumple la obligación de entrega por cuenta del principal retenga cantidades para el pago estas partidas no ha impedido tener por cumplida la obligación relativa a la operación de préstamo. (30 marzo de 2015 DGRN), sin ser por ello necesario la identificación de los medios de pago de referida cantidad al haberse retenido. B.–En relación a los datos identificativos de la entidad intermediaria financiera, que a juicio del Sr. Registrador resultan insuficientes, en consecuencia, los comparecientes, según actúan, manifiestan: “Que en relación con el contenido del artículo 14 de la Ley 2/2009 del 31 de marzo, consta en la escritura calificada la documentación relativa al cumplimiento del artículo 14, en concreto, los datos de identificación de la intermediadora financiera; las características del préstamo y del contrato; y los prestatarios manifiestan haberla recibido con cinco días de antelación a la celebración del contrato, tal y como consta en la fecha que figura en la documentación anexa a la escritura. El seguro de Responsabilidad civil o aval es inherente a la inscripción 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, por cuanto es requisito previo a su inscripción de acuerdo al contenido del artículo 7 de la Ley 2/2009 del 31 de marzo.” C.–Que en cuanto a la cantidad que no percibe la parte prestataria y que supera el 25% del principal del préstamo, asimismo, aclaran la referida escritura, y hacen constar las partes que dicha cantidad fue retenida por la prestamista, mostrándose conforme la prestataria no sólo en las cantidades que previamente conoció y aceptó, para el pago de los conceptos que se detallan en la escritura y oferta vinculante; no impidiendo lo anterior que la obligación de entrega se tenga por realizada, por cuanto no son contrarios a norma imperativa alguna, ni son extraños a la práctica habitual (R. DGRN de fecha 30 de marzo de 2015). En fecha doce de junio de dos mil quince se emite nueva nota en la que se ratifica la denegación pero tan solo por éste último motivo, esto es, “se engloban en el préstamo cantidades que superan el 25% del mismo y que no recibe la prestataria. Esta cláusula podría considerarse abusiva”, todo ello a pesar de que, en todo caso, y en realidad, no solo no supera tal porcentaje, sino que ni lo alcanza (24,87%). De forma posterior, se emite la nota de calificación veintidós de diciembre de 2015, que se recurre por medio del presente escrito, en la que además se aluden a otros motivos que igualmente se analizan a continuación: Primero.–En relación al primer motivo por el cual el registrador insiste en la calificación denegatoria de la inscripción, en concreto que de la cantidad del préstamo “se retienen las siguientes cantidades que no recibe el prestatario, pero respecto de las cuales está obligado a pagar el 14,99% anual durante cinco años”. Si la argumentación de la nota fuera ajustada a Derecho ninguna escritura de préstamo con garantía hipotecaria accedería a su inscripción, por cuanto la retención de cantidades es práctica habitual, tal y como por otra parte se ha pronunciado esta DGRN repetidas veces, lo cual no debía siquiera ser discutido por la Nota, todo ello a la vista de que ya se justificó debidamente en la escritura de subsanación de catorce de mayo de dos mil quince. En todo caso, recordamos que existe constancia en la escritura de que dicha cantidad fue retenida por la prestamista, mostrándose conforme la prestataria en las cantidades que previamente conoció y aceptó para el pago de los conceptos que se detallan en la escritura y oferta vinculante, no impidiendo lo anterior que la obligación de entrega se tenga por realizada, por cuanto no son contrarios a norma imperativa alguna, ni son extraños a la

práctica habitual (R. DGRN de fecha 30 de marzo de 2015).*(sic)* El hecho de que se hayan retenido cantidades a la prestataria en aplicación de las previsiones de la ficha de información personalizada y de la oferta vinculante que constan protocolizadas en la escritura tampoco impide que la obligación de entrega se tenga por realizada. Dichos pactos, que no son extraños a la legislación hipotecaria (*vid.* artículo 118 de su Ley reguladora), no son contrarios a norma imperativa alguna (artículo 1251 del Código Civil). El mero hecho de que quien cumple la obligación de entrega por cuenta del principal retenga cantidades para el pago de partidas que están debidamente identificadas ni impide tener por cumplida la obligación ni es extraño a la práctica habitual de las Resulta evidente que si la cantidad a que viene obligado el prestatario de pago de determinados conceptos, cuales son, entre otros, los derivados de la inscripción y la retribución de la intermediadora financiera, las partes aceptan que el medio del pago sea a través de la práctica de una retención del principal para tal fin, –por tanto de la cantidad prestada–, lo anterior implica necesariamente que se devenguen intereses, conforme lo establecido por las partes. No se entiende, por tanto, el motivo de denegación, ni se encuentra fundamentado en norma alguna, parece, más bien, una apreciación de índole no jurídica. Además, en el último párrafo de la ficha FIPER, (adjunta a la escritura de préstamo hipotecario calificado) la parte prestataria 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 de los prestatarios contratar el referido préstamo de acuerdo con las condiciones establecidas en la ficha FIPER, la entidad intermediaria emite 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 v 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” Segunda.–Supuesta conculcación del artículo 22 de la ley 2/2009 de 31 de marzo.–La nota que se recurre por medio del presente escrito aduce un motivo ex novo que no aparecía en las precedentes, esto es el supuesto incumplimiento del artículo 22 de la ley 2/2009 de 31 de marzo. En concreto en el apartado en el que señala que la retribución de la intermediadora financiera asciende a seis mil euros (y que generan también intereses...) añade que, además, conculca dicho precepto por cuanto “Se prohíbe a las empresas percibir de los consumidores el precio o los fondos que constituyan el contrato principal”. A este respecto, el Artículo 22 establece Obligaciones adicionales en la actividad de intermediación de diversa índole, aludiendo, en relación a éstas, tanto a las “empresas independientes” como al resto que no lo sean. En relación a las primeras, se refiere de forma específica (“empresas independientes”) tanto en el apartado 2) como en el 4). En relación al apartado 2), se permite que las empresas independientes perciban retribución por su intervención profesional siempre que se haya pactado documentalmente. En el párrafo 4) se refiere a la obligación de seleccionar productos adecuados. En el apartado 3) que es al que se refiere la nota, establece que “Se prohíbe a las empresas percibir de los consumidores el precio o los fondos que constituyan el contrato principal”. Este precepto, además de que no hace referencia a empresas independientes – identificadas como tal de forma expresa, en el apartado 2) y 4)–, lo determinante es que no se refiere a retribución alguna de la intermediadora, sino que su contenido se encuentra destinado a prohibir la percepción de los fondos del producto, se supone que para otros fines, lo cual, en este supuesto, no se da. En consecuencia, es perfectamente posible la

retribución por la intervención de los servicios de intermediación de empresa independiente por cuanto consta el detalle escrito de la citada retribución, sin que se pueda aplicar el apartado 3) a este supuesto. Por otra parte, no puede ni debe confundir el Registrador la retención como medio de pago del importe del principal para los conceptos antedichos y detallados de forma previa, con el supuesto de hecho de la norma integrada en el apartado 3) del citado precepto que se encuentra prevista para otros supuestos, no para la retribución de la intermediadora. Tercera— Sobre los intereses remuneratorios que la nota considera abusivos.—Sobre la extralimitación del registrador en el caso concreto.—A.—El presente contrato de préstamo se celebró entre dos particulares, el recurrente y el prestatario, con la intervención de una intermediadora financiera cuyos datos constan en la escritura de préstamo y en la de subsanación. 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”. Por mucho que se quiera forzar la interpretación de la Ley, lo cierto es que en este supuesto, la parte prestamista, de profesión dependiente, 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 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. B.—Independientemente del anterior motivo, procedemos en el presente a argumentar el rechazo a los fundamentos de la nota, en los que la motivación es inexistente, salvo la mención sesgada de dos resoluciones judiciales que no tienen relación con este supuesto. 1º) Interés remuneratorio pactado en la escritura.—Señala la nota que el interés remuneratorio pactado, en comparativa con el Euribor, es abusivo, sin mayor argumentación que fundamente su afirmación. – En cuanto al defecto de falta de motivación suficiente. La calificación recurrida carece de motivación suficiente, porque no basta con la mera cita rutinaria de dos sentencias que nada tienen que ver con el asunto. Como declara reiterada doctrina de la Dirección General de Registros y Notariado (vinculante para notarios y registradores en cuanto superior jerárquico) es preciso exponer en la calificación, como acto emanado de la Administración pública, cuál es la razón por la que la resolución invocada es de aplicación, y cuál es la interpretación que de la misma efectúa el funcionario calificador, ya que sólo de ese modo se podrá recurrir, con las garantías propias de un Estado de Derecho, aquella calificación que no se considere ajustada a la legalidad vigente. Además, aunque la motivación pueda ser sucinta, ha de ser suficiente (art. 54 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de LRJAP y PAC). La presente calificación no reúne, las mínimas garantías dichas, pues se limita a citar unos preceptos legales, sin detenerse a fundamentar el porqué de su aplicación y su interpretación para el caso concreto que nos ocupa – En cuanto al interés remuneratorio pactado.—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 TRLGDCU 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 1.ª) 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 13.ª) 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 9.ª) 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 11ª) 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, constandingo en el apartado 2 de la Ficha, relativo a las características del préstamo lo siguiente: Características del préstamo: – Importe del préstamo (moneda Euros) – Duración del préstamo – Tipo de préstamo: Préstamo con garantía hipotecaria – Clase de tipo de interés aplicable – 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 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 remite a los mecanismos del mercado y a 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 se den 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). La nota registral hace referencia, de forma parcial, a la STS 4810/2015, sin entrar a argumentar la circunstancias especiales del supuesto enjuiciado, que recordemos consiste (*sic*): “en un contrato de crédito que le permitía hacer disposiciones mediante llamadas telefónicas o mediante el uso de una tarjeta expedida por Banco Sygma, hasta un límite de 500.000 pesetas (3.005,06 euros), límite que, según se decía en el contrato, ‘podrá ser modificado por Banco Sygma Hispania’. El tipo de interés remuneratorio fijado en el contrato era del 24,6% TAE, y el interés de demora, el resultante de incrementar el interés remuneratorio en 4,5 puntos porcentuales”. Resulta evidente las sustanciales diferencias entre el caso enjuiciado por el T.S y el presente supuesto, aunque la nota lo trate de equiparar de alguna forma. En este sentido, la Sentencia 4810/2015 del TS, a la que alude la Nota registral, reafirma lo ya dicho en párrafos precedentes “Mientras que el interés de demora fijado en una cláusula no negociada en un contrato concertado con un consumidor puede ser objeto de control de contenido y ser declarado abusivo si supone una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor que no cumpla con sus obligaciones, como declaramos en las sentencias núm. 265/2015, de 22 de abril, y 469/2015, de 8 de septiembre, la normativa sobre cláusulas abusivas en contratos concertados con consumidores no permite el control del carácter ‘abusivo’ del tipo de interés remuneratorio en tanto que la cláusula en que se establece tal interés regula un elemento esencial del contrato, como es el precio del servicio, siempre que cumpla el requisito de transparencia, que es fundamental para asegurar, en primer lugar, que la prestación del consentimiento se ha realizado por el consumidor con pleno conocimiento de la carga onerosa que la concertación de la operación de crédito le supone y, en segundo lugar, que ha podido comparar las distintas ofertas de las entidades de crédito para elegir, entre ellas, la que le resulta más favorable.” De la misma forma, la Sentencia recuerda que el interés con el que ha de realizarse la comparación no es con el interés legal del dinero, sino con el interés “normal o habitual, en concurrencia con las circunstancias del caso y la libertad existente en esta materia” (sentencia núm. 869/2001, de 2 de octubre); y por otra parte, Para que el préstamo pueda ser considerado usurario es necesario que, además de ser notablemente superior al normal del dinero, el interés estipulado sea “manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso”. En referencia a la otra cita jurisprudencial que menciona la Nota –Sentencia de la AP de Badajoz–, ésta se refiere únicamente a los intereses moratorios, pero no a los remuneratorios, recordando a éste respecto, que el interés moratorio fijado en la escritura calificada será tres veces el interés legal del dinero. Cuarto.–en Cuanto a lo que la nota califica de “posible fraude de ley” al considerar que por la intermediadora se utilice a una persona “como aparente concedente

del préstamo". La nota argumenta ésta circunstancia en los fundamentos de Derecho, sin que en la relación de Hechos mencione el supuesto. Tanto en la escritura de préstamo, como en las sucesivas, está acreditado y perfectamente detallado que la intermediadora financiera lleva cabo por cuenta del prestamista la transferencia bancaria por el importe del principal, salvo las retenciones aludidas. A este respecto, la Resolución de DGRN de fecha 30 de marzo de 2015 que analiza una escritura idéntica, señala: "El hecho de que la entrega del importe del préstamo se haga por un tercero que actúa por cuenta del prestamista no permite afirmar que la obligación no existe o que la persona del prestamista es distinta de la que resulta del título (...) De estas consideraciones resulta que no puede afirmarse que los medios de pago no hayan sido debidamente identificados. Resulta la cantidad total del préstamo, la cantidad retenida y su destino y la cantidad efectivamente entregada con especificación de los códigos de la cuenta de origen y de destino con lo que los requisitos exigidos por la legislación aplicable han de considerarse debidamente cumplimentados (*vid.* Resoluciones de 11 marzo de 2013 y 9 de diciembre de 2014) Por lo expuesto, solicito al registrador de la Propiedad de Alicante, tenga por presentado este escrito con su copia, con el original del título calificado, y escrituras de subsanación y aclaración, y una copia de la calificación en cumplimiento del artículo 327 de la ley hipotecaria, se sirva admitirlo se tenga por interpuesto recurso contra la nota de calificación emitida por este Registro al que me dirijo, ante la Dirección General de los Registros y del Notariado».

V

El registrador emitió informe el día 14 de enero de 2016, 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, 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 y 25 de septiembre de 2015, en cuanto a calificación registral de las cláusulas de los préstamos hipotecarios, de 4 de

febrero y 13 de julio de 2015, sobre habitualidad en la concesión de préstamos, y de 30 de marzo y 22 de julio de 2015, 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 en la que el prestamista es una persona física que manifiesta no dedicarse profesionalmente a la concesión de créditos y los prestatarios son dos personas físicas, una de las cuales hipoteca una vivienda de su propiedad manifestando que no constituye su domicilio habitual; en la que ha intervenido una entidad, «Bep Corporación Financiera, S.L.», como intermediaria, la cual cumple con los requisitos de la Ley 2/2009, de 30 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito. Por otra parte, no se expresa en la escritura de préstamo, ni en la ficha de información personalizada ni en la oferta vinculante, el destino o finalidad del capital prestado, por lo que se ha de presumir que el mismo es ajeno a la actividad comercial, empresarial o profesional de los prestatarios. Por último, se ha dado cumplimiento al proceso de contratación y a los requisitos de información regulados en la Orden EHA 2899/2011 de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

La sociedad intermediaria es quien ha entregado una parte del importe del préstamo (30.050,66 euros) a los prestatarios, y el resto ha sido retenido por la misma para aplicarlo a diversas finalidades que constan debidamente especificadas en la escritura y son: a) 400 euros correspondientes a la comisión de apertura; b) 994,34 euros que se corresponden con dos mensualidades de intereses, que retiene la intermediaria «Bep Corporación Financiera, S.L.», y que devolverá dentro de cinco años al vencimiento del préstamo; c) 2.550 euros que serán destinados al pago de la formalización de la escritura y de cancelación de cargas anteriores (Notaría, Registro, Gestoría y otros), y d) 6.000 euros que se destinarán al pago de la intermediación financiera de «Bep Corporación Financiera, S.L.». Tales retenciones constan también debidamente especificadas en la ficha de información personalizada y en la oferta vinculante, incluido el concepto de qué debe entenderse por otros gastos (tasación, impuestos, asistencia profesional a la firma, consultas bases de morosidad e información registral).

El defecto apuntado por el registrador de la Propiedad en su nota se puede subdividir en dos aspectos, el primero de los cuales se refiere a que la retención del capital concedido de cantidades cercanas al 25% del principal y que no recibe la parte prestataria, unido a la aplicación a tales cantidades de un interés fijo del 14,99% anual, lo que implicaría un importe de 7.415,80 euros cobrados de más, constituye una cláusula abusiva. Y, el segundo aspecto se refiere a que el montante de los intereses a reembolsar, resultante de la aplicación del citado 14,99% anual, asciende en total a 30.105,12 euros, lo que encontrándose el Euribor en el momento del otorgamiento de la escritura en una cantidad inferior al 1%, constituye la aplicación de un interés abusivo en la opinión del registrador.

2. Antes de examinar los defectos señalados en la nota de calificación, debe abordarse la cuestión relativa a 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, teniendo en cuenta que la prestamista es una persona física que, según manifiesta expresamente, no está dedicada con habitualidad a la concesión de préstamos, es decir, que no tiene a los efectos de dicha norma la consideración de «empresa», lo que no discute el registrador en la nota de calificación recurrida. Debe recordarse a estos efectos que, como ya se señaló en las Resoluciones de 28 de abril y 22 de julio 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 (...), 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».

Es cierto que el registrador calificador, al final de su informe, señala que para su elaboración ha consultado el Servicio de Índices del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y del mismo resulta que la recurrente, doña R. M. H., tiene actualmente hipotecas inscritas a su nombre en la Comunidad de Aragón y en el País Vasco, y que ha tenido otras inscritas en la Comunidad de Castilla y León y en la Comunidad de Castilla-La Mancha, además de la que ahora quiere constituir en la Comunidad Valenciana; lo que de por sí, concurriendo el resto de las circunstancias, implicaría la aplicación de la normativa de defensa de los consumidores, como ya ha señalado esta Dirección General de los Registros y del Notariado en Resoluciones de 4 de febrero y 13 de julio de 2015. Pero nada señaló el registrador a este respecto en su nota de calificación y, en consecuencia, no puede tenerse en consideración ahora, dentro del ámbito de este recurso, estas afirmaciones del informe registral relativas a la habitualidad del acreedor en la actividad de concesión de préstamos ya que, como ha declarado reiteradamente este Centro Directivo (*vid.*, por todas, la Resolución de 29 de febrero de 2012), el informe es un trámite en el que el registrador puede profundizar sobre los argumentos utilizados para determinar los defectos señalados en su nota de calificación, pero en el que en ningún caso se pueden añadir nuevos defectos, ya que sólo si el recurrente conoce en el momento inicial todos los defectos que impiden la inscripción del título según la opinión del registrador, podrá defenderse eficazmente, argumentando jurídicamente acerca de la posibilidad de tal inscripción.

Queda, en consecuencia, por 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 de la Ley 2/2009–. Y, a este respecto, como se ha señalado anteriormente, 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, entendiendo 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 la prestamista es una persona física que ha manifestado expresamente que no está dedicada con habitualidad a la concesión de préstamos, esta circunstancia al no haber sido contradicha por el registrador en su nota de calificación, por consulta al Servicio de Interconexión de los Registros de la Propiedad en los términos que resultan de las Resoluciones de 4 de febrero y 13 de julio de 2015, ni haberse alegado tampoco la posible insuficiencia a estos efectos de tal manifestación; debe tenerse por buena en el ámbito de este recurso 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), tal aplicación 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).

Por otra parte, 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 (Ley 1/2007, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios) 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 en este supuesto 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 pro-consumidor 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, de 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 el texto refundido de 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.

3. Sobre esta premisa de la aplicabilidad de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios y, por tanto, de operatividad del control del carácter abusivo de las cláusulas de los préstamos hipotecarios, conviene analizar el alcance de este control registral respecto de las distintas estipulaciones.

Por razones de claridad expositiva se aborda en primer lugar el segundo defecto de fondo de la nota de calificación, el pacto de un interés remuneratorio fijo del 14,99% anual, que el registrador considera abusivo al resultar desequilibrante en perjuicio de deudor 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 oneroso, ya que determina la cuantía de la contraprestación del préstamo que es el objeto principal del contrato de préstamo oneroso, queda al margen tanto de la calificación registral como de la ponderación judicial, por corresponder a la iniciativa empresarial la fijación del interés al que presta el dinero y diseñar la oferta comercial dentro de los límites fijados por el legislador. El control de los intereses ordinarios queda circunscrito, en consecuencia, 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.

Es cierto que existen ciertas sentencias de Juzgados de Primera Instancia y Mercantiles (cfr. sentencias del Juzgado de lo 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 de lo 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, 9 de mayo de 2013, 8 de septiembre de 2014 y 25 de marzo y 23 de diciembre de 2015) que después de señalar que en nuestro sistema una condición general de la contratación puede referirse al objeto principal del contrato y que el carácter de condición general de la contratación no excluye el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial; considera que los intereses remuneratorios –y en su caso las cláusulas suelo– «forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario, definen el objeto principal del contrato (...) y cumplen una función definitoria o descriptiva esencial», lo que supondría la aplicación de la regla general de la exclusión de su control de contenido o abusividad.

No obstante, sigue 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: la sentencia número 487/2012, de

11 de octubre, de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección Tercera), 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 Decimotercera), la sentencia número 381/2013, de 17 septiembre, de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Novena), o la sentencia número 43/2013, de 30 enero, de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección Undécima) y, en general la mayoría de las sentencias posteriores a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013; por lo que éste 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 definitivo 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 pueden plantear su comprensibilidad por parte del prestatario ya que no existen ni referenciales complejos, ni cláusulas suelo, ni redondeos, ni otro tipo de condiciones que pudieran dificultar un real entendimiento de las consecuencia económicas e importancia de este tipo de estipulación en el desarrollo del contrato.

Ahora bien, esto no significa, que en nuestro Derecho se admita cualquier tipo de interés remuneratorio 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 «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. 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.º de la Ley Hipotecaria.

Es evidente que todo interés de demora –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 deben 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 de los 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.

4. Por último, en cuanto al primer defecto de fondo de la nota de calificación, la retención por el acreedor a través de la entidad intermediadora de aproximadamente el 25% del capital concedido para el pago de diversos gastos y comisiones; se trata de una cláusula que el registrador de la propiedad calificante considera abusiva por suponer un desequilibrio de las partes dado su montante desproporcional y por no estar debidamente justificados. Pues bien, respecto de este tipo de estipulaciones que no afectan al objeto principal del contrato, el registrador puede ejercer un control de abusividad en dos supuestos concretos (cfr. Resoluciones de 28 de abril y 25 de septiembre de 2015, entre otras): a) cuando la nulidad por abusividad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, sin que sea necesario que conste inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación ya que tal exigencia infringiría el «principio de efectividad» de la normativa europea de protección de consumidores; siendo, no obstante necesario, a falta de tal inscripción, que la sentencia judicial proceda del Tribunal Supremo, en cuanto fuente complementaria del derecho (artículo 1 del Código Civil), o responda a un criterio mayoritario y uniforme de los órganos judiciales superiores; y en todos los casos que se refieran al contrato de préstamo o crédito hipotecario, y b) cuando el carácter abusivo de la cláusula pueda ser apreciado directamente por el registrador de forma objetiva, sin realizar ningún juicio de ponderación en relación con las circunstancias particulares del caso concreto, bien porque coincidan con alguna de las tipificadas como tales en la denominada «lista negra» de los artículos 85 a 90 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, bien por vulnerar otra norma específica sobre la materia, como el artículo 114.3.º de la Ley Hipotecaria (respecto de los intereses moratorios en su ámbito concreto de aplicación), con base en la doctrina de la nulidad «apud acta» recogida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 2013.

En primer lugar debe decirse a este respecto que es práctica relativamente frecuente en los contratos de préstamo hipotecario que el acreedor retenga ciertas cantidades del préstamo para el pago precisamente de conceptos relativos a los gastos, comisiones e impuestos que la propia operación genera; por lo que no se puede hacer tacha alguna a este retención ni a la cuantía de la misma siempre que los conceptos a que se refiere se encuentren debidamente identificados y guarden relación con las operaciones asociadas al préstamo, siempre que la retención no comprenda gastos por servicios no solicitados por el deudor, que resultarían contrarios a lo dispuesto en el artículo 89.4 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, o gastos que por ley fueran de cargo del

acreedor, que serían contrarios al artículo 89.3 de la 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, Registro de la Propiedad e Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados carecen de individualización de sus respectivas cuantías (se retiene una cantidad alzada de 2.550 euros) pero ello es normal, en cuanto a dichos conceptos, ya que la determinación exacta de las mismas corresponde a operadores independientes, por eso respecto a estos gastos a la cifra retenida se le atribuye la consideración de «provisión de fondos» sujeta, por su propia naturaleza, a devolución en cuanto a la cuantía sobrante, sin que sea necesario pactar expresamente la práctica de una liquidación y la devolución del sobrante al prestatario, como parece exigir el registrador. 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.

Ahora bien, la Sentencia de Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015, ha considerado abusivas por contrarias al artículo 89.2 y.3 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, las cláusulas que impongan de cuenta exclusiva de la parte prestataria gastos de tramitación o gestión que por ley corresponden al acreedor, y como tales señala los de formalización de escrituras notariales e inscripción de las mismas, ya que tanto el arancel de los notarios como el de los registradores de la propiedad, atribuyen la obligación de pago al solicitante del servicio o a cuyo favor se inscriba el derecho o solicite una certificación y quien tiene el interés principal en la hipoteca es el prestamista; y el tributo por Actos Jurídicos Documentados ya que según el artículo 27.1 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, el acreedor es el sujeto pasivo de dicho impuesto en cuanto que adquirente del derecho real de hipoteca y persona que solicita los documentos notariales.

En consecuencia, respecto a dichos gastos concretos, el defecto debe ser confirmado por cuanto opera la normativa de consumidores y constituyen cantidades a cargo del acreedor que no pueden ser atribuidas en exclusiva al prestatario. Sin perjuicio, en cuanto

a los gastos de constitución, al constituir el préstamo hipotecario una realidad inescindible en que están interesadas tanto el consumidor –en el préstamo–, como el profesional –en la hipoteca–, de la posibilidad de pactar la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral; y, en cuanto a las costas preprocesales y procesales, de la licitud del pacto que subordine su imputación a las determinaciones judiciales del procedimiento. En el presente expediente en la oferta vinculante se recoge que los gastos de Notaría y Registro son a cargo de la parte prestataria, pero no se cuantifica su importe, ni se pacta de manera expresa la distribución de estos gastos, por lo que no se da cumplimiento a las exigencias impuestas por la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015.

En cuanto a la comisión de apertura de 400 euros, ningún problema plantea su retención dado que se encuentra determinada en la información precontractual (el 1%), su legalidad reconocida por la Orden EHA/2899/2011 (artículo 3), su propia naturaleza que implica el abono en el momento de la formalización del préstamo hipotecario y, por último, su imputabilidad al consumidor en cuanto obligado legal al pago de la misma.

Respecto a los honorarios de la intermediadora financiera, que asciende al 15% del capital prestado (6.000 euros), no 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.

Por otra parte, estos honorarios, sin perjuicio del pago anticipado de ciertas gestiones conexas al préstamo, es normal que se liquiden en el momento de la firma de la operación de préstamo mediante la entrega de un cheque bancario o el ingreso en la cuenta que se le indique a tal efecto. La alegación por parte del registrador calificante de que esta retención es contraria al número 3 del artículo 22 de la Ley 2/2009 que prohíbe a las empresas acreedoras «percibir de los consumidores el precio o los fondos que constituyan el contrato principal», no debe ser atendida ya que, no obstante su colación en el mismo artículo que regula la remuneración de las empresas intermediadoras (números 1 y 2) a continuación de la misma, en realidad, al igual que los números 4 y 5 del mismo artículo, se refiere a otras obligaciones adicionales en la actividad de intermediación. Es decir, no debe confundirse la retención como medio de pago de la legal retribución de la empresa de intermediación independiente (número 2 de citado artículo 22), con la percepción por la misma de todo o parte del capital del préstamo para otros fines distintos, como por ejemplo al pago de una deuda anterior que tuviere con su actual cliente. Este criterio viene confirmado, a juicio de este Centro Directivo, por la propia sistemática del artículo 22, cuyo número 1 se refiere a los intermediarios que trabajen en exclusiva para una o varias entidades de crédito, los números 2 y 4 a los intermediarios independientes, y los números 3 y 5 a los intermediarios en general; por lo que si el número 1 establece que los intermediarios en exclusiva «no podrán percibir retribución alguna del cliente» ya que les pagará la entidad de crédito, la prohibición del número 3, que es aplicable a todo tipo de intermediarios, no podrá referirse a «la no retención del importe de la remuneración al cliente», pues ello sería redundante.

Queda, por último, el análisis de la retención de «dos meses de intereses (999,34 euros) para ser reintegrados a la cancelación del préstamo, es decir, en cinco años», cuya admisibilidad plantea dudas ya que la misma ni responde a un gasto que el propio préstamo hipotecario conlleva a cargo del consumidor 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 y confirmar la nota del registrador en cuanto al carácter abusivo del interés ordinario; en cuanto a la retención de dos meses de intereses en los términos expuestos; en cuanto a la retención de gastos de Notaría, gestoría, Registro e Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados; y estimar el recurso y revocar la nota del registrador en cuanto al resto de los defectos de la nota de calificación.

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